

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A cláusula do tratamento nacional em matéria tributária do GATT/94 e o Brasil: validade e responsabilidade internacional em face do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988*

Luciane Amaral Corrêa

Sumário

Introdução. 1. A celebração do acordo GATT/94 pelo Brasil. 1.1. Da competência da União Federal para a celebração de tratados internacionais. 1.2. Da obrigatoriedade do artigo III do GATT/94 para o Brasil. 2. Da responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do artigo III:2 do GATT/94 relacionado com a isenção de tributos estaduais e municipais. 2.1. Da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito – síntese do regime geral. 2.2. Da responsabilidade internacional no sistema da OMC e da violação do artigo III:2 do GATT/94 pelo Brasil relacionada com o art. 151, III, da CF/88. Conclusão.

Introdução

A celebração do GATT/94 pelo Brasil trouxe consigo, em virtude do disposto no art. 151, III, da Constituição Federal de 1988, um problema relativo à aplicação de uma de suas normas, a cláusula do tratamento nacional, quando dela resulte isenção de tributos estaduais e municipais.

A matéria tem dado origem a muitas dificuldades tanto na doutrina como para os tribunais e ainda não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que iniciou seu julgamento em fevereiro de 1999 e o suspendeu em virtude de pedido de vista – RE 229096-0-RS. Em função de tais dificuldades, a cláusula do tratamento nacional tem sido inclusive objeto de violação relacionada com o dispositivo constitucional menci-

*Artigo a ser publicado em duas partes (segunda parte na próxima edição).

Luciane Amaral Corrêa é Juíza Federal em Porto Alegre-RS, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora de Direito Internacional Público da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE.

onado. Segundo entendemos, a falta de uma abordagem sistematizada da questão tem contribuído para sua nebulosidade, que é, a nosso ver, apenas aparente.

Pretendemos tratar do tema a partir de uma investigação quanto à natureza da norma do art. 151, III, da CF, isto é, quanto a constituir-se ela ou não em limitação à competência da União para representar a República Federativa do Brasil no plano internacional, inclusive na celebração de tratados. A resposta a tal investigação nos permitirá apurar a validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil e a conseqüente obrigatoriedade de suas normas para o país. Em seguida, tencionamos examinar a responsabilidade internacional do Brasil perante a Organização Mundial de Comércio pela violação da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária relacionada com o artigo 151, III, da Constituição Federal.

O presente artigo se divide em duas partes, a primeira delas atinente à validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil e à conseqüente obrigatoriedade da cláusula do tratamento nacional correspondente para o país, e a segunda, à responsabilidade internacional do Brasil perante a OMC pela violação daquela cláusula relacionada com o art. 151, III, da CF/88.

1. A celebração do acordo GATT/94 pelo Brasil

O artigo III:2 do GATT/94, como se verá a seguir, exige tratamento tributário idêntico para produtos domésticos e produtos similares importados. Dessa maneira, toda vez que um produto doméstico gozar de isenção de tributos estaduais e municipais, os produtos similares importados, por força daquela cláusula, também deverão ser beneficiados com tal isenção. Em virtude dessa disposição, surge a problemática instaurada pelo artigo 151, III, da Constituição Federal, que proíbe a União de conceder isenções de tributos estaduais e municipais.

O artigo 151, III, da Constituição Federal objetivou afastar a possibilidade de a União instituir as chamadas *isenções heterônomas*, admitidas pelo sistema constitucional anterior. Ocorre que, mesmo na vigência daquele sistema, a possibilidade de a União conceder isenção de tributos estaduais e municipais era limitada, dependendo de edição de lei complementar e em atenção a “relevante interesse social ou econômico nacional”¹. Assim, à época da Emenda Constitucional 23/69, que outorgou aos estados a competência para tributar também a mercadoria importada, marcando o fato gerador sua entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “à mercadoria importada de um país signatário do GATT ou membro da ALALC estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional” – súmula 575 –, chegando a tal solução principalmente por considerar o GATT um tratado-contratual. Examinando-se os diversos acórdãos que levaram à edição daquela súmula (ver DOLINGER, 1993, p. 94-97), vê-se que a controvérsia limitou-se à possibilidade ou não de a EC 23/69 ter revogado as disposições do GATT, já que havia instituído nova hipótese de incidência do tributo estadual. Posteriormente, em razão de a Constituição de 1988 ter modificado a competência do STF, tais controvérsias passaram a ser decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou as súmulas 20 e 71² no mesmo sentido das decisões do STF, ambas anteriores ao GATT/94. Desse modo, os problemas tributários ocasionados em virtude da aplicação da cláusula do tratamento nacional do GATT não são novos no sistema brasileiro. Entretanto, o GATT/94 não se confunde, no que diz respeito aos procedimentos de celebração e incorporação, com os tratados anteriores e o fato de ter sido celebrado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inclui em seu texto o art. 151, III, fez com que surgisse uma nova discussão a respeito do tema, relacionada com o alcance daquele dispositi-

vo, na medida em que limite ou não a competência da União para celebrar tratados internacionais quando deles resulte isenção de tributos estaduais ou municipais.

Para resolver a problemática instaurada, é preciso saber se o GATT/94 foi ou não validamente celebrado pelo Brasil e, conseqüentemente, se o Brasil está ou não obrigado ao cumprimento do artigo III:2, inclusive no que diz respeito às isenções de tributos estaduais e municipais.

1.1. Da competência da União Federal para a celebração de tratados internacionais

Questiona-se, em primeiro lugar, se a União poderia firmar tratados internacionais concedendo, ainda que de forma indireta, isenções de tributos estaduais e municipais, ou seja, se ela teria *competência* para tanto³. A questão é bastante relevante em virtude do disposto no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prevê expressamente que, se um Estado determinado alegar ter firmado um tratado violando seu direito interno sobre competência para tanto, sendo, assim, nulo seu consentimento, somente poderá fazê-lo fundado em violação manifesta de uma regra de seu direito interno de importância fundamental⁴. A Convenção não foi ratificada pelo Brasil; entretanto, o país já a invoca plenamente nas suas relações internacionais, podendo-se dizer que o conteúdo de suas normas deu origem a um costume internacional por ele praticado⁵.

Na forma do artigo 46 da Convenção de Viena, a violação manifesta de uma regra interna *de importância fundamental* equivaleria a uma violação de norma constitucional, não de norma interna ordinária. Ora, se o art. 151, III, da Constituição Federal limita a competência da União para celebração de tratados internacionais, então o Brasil poderia invocar o art. 46 da Convenção de Viena para sustentar um vício do consentimento na celebração do próprio GATT/94, não podendo, a princípio, sofrer as conseqüên-

cias nele previstas pela violação das normas correspondentes por um estado-membro da federação. Se, entretanto, o art. 151, III, não se relaciona com a competência da União no que tange à celebração de tratados, então o Brasil não poderia invocar em seu favor aquele artigo e o acordo, se validamente celebrado e em vigor no plano interno, é eficaz quanto aos estados-membros.

Riccardo Guastini ensina que há ao menos quatro tipos de hierarquia entre normas, estrutural, material, lógica e axiológica. Segundo ele, a relação de hierarquia estrutural ou formal entre duas normas é aquela que decorre da estrutura da linguagem jurídica, em que uma norma, dita secundária, regula a produção jurídica de outra, dita primária. Conseqüentemente, a noção de hierarquia estrutural ou formal está intimamente ligada à noção de *validade* formal, que examina se a norma foi produzida em conformidade com aquela que disciplina sua produção (1996, p. 312-315). A Constituição Federal de 1988 regula a produção jurídica de tratados internacionais, estabelecendo os critérios de sua validade formal, entre eles fixando a competência para sua celebração.

Há muita controvérsia na doutrina e também na jurisprudência acerca da celebração, pela União, de tratados de que resultem isenções de tributos estaduais e municipais, muitas vezes sem que reste claro quanto a corresponder ou não a um problema de competência relativa à celebração do tratado. Na doutrina, por exemplo, embora não com referência expressa ao GATT/94, alguns autores se manifestaram contra a possibilidade de introdução de isenção de tributos estaduais e municipais por meio de tratados internacionais celebrados pela União⁶, enquanto outros posicionaram-se a seu favor⁷. Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, entendeu que não mais prevalecem isenções concedidas ao abrigo da cláusula do tratamento nacional do GATT⁸. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, decidiu inicialmente que a União Federal não tinha competência para celebrar tratados que acarretassem isenção de tributos estaduais e municipais em nome da República Federativa do Brasil:

“Tributário. Isenção. ICMS. Tratado internacional. 1. O sistema tributário instituído pela CF/1988 vedou a União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos estados, do Distrito Federal e municípios (art. 151, III). 2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido. 3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna. 4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo sistema tributário nacional”.

Em seu voto, o relator, ministro José Delgado, diz que “certo é que a amplitude que a Constituição Federal outorga à União Federal para celebrar tratados recebe os limites impostos pela própria Carta. No caso, há em tema de isenção a proibição constitucional de a União instituir isenções tributárias da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 151, III, CF)”¹⁰.

Atualmente, duas posições são adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A primeira é ilustrada por acórdão de sua Primeira Turma em mandado de segurança relativo a bacalhau importado da Noruega em 1996, em que a impetrante pretendia o benefício da isenção de ICMS concedida ao peixe seco e salgado, com aplicação da súmula 71 daquele Tribunal. Extrai-se do voto do eminente relator, ministro Milton Luiz Pereira, o seguinte trecho:

“(...) O Brasil é um Estado Federado, todavia, a autonomia dos Estados é limitada. A competência para firmar Tratados e Convenções é do Estado

Soberano – o Brasil. Assim, a União, ao firmar Tratados, representa o Estado Soberano, isto é, toda a federação, e os Acordos de que é signatária obrigam não só a União, mas a todos os Estados federados. Inusitado seria conceder-se aos Estados e Municípios competência para firmar Tratados e Convenções, ainda que em matéria de isenção tributária”¹¹.

A segunda posição se refere a entendimento no sentido de que “quem tributa ou isenta do ICMS são os Estados, mas a União pode, por acordo internacional, garantir que a tributação, quando adotada, não discrimine os produtos nacionais e os estrangeiros, em detrimento destes”¹². A respeito desse posicionamento, parece-nos difícil concordar com a idéia de que o fato de a União estender a isenção a produtos importados seja diferente de isentar.

É de se fazer referência, ainda, a decisões do Superior Tribunal de Justiça que se limitam a aplicar a súmula 71 ao argumento de que “é vedado ao STJ o exame de matéria constitucional”, deixando, portanto, sem apreciação o problema derivado do artigo 151, III, da Constituição¹³.

Os acórdãos supracitados são representativos da dificuldade que a questão apresenta para os tribunais. Deve-se evidenciar que a controvérsia ainda não foi pacificada, porque a matéria se encontra pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete a última palavra em matéria constitucional¹⁴.

A investigação quanto à validade da celebração do GATT/94, portanto, depende do exame da competência da União para agir em nome da República Federativa do Brasil no plano internacional e, em especial, da eventual limitação dessa competência pelo art. 151, III, da CF. Assim, para que se apure se o GATT/94 foi validamente celebrado, é preciso que se investigue quanto à personalidade jurídica internacional da República Federativa do Brasil e a quem cabe representá-la no plano internacional.

No que diz respeito ao tema da personalidade jurídica internacional, Ian Brownlie observa que “tudo o que pode ser dito é que um ente do tipo reconhecido pelo direito costumeiro como *capaz* de possuir direitos e deveres e de promover reclamações internacionais, e tendo por aquele conferidas tais capacidades, é uma pessoa jurídica. Se a primeira condição não for satisfeita, o ente respectivo ainda pode ter personalidade jurídica de um tipo muito restrito, dependendo do acordo ou da aquiescência das pessoas jurídicas reconhecidas e oponível no plano internacional apenas àqueles que com ela concordem ou aquiesçam”¹⁵. Note-se que a personalidade jurídica internacional é efetivamente determinada a partir do paradigma estatal, derivando da comparação com tal paradigma o reconhecimento de outras pessoas jurídicas internacionais. Isso porque, da mesma forma que ocorre no direito interno, quando se fala em personalidade jurídica se está invocando o *status* de uma determinada entidade *com referência a um sistema jurídico determinado*. Assim, somente se pode determinar o que seja uma pessoa jurídica internacional à luz do Direito Internacional Público, que conferiu tal condição inicialmente aos Estados, pessoas jurídicas internacionais *por excelência* e paradigmas para o reconhecimento como tal das demais. A importante consequência que daí se extrai é que é ao Direito Internacional Público, e a nenhum direito interno, que compete dizer o que é um Estado, possibilitando assim que determinado ente seja considerado pessoa jurídica internacional nessa categoria.

O que é, portanto, um Estado? A doutrina parte geralmente da Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933 para definir quais os critérios legais para identificação de um Estado, acrescentando alguns autores outros requisitos. Segundo tal Convenção, são critérios de estatalidade¹⁶: a) população permanente; b) território definido; c) governo; d) capacidade de estabelecer relações com outros

Estados. Ian Brownlie, por exemplo, menciona, ainda, outros critérios: um certo grau de permanência; desejo de observar as normas internacionais; um certo grau de civilização; soberania; funcionamento estatal (1998, p. 70-77). David Feldman, igualmente, criticando a Convenção de Montevideu, formula critérios: a) tratar-se de um ente coletivo socialmente organizado; b) possuir um *status* jurídico internacional independente; c) respeitar direitos e deveres internacionais; d) ser capaz de participar de relações internacionais; e) possuir capacidade de celebrar tratados; f) ser responsável pelas violações de normas jurídicas internacionais; g) ser capaz de defender seu *status* jurídico¹⁷. Não sendo objetivo do presente trabalho um estudo amplo da personalidade jurídica internacional, bastam, para o único fim de responder à pergunta quanto à qualidade de pessoas jurídicas internacionais dos estados-membros de federação, os critérios da Convenção de Montevideu.

O primeiro dos critérios de estatalidade utilizados pela Convenção de Montevideu de 1933 é o da população permanente. Tal critério, segundo Ian Brownlie, é de ser utilizado com o do território e tem a conotação de uma comunidade estável (1998, p. 70-71). Peter Malanczuk, por sua vez, apesar de referir que “o critério de uma ‘população permanente’ está conectado com o do território e constitui a base física da existência de um Estado”¹⁸, lembra que “quem pertence à ‘população permanente’ de um Estado é determinado pela lei interna sobre a nacionalidade, que o Direito Internacional deixa à discricção dos Estados, com exceção de um número limitado de circunstâncias”¹⁹. Mais adiante, observa que “um Estado exerce jurisdição territorial sobre seus habitantes e jurisdição pessoal sobre seus nacionais quando aqueles estão no estrangeiro. O aspecto essencial, assim, é o sistema jurídico nacional comum que governa indivíduos e diversos grupos num Estado determinado”²⁰.

Pode-se dizer, com respeito às observações acima, que o critério da população per-

manente extraído da Convenção de Montevideo de 1933 leva em conta dois aspectos: a) a jurisdição estatal sobre o respectivo território e as pessoas que nele habitam, sejam elas nacionais ou estrangeiras, sujeitas a regimes jurídicos distintos embora provenientes de uma mesma fonte estatal – por isso a expressão de Malanczuk, “sistema jurídico nacional comum”; b) a existência de nacionais e a possibilidade de atribuição do vínculo de nacionalidade.

O segundo critério mencionado pela Convenção é o do território definido. Malanczuk é categórico: “o controle do território é a essência do Estado”²¹. O território é a base física sobre a qual se assenta a população e o Estado exerce sua jurisdição. Assim, pode-se dizer que o critério territorial está ligado à idéia de controle do território – pressupõe-se a jurisdição estatal sobre determinada base física – e, em consequência, à idéia de independência ou soberania.

O governo é o terceiro critério utilizado pela Convenção de Montevideo. É por meio dele que se exerce o controle sobre o território e a população. É verdade que, como aponta Ian Brownlie, o princípio da autodeterminação hoje se contrapõe ao conceito de governo efetivo (1998, p. 71) – a questão, contudo, foge dos limites do presente trabalho, que apenas pretende esboçar em linhas gerais os requisitos da estatalidade para determinar se os estados-membros de federação têm ou não personalidade jurídica internacional e, se a têm, em que medida.

Ian Brownlie retira do quarto e último critério, a capacidade de estabelecer relações com outros Estados, a noção de independência. Segundo ele, “na enumeração contida na Convenção de Montevideo, o conceito de independência é representado pelo requisito da capacidade de estabelecer relações com outros Estados. A independência tem sido enfatizada por muitos juristas como o critério decisivo da estatalidade”²². Embora alguns doutrinadores identifiquem a independência como um critério à parte, parece-nos possível extraí-lo da capacida-

de de estabelecer relações com outros Estados, como faz Brownlie. Conforme já mencionado outras vezes, para os fins do presente trabalho aceitamos os critérios da Convenção, já que uma simples análise dos requisitos basta aos objetivos propostos, não se tratando de uma investigação aprofundada sobre a personalidade jurídica internacional, mas de suas implicações naquilo a que nos propusemos investigar.

A idéia de independência está intimamente ligada à de soberania, que significa, na moderna concepção do Direito Internacional Público, em última análise, “independência” e implica a igualdade entre os Estados²³. Conforme leciona Jean Combacau, após explicitar que o significado de soberania na ordem internacional corresponde a uma qualidade privativa do poder estatal que implica a exclusão de qualquer outro poder com autoridade sobre si, “a soberania internacional não é, assim, nada além da formalização legal de uma independência de fato ou, se quisermos, o direito à manutenção da independência” (tradução livre)²⁴.

O corolário da soberania em Direito Internacional Público é a proteção ao domínio reservado do Estado, consubstanciada no princípio da não-intervenção ou da não-ingerência. Conforme Ian Brownlie, “a soberania e a igualdade dos Estados representam a doutrina básica inerente ao direito das nações, que regula uma comunidade consistente principalmente de Estados com personalidade jurídica uniforme. *Se o Direito Internacional existe, então a dinâmica da soberania estatal pode ser expressa em termos jurídicos e, como Estados são iguais e têm personalidade jurídica, a soberania é na sua maior parte uma relação com outros Estados (e com organizações de Estados) definida pelo Direito*” (tradução livre, grifo nosso)²⁵.

Verdross lembra que “o Tribunal Internacional da Haia afirma, por exemplo, em sua decisão de 07 de setembro de 1927, dada no caso do vapor *Lotus* (...), que o Direito Internacional regula relações entre Estados in-

dependentes ('independent states')²⁶. Segundo ele, "o ordenamento dos Estados soberanos não deriva (por delegação) de outro ordenamento estatal, porém existe *imediatamente e diretamente* em virtude do Direito Internacional"²⁷.

Com base nos critérios acima expostos, pode-se afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado e, como tal, tem personalidade jurídica internacional. Essa constatação, porém, por si só, não soluciona a problemática relativa à celebração do GATT/94, que depende, ainda, de uma investigação quanto à natureza do Estado federal – condição de que se reveste o Brasil, como se verá a seguir –, possibilitando determinar a quem cabe a representação do país no plano internacional.

Reinhold Zippelius ensina que "o Estado federal é uma união jurídico-política de Estados, em que também a própria associação organizada de Estados (a federação) possui a qualidade de Estado. No Estado federal, a constituição da federação distribui a totalidade das funções e atribuições do Estado entre os órgãos centrais da federação ('órgãos federais') e os Estados federados, e isso de forma a que nenhum desses poderes receba uma soberania das competências total, quer dizer, um poder de regulação ilimitado. Os órgãos federais compartilham, portanto, com os órgãos dos Estados membros todas as competências que num Estado unitário cabem a uma organização estatal unitária. Assim, a característica essencial do Estado federal reside no facto de a soberania dos órgãos, isto é, a soberania jurídico-constitucional das competências, não se encontrar nem nos órgãos centrais da federação nem nos órgãos dos Estados membros. *Ambos exercem um poder estatal directamente incidente sobre os cidadãos, dentro das respectivas esferas de competência que a constituição da federação lhes atribui*" (1997, p. 82-83).

Konrad Hesse, por sua vez, afirma que "o conceito jurídico-constitucional do estado federal compreende, sem dúvida, características gerais que também são próprios

de outras ordens estatal-federais: ele indica, nisso, uma união de várias organizações estatais e ordens jurídicas, e, precisamente, aquelas dos 'estados-membros' e aquelas do 'estado-total', em que estado-total e estados-membros são coordenados mutuamente na forma que as competências estatais entre eles são repartidas, que aos estados-membros, por meio de um órgão especial, são concedidas determinadas possibilidades de influência sobre o estado-total, ao estado-total determinadas possibilidades de influência sobre os estados-membros e que uma certa homogeneidade das ordens do estado-total e dos estados-membros é produzida e garantida" (1998, p. 178-179).

Entre nós, Luís Roberto Barroso conceitua o Estado federal como "uma modalidade de Estado composto, onde se verifica a superposição de duas ordens jurídicas – federal, representada pela União, e federada, representada pelos Estados-membros –, coordenadas por um processo de repartição de competências determinado pela Constituição Federal, em que a União titulariza a soberania e os Estados-membros detêm autonomia, participando, por um critério de representação, na formação da vontade federal" (1982, p. 27).

Das definições supracitadas, pode-se concluir que o Estado federal é um Estado do tipo composto, já que, ao contrário do que ocorre com os Estados simples ou unitários, seu ordenamento jurídico tem mais de uma fonte de direito público, isto é, tanto as ordens jurídicas central como regionais incidem diretamente sobre os cidadãos na medida de sua competência – na hipótese brasileira, ainda, deve-se acrescentar um grau inovador de descentralização, na figura dos municípios, integrantes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF). Pode-se, ainda, retirar os elementos essenciais do Estado federal: a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, mais especificamente, as ordens jurídicas dos estados-membros e a ordem jurídica central, ou seja, da União, operando cada uma de forma di-

reta sobre os cidadãos na medida de sua competência; a coordenação entre tais ordens jurídicas, de forma a que os estados-membros possam influenciar a União e vice-versa; a repartição de competências entre União e estados-membros, característica principal do Estado federal e que possibilita, justamente, a incidência direta das ordens jurídicas superpostas; a sujeição das diversas ordens jurídicas à *constituição-total*²⁸, ou seja, à constituição federal, a quem cabe efetuar a repartição das diversas competências, estabelecendo, inclusive, órgãos destinados a assegurar a observância das normas respectivas.

O Estado federal não é, portanto, uma mera desconcentração, envolvendo unicamente a atuação administrativa, mas uma verdadeira descentralização, já que há mais de uma ordem jurídica incidindo diretamente sobre os cidadãos num território determinado. Sua nota característica, destarte, é a repartição de competências efetuada pela constituição federal, que atribui parcelas do poder estatal total ou global – ou seja, parcelas da soberania global, por isso Zippe-lius se refere à “soberania global das competências” – a cada uma das ordens jurídicas envolvidas.

A repartição de competências é o elemento primordial da federação²⁹, já que significa, em última análise, a repartição do poder estatal, da soberania global das competências, atribuída aos diversos componentes do Estado federal. Assim, detém a soberania global das competências o Estado federal, ou Estado-total, que as reparte entre União e estados-membros na constituição federal, inclusive determinando a quem cabe representá-lo no plano internacional. Conforme leciona Raul Machado Horta, “a repartição de competências é, tecnicamente, matéria da Constituição do Estado Federal ou da Constituição total, para usarmos a categoria da teoria kelseniana. Pela sua abrangência, ultrapassa o campo da organização da União/Federação, para alcançar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no con-

junto orgânico da República Federativa” (1995, p. 407).

Os estados-membros de federação não preenchem o critério da população permanente em toda a sua extensão, já que não atribuem vínculo de nacionalidade. Além disso, exercem controle sobre seu território *na medida de sua competência*, da mesma forma ocorrendo com o governo. Por fim, no que tange à soberania, não têm vínculo direto com o Direito Internacional, podendo-se afirmar, com Verdross, que “por faltarlhes este requisito da vinculação imediata ao Direito Internacional, carecem de personalidade jurídico-internacional os Estados-membros de um Estado federal, os Estados vassalos e outros agrupamentos autônomos dentro de um Estado, sempre que não se lhes reconheça uma subjetividade jurídica parcial no marco de sua autonomia”³⁰. Decorrendo a personalidade jurídica de um sistema jurídico determinado que lhe atribui tal qualidade, pressupõe-se uma vinculação imediata da pretensa pessoa jurídica àquele sistema, sendo desse modo característica das pessoas jurídicas de Direito Internacional a imediata vinculação a tal Direito.

Os estados-membros de federação não têm, em princípio, vinculação imediata ao Direito Internacional e, portanto, carecem de personalidade jurídica internacional. A doutrina, no entanto, reconhece que podem eles possuir personalidade jurídica na medida em que se estabeleça tal vinculação. No plano internacional, destarte, muito embora os doutrinadores se refiram à detenção de personalidade jurídica limitada por parte dos estados-membros de federação, parece-nos mais técnico e coerente com a própria noção de Estado federal o simples reconhecimento de capacidade de exercício dessa personalidade, na forma determinada pela constituição respectiva, já que inexistente a vinculação entre estados-membros e Direito Internacional Público, que se opera entre esse e o Estado-total. A nosso ver, podem os estados-membros, na medida em que a constituição lhes outorgue tal compe-

tência, representar o Estado-total no plano internacional, assim como o faz a União; raciocinar em sentido contrário seria o mesmo que admitir que a União, em vez do Estado-total, tenha personalidade jurídica internacional, já que tanto ela como estados-membros são descentralizações de um mesmo Estado. No caso específico da celebração de tratados internacionais, parece-nos possível que os estados-membros tenham, se assim determinar a constituição federal, *treaty-making power*, não *treaty-making capacity*, o que também se aplica à União. A respeito, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros ensina que “o estudo da celebração dos tratados pressupõe cuidadosa distinção entre a *capacidade dos Estados para celebrar tratados* (um dos predicados da capacidade internacional, freqüentemente denominado por juristas de várias nacionalidades pelo nome inglês de *treaty-making capacity*) e a competência dos poderes constituídos do Estado para formar e declarar a vontade estatal em assumir compromissos internacionais (*competência para celebrar tratados*, chamada assiduamente pelos doutrinadores de *treaty-making power*)” (1995, p. 136).

Malcolm N. Shaw situa muito bem o problema: “O Estado federal terá ele mesmo, evidentemente, personalidade, mas a questão a respeito da personalidade e da capacidade das unidades componentes da federação no plano internacional pode ser determinada apenas à luz da constituição e da prática do Estado respectivo (...). Estados componentes de uma federação que tenham sido dotados de uma certa competência internacional restrita podem assim ser tidos como detentores de um certo grau de personalidade internacional. A questão tem surgido especialmente com relação a tratados. Lauterpacht, em seu Relatório sobre o Direito dos Tratados, por exemplo, observou que tratados concluídos por unidades componentes de estados federais ‘são tratados de acordo com o Direito Internacional’, embora Fitzmaurice tenha feito uma abordagem diferente no seu Relatório sobre o Direito dos

Tratados, estatuidando que tais unidades agem como *agentes* da federação, única a possuir personalidade internacional, sendo ela a entidade obrigada pelo tratado e responsável por sua implementação”³¹.

Ian Brownlie, por sua vez, entende que “uma constituição federal pode conferir *treaty-making capacity* e *power* para estabelecer relações diplomáticas de forma separada aos membros constitutivos. Normalmente, o estado-membro está simplesmente agindo como delegado ou agente do Estado-mãe. Entretanto, por acordo ou reconhecimento, um estado-membro pode assumir uma personalidade separada, análoga à condição de Estado, no plano internacional. Assim a Ucrânia e a Bielorrússia, como membros da ex-União Soviética, concluíram tratados em seu próprio nome e eram membros da ONU”³². Já Peter Malanczuk observa que “o Direito Internacional se preocupa apenas com Estados capazes de manter relações internacionais; conseqüentemente, o Estado federal é tido como Estado para os fins do Direito Internacional, mas os estados-membros da federação, não. Se um estado-membro da federação age de forma incompatível com as obrigações internacionais do Estado federal, é o último quem é tido como responsável pelo Direito Internacional”³³. Também Reinhold Zippelius diz que “quanto mais nítido se tornou que a soberania – sobretudo em virtude das interdependências estatais – é susceptível de ser relativizada, tanto mais questionável pareceu a mencionada limitação da capacidade de direito internacional. Hoje em dia têm capacidade de direito internacional não apenas os Estados soberanos; até Estados membros de Estados federais podem ter uma capacidade limitada de direito internacional se tal for previsto na constituição da federação (...)” (1997, p. 85).

Deve-se concluir então que não detêm os estados-membros de federações a condição de sujeitos de Direito Internacional, justamente porque lhes falta uma vinculação direta àquele sistema, existente apenas entre ele e o Estado-total. Quaisquer atos que pos-

sam ser praticados pelos Estados-membros no plano internacional têm por fundamento a constituição federal e, como tal, são atos de representação do Estado federal, traduzindo uma capacidade de agir em nome do Estado total no limite de sua competência – relativamente à celebração de tratados internacionais, um *treaty-making power*. De qualquer forma, o problema não tem maior relevância para o presente trabalho, já que, como se verá a seguir, não há previsão, na Constituição Federal Brasileira de 1988, de exercício de parcela da soberania externa por estados-membros.

A República Federativa do Brasil é um Estado federal. Assim, observa-se da leitura do artigo 1º da Constituição que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Logo em seguida, o art. 2º enumera os poderes da União – que nada mais é do que a “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Posteriormente, o artigo 4º refere os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Ainda, o artigo 18 diz que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Tal artigo se insere no Título III, que trata da organização do Estado, iniciando pela organização administrativa (capítulo I), seguido pelos capítulos que enumeram as competências de cada ente da Federação, ou seja, a União (capítulo II), os Estados Federados (capítulo III), os municípios (capítulo IV), o Distrito Federal e os territórios (capítulo V), e pelo instrumento intrínseco à natureza federativa do Brasil, a intervenção (capítulo VI), tratando, ao final, da Administração Pública (capítulo VII). Por último, ao enumerar as competências da União, confere-lhe a Constituição, de forma exclusiva, a manutenção de relações com Estados estrangeiros e a participação em organizações internacionais (art. 21, I).

Decorre, portanto, de uma leitura atenta da Constituição, que o Estado federado brasileiro está composto pela união indissolúvel dos estados, municípios e Distrito Federal e que cabe à União sua representação exterior, isto é, a competência exclusiva no que diz respeito à participação em organizações internacionais e manutenção de relações com Estados estrangeiros – incluindo-se no dispositivo, portanto, a celebração de tratados internacionais. Verifica-se que a União é um ente jurídico interno, imprescindível ao Estado Federal, não se confundindo ela com a República Federativa do Brasil – o que resta evidenciado dos artigos 1º e 18, em especial –, sendo clara a distinção na própria Carta Magna, que se utiliza dos dois termos de forma a diferenciar a República Federativa do Brasil de um de seus componentes, o estado central, ou a União Federal. Tal constatação encontra reforço no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição, que, ao se referir a tratados internacionais em matéria de direitos humanos, o faz mencionando os tratados internacionais de que a *República Federativa do Brasil seja parte*, inferindo-se do dispositivo que não há tratados internacionais de que a União seja parte, mas sim a República Federativa do Brasil.

Ora, toda vez que a Constituição se refere ao Brasil, ao Estado brasileiro, fala em República Federativa do Brasil. Quando utiliza o termo União, está-se referindo a um dos entes internos que compõem a República Federativa do Brasil, a quem cabe, igualmente e devido às características próprias de um Estado Federal, a representação dessa última no plano internacional. Assim, quando, no artigo 151, III, a Constituição prevê que “é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, está-se referindo ao ente de competência interna, proibindo as chamadas *isenções heterônomas* admitidas pelo sistema constitucional anterior, mas não à República Federativa do Brasil, soberana no exercício das re-

lações internacionais, de quem a União é mera representante. A União, ao celebrar tratados internacionais, age como representante da República Federativa do Brasil, exercendo sua competência constitucional. Se celebra acordo que pode levar à isenção de tributos estaduais e municipais, não age em seu nome, mas no do Estado Brasileiro. Os Estados possuem capacidade para celebrar tratados – *treaty-making capacity*; porém, é preciso que um determinado órgão aja em seu nome, possuindo, destarte, competência para tanto – *treaty-making power*. É o que ocorre com a República Federativa do Brasil, que celebra tratados por meio da União. Raciocinar em sentido contrário corresponderia a concluir que a República Federativa do Brasil jamais poderia firmar tratados concedendo isenção de tributos estaduais e municipais, já que somente a União tem capacidade para representá-la no plano internacional.

A moderna interpretação constitucional, que se traduz em verdadeira concretização³⁴, deve partir dos dispositivos constitucionais, respeitando-se, entre outros, o princípio da unidade da Constituição, cânone interpretativo que determina que a Constituição deve resultar num corpo harmônico, já que, conforme ensina Raquel Denize Stumm, “as normas constitucionais não têm existência isoladas umas das outras, exigindo uma compreensão que as visualize como integrantes de um complexo que mantém uma conexão entre os seus elementos, ou seja, um sistema” (1995, p. 56). Assim, não se pode conceber a interpretação isolada do artigo 151, III, da CF, que deve ser feita de forma a vislumbrar sua inserção dentro do corpo constitucional.

Conclui-se de todo o exposto que a limitação imposta à União pelo artigo 151, III, da Constituição Federal não diz respeito à sua competência para representar a República Federativa do Brasil quando da celebração de tratados internacionais, não podendo o Brasil, quanto a isso, invocar em seu benefício o artigo 46 da Convenção de

Viena sobre Direito dos Tratados. Isso posto, deve-se verificar, ainda à luz dos dispositivos constitucionais, se foi o GATT/94 validamente celebrado.

A Constituição Federal dispõe sobre a celebração de tratados internacionais nos artigos 21, I; 49, I, e 84, VIII. Existem outros artigos dispendo sobre tratados internacionais, mas não referentes à celebração. Tais artigos dispõem, em síntese, que cabe ao Presidente da República – que pode delegar os poderes correspondentes a plenipotenciários –, de forma privativa, a celebração de tratados internacionais, sendo necessária, para o comprometimento internacional do Brasil, a participação do Congresso Nacional, isto é, a manifestação da vontade do Poder Legislativo. Conseqüentemente, o Brasil somente pode-se comprometer por meio de um tratado internacional mediante a conjunção de duas vontades, a do Poder Executivo – a quem cabe sua representação no plano internacional – e a do Poder Legislativo.

A redação do artigo 49, I, da Constituição Federal trouxe alguma controvérsia quanto à necessidade de manifestação do Poder Legislativo em todos os casos. Não cabe, dentro dos limites do presente trabalho, trazer à luz todos os argumentos a ela atinentes, bastando referir que o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, pacificou a questão ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3-DF, de que cito trecho do voto do eminente relator, Ministro Celso de Mello³⁵:

“ O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a *execução* dos tratados internacionais e sua *incorporação* à ordem jurídica interna *decorrem*, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da *conjugação* de duas vontades homogêneas: *a do Congresso Nacional*, que resolve, definitivamente, *mediante decreto legislativo*, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e *a do Presidente da*

República, que, além de poder celebrar esses atos do direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – *superadas* as fases prévias da *celebração* da convenção internacional, de sua *aprovação* congressional e da *ratificação* pelo Chefe de Estado – *conclui-se* com a expedição, pelo Presidente da República, de *decreto*, de cuja edição derivam *três efeitos* básicos que lhe são inerentes: (a) a *promulgação* do tratado internacional; (b) a *publicação* oficial de seu texto; e (c) a *executoriedade* do ato internacional, que passa, então, e *somente então*, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. *Precedentes*”.

Assim, para que o Brasil se comprometa definitivamente com os termos de um tratado internacional, é necessária a prévia aprovação do Poder Legislativo, o que não significa, necessariamente, um exame a cada novo compromisso³⁶.

A conjunção das vontades do Poder Executivo e Legislativo resta evidenciada na celebração do GATT/94, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994, tendo o Brasil ratificado o tratado por meio do depósito do respectivo instrumento em Genebra, junto ao Diretor-Geral do GATT, em 21 de dezembro de 1994. Além disso, a despeito de inexistir qualquer disposição expressa na Constituição a respeito, o STF igualmente pacificou a controvérsia relativa à necessidade de incorporação dos tratados à ordem interna, o que se dá por meio da publicação de seu texto por meio de decreto presidencial³⁷. O GATT/94 foi incorporado à ordem interna por meio do decreto 1355/94, estando dessa forma em vigor na ordem interna brasileira.

Irretocável, portanto, a celebração do GATT/94, o comprometimento do Brasil no

plano internacional daí decorrente e sua validade no plano interno.

1.2. Da obrigatoriedade do artigo III do GATT/94 para o Brasil

Uma vez demonstrada a validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil, segue que é obrigatório para o país, que deve observar suas disposições. Para os fins do presente trabalho, interessam, de modo específico, aquelas relativas ao artigo III:2 do mencionado acordo.

O GATT/94 é um tratado internacional, constituindo-se num dos tratados celebrados no âmbito da OMC – Organização Mundial do Comércio. Trata-se do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994, que tem como pilares a eliminação de barreiras não-tarifárias, a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula do tratamento nacional, sendo a última essencial à realização dos objetivos das primeiras.

Desde as negociações iniciais que antecederam o GATT/47, que sofreu sucessivas alterações até o advento da Organização Mundial do Comércio e dos acordos hoje existentes, o objetivo dos países envolvidos era a liberalização do comércio internacional, buscando-se a eliminação de barreiras não-tarifárias e a adoção de regras que consubstanciam o chamado princípio da não-discriminação. Segundo John Jackson, dois importantes princípios relacionados à não-discriminação estão incluídos no GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula do tratamento nacional³⁸. A cláusula da nação mais favorecida determina que eventuais benefícios conferidos por um país signatário do GATT a produtos importados originários de outro país qualquer, signatário ou não, devem ser estendidos aos produtos importados originários de todos os demais signatários do acordo. Seu complemento natural é a cláusula do tratamento nacional³⁹, que determina que os produtos importados originários de um país signatário do GATT devem ter tratamento não menos favorável que o concedido aos produ-

tos similares domésticos. Assim, o princípio da não-discriminação se opera de duas formas, protegendo os produtos originários de países signatários do GATT não apenas contra discriminações tarifárias frente a produtos originários de outros países, como também contra as que ocorram em face de produtos similares domésticos.

A cláusula do tratamento nacional não diz respeito unicamente a tributos, mas a diversas medidas que possam discriminar produtos importados uma vez introduzidos no território nacional. O princípio geral que a explicita se encontra no primeiro parágrafo do artigo III, com a seguinte redação: “*The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations, and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*”⁴⁰. O presente estudo trata exclusivamente do aspecto tributário e, em função disso, preocupa-se especialmente com as disposições do segundo parágrafo do artigo III do GATT/94. Entretanto, não é possível deixar de referir, inicialmente, as disposições do primeiro parágrafo daquele artigo, tendo em vista que consubstanciam princípio à luz do qual as demais disposições do artigo III devem ser interpretadas. A respeito disso, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, que discutiu a relação entre ambos os dispositivos:⁴¹ “*Article III:1 articulates a general principle that internal measures should not be applied so as to afford protection to domestic production. This general principle informs the rest of Article III. The purpose of Article III:1 is to establish this general principle as a guide to understanding and interpreting the specific obligations contained in Article III:2 and in the other paragraphs of Article III, while respecting, and not diminishing in any way, the meaning of the words actually*

used in the texts of those other paragraphs. (...) Consistent with this principle of effectiveness, and with the textual differences in the two sentences, we believe that Article III:1 informs the first sentence and the second sentence of Article III:2 in different ways”.

Segundo Raj Bhala e Kevin Kennedy, “o propósito do artigo III é evitar o protecionismo na aplicação de tributos internos e medidas regulatórias. O artigo III garante que medidas internas não serão aplicadas a produtos domésticos ou importados de forma a proteger os produtos domésticos”⁴². Assim, no que concerne ao segundo parágrafo do artigo III, “uma vez que os importados tenham entrado no território de um Estado-membro, (1) tributos internos devem ser aplicados de forma equivalente aos importados e aos produtos domésticos similares, e (2) as regulamentações nacionais não devem tratar importados de forma menos favorável que os produtos domésticos similares”⁴³. Também Dominique Carreau e Patrick Juillard ensinam que, “em matéria de comércio internacional, a cláusula do tratamento nacional é aquela que assegura uma *assimilação* quanto ao regime jurídico e fiscal aplicável aos produtos importados relativamente aos produtos nacionais. Em outras palavras, essa cláusula, inserida no artigo III do Acordo Geral de 1947, proíbe de modo geral as discriminações de tratamento em virtude da *origem* dos produtos, quer sejam eles importados ou fabricados localmente. Esses últimos não devem-se beneficiar de uma *proteção nacional indireta* (artigo III (1))”⁴⁴.

As regras correspondentes à cláusula do tratamento nacional no que diz respeito a tributos, portanto, devem ser interpretadas em atenção ao princípio geral consubstanciado no primeiro parágrafo do artigo III. Para melhor explicitar seu sentido, deve-se determinar, em primeiro lugar, seu âmbito de aplicação, tarefa que consiste em distinguir os tributos cuja imposição se relaciona com a cláusula da nação mais favorecida, cobrados em função da importação, daqueles atinentes à circulação interna, ainda que

cobrados no momento da entrada da mercadoria no território do país importador. Além disso, deve-se examinar o sentido da primeira e da segunda partes do artigo III:2, tendo em vista que cada uma delas contém uma regra destinada à realização do princípio do tratamento nacional relativamente a tributos internos.

1.2.1. O âmbito de aplicação da cláusula do tratamento nacional e os tributos internos cobrados na entrada da mercadoria no território do país importador

Como complemento natural da cláusula da nação mais favorecida que objetiva evitar a discriminação entre produtos importados e produtos similares domésticos, a cláusula do tratamento nacional diz respeito a tributos internos de um país, ou seja, aos incidentes após o ingresso dos produtos importados no território nacional⁴⁵. Assim, todos aqueles tributos atinentes à importação são disciplinados pela cláusula da nação mais favorecida, enquanto os correspondentes à circulação interna são regulados pela cláusula do tratamento nacional. É indiferente, para determinar a disciplina aplicável, o momento da cobrança do tributo: ainda que seja ele cobrado no momento da importação, o que interessa é sua natureza, devendo-se apurar se se trata ou não de tributo relativo à circulação interna, caso em que será aplicada a cláusula do tratamento nacional. A nota interpretativa da OMC ao artigo III⁴⁶ – *Ad Article III* – determina que “*Any internal tax or other internal charge (...) collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge (...) and is accordingly subject to the provisions of Article III*”⁴⁷.

A questão tem especial relevância para o direito interno brasileiro no que tange ao artigo 155, IX, da Constituição Federal, que determina a incidência do ICMS “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabeleci-

mento (...), cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”. Uma vez que a cobrança daquele imposto ocorre no momento da entrada no território nacional de mercadoria importada, poder-se-ia questionar quanto à sua natureza. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já apreciou a matéria, entendendo, no julgamento do RE 195663/SP, em que se discutia a lei paulista 6374/89, que o artigo 155, IX, da Constituição Federal não configura fato gerador de tributo sobre a importação, porém sobre a primeira circulação econômica do produto importado no país. Assim, o fato de a cobrança se dar de forma diferenciada, no momento da entrada da mercadoria no território nacional, em nada afeta a natureza do ICMS como tributo incidente sobre a circulação interna de mercadorias⁴⁸.

Sendo o ICMS tributo concernente à circulação interna de mercadoria, portanto, sujeita-se à disciplina da cláusula do tratamento nacional, ainda que cobrado no momento da importação.

1.2.2. O artigo III:2 – a aplicação da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária

O artigo III:2 do GATT/47, cujo texto foi integrado ao GATT/94 com todas as emendas anteriores à entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, incorporados ao direito interno brasileiro por meio do decreto 1355/94, tem a seguinte redação: “*The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”⁴⁹.

Como é possível observar, esse artigo contém duas regras que objetivam dar aplicação à cláusula do tratamento nacional em matéria tributária. Ambas concretizam o

princípio esposado no primeiro parágrafo do artigo III, evitando o protecionismo em favor da produção doméstica. A primeira das regras é mais estrita e envolve os conceitos de *like product* e de tributação *em excesso*. A segunda se relaciona com as noções de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, tributação diferenciada e efetuada de maneira a proteger a produção doméstica. O ponto de partida para se apurar quando se trata de um caso de aplicação da primeira ou da segunda parte do artigo III:2 é a verificação quanto a serem ou não perfeitamente intersubstituíveis⁵⁰ os produtos em comparação. Assim, por exemplo, maçãs importadas são substitutos perfeitos de maçãs domésticas. Essa é uma hipótese de substitutividade⁵¹ perfeita, que dá ensejo à aplicação da primeira parte do artigo III:2. Entretanto, se os produtos em comparação fossem maçãs e laranjas, por exemplo, a substitutividade já não seria perfeita e a determinação de sua qualidade de produtos diretamente competitivos ou substituíveis dependeria da prova de que estivessem em competição direta num mercado definido. Para uma melhor compreensão do significado da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária e das noções envolvidas, entendemos por analisar separadamente cada uma dessas regras.

1.2.2.1. Artigo III:2 – primeira parte

A primeira parte do artigo III:2 determina que “*the products of the territory of any contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products*”. Duas noções são relevantes para determinar o exato alcance dessa regra: a de *like product* e a de *in excess of*.

A noção de produto similar ou idêntico – *like product* – é de suma importância para a correta aplicação dessa regra de tratamento nacional, tendo em vista que ela requer seja dado aos produtos importados tratamento não menos favorável

que o concedido aos produtos *similares* domésticos.

A conceituação de *like product* já foi discutida no âmbito da Organização Mundial do Comércio, tendo o Órgão de Solução de Controvérsias decidido que a definição de produto similar deve ser obtida caso a caso, levando em conta as finalidades do produto no mercado em questão, suas propriedades e os hábitos dos consumidores. Na verdade, as decisões tomadas já no âmbito da OMC, a seguir sintetizadas, levaram em consideração os precedentes do GATT.

O primeiro caso decidido após a criação da Organização Mundial do Comércio – *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996) – surgiu a partir de uma reclamação do Brasil e da Venezuela, que ingressaram contra os Estados Unidos insurgindo-se contra medidas ambientais veiculadas por meio do *Clean Air Act*, bem como contra outras medidas promulgadas pela Agência de Proteção Ambiental americana relativamente à gasolina. Em síntese, os Estados Unidos haviam determinado que certas características químicas da gasolina deviam obedecer a níveis definidos, com base em uma média anual individual. Para aferi-la, cada refinaria doméstica devia demonstrar a qualidade da gasolina produzida ou transportada em 1990 e, caso incompleta tal comprovação, podia utilizar, em primeiro lugar, informações sobre a mistura produzida em 1990 e, subsistindo a incompletude, sobre a mistura ou a gasolina posteriores a 1990. A possibilidade de se utilizar dos métodos complementares era reservada aos refinadores domésticos, devendo os importadores, caso não conseguissem demonstrar a qualidade da gasolina produzida ou transportada em 1990 de forma satisfatória, sujeitar-se a uma determinação que estabelecia a média de toda a gasolina consumida no país em 1990. Conseqüentemente, enquanto os refinadores domésticos tinham duas outras alternativas à disposição, além da comprovação acerca da gasolina produzida ou transpor-

tada em 1990, para demonstrarem sua média individual, os importadores, caso não conseguissem fazê-lo por esse primeiro método, ficavam sujeitos a uma média geral, padronizada e imposta. Tanto o Brasil como a Venezuela entenderam que a medida afrontava a cláusula do tratamento nacional. Os Estados Unidos não sustentaram a existência de diferença no que tange aos produtos propriamente ditos – gasolina nacional ou importada –, porém alegaram que o tratamento dado aos importadores era idêntico ao conferido a comerciantes domésticos que não haviam tido operações no ano de 1990 ou que haviam realizado transações de forma limitada. Assim, a situação dos comerciantes devia ser levada em consideração para diferenciação dos produtos. Desse modo, o Painel entendeu necessário posicionar-se previamente quanto à similaridade, apontando os critérios que deviam ser considerados na determinação do que seja um *like product*. Para chegar a uma decisão, utilizou-se de precedentes adotados ainda no âmbito do GATT⁵² e concluiu-se que, sendo ambas as gasolinas – nacional e importada – quimicamente idênticas, destinando-se à mesma finalidade, com a mesma classificação, e perfeitamente substituíveis entre si, eram produtos similares: *‘The Panel, recalling its previous discussion of the factors to be taken into account in the determination of like product, noted that chemically-identical imported and domestic gasoline by definition have exactly the same physical characteristics, end-uses, tariff classification, and are perfectly substitutable. The Panel found therefore that chemically-identical imported and domestic gasoline are like products under Article III:4’*⁵³.

A decisão supracitada demonstra que, embora a determinação de *like product* deva ser feita caso a caso, existem critérios pertinentes a serem considerados, tais como a utilização final dos produtos num mercado determinado, os hábitos e gostos dos consumidores, modificáveis de país para país, bem como as propriedades, natureza e qualidade dos produtos⁵⁴. Deve-se destacar a

menção à substitutividade perfeita, que distingue *like products* de produtos diretamente competitivos ou substituíveis à primeira vista. Igualmente, deve-se chamar a atenção para o fato de que o exame quanto à natureza de *like* ou diretamente competitivo é feito sempre *a partir de um determinado mercado*.

Extremamente relevantes, não apenas para a determinação do conceito de *like product* como também para delinear as diferenças e o exato sentido de cada uma das partes do artigo III:2, foram as decisões do Painel e do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*. Nesse caso, os Estados Unidos, o Canadá e as Comunidades Européias se insurgiram contra tratamento tributário desfavorável concedido a algumas bebidas em comparação ao *shochu* japonês⁵⁵. A respeito de *like product*, entendeu o Órgão de Apelação por manter o entendimento do Painel no sentido de que essa noção deve ser construída de forma restritiva, caso a caso, em atenção a cada medida tributária. Segundo o Painel, a expressão contida na segunda parte do artigo III:2, produtos diretamente competitivos ou substituíveis, é mais ampla que a expressão *like product*. Assim sendo, *like products* são uma subespécie de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, que deve ser definida de uma forma mais restrita, o que decorre da própria redação da primeira parte do artigo III:2. Embora não exija a identidade entre os produtos em comparação, o conceito de *like product* envolve uma semelhança necessária quanto às características físicas, não bastando que ambos os produtos tenham utilização final comum num dado mercado. Em virtude disso, enquanto as demais bebidas – rum, gim, uísque, conhaque, entre outras – foram consideradas produtos diretamente competitivos, a vodka foi tratada como *like product* em relação ao *shochu* – ambos os produtos tinham em comum a maior parte de suas características físicas, à exceção do teor alcoólico⁵⁶.

Posteriormente, nova decisão a respeito do tema foi tomada no caso *Canada – Cer-*

tain Measures Concerning Periodicals (1997)⁵⁷, que envolveu o Canadá e os Estados Unidos, tendo o último reclamado de medidas relativas a periódicos do tipo *split-run*⁵⁸. Nesse caso, mais uma vez decidiu o Painel que a determinação da natureza similar dos produtos deve ser feita atentamente caso a caso, examinando fatores tais como sua finalidade num dado mercado, suas propriedades, os hábitos dos consumidores, entre outros: “*As the Appellate Body confirmed in its report on Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, the definition of ‘like products’ in Article III:2, first sentence, should be construed narrowly, on a case-by-case basis, in light of such factors as the product’s end uses in a given market, consumer’s tastes and habits, and the product’s properties, nature and quality*”⁵⁹.

Das decisões supramencionadas se despreende que a regra da primeira parte do artigo III:2 é mais estrita que a da segunda. Desse modo, uma vez verificado que os produtos em comparação são *like product*, não é necessário que se demonstre que estão em competição direta nem tampouco que a diferença na tributação tem o intuito de proteger a indústria doméstica: decorre da natureza de *like product* a competição direta, bastando o simples excesso na tributação do produto importado para presumir-se o protecionismo em favor do produto doméstico. É esse, em síntese, o significado atribuído à expressão *in excess of* constante dessa primeira parte do artigo. A respeito, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*: “*even the smallest amount of ‘excess’ is too much*”⁶⁰. Conclui-se, portanto, que, uma vez constatado que os produtos em comparação se inserem no conceito de *like product*, basta a mera tributação a maior do produto importado para que se verifique a violação da regra da primeira parte do artigo III:2 do GATT. Não existe margem de tolerância para o excesso de tributação, que, por conseqüência, deve ser idêntica para ambos os produtos, doméstico e importado.

1.2.2.2. Artigo III:2 – segunda parte

A segunda parte do artigo III:2 tem a seguinte redação: “*Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”. A ela foi acrescentada a nota interpretativa *Ad Article III:2*, que determina o seguinte: “*A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed*”⁶¹. Foram extraídos desses dois dispositivos os três principais elementos da regra, quais sejam, produtos diretamente competitivos ou substituíveis, tributação não similar e o intuito protecionista, esse último retirado da expressão “*in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”, que, por sua vez, remete ao princípio contido em “*so as to afford protection to domestic production*” (artigo III:1 supracitado).

A segunda parte do artigo III:2, portanto, disciplina a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária para produtos importados que, embora não abrangidos pelo conceito de *like product* em comparação aos domésticos, são diretamente competitivos ou substituíveis com relação a eles. Como já se afirmou anteriormente, *like products* são, por sua própria natureza, diretamente competitivos ou substituíveis entre si; aqui, entretanto, procura-se proteger situações em que, a despeito de inexistir uma relação que permita qualificar os produtos doméstico e importado como *like*, eles se encontram em competição direta e são substituíveis entre si. A segunda parte do artigo III:2, portanto, exige, para sua incidência, a demonstração da *competitividade direta* entre os produtos, na forma da nota interpretativa *Ad Article III:2*. Isso porque os produtos comparados em atenção à segunda parte do artigo III:2, embora tendo a mesma uti-

lização final, não são perfeitamente intersubstituíveis – por exemplo, laranjas e maçãs. Segundo Raj Bhala e Kevin Kennedy, “se para cada venda do produto importado há uma venda perdida do produto doméstico, então ambos os produtos são perfeitamente intersubstituíveis e estão em competição direta. Em um caso de substitutividade perfeita, os produtos doméstico e importado são *like product* e estão ao abrigo do artigo III:2, primeira sentença. Hipóteses de substitutividade menos-que-perfeita são reguladas pelo artigo III:2, segunda sentença”⁶².

À semelhança do que ocorre quanto aos *like products*, a verificação quanto a serem os produtos comparados, nacional e importado, diretamente competitivos ou substituíveis, somente pode ser feita caso a caso, considerando a medida tributária adotada e, mais, um dado mercado. Isso porque não se pode falar em competição direta de forma isolada: ela sempre ocorre *num determinado mercado*, o que torna perfeitamente possível que dois produtos sejam diretamente competitivos no território de um Estado-membro e não no de outro. No âmbito da OMC, a questão foi apreciada no já mencionado caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (1996), que reconheceu a condição de produtos diretamente competitivos, na forma da segunda parte do artigo III:2, a bebidas importadas tais como uísque, rum, conhaque e gim com relação à bebida japonesa *shochu*. Os critérios utilizados pelo Painel, cuja propriedade foi confirmada pelo Órgão de Apelação, foram as características físicas – que afastaram a qualificação de *like product* –, a utilização final comum, as classificações tarifárias e, sobretudo, a chamada *elasticidade de substituição* entre os produtos⁶³. Segundo o relatório do Painel *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages* (1999), em que as Comunidades Européias se insurgiram contra a imposição de tributos internos menores ao pisco que a outras bebidas, “*substitutability and competitiveness refer to the ability of products that may be dissimilar in some respects to satisfy a particular consumer want*”⁶⁴. Por fim,

o mesmo relatório se refere a produtos *potencialmente* diretamente competitivos ou substituíveis, o que significa que a noção se aplica também a mercados onde a competição ainda não existe, porém há uma razoável expectativa de que venha a existir em um futuro próximo, o que também depende de comprovação. Assim sendo, pode-se dizer que a segunda parte do artigo III:2 protege também as expectativas dos demais países relativamente a um dado mercado⁶⁵.

Ainda segundo a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, três perguntas devem ser respondidas para que se verifique se há ou não uma violação da segunda parte do artigo III:2: a) se os produtos doméstico e importado estão em competição direta; b) se não são tributados de forma similar (*not similarly taxed*); c) se a discrepância na tributação tem por objetivo proteger a produção doméstica (*so as to afford protection to domestic production*)⁶⁶.

Constatada, portanto, a existência de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, em competição num dado mercado, conforme acima explicitado, deve-se verificar se eles são ou não tributados de forma similar. Nesse particular, o Órgão de Apelação no caso supracitado, reformando o entendimento do Painel, entendeu que a expressão *not similarly taxed* não se confunde com a expressão *in excess of* constante da primeira parte do artigo III:2. Conseqüentemente, a mera tributação a maior dos produtos importados em competição direta não configura violação do artigo III:2, que requer uma carga a maior *significativa* relativamente aos importados: “(...) *there may be an amount of excess taxation that may well be more of a burden on imported products than on domestic ‘directly competitive or substitutable products’ but may nevertheless not be enough to justify a conclusion that such products are ‘not similarly taxed’ for the purpose of Article III:2, second sentence. We agree with the Panel that this amount of differential taxation must be more than de minimis to be deemed ‘not similarly taxed’ in any given case. And, like the Panel, we believe*

*that whether any particular differential amount of taxation is de minimis or is not de minimis must, here too, be determined on a case-by-case basis. Thus, to be 'not similarly taxed', the tax burden on imported products must be heavier than on 'directly competitive or substitutable' domestic products, and that burden must be more than de minimis in any given case'*⁶⁷.

A definição de *de minimis*, ou seja, do mínimo além do qual a tributação será considerada não similar, deve ser feita em cada caso, inexistindo parâmetros gerais preestabelecidos para sua obtenção. Segundo o relatório do Painel no caso *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages* (1999), “*for some products a very small difference in tax levels could be de minimis, difference that would be too large to be considered de minimis for other products. As always in cases such as these, the determination must be based on examination of the market in question, the market of the respondent Member*”⁶⁸.

O último requisito exigido para a incidência da segunda parte do artigo III:2 é a demonstração de que a tributação além do mínimo tenha escopo protecionista. Assim, não basta a existência de produtos domésticos e importados em competição direta, esses últimos tributados em excesso além do mínimo tolerável em comparação com os primeiros: é preciso que a tributação vise proteger a produção doméstica. Para que se estabeleça o intuito protecionista, é preciso que se investigue qual o objetivo da norma instituidora da medida tributária em questão, as razões por que foi instituída, a forma como incide e, especialmente, quem se beneficia da diferença de tributação, o que também é apurado caso a caso.

Em síntese, as duas regras supramencionadas consubstanciam a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária e são, conforme até aqui demonstrado, plenamente obrigatórias para o Brasil, inclusive no que diz respeito a tributos estaduais e municipais, ainda que de sua aplicação resulte isenção para produtos importados de Estados-membros da OMC.

*(Fim da primeira parte.
Continua na próxima edição)*

Notas

¹ Cf. artigo 20, parágrafo segundo, da CF/67.

² Súmula 20 do STJ: “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplada com esse favor o similar nacional”. Súmula 71 do mesmo Tribunal: “O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM”.

³ É importante ressaltar que os tratados internacionais sempre se subordinam *formalmente* às constituições, isto é, são elas que regulam sua produção jurídica, determinam a quem cabe a representação do Estado no plano internacional. A respeito, vejam-se os ensinamentos de Riccardo Guastini (1996) quando distingue os diversos tipos de hierarquia entre fontes, quais sejam, formal ou estrutural, material, lógica e axiológica. Em termos de tratados internacionais, existe sempre uma relação de hierarquia estrutural que os submete às constituições, como acima mencionado, o que não significa que haja necessariamente uma relação de hierarquia material correspondente. A matéria relativa ao artigo 151, III, da CF/88, na medida em que diz respeito à competência da União para a celebração de tratados internacionais, corresponde a uma relação de hierarquia estrutural.

⁴ É a seguinte a redação do artigo: “1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, na conformidade da prática normal e de boa-fé”.

⁵ Assim, por exemplo, *États-Unis - Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, onde, atuando como terceiro interveniente, o Brasil invocou o art. 31 da referida Convenção para orientar a interpretação do artigo XVI:4 do Acordo sobre a OMC – documento WT/DS152/R, versão francesa do relatório do Grupo Especial submetida à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias e por ele aprovada em janeiro de 2000. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da Organização Mundial do Comércio – www.wto.org.

⁶ Ives Gandra da Silva Martins, José Augusto Delgado, Celso Bastos, Cláudio Finkelstein, Luis Cesar Ramos Pereira, Victorio Cassone e Yoshiaki Ichihara, entre outros. A respeito, veja-se Ives Gandra da Silva Martins (1997). Alguns dos doutrinadores mencionados propugnam pela necessidade de uma reforma constitucional, outros de consulta específica aos Estados-membros e aos municípios.

⁷ Betina Treiger Grupenmacher, Moisés Akselrad, Kyioshi Harada e Hugo de Brito Machado, entre outros. Vejam-se as diversas manifestações em Ives Gandra da Silva Martins (1997) e Betina Treiger Grupenmacher (1999, p. 145).

⁸ Acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 597087352, julgada em 13.8.97, relator desembargador Salvador Horácio Vizzotto, entre outras decisões. A Câmara, nesse caso, entendeu que não mais prevalecia, frente ao artigo 151, III, da Constituição Federal, o benefício da isenção de ICMS à mercadoria importada, quando o similar fosse isento, conferido por força do artigo III do GATT. Em outra decisão, acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 597083930, julgada em 28.10.98, relator desembargador Irineu Mariani, entendeu-se que o princípio do GATT é neutro, não concedendo isenções, mas apenas determinando que os produtos importados não tenham tratamento menos favorável que os domésticos.

⁹ No acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 11.193/99, julgada em 21.10.99, relator desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, entre outras decisões, entendeu o Tribunal pelo descabimento da invocação do GATT e das súmulas 20 e 71 do STJ para fugir à incidência de ICMS em virtude de que é vedado à União conceder isenções de tributos estaduais e municipais – artigo 151, III, da CF/88.

¹⁰ Acórdão unânime da Primeira Turma do STJ no REsp 90871/PE, relator ministro José Delgado, publicado no DJU I de 20.10.97, p. 52977. A íntegra da decisão está disponível no site do Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br.

¹¹ Acórdão unânime no REsp 170045-RJ, publicado no DJU I de 18.12.98, p. 296. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site do STJ – www.stj.gov.br.

¹² Acórdão unânime da Segunda Turma proferido nos Embargos de Declaração em Recurso Especial 136545/RJ, relator ministro Ari Pargendler, publicado no DJU I de 24.11.97, p. 61177.

¹³ Vejam-se, por exemplo, o acórdão unânime da Primeira Turma no REsp 220208/RJ, relator ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJU I de 14.8.2000, p. 143, bem como os acórdãos proferidos no Agravo Regimental no Recurso Especial 251983/RJ, relator ministro Garcia Vieira, publicado no DJU I de 14.8.2000, p. 151, e no Agravo Regimental no Recurso Especial 204928/RJ, relator ministro José Delgado, publicado no DJU I de 18.10.99, p. 213, ambos da Primeira Turma.

¹⁴ Trata-se do RE 229096-0/RS, em que são partes a Central Riograndense de Agroinsumos Ltda. e o Estado do Rio Grande do Sul. O julgamento iniciou em 4.2.99, tendo sido pedida vista

dos autos pelo ministro Sepúlveda Pertence após o voto do relator, ministro Ilmar Galvão, favorável à competência da União para, por meio de tratados internacionais, conceder isenções de tributos estaduais e municipais.

¹⁵ Tradução livre: “All that can be said is that an entity of a type recognized by customary law as *capable* of possessing rights and duties and of bringing international claims, and having these capacities conferred upon it, is a legal person. If the first condition is not satisfied, the entity concerned may still have legal personality of a very restricted kind, dependent on the agreement or acquiescence of recognized legal persons and opposable on the international plane only to those agreeing or acquiescent” (1998, p. 57).

¹⁶ Utilizamos o termo *estatalidade* para designar a condição de Estado de que se reveste uma determinada entidade. Critérios de estatalidade são, portanto, as condições que uma determinada entidade precisa preencher para que seja considerada como Estado pelo Direito Internacional.

¹⁷ Tradução livre: “(1) to be a collective socially-organized entity; (2) to possess an independent international legal status; (3) to be a bearer of international rights and duties; (4) to be capable of participation in international relations; (5) to possess a legal treaty capacity; (6) to be responsible for violations of international legal norms; (7) to be capable of the defence of their legal status” (1985, p. 370–371).

¹⁸ Tradução livre: “The criterion of a ‘permanent population’ is connected with that of territory and constitutes the physical basis for the existence of a state” (1997, p. 76).

¹⁹ Tradução livre: “Who belongs to the ‘permanent population’ of a state is determined by the internal law on nationality, which international law leaves to the discretion of states, except for a number of limited circumstances” (1997, p. 76–77).

²⁰ Tradução livre: “A state exercises territorial jurisdiction over its inhabitants and personal jurisdiction over its nationals when abroad. The essential aspect, therefore, is the common national legal system which governs individuals and diverse groups in a state” (1997, p. 77).

²¹ Tradução livre: “*The control of territory is the essence of a state*” (1997, p. 75).

²² Tradução livre: “In the enumeration contained in the Montevideo Convention, the concept of independence is represented by the requirement of capacity to enter into relations with other states. Independence has been stressed by many jurists as the decisive criterion of statehood” (1998, p. 71).

²³ Diz Malanczuk (1997, p. 17-18): “When international lawyers say that a state is sovereign, all that they really mean is that it is independent, that is, that it is not a dependency of some other state.

They do not mean that it is in any way above the law. It would be far better if the word 'sovereignty' were replaced by the word 'independence'(...)", ou, livremente traduzido, "Quando internacionalistas dizem que um Estado é soberano, tudo o que realmente querem dizer é que é independente, isto é, que não é dependente de nenhum outro Estado. Isso não quer dizer que estejam de forma alguma acima da lei. Seria muito melhor se a palavra 'soberania' fosse substituída por 'independência' (...)" .

²⁴ "(...) la souveraineté internationale n'est ainsi que la formalisation légale d'une indépendance de fait ou, si l'on veut, le droit au maintien de l'indépendance" (1993, p. 227).

²⁵ "The sovereignty and equality of states represent the basic constitutional doctrine of the law of nations, which governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality. If international law exists, then the dynamics of state sovereignty can be expressed in terms of law, and, as states are equal and have legal personality, sovereignty is in a major aspect a relation to other states (and to organizations of states) defined by law" (1998, p. 289).

²⁶ Tradução livre (1955, p. 94): "El Tribunal Internacional de la Haya afirma, p. ej., en su sentencia de 7 de septiembre de 1927, dada en el asunto del vapor *Lotus* (...), que el DI regula relaciones entre Estados independientes ('independent states')". Veja-se, também, Celso D. de Albuquerque Mello (1997, p. 339): "Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o DI qualquer outra coletividade de permeio. É, assim, sujeito de DI com capacidade plena o Estado que tem a 'competência da competência' na linguagem dos autores alemães".

²⁷ Tradução livre: "El ordenamiento de los Estados soberanos no se deriva (por delegación) de otro ordenamiento estatal, sino que existe *inmediata y directamente* en virtud del DI" (1955, p. 95).

²⁸ Aqui, toma-se emprestada a idéia de Hans Kelsen (1938), que compreende o Estado federal como o resultado da soma de duas ordens jurídicas parciais – dos estados-membros e da União, ordem jurídica central –, formando o que ele chama de "comunidade jurídica total", daí identificando-se a constituição federal com a constituição-total. Entre as diversas teorias que pretenderam explicar a natureza do Estado federal, permanecem como fundamentos de sua concepção moderna as teorias de Le Fur – Teoria da Participação –, Hans Kelsen – Escola de Viena –, Paul Laband e Jellinek – Teoria dos Estados-Membros Não-Soberanos. Entendemos que não nos cabe, dentro dos limites do presente trabalho, traçar longas conside-

rações sobre as teorias concernentes ao Estado federal, bastando demonstrar os elementos formadores de sua concepção moderna. Para um estudo mais aprofundado do tema, vejam-se, entre outros: Luís Roberto Barroso (1982); M. Mouskheli (1981); Reinhold Zippelius (1997).

²⁹ Entre outros, Raul Machado Horta (1995, p. 352), leciona: "A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação de cada um".

³⁰ Cf. Alfred Verdross (1955, p. 95), tradução livre: "Por faltarles este requisito de la vinculación inmediata al DI, carecen de personalidad jurídico-internacional los Estados miembros de un Estado federal, los Estados vasallos y otras agrupaciones autónomas dentro de un Estado, siempre que no se les reconozca una subjetividad jurídica parcial en el marco de su autonomía".

³¹ Tradução livre: "The federal state will itself, of course, have personality, but the question of the personality and capability of the component units of the federation on the international plane can really only be determined in the light of the constitution of the state concerned and state practice. (...) Component states of a federation that have been provided with a certain restricted international competence may thus be accepted as having a degree of international personality. The issue has arisen especially with regard to treaties. Lauterpacht, in his Report on the Law of Treaties, for example, noted that treaties concluded by component units of federal states are 'treaties in the meaning of international law', although Fitzmaurice adopted a different approach in his Report on the Law of Treaties by stating that such units act as agents for the federation which alone possesses international personality and which is the entity bound by the treaty and responsible for its implementation" (1999, p. 156–157).

³² Tradução livre: "A federal constitution may confer treaty-making capacity and power to enter into separate diplomatic relations on the constituent members. In the normal case, the constituent state is simply acting as a delegate or agent of the parent state. However, by agreement or recognition, a federated state may assume a separate personality, as an analogue of statehood, on the international plane. Thus the Ukrainian SSR and Belorussian SSR, as members of the former Union of Soviet Socialist Republics, concluded treaties on their own behalf and were members of the United Nations" (1998, p. 74-75).

³³ Tradução livre: “International law is concerned only with states capable of carrying on international relations; consequently the federal state is regarded as a state for the purposes of international law, but the member states of the federation are not. If a member state of the federation acts in a manner which is incompatible with the international obligations of the federal state, it is the federal state which is regarded as responsible in international law” (1997, p. 81).

³⁴ A respeito, vejam-se, entre outros Konrad Hesse (1998) e Juarez Freitas (1998).

³⁵ Acórdão do Tribunal Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn - 1480-3-DF medida liminar, julgado em 4.9.97. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site do STF – www.stf.gov.br.

³⁶ Veja-se, a respeito, a obra de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1995), mais especificamente o capítulo sétimo, seção III, relativa aos acordos em forma simplificada.

³⁷ Veja-se que, pelo menos em duas situações, o STF considerou que o tratado não estava em vigor no plano interno antes da publicação de seu texto por meio de decreto presidencial, o que consubstanciava sua incorporação ao direito interno: na ADIn 1480-3-DF, relativamente à Convenção 158 da OIT e no AGRCR 8279, atinente ao Protocolo de Ouro Preto – protocolo de medidas cautelares do Mercosul. A íntegra das decisões está disponível no site do Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br.

³⁸ Veja-se, ainda, a lição do mesmo autor na p. 214, tradução livre: “Obviamente, uma política importante por detrás dessa regra é impedir que tributos e regulamentos domésticos sejam utilizados como medidas protecionistas que frustrariam o propósito dos compromissos tarifários” – “Obviously, an important policy behind this rule is to prevent domestic tax and regulatory policies from being used as protectionist measures that would defeat the purpose of tariff bindings”. Ainda, afirma Thiébaud Flory (1990, p. 36) que “o tratamento nacional constitui, dentro do sistema de livre-troca do GATT/OMC, uma das expressões jurídicas do princípio da não-discriminação. É sem dúvida o princípio da igualdade de tratamento entre produtos importados e produtos nacionais similares que está no centro do tratamento nacional” – tradução livre: “Le traitement national constitue, dans le système libre-échangiste du GATT-OMC, l’une des expressions juridiques du principe de non-discrimination. C’est en effet le principe de l’égalité de traitement entre produits importés et produits nationaux similaires qui est au centre du traitement national”. Igualmente, Dominique Carreau & Patrick Juillard (1998, p. 235): “O tratamento nacional constitui o *complemento* natural do tratamento da nação mais favorecida para dar efe-

tividade ao princípio cardeal da *não-discriminação* que deve presidir as trocas comerciais internacionais” – tradução livre: “Le traitement national constitue le *complément* naturel du traitement de la nation la plus favorisée pour donner effet au principe cardinal de *non-discrimination* qui doit présider aux échanges commerciaux internationaux”.

³⁹ O fato de a cláusula do tratamento nacional ser um complemento natural à cláusula da nação mais favorecida não significa, entretanto, que ela se aplique unicamente a produtos sujeitos a concessões tarifárias na forma do artigo II do GATT/94. A respeito do tema, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 18. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁴⁰ Versão original em inglês. A tradução em língua portuguesa foi publicada pelo decreto legislativo 43, de 20 de junho de 1950: “As partes contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidades e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional”.

⁴¹ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R, p. 19. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org, tradução livre: “O Artigo III:1 expressa um princípio geral de que medidas internas não devem ser aplicadas de forma a proteger a produção doméstica. Esse princípio geral informa o resto do Artigo III. O propósito do Artigo III:1 é o de estabelecer esse princípio geral como um guia para a compreensão e a interpretação das obrigações específicas contidas no Artigo III:2 e nos demais parágrafos do Artigo III, ao mesmo tempo em que respeita, e não diminui de forma alguma, o significado das palavras utilizadas nos textos de tais parágrafos. De acordo com o princípio da efetividade (princípio do efeito útil), e com as diferenças textuais encontradas nas duas partes, nós acreditamos que o Artigo III:1 informa a primeira e a segunda partes do Artigo III:2 de formas diferentes”.

⁴² Tradução livre: “The broad purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of internal tax and regulatory measures. Article III ensures that internal measures are not applied to imported or domestic products in a way that affords protection to domestic products” (1998, p. 90).

⁴³ Tradução livre: “Once imports have entered a Member’s territory, (1) internal taxes must be applied equally to imports and the like domestic product, and (2) national regulations must not treat imports ‘less favorably’ than similar domestic goods” (1998, p. 90).

⁴⁴ Tradução livre: “En matière de commerce international, la clause du traitement national est celle qui assure une *assimilation* quant au régime juridique et fiscal applicable aux produits importés par rapport aux produits nationaux. Autrement dit, cette clause insérée à l’Article III de l’Accord Général de 1947 interdit d’une façon générale les discriminations de traitement à raison de l’origine des produits, que ceux-ci soient importés ou confectionnés localement. Ces derniers ne doivent pas bénéficier d’une *protection nationale indirecte* (Article III (1))” (1998, p. 236).

⁴⁵ O esclarecimento é importante porque, por óbvio, todos os tributos, ainda que incidentes no momento da importação, são *internos* na medida em que impostos por um determinado Estado, no exercício de sua competência tributária. A utilização do termo *interno*, no particular, destina-se a diferenciar os tributos incidentes em razão da importação daqueles incidentes após o ingresso da mercadoria no território nacional. Igualmente, quando se fala em circulação interna, não se está fazendo referência ao fato gerador do ICMS, mas dando ênfase à distinção aqui explicitada.

⁴⁶ Protocolo de 14.12.48, incorporado ao GATT/94 na forma do artigo 1(a).

⁴⁷ Tradução livre do texto em inglês: “qualquer tributo interno ou outra tarifa interna (...) coletada ou implementada no caso de produto importado no momento ou local de importação deve ainda assim ser considerado como tributo interno ou outra tarifa interna (...) e está, portanto, sujeito às disposições do artigo III”.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Pleno no RE 195663/SP, relator ministro Ilmar Galvão, publicado no DJU I de 21.11.97, p. 946 (por maioria). A lei paulista 6374/89 impede que se adote o sistema de contabilização do crédito relativo ao ICMS incidente sobre mercadoria importada em conta gráfica de débitos e créditos para fins de compensação e recolhimento por regime periódico de apuração e foi considerada constitucional pelo STF. A íntegra da decisão se encontra no site do Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br.

⁴⁹ Transcrito diretamente da versão autêntica em inglês. No Brasil, o texto foi publicado pelo decreto legislativo 43, de 20 de junho de 1950: “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 su-

periores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso, nenhuma parte contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados nacionais, contrariamente às principais (*sic*) estabelecidas no parágrafo 1”.

⁵⁰ Utiliza-se o termo *intersubstituíveis* para designar produtos que podem-se fazer substituir um pelo outro.

⁵¹ Utiliza-se o termo *substitutividade* para designar a qualidade de produtos que podem ser substituídos um pelo outro.

⁵² Os precedentes citados são os casos *Border Tax Adjustments* e *Japan – Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*. Ambos se encontram no site da OMC – www.wto.org.

⁵³ Documento WT/DS2/R, tradução livre: “O Painel, retomando sua prévia discussão sobre os fatores a serem levados em conta na determinação de *like product*, observou que as gasolinas quimicamente idênticas importada e doméstica têm por definição as mesmas características físicas, utilização final, classificação tarifária e são perfeitamente intersubstituíveis. O Painel então concluiu que as gasolinas quimicamente idênticas, importada e doméstica, são *like product* na forma do artigo III:4”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da Organização Mundial do Comércio – www.wto.org.

⁵⁴ Os precedentes citados são os casos *Border Tax Adjustments* e *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*. Ambas as decisões podem ser encontradas na íntegra no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁵ As bebidas eram vodka, uísque, conhaque, rum, gim, *genever* e licores.

⁵⁶ Vejam-se o relatório do Painel documento – WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R – , p. 132-133, e a decisão do Órgão de Apelação – documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R – , p. 21-23. As decisões podem ser encontradas na íntegra no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁷ Veja-se a íntegra da decisão no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁸ *Split-run* designa os periódicos que contêm o mesmo conteúdo editorial, ou similar, de periódicos publicados em países estrangeiros porém com publicidade dirigida ao mercado canadense.

⁵⁹ Decisão baixada da Internet, site www.wto.org, tradução livre: “Como confirmado pelo Órgão de Apelação na decisão de *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, a definição de ‘like product’ no artigo III:2, primeira parte, deve ser construída de forma específica, caso a caso, à luz de fatores tais como a utilização final do produto num determinado mercado, os hábitos e gostos dos consumidores e as propriedades, natureza e qualidade do produto”.

⁶⁰ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 25, tradução livre: “até mesmo o menor montante de ‘excesso’ é demasiado”. A íntegra se encontra à disposição no site da OMC – www.wto.org.

⁶¹ Tradução livre da versão autêntica em inglês: “um tributo conforme às determinações da primeira parte do parágrafo 2 seria considerado inconsistente com as disposições da segunda apenas nos casos envolvendo competição entre, de um lado, o produto tributado e, de outro, um produto diretamente competitivo ou substituível não tributado de forma similar”.

⁶² Tradução livre: “(...) if for every sale of the import there is one lost sale of the domestic product, then the two products are perfect substitutes and in direct competition. In a case of perfect substitutability, the imported and domestic products are like products and are covered under Article III:2, first sentence. Instances of less-than-perfect substitutability are addressed under Article III:2, second sentence” (1998, p. 97).

⁶³ O termo significa o quanto o aumento ou diminuição na venda de um dos produtos se reflete aumentando ou diminuindo as vendas do outro, em comparação. Veja-se, a respeito, o relatório do Painel, documento WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 137. A decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁴ Documento WT/DS87/R, WT/DS/110/R, p. 175, tradução livre: “Substitutividade e competitividade referem-se à capacidade de produtos que possam ser diversos em alguns aspectos de satisfazer um determinado desejo do consumidor”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁵ Documento WT/DS87/R, WT/DS/110/R, p. 163. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁶ Decisão do Órgão de Apelação, documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 26. A íntegra pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁷ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 29, tradução livre: “é possível que haja um montante de tributação em excesso onerando produtos importados além de produtos domésticos ‘diretamente competitivos ou substituíveis’ mas, ainda assim, não suficiente para justificar a conclusão de que tais produtos não são tributados de forma similar para os fins do Artigo III:2, segunda parte. Nós concordamos com o Painel no sentido de que esse montante diferenciado de tributação deve estar além de um mínimo (*de minimis*) para que se considere ‘não tributado de forma similar’ em cada caso. E, como o Painel, nós acreditamos que o quanto um dado montante de

diferença de tributação é ou não *de minimis* deve ser, aqui também, determinado caso a caso. Assim, para que sejam considerados ‘não tributados de forma similar’, o ônus tributário incidente sobre os produtos importados deve ser mais pesado que o incidente sobre ‘produtos domésticos diretamente competitivos ou substituíveis’ e estar além do mínimo (*de minimis*) em cada caso”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁸ Documento WT/DS87/R, WT/DS110/R, p. 178, tradução livre: “Para alguns produtos uma diferença muito pequena em níveis de tributação poderia ser *de minimis*, uma diferença que dificilmente seria considerada *de minimis* para outros produtos. Como sempre em casos assim, a determinação deve ser baseada no exame do mercado em questão, o mercado do Estado contra quem se dirige a reclamação”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

Bibliografia

ANALYTICAL INDEX OF THE GATT. Volume 1. Genebra: WTO, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BHALA, Raj; KENNEDY, Kevin. *World trade law*. Charlottesville, Estados Unidos: Lexis Law, 1998.

BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard. *New directions in international economic law: essays in honour of John H. Jackson*. Londres: Kluwer Law International, 2000.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Nova Iorque: Oxford University, 1998.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1993.

FLORY, Thiébaud. *L'organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HORTA, Raul Machado. *Estado federal e tendências do federalismo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.
- JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Estados Unidos: Massachusetts Institute of Technology, 1997.
- JACKSON, John H. *The world trade organisation: constitution and jurisprudence*. Nova Iorque: Royal Institute of International Affairs, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.
- MALANCZUCK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. Reino Unido: Routledge, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) et al. *Tri-butação no mercosul*. *Revista dos Tribunais*, 1997.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- MOUSKHELLI, M. *Teoria jurídica del estado federal*. México: Nacional, 1981.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University, 1999.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madri: Aguilar, 1955.
- ZIPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Periódicos

- DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 334, 1993.
- FELDMAN, David. International personality. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Haia, Martinus Nijhoff, n. 191, 1985.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Haia: Martinus Nijhoff, n. 237, 1992.

Internet

- Organização Mundial do Comércio – www.wto.org
- Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br
- Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br