

Regras tributárias do Gatt e da OMC têm aplicação direta no Brasil

15/04/2015



Igor Mauler Santiago
Advogado

Em nossa [última coluna](#) afirmamos, com base na Constituição e na

cláusula de não-discriminação tributária do GATT/1994, a invalidade do adicional de Cofins-Importação exigido dos produtos sujeitos, no plano interno, à contribuição sobre a receita substitutiva da incidente sobre a folha.

O tema merece aprofundamento quanto à regra convencional, já que o efeito direito do GATT/1947 e dos tratados resultantes da Rodada do Uruguai, que deu origem à Organização Mundial do Comércio (GATT/1994, Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, entre outros) — assim entendida a possibilidade de sua invocação pelo particular e de sua aplicação pelo juiz nacional para contrastar uma lei interna que os contrarie — suscita discussões no Direito Comparado.

O mesmo não ocorre no Brasil, onde a jurisprudência adota sem hesitação a premissa do efeito direto, como se nota das Súmulas 575[1] do STF e 20[2] e 71[3] do STJ, entre outras.

Tampouco a doutrina tributária se preocupa com o tema. Convicta do efeito direto dos tratados, dedica o melhor das suas energias ao debate da sua posição hierárquica na ordem jurídica nacional.

Todavia, notável artigo publicado recentemente propõe uma nova abordagem para a questão, baseada no texto dos tratados da OMC, que ao ver do autor negaria toda possibilidade de efeito direto[4]. Influenciado pela prática dos grandes atores do comércio internacional, e sobretudo pela jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, o autor sustenta que:

- i)** a intervenção judiciária, tendendo a anular *ab origine* a regra contrária ao tratado, é incompatível com o Acordo sobre a Solução de Controvérsias da OMC, que **(a)** garante ao Estado infrator, exprimindo-se pelos seus poderes políticos, a opção de manter aquela regra, desde que pague compensações ou aceite represálias; e **(b)** não atribui efeitos retroativos às decisões dos órgãos de solução de controvérsias;
- ii)** os tratados da OMC não reconhecem direitos aos particulares, mas apenas aos Estados, que podem entrar em acordo para que as perdas sofridas por um país no setor A sejam compensadas pela atribuição de vantagens a um setor B, sem considerar a situação individual dos integrantes do primeiro;
- iii)** a recusa de efeito direto pelas maiores economias do globo desaconselha a adoção do princípio no Brasil (falta de reciprocidade), sob pena de uma superproteção dos interesses estrangeiros em nosso território contra uma proteção insuficiente dos interesses brasileiros no exterior.

Como o valor dos tratados na ordem jurídica de cada país é uma questão de Direito Constitucional positivo, a análise deve partir da Constituição de 1988.

Os tratados na Constituição brasileira

Para além da polêmica doutrinária, o STF considera que a Carta de 1988 consagra um “dualismo moderado”, no sentido de que os tratados, ainda que perfeitos na ordem internacional – assinatura, ratificação, referendo e troca ou depósito dos instrumentos de ratificação –, e portanto aptos a atrair a responsabilidade internacional do País em caso de inexecução, só têm efeito na ordem interna após publicação em decreto presidencial (promulgação)[5].

Cumprida essa formalidade, contudo, os tratados valem na ordem interna como tais (efeito direto), e não como uma inexistente lei de conversão, o que decorre, entre outros, **(i)** do artigo 5º, parágrafo 2º, que refere os tratados como fontes de direitos e garantias individuais; **(ii)** do artigo 109, inciso III, que reserva à Justiça Federal o julgamento das causas fundadas em tratados; **(iii)** do artigo 105, inciso III, alínea *a*, que prevê recurso especial contra os acórdãos dos tribunais de apelação que contrariem lei federal ou tratado; e **(iv)** do artigo 102, inciso III, alínea *b*, que prevê recurso extraordinário contra as decisões finais que declarem a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado.

Questão independente é a da hierarquia dos tratados face às leis internas. No Brasil, Estado federal, a questão se desdobra, respeitando de um lado às leis federais, e de outro às estaduais e municipais.

O STF afirma que estas últimas se submetem aos tratados, e isso mesmo no campo tributário, malgrado a regra constitucional que proíbe a União de conceder isenções de tributos locais (artigo 151, inciso III).

A explicação reside no duplo caráter da União, que ora age como ordem jurídica interna parcial, com status idêntico ao dos estados e municípios, ora como representante da República Federativa do Brasil — o único sujeito de Direito das Gentes – perante a sociedade

internacional, por exemplo ao firmar tratados. A vedação, conclui o STF, vale apenas no primeiro contexto, não obstante a ordem jurídica total (a República, formada da união indissolúvel dos estados e municípios — Constituição, artigo 1º) de prevalecer sobre as partes [6].

Paradoxalmente, visto que a União também é uma ordem jurídica parcial, a conclusão não se aplica às leis federais, às quais o STF autoriza de forma geral o *treaty override* [7]. Ao criticarmos esta posição, aderindo à doutrina majoritária, retratamo-nos do entendimento sustentado em obra anterior [8].

Aqui pode-se pensar no artigo 98 do Código Tributário Nacional, a teor do qual os tratados “serão observados pela legislação” — mesmo federal — “que lhes sobrevenha”. Porém, a sua validade resta controvertida, havendo no STF *obiter dicta* favoráveis, fundados na competência do legislador para fixar normas gerais em determinados matérias de Direito Tributário (Constituição, artigo 146, inciso III) [9], mas também contrários, baseados na afirmação de que a hierarquia das normas só pode ser definida pela própria Constituição [10].

Por fim, registre-se que desde a Emenda Constitucional 45/2004 os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma e pelo quórum das emendas constitucionais adquirem o nível destas.

As regras tributárias do GATT e do ASMC

Superados os obstáculos constitucionais — inexistentes no Brasil — e a eventual ordem em contrário do legislador, onde isto seja possível (*ver o caso americano abaixo*), o debate sobre o efeito direito do direito convencional não se faz considerando-se o tratado em bloco, mas regra por regra [11].

Assim, focaremos aqui o princípio de não-discriminação tributária do artigo III.2 do GATT/1947 e 1994 [12] e a vedação aos subsídios tributários [13] ligados à utilização de produtos nacionais de preferência a importados do artigo 3.1, alínea *b*, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias [14].

Note-se de saída que a falta absoluta de efeito direito dos tratados da OMC nos EUA não decorre da Constituição — o efeito direto é, ao contrário, a regra geral definida pela *Supremacy Clause* [15] — ou a uma análise profunda do seu texto. Deve-se, isso sim, ao exercício pelo Congresso do seu poder de suprimir, através da lei de implementação, tal eficácia a um tratado que dela seja revestido [16]. Foi assim que o artigo 102 do *Uruguay Round Agreements Act* previu que, à exceção do governo central — quanto às ações ou omissões das autoridades federais, às leis dos Estados-membros e às aplicações destas últimas — ninguém pode se valer na justiça dos acordos da OMC.

Tanto isso é verdade que, à falta de uma regra similar em relação ao GATT/1947, uma corte californiana reconheceu a auto-aplicabilidade do seu artigo III [17]. Em iguais condições — não existe lei de implementação aqui — um resultado idêntico revela-se possível no Brasil, o que prova a pouca relevância do exemplo americano atual para a análise do tema entre nós.

O mesmo ocorre hoje na Europa, pois é o preâmbulo da decisão do Conselho de Ministros sobre os Acordos de Marrakesh que estabelece que, “*por sua natureza, o acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, inclusive os seus anexos, não é suscetível de ser invocado diretamente perante as jurisdições comunitárias e dos Estados-membros*”, seja por um particular, seja por um Estado-membro (Decisão 800/94/EC de 22.12.94).

A alusão à natureza dos tratados como fundamento da afirmação não nos deve enganar, já que ao tempo do GATT/1947, sem tal imposição, os tribunais nacionais se dividiam sobre a matéria, tendo-se considerado o artigo III como autoaplicável na Itália e ora destituído[18], ora dotado [19] de efeito direto na Alemanha.

É verdade que também naquela época a Corte de Justiça concluiu pela negativa, mas as suas decisões — não-raro relativas a outros artigos: o célebre caso *International Fruit*, por exemplo, cuida do artigo XI (eliminação geral das restrições quantitativas) — não são necessariamente superiores do ponto de vista técnico, o que exige um aprofundamento da análise.

No primeiro momento, a CJE pôs em evidência a grande fluidez do GATT/1947, cujas regras admitiam incontáveis exceções e cujo sistema de solução de controvérsias tinha cariz essencialmente diplomático (negociação, retaliação e direito de retirada)[20]. Após a criação da OMC, que remediou estas duas fragilidades, a Corte manteve o entendimento anterior, apelando – além do preâmbulo acima referido – **(i)** à possibilidade residual de inobservância, pelo Estado vencido, da decisão do órgão de solução de controvérsias, desde pague compensações ou aceite retaliações; e **(ii)** à falta de reciprocidade quanto a efeito direito da parte dos grandes parceiros comerciais da Europa[21].

Ora, o fato de um tratado veicular princípios gerais, cuja tradução exige a livre apreciação dos poderes políticos, não impede que alguns de seus comandos tenham densidade suficiente para ser entendidos e imediatamente aplicados pelo juiz interno. É o caso das regras tributárias aqui consideradas, suficientemente claras em seu conteúdo e que não impõem ao Judiciário uma atuação como legislador positivo, mas a simples anulação das normas internas que as contrariem.

A previsão de resistência do Estado vencido e de sanções para esta situação (compensações e represálias) não diz nada da pretensa natureza política dos tratados da OMC[22], mas ao contrário confirma a sua juridicidade, já que o Direito só se justifica pela possibilidade prática de sua violação. Deveras, qual seria o sentido de uma regra impondo o dever de respirar? E qual poderia ser a pena para um Estado que recalcitre em obedecer à decisão do órgão de solução de controvérsias? A guerra?

A falta de reciprocidade não é, salvo previsão expressa, motivo para que um Estado se isente de cumprir os seus acordos internacionais, como o sublinha a própria CJE em casos alheios à OMC [23]. O remédio consiste em exigir o comportamento devido pela outra parte ou denunciar o tratado.

Finalmente, para retomar os argumentos de Marcelo Zandavali, os fatos de que a solução negociada pelos Estados possa fazer abstração de situações individuais e de que a decisão do órgão de solução de controvérsias seja privada de efeito retroativo não significam, para nós,

que o particular seja impedido de fazer valer as disposições do tratado perante o Judiciário, a fim de ver restaurado o *status quo ante*.

De saída porque a Constituição brasileira garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída à apreciação do Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV), o que afasta, para as regras convencionais dotadas de densidade jurídica (*justiciability*), a doutrina dos atos políticos.

Depois porque a existência de um mecanismo convencional para a solução de disputas e a possibilidade de proteção diplomática, com todas as suas limitações, nunca foram compreendidas como excludentes do recurso aos tribunais domésticos, onde isto seja possível.

Enfim, porque é errôneo falar de forma maniqueísta em interesses nacionais contrapostos a interesses estrangeiros, não deixando de ser nacional o interesse de um importador aqui residente de comprar os seus produtos sem a carga tributária adicional inaplicável aos similares produzidos internamente.

Antes de concluir, vale notar que – salvo talvez para os tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional – não existe controle concentrado de convencionalidade, tendente à anulação *erga omnes* da regra interna. Como este se faz sempre na via incidental, caso a caso, perde força a tese que associa o efeito direto dos tratados a uma grave usurpação das competências dos poderes políticos.

Filosoficamente, superados os aspectos dogmáticos, temos que a discussão sobre o efeito direto das regras de não-discriminação e de vedação aos subsídios tributários contrapõe os juristas que optam pelo lado dos fautores das regras, os detentores do poder (análise *ex parte principis*) àqueles que tomam a posição dos destinatários das regras, os particulares (análise *ex parte populi*).

Face ao compromisso da Constituição de 1988 com os direitos individuais, não hesitamos em aderir à segunda perspectiva, por razões que são, elas também, de direito positivo.

[1] “À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional.”

[2] “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional.”

[3] “O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.”

A súmula só valeu enquanto vigoraram isenções estaduais para o produto.

[4] Marcelo Freiburger Zandavali. *O Juiz Brasileiro e as Normas da OMC – Brazilian Judges and WTO Rules*. Revista CEJ nº 61, 2013, p. 47-58.

[5] STF, Pleno, CR 8.279-AgR/AT, DJ 10.08.2000.

[6] STF, Pleno, RE 229.096/RS, DJe 11.04.2008.

[7] STF, Pleno, ADI 1.480 MC/DF, DJ 18.05.2001.

[8] Igor Mauler Santiago. *Direito Tributário Internacional: Métodos de Solução dos Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 37-50.

[9] Voto do Ministro Ilmar Galvão no referido RE 229.096/RS.

[10] Votos dos Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra e Rodrigues Alckmin no RE 80.004/SE (STF, Pleno, DJ 29.12.77). Voto do Ministro Moreira Alves na ADI 1.600/UF (STF, Pleno, DJ 20.06.2003).

[11] Carlos Manuel Vázquez. *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper nº 12-101, 1995, p. 709. Thomas Cotier e Krista Nadakavukaren Schefer. *The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law*. Oxford Journal of International Economic Law, 1998, p. 92.

[12] “III.2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. (...)”

[13] “Artigo 1 – Definição de subsídio

1. Para os fins deste Acordo, considerar-se-á a ocorrência de subsídio quando:

a) 1) haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado a partir daqui ‘governo’), i.e.:

(...)

(ii) quando receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais).”

[14] “Artigo 3 – Proibição

1. Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no Artigo 1:

(...)

b) subsídios vinculados de fato ou de direito ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições.”

[15] C. M. Vázquez, *op. cit.*, p. 699-700.

[16] T. Cotier e K. N. Schefer, *op. cit.*, p. 107-108.

[17] Paul Kapteyn. *The Domestic Law Effect of Rules of International Law Within the European Community System of Law and the Question of the Self-Executing Character of GATT Rules*. International Lawyer ABA, 1974, p. 78.

[18] Ambas as informações em P. Kapteyn, *op. cit.*, p. 77.

[19] Meinhard Hilf. *The Role of International Courts in International Trade Relations*. Michigan Journal of International Law, 1997-1998, p. 344.

[20] Casos Conjuntos 21-24/1972.

[21] Caso C 149/96.

[22] Como afirma John J. Barceló III. *The Paradox of Excluding WTO Direct and Indirect Effect in U.S. Law*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 9, 2006, p. 166.

[23] Marco Bronckers. *The Effect of the WTO in European Court Litigation*. Texas International Law Review 40, p. 444.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-abr-15/regras-tributarias-gatt-omc-aplicacao-direta-brasil/>