

Tributação Ambiental na Organização Mundial do Comércio

Andréia Costa Vieira

Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. LLM in International Commercial Law pela University of Nottingham, England. Professora de Direito Internacional. Advogada. Pesquisadora da Fapesp e do IBDT.

Resumo

Pretende-se apresentar uma definição e abrangência da tributação ambiental, bem como suas implicações no comércio internacional. Para tanto, faz-se uma análise das teorias e da estrutura de comércio internacional, identificando seu confronto com a política pública de tributação ambiental e suas correlatas medidas de equalização, tais como a política de *Border Tax Adjustments - BTAs*. Aponta-se a possibilidade, através da análise de diversos casos julgados no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, de serem *BTAs* resultantes de uma política de tributação ambiental albergados no sistema das exceções ambientais do Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

Abstract

This essay aims at introducing the policy of environmental taxation, its definition, broadness and interrelations with international trade. The theories and structure of international trade will be presented in order to identify its confrontation with the states policy space to introduce environmental taxation and its equalization measures, such as *Border Tax Adjustments - BTAs*. Throughout the many WTO cases analyzed, it is demonstrated that *BTAs* might be in accordance with the environmental exceptions set up on the General Agreement on Tariffs and Trade.

Introdução

A implantação das teorias liberais na política e na economia trouxe reclames antiprotecionistas que, em pleno século XXI, têm entrado em linha de colisão com a urgência de os Estados desenvolverem políticas públicas para a garantia de direitos humanos e de proteção ambiental em seus territórios.

Por sua vez, a consolidação do Direito Ambiental trouxe consigo princípios que têm norteado o Direito Tributário no desenvolvimento de políticas extrafiscais, tais como a política da tributação ambiental, com a utilização de normas tributárias indutoras.

Contudo, na implantação dos tributos ambientais, as indústrias nacionais podem ficar em situação de desvantagem frente às concorrentes estrangeiras. Numa tentativa de minorar esse risco, os diversos Estados podem optar por adotar políticas de equalização, que tendem a lidar com os efeitos colaterais da tributação ambiental. Nesse momento, essas políticas de equalização entram em choque com

as políticas antiprotecionistas do comércio internacional, em especial as da Organização Mundial do Comércio.

Pretende-se, no presente trabalho, apresentar, primeiramente, uma definição e abrangência da tributação ambiental, bem como suas implicações no comércio internacional.

Em seguida, faz-se uma análise das teorias e da estrutura de comércio internacional que tem se confrontado com a soberania dos Estados, quando estes decidem adotar políticas públicas de proteção ambiental, tais como os tributos ambientais.

Por fim, parte-se para uma análise específica do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, da OMC, de maneira a identificar se as exceções aos princípios gerais de livre comércio estabelecidos em seu corpo albergam a política extrafiscal de tributação ambiental e suas correlatas medidas de equalização, tais como a política de *Border Tax Adjustments*.¹

Para tanto, far-se-á uma análise dos casos julgados no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (Painéis e Órgão de Apelação), apresentando as diversas interpretações que têm sido feitas do art. XX do Gatt e suas exceções ambientais.

1 - Tributação Ambiental: Definição e Implicações no Comércio Internacional

Com a consolidação do sistema capitalista, verificou-se, além do crescimento da indústria, o conseqüente nascimento de classes sociais distintas, uma luta constante pela igualdade entre essas classes, uma defesa dos direitos humanos e a desenfreada degradação ao meio ambiente. Mas, muito tempo se passou até que houvesse um reconhecimento do Direito ao Meio Ambiente como um Direito humano, trazendo, inclusive, uma relativização da soberania estatal, com a defesa transfronteiriça do meio ambiente, passando-se a defender uma modificação no conceito de soberania, que deixa sua "fase westfaliana" para assumir contornos contemporâneos de cooperação internacional.²

Em 1972, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, onde se promoveu o debate sobre o desenvolvimento e a proteção ambiental.

Em 1987, foi publicado o Relatório Brundtland, que propunha uma noção de desenvolvimento sustentável, almejando o progresso econômico sem olvidar a preservação dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras.

Em 1992, realiza-se mais uma conferência das Nações Unidas, no Rio de Janeiro - a ECO 92, onde foram verificadas estratégias regionais e globais para se alcançar um desenvolvimento sustentável. Nessa conferência, foram germinados documentos importantes para a defesa ambiental, tais como a Agenda 21, a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Biodiversidade, a Convenção contra a Desertificação, dentre outros.

¹ General agreement on tariffs and trade. *Border Tax Adjustment: report of the working party adopted on 2nd December 1970 (L/3464)*. Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>. Acesso em 26.7.2011.

² SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

Já há algum tempo constata-se que as diversas atividades econômicas provocam externalidades ambientais negativas, o que causa perda de bem-estar aos indivíduos atingidos. Intencionando corrigir essas perdas, tem-se proposto utilizar a internalização desses custos externos nas estruturas de produção e consumo.³ Trata-se de aplicar os princípios do Direito Ambiental, denominados “princípio do poluidor pagador” e “princípio do usuário pagador”, atribuindo valor econômico ao bem ambiental, de maneira a promover a sua proteção e uso racional.⁴

No desenvolvimento de uma teoria da função promocional do Direito, Bobbio⁵ destaca a importância de se ver o Direito como instrumento para a efetivação de políticas desenvolvidas para garantir os direitos humanos, na impossibilidade de deixar que uma política do *laissez-faire* cuide dessas questões sociais emergentes.

Nessa linha de raciocínio, Cristiane Derani bem lembra que

“Não se pode esperar que o mercado tenha uma visão social, pois a sua visão é preponderantemente de vantagem individual própria (lucro). Sem esta *anima* não há mercado. Porém, não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardem e promovam uma atitude social.”⁶

Resta, portanto, ao Direito como um todo e, em bases específicas, ao Direito Tributário, lançar-se nessa promoção, abraçando sua função extrafiscal.

Nessa nova visão do Direito, levanta-se a defesa de que o Direito Tributário deve ser concebido não só como instrumento de arrecadação, mas também como instrumento para a consecução de políticas públicas em várias outras áreas, tais como a ambiental.

Scaff e Tupiassu defendem que

“Em face dessa realidade, não se pode excluir a relevância do Direito Tributário que, como parte do sistema, deve ter explorada sua finalidade social, resultando a função extrafiscal dos tributos, que podem ser amplamente utilizados em benefício dos interesses coletivos administrados pelo Estado.”⁷

García⁸ sugere que a utilização de tributos como forma de proteger o meio ambiente iniciou-se com proposta do economista inglês A. C. Pigou, em 1920, só logrando êxito na política ambiental a partir de 1970, com a introdução das primeiras taxas ecológicas, baseadas no princípio do poluidor-pagador adotado pela OCDE, no Programa de Ação das Comunidades em Matéria Ambiental.

³ MENDES, F. E.; e MOTTA, R. S. da. “Instrumentos econômicos para o controle ambiental do ar e da água: uma resenha da experiência internacional”. Rio de Janeiro, 1997. Disponível em www.ipeal.gov.br/pub/td/td0479.pdf. Acesso em 26.7.2010.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵ BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2006.

⁶ DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 64.

⁷ SCAFF, Fernando Facury; e TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 724-749.

⁸ GARCÍA, Aurelio de Prada. Justicia y protección fiscal del medio ambiente. In: STERLING, Ana Yábar (Org.). *Fiscalidad ambiental*. Barcelona: Cedecs, 1998. p. 245-255.

Assim é que a tributação ambiental pode ser conceituada como sendo a utilização do Direito Tributário como instrumento em prol do desenvolvimento de políticas públicas de proteção ambiental, tendo, ao mesmo tempo, uma natureza arrecadatória e uma natureza extrafiscal.

Trata-se de aplicar norma tributária indutora em matéria fiscal, como bem ensina Schoueri.⁹ Em suas palavras:

“Constitui a defesa do meio ambiente campo fértil para o emprego de normas tributárias indutoras. Como já foi mencionado acima, o tributo serve de mecanismo para internalizar os custos ambientais, gerando o que Gavel denomina uma correção na alocação (*Allokationskorrektur*), que ele apresenta como uma mudança comportamental no emprego de bens ambientais, sendo tal objetivo alcançado mediante uma retirada dirigida de recursos no setor privado.”¹⁰

É assim que Petersmann¹¹ identifica os seguintes objetivos da tributação ambiental: (1) permite uma maior flexibilidade de adaptação às empresas poluidoras; (2) estimula uma redução na poluição, com a utilização de métodos e técnicas mais eficientes; (3) diminui os custos sociais provocados pela diminuição dos níveis de poluição através de incentivos fiscais e ajuste de preços; (4) aumenta a arrecadação fiscal; e (5) garante a transparência dos meios utilizados, menos vulneráveis à “captura” se comparados com outras políticas reguladoras.

Dessa forma, os tributos ambientais tendem a promover o consumo de bens e serviços dentro de um planejamento de desenvolvimento sustentável. Afetam, dessa forma, a venda de bens que, em si mesmos ou através de seu método de produção, são considerados nocivos à natureza, tais como alguns tipos de energia poluente, de certas substâncias químicas utilizadas nos processos industriais, de métodos industriais poluentes do ar e da água, aterros sanitários e depósitos de resíduos perigosos. Afetam também bens ou serviços que utilizam recursos ambientais escassos, tais como a extração de recursos minerais, a utilização de lençóis freáticos, dentre outros.

Tendo-se em vista a urgente necessidade de proteção do meio ambiente e a consequente demanda para se internalizar os custos ambientais gerados pelas externalidades negativas das atividades econômicas, Mendes e Motta identificam duas formas de incentivos que podem ser usadas nessa defesa: na forma de prêmios (requerendo um comprometimento de recursos do Tesouro Nacional) e na forma de preços (gerando fundos fiscais). Assim, explicam que

“Os incentivos econômicos via preços são todos os mecanismos de mercado que orientam os agentes econômicos a valorizarem os bens e serviços ambientais de acordo com sua escassez e seu custo de oportunidade social. Para tal, atua-se na formação dos preços privados destes bens ou, no caso de ausência de mercados, criam-se mecanismos que acabam por estabele-

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRRES, Helene Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRRES, Helene Taveira. (Org.). *Direito tributário ambiental*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 235-256.

¹¹ APUD AMARAL JR., Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 167.

cer um valor social. Em suma, adota-se o princípio do poluidor/usuário pagador. O objetivo da atuação direta sobre os preços é a internalização dos custos ambientais nos custos privados que os agentes econômicos incorrem no mercado em atividade de produção e consumo.”¹²

Dessa forma, defende-se uma busca pela justiça fiscal com a tributação ambiental, considerando-se modelos de tratamento tributário que identifiquem a especificidade e diferença de atividades sustentáveis e atividades poluidoras, indicando, conseqüentemente, meios para se restabelecer uma correta relação entre o agente econômico e a sociedade.

Nesse sentido, Caliendo¹³ defende que são necessárias três diretrizes: (1ª) tratamento diferenciado às atividades poluidoras, considerando-se substantiva diferença entre estas e as demais atividades econômicas, por ser uma questão de justiça distributiva; (2ª) tratamento adequado visando o bem comum, corretamente correlacionando o interesse privado e sua contribuição para a manutenção de uma sociedade ambientalmente sustentável; e (3ª) sanção em caso de desequilíbrio gerado pela conduta poluidora.

Nas duas últimas décadas, a adoção de tributos ambientais cresceu por toda a Europa e, de maneira setorizada, identifica-se que: (1) há tributos relacionados à emissão de CO₂ na Finlândia, Dinamarca, Estônia, Alemanha e Holanda; (2) há tributos relacionados à emissão de NOX na França, Itália e Suécia; (3) há tributos relacionados à emissão de SO₂ na Dinamarca, Noruega e Suécia; (4) há tributos relacionados ao despejo de resíduos industriais, no Reino Unido e outros países; e (5) há tributos relacionados ao tratamento do lixo, tais como aqueles que se aplicam em situações de “empacotamento e reciclagem” de lixo urbano residencial e industrial, aplicado em diversos países da União Europeia.¹⁴

Contudo, é mister que sejam levantadas as críticas colocadas a esse tipo de política extrafiscal. Um dos efeitos colaterais dessa prática de tributação ambiental é a perda da competitividade da indústria nacional, com o conseqüente aumento dos preços de bens e serviços comercializados no território do país que a implementa. É assim que as empresas de fora podem utilizar-se dessa desvantagem em que se encontram as empresas nacionais, tendo, portanto, a oportunidade de expandir suas exportações.

Para minorar esse problema, uma das práticas adotadas pelos diferentes Estados, numa tentativa de diminuir essa perda da competitividade, é a implantação de tributos que gravem a importação de bens semelhantes provenientes do exterior. Comumente se utilizam os tributos fronteiriços de ajuste (*border tax adjustments* - BTAs).

Nesse ponto, essa política de utilização do tributo com função extrafiscal pode entrar em choque com as práticas antiprotecionistas do liberalismo comercial, prin-

¹² MENDES, F. E.; e MOTTA, R. S. da. “Instrumentos econômicos para o controle ambiental do ar e da água: uma resenha da experiência internacional”. Rio de Janeiro, 1997. Disponível em www.ipeal.gov.br/pub;td0479.pdf. Acesso em 26.7.2010. p. 3.

¹³ CALIENDO, Paulo. Tributação e mercado de carbono. In: TÓRRES, Helene Taveira. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 876.

¹⁴ BAKKER, Anuschka (Ed.). *Tax and the environment: a world of possibilities*. Amsterdam: IBFD, 2009. p. 53-54.

principalmente quando a questão envolve trocas comerciais transfronteiriças tendo de obedecer as regras já consolidadas do comércio internacional no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Para compreender se essa prática pode ser albergada pelas normas que regem o comércio internacional, é necessário que se compreenda como este tem se desenvolvido e consolidado, além de compreender a estrutura montada para sua consolidação.

2 - O Comércio Internacional: Cenário, Estrutura Organizacional e Acordos

A política antiprotecionista das práticas de liberalização comercial têm entrado em choque com a necessidade de os Estados desenvolverem políticas públicas para a garantia de um bem-estar social em seus territórios. Questiona-se se, em pleno século XXI, a não intervenção estatal é realmente a política desejada, frente à necessidade, que se faz premente, de promover um desenvolvimento sustentável, que leve em consideração a garantia de serviços essenciais à população, bem como a garantia de um bem-estar geral.

No cenário do final do século XVIII, em meio às tendências liberais do pensamento filosófico e político, desenvolve-se a teoria do liberalismo econômico, também chamado de liberalismo clássico. Um de seus principais expoentes, Adam Smith,¹⁵ ao publicar sua mais renomada obra "A Riqueza das Nações", defende a tese que seria propulsora da política econômica que passou a ser implementada no século XIX e se consolidou no século XX.

A teoria do liberalismo econômico traz a defesa de uma intervenção mínima do Estado sobre a economia e a sociedade, prevalecendo a doutrina da "mão invisível do mercado", também conhecida como a doutrina do *laissez-faire*, advogando a favor da livre concorrência, do livre comércio e da lei da oferta e da procura, como mecanismos de regulação do mercado.

Apoiando essa tese, David Ricardo¹⁶ contribuiu com a sua teoria das vantagens comparativas, advogando a favor do livre comércio e da especialização dos Estados naqueles produtos sobre os quais tivessem uma maior vantagem comparativa em sua produção.

Em contraposição a essa liberdade absoluta do mercado, na década de 1940, Keynes¹⁷ passa a defender um Estado interventor, que utiliza, principalmente, mecanismos de intervenção fiscal e monetária, com intenções redistributivistas, e que seria mais tarde chamado de "o Estado do bem-estar social". A teoria econômica keynesiana foi amplamente adotada no período pós-Segunda Guerra.

Como oposição a essa teoria do Estado interventor, e num cenário de crise econômica da década de 1970, renasce um liberalismo contemporâneo, chamado por muitos de neoliberalismo, que teve como um de seus principais expoentes Hayek,¹⁸ defendendo a liberalização comercial e a intervenção mínima estatal como

¹⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

¹⁶ RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷ KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1992.

¹⁸ HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. Porto Alegre: Globo, 1977.

molhas propulsoras da economia, num cenário político de Guerra Fria. Apoiando essa construção neoliberal, Friedman¹⁹ chama a atenção para os riscos da intervenção estatal na economia e na sociedade, defendendo o capitalismo competitivo, num regime de livre comércio.

Em meio a todas essas construções teóricas das ciências econômicas, e tomando como pano de fundo uma realidade do cenário internacional que se modifica no século XX, foi desenvolvido o sistema internacional que controla o comércio mundial.

Em 1944, na Conferência de Bretton Woods, três organizações internacionais foram idealizadas para estruturar e gerir a reconstrução da Europa no período pós-guerra, como também a economia e o comércio mundial. Dessas três, apenas duas saíram do papel: o Banco Mundial (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). A também idealizada Organização Internacional do Comércio (OIC) não chegou a nascer, principalmente, por falta de apoio do Congresso norte-americano.

Apesar disso, o principal tratado internacional que daria suporte à OIC, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (Gatt), de 1947, passou a ser utilizado como o propulsor das medidas comerciais antiprotecionismo, usando a então montada estrutura para a abortada OIC.

Foi exatamente esse o "momento da virada". A reconstrução europeia, inteiramente financiada pelos Estados Unidos (Plano Marshall), num gesto de cooperação movido por interesses futuros, trouxe os Estados Unidos para o cenário internacional, com grande relevância. A partir de então, passava a ser visto como o *hegemon* ocidental da política e da economia.

Nesse período de vigência do Gatt 1947 - um período de ápice da Guerra Fria - a hegemonia norte-americana foi realmente propulsora para a institucionalização do comércio internacional, numa defesa da teoria liberal.²⁰ Era uma questão de interesse, tanto para o proponente (EUA) quanto para os que aderiram ao regime internacional (Europa, Japão e outros).

Contrariando, contudo, as expectativas para o período pós-guerra fria, em 1995, na longa rodada de negociações iniciada no Uruguai, uma organização internacional do comércio passa a existir com a denominação de Organização Mundial do Comércio (OMC). Esta nasce com a incumbência de administrar os acordos comerciais internacionais então existentes, bem como os que tinham sido negociados na Rodada Uruguai, além dos futuros acordos. Assim, o recém negociado Gatt 1994, um espelho do Gatt 1947, traz em seu corpo a grande maioria dos princípios liberais desenvolvidos nas ciências econômicas.²¹

Numa defesa de políticas de livre comércio, o Gatt adota medidas que promovem a abertura de portas ao liberalismo comercial. Dentre as medidas adotadas em seu corpo, encontram-se, em destaque: a política da isonomia entre os países membros (art. I do Gatt); a política do tratamento nacional que devem receber os produtos de tais países, uma vez tendo entrado legalmente no território de um

¹⁹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Arte Nova, 1977.

²⁰ KEOHANE, Robert O. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. New Jersey: Princeton University Press, 1984.

²¹ THORSTENSEN, Vera. *OMC - Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

deles, também chamado de “princípio da não discriminação” (art. III); a política da vedação a restrições quantitativas e leis proibitórias de importação de produtos (art. XI); e a política de permissibilidade de imposição de tarifas, desde que haja um comprometimento com a redução tarifária gradual dentro de um quadro de compromissos (art. II).

Outros acordos foram também negociados nessa Rodada, indicando a grande especialização das questões de liberalização comercial ao final do século XX. Dentre eles, merecem destaque o Acordo sobre Comércio de Serviços (GATS), o Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT), o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitosanitárias (MSF), o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), o Acordo sobre Agricultura (AsA), o Acordo sobre Propriedade Intelectual (TRIPS), além do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Essa proliferação de normas multilaterais em diferentes setores comerciais indicam a limitação que o sistema da OMC passou a impor sobre a flexibilidade e o *policy space* dos Estados-membros, deixando-lhes uma margem menor de manobra para a efetivação de políticas públicas voltadas a um processo de inclusão social e redistribuição de riquezas.

O ESC da OMC adotou o modelo de arbitragem internacional seguido para a solução de conflitos provenientes do descumprimento das normas do Gatt 1947. Trouxe, contudo, a novidade de uma possibilidade recursal para o Órgão de Apelação então criado, fazendo com que a solução de controvérsias surgidas nas Relações Internacionais no âmbito da OMC adquirissem um caráter ainda mais jurisdicionalizado.²²

Foi dentro desse sistema de solução de controvérsias que muitas das discussões acerca do conflito entre a promoção do livre comércio e a adoção de políticas públicas, voltadas principalmente para a proteção da saúde pública e do meio ambiente, foram levantadas.

Ao final do século XX e início do século XXI, tanto no plano interno quanto no plano internacional, a necessidade de um “novo intervencionismo” do Estado tem sido reclamado por um cenário que estampa a urgência de implementação de políticas públicas, principalmente para a garantia de direitos humanos e de uma proteção do meio ambiente. Essa margem de *policy space* a ser concedido aos Estados tem se defrontado com o liberalismo dos acordos da OMC, bem como com o ativismo judicial de seu Órgão de Solução de Controvérsias.

No dizer de Celli Jr.,²³

“a adoção das disciplinas é, enfim, desejável, mas a questão central é a de saber como alcançar um equilíbrio entre a necessidade de se eliminarem políticas meramente protecionistas e a necessidade de manutenção e preservação do direito dos Membros de regular a prestação de serviços em seus territórios tendo em vista suas legítimas políticas públicas de desenvolvimento”.

²² AMARAL JR., Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

²³ CELLI JR., Umberto. Os acordos Gats e Trims na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: CELLI JR., Umberto; e SAYEG, Fernanda Manzano (Orgs.). *Comércio de serviços, OMC e desenvolvimento*. São Paulo: IDCID, 2008. p. 9.

A defesa de um liberalismo comercial preponderante parece ter se esquecido de sua finalidade. O comércio, e conseqüentemente o livre comércio, não é um fim em si mesmo, mas um meio, um mero instrumento para se atingir um fim desejado.

Como bem lembra Amartya Sen,²⁴ não se deve olvidar que a origem das ciências econômicas foi motivada pela necessidade de investigação científica acerca das oportunidades que têm os seres humanos para levar uma vida satisfatória, bem como as causas dessas oportunidades. Questões de dois tipos são suscitadas com a relação entre o mecanismo de mercado, as liberdades e o desenvolvimento econômico. São elas: (1) controles arbitrários de mercado levam à negação de oportunidades de transação que é, em si, uma fonte de privação de liberdade; e (2) os efeitos consequenciais da ausência de mercados levam à redução das liberdades, de forma geral, uma vez que os mercados expandem a renda, a riqueza e as oportunidades das pessoas. Contudo, Sen ensina que não se deve mudar o centro da atenção, da liberdade para a utilidade. Em suas palavras:

“A mudança do centro da atenção da economia pró-mercado, passando da liberdade para a utilidade, teve seu preço: a desconsideração central da própria liberdade. John Hicks, um dos principais economistas deste século, ele próprio com ideias muito mais orientadas para a utilidade do que para a liberdade, apresentou a questão com admirável clareza em uma passagem sobre o assunto: ‘Os princípios liberais, ou de não interferência, dos economistas clássicos (smithianos ou ricardianos) não eram, em primeiro lugar, princípios econômicos; eram uma aplicação à economia de princípios considerados aplicáveis a um campo bem mais amplo. A afirmação de que a liberdade econômica conduz à eficiência econômica não passava de um esteio secundário (...) O que realmente questiono é se temos justificativa para esquecer, tão completamente como a maioria de nós esqueceu, o outro lado do argumento.’”²⁵

Tendo-se em vista a necessidade de se centrar na questão do desenvolvimento e, como contemporaneamente o denominamos, no desenvolvimento sustentável - que atende as necessidades do presente sem olvidar as necessidades das gerações futuras - não podemos perder o foco da finalidade das normas internacionais que controlam o comércio internacional. Sob o viés liberal ou sob o viés utilitarista, o comércio internacional deve servir para a promoção do desenvolvimento. Para tanto, dadas as assimetrias existentes entre os distintos Estados que se tornaram parceiros dentro do sistema da OMC, é necessário garantir-lhes uma margem de atuação para a promoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável dentro de seus territórios.

É dessa forma que se torna extremamente importante identificar essa margem de *policy space* dentro da OMC e, por isso, passamos a investigar o grau de respeito que se tem dado à soberania estatal dentro do principal acordo desse sistema: o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - Gatt, quando confrontado com políticas de tributação ambiental e mecanismos de equalização utilizados.

²⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 40-41.

²⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 43.

3 - O Gatt, *Border Tax Adjustments* (BTAs) e as Exceções Ambientais

Tendo-se em vista uma política extrafiscal desenvolvida por um determinado país, a implantação de tributos ambientais pode gerar um desfavorecimento à indústria nacional. Para reparar essa desvantagem territorial, esse país pode lançar mão de medidas equalizadoras que minorem a perda da competitividade de sua indústria. Esse é o momento de se questionar se uma política de tributação ambiental com uma correspondente política de equalização que minora seus efeitos colaterais poderia ser albergada no sistema Gatt/OMC.

Em geral, essa política equalizadora vem sob a forma de BTAs (*border tax adjustments*). Apresenta-se, em seguida, um estudo sobre a adoção de BTAs e sua adequação ao sistema do Gatt.

3.1 - O Gatt e BTAs

Em 1970, o *Working Party* do Gatt preparou um relatório sobre BTAs, considerando que BTAs compreendem qualquer medida fiscal que, coloca em prática, no todo ou em parte, o princípio da destinação, permitindo, assim, que produtos destinados à exportação sejam isentados de um ou de todos os tributos incidentes no país de exportação, quando comparados com produtos semelhantes vendidos no mercado doméstico, bem como permitindo que produtos importados vendidos aos consumidores sejam taxados com algum ou com todos os tributos incidentes sobre produtos nacionais semelhantes no país de importação. O relatório conclui que aqueles tributos que não sejam diretamente incidentes sobre “produtos” não são elegíveis para o ajustamento de fronteira, tais como as contribuições para a seguridade social e as que incidem sobre folha de pagamento.²⁶

Majocchi e Missaglia²⁷ desenvolveram pesquisa econômica para identificar a necessidade de BTAs ou de outras políticas de subvenção à indústria doméstica em situações de implementação de instrumentos de tributação ambiental na Europa. Chegaram à conclusão de que é absolutamente necessária uma política de equalização, de maneira a se promover um desenvolvimento sustentável.

Distintas políticas de equalização poderiam ser adotadas. Contudo, em estudo desenvolvido também por Majocchi e Missaglia,²⁸ aponta-se a vantagem da adoção de BTAs em comparação com outras políticas públicas, tais como a política de subsídios à exportação. Nesse estudo de 2001, as pesquisas foram centradas no setor energético, tendo como campo de pesquisa os países da União Europeia. Concluiu-se que a adoção de BTAs é a única política, dentre as demais em estudo acerca da

²⁶ “Border tax adjustments were regarded as any fiscal measures which put into effect, in whole or in part, the destination principle (i.e. which enable exported products to be relieved of some or all of the tax charged in the exporting country in respect of similar domestic products sold to consumers on the home market and which enable imported products to be sold to consumers to be charged with some or all of the tax charged in the importing country in respect of similar domestic products) (...) Certain taxes that were not directly levied on products were not eligible for adjustment, such as social security charges (...) and payroll taxes.” (General Agreement on Tariffs And Trade, Border tax adjustment: report of the working party adopted on 2nd December 1970 (L/3464). Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>. Acesso em 26.7.2011.

²⁷ MAJOCCHI, Alberto; e MISSAGLIA, Marco. *Environmental taxes and border tax adjustments: an economic assessment*. Società Italiana di Economia Pubblica. *Working Papers* n. 127, Pavia, maio de 2002.

²⁸ MAJOCCHI, Alberto; e MISSAGLIA, Marco. *Environmental taxes and border tax adjustments. Stato o mercato? Intervento pubblico e architettura dei mercati*. Pavia: Siep, 2001.

implantação de instrumentos de equalização, que está associada diretamente à redução dos índices de desemprego.²⁹

No campo energético, por exemplo, deve-se levar em consideração duas situações distintas: (1) a importação direta de combustíveis; e (2) a importação de produtos que, em seu processo produtivo, consomem considerável quantidade de energia. A implantação de BTAs no primeiro caso seria facilmente acomodada no sistema do Gatt. Quanto à implantação de BTAs no segundo caso, há controvérsias.

No caso US Superfund,³⁰ a adoção de tributação ambiental utilizada em produtos que foram usados como insumos na produção de outros produtos foi aceita pelo Painel. Neste, o questionamento se dava em torno do *United States Superfund Amendments and Reauthorization Act*, de 1986.

O US Superfund Act autorizou um programa de limpeza de áreas de depósito de lixo perigoso, lidando com questões de saúde pública. Criava impostos sobre certos produtos químicos que seriam cobrados a partir de janeiro de 1987 e também cobrava um novo imposto de outras substâncias químicas derivativas daquelas, quando importadas a partir de janeiro de 1989. O Painel concluiu que o imposto cobrado dos produtos importados era equivalente ao imposto cobrado dos produtos domésticos semelhantes e, portanto, obedecia-se o critério do art. III, parágrafo 2, do Gatt.

Resta saber se o mesmo fundamento do caso US Superfund poderia ser utilizado quando um BTA estiver relacionado a produtos que utilizam grande quantidade de energia no seu processo de produção, não como matéria bruta a ser transformada, mas como combustível consumido durante o processo produtivo.

Majocchi e Missaglia³¹ sugerem que, em todo caso, deve-se ter o cuidado de provar que a energia foi utilizada no produto e não no processo em si, para evitar as conclusões atingidas pelo Painel no caso US Tuna-Dolphin I,³² de que a medida de política ambiental aceitável dentro do sistema Gatt deve estar relacionada diretamente ao produto em si e não ao seu processo produtivo. Esse caso é comentado em maiores detalhes mais adiante, dentro de uma sistemática de análise das decisões da OMC.

No Gatt, o art. II (1) proíbe aos Estados membros da OMC fixar tarifas que ultrapassem o estabelecido nas listas de concessão tarifárias preparadas por eles mesmos, anexas ao Acordo, se essa for uma decisão unilateral.

Contudo, o art. II (2) (a) dispõe que nada dentro desse artigo pode impedir um Estado contratante, em qualquer tempo no momento da importação de um produto, de fazer incidir um tributo interno equivalente àquele incidente sobre um produto doméstico semelhante ou sobre um dos componentes desse produto, de maneira consistente com o parágrafo 2 do art. III.³³

²⁹ MAJOCCHI, Alberto; e MISSAGLIA, Marco. Environmental taxes and border tax adjustments. *Stato e mercato? Intervento pubblico e architettura dei mercati*. Pavia: Siep, 2001. p. 24-25.

³⁰ United States. Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, L/6175, adopted 17, junho de 1987, BIS 34S/136.

³¹ MAJOCCHI, Alberto; e MISSAGLIA, Marco. Environmental taxes and border tax adjustments. *Stato e mercato? Intervento pubblico e architettura dei mercati*. Pavia: Siep, 2001. p. 19.

³² United State. *Restrictions on imports of tuna*, DS21/R, 3 Sept. 1991 (unadopted).

³³ Do original: "Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product a charge equivalent to any internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part."

Por sua vez, como bem lembra Amaral Jr.,³⁴ a nota interpretativa do art. III do Gatt explica que qualquer tributo referido no parágrafo 1, incidente igualmente sobre um produto importado e um produto nacional semelhante e arrecadado no momento da importação (no caso de um produto importado), deve ser compreendido como um tributo interno, nos termos do parágrafo 1 e conforme as demais previsões do art. III.³⁵

É assim que os BTAs devem se submeter ao disposto no art. III do Gatt, em consonância com o princípio ali exposto do tratamento nacional, também conhecido como princípio da não discriminação, pelo qual, uma vez tendo legalmente adentrado o território nacional, o produto importado não pode ser discriminado em relação ao produto nacional.

Por outro lado, o uso de recursos escassos na fabricação e comercialização de produtos, com a implantação de uma política de tributação ambiental (a exemplo de impostos cobrados sobre a emissão de substâncias poluidoras do ar e da água) não autorizariam a adoção de BTAs, pois não configuram juridicamente a comercialização de um produto.³⁶

No caso US Superfund, tendo havido dúvidas acerca da cobrança do BTA em relação a insumos consumidos durante o processo de produção de perfumes, o painel do Gatt entendeu que se um tributo é incidente sobre perfume porque este contém álcool, a alíquota deve levar em consideração o valor do insumo e não o valor do todo.³⁷

O Anexo II do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, em nota de rodapé (Nota n. 61), define "insumos" como sendo um conteúdo fisicamente incorporado ao produto, energia, combustível e óleo usado no processo de produção e catalizadores que tenham sido consumidos no decorrer de seu uso para obter o produto final a ser exportado.³⁸

Amaral Jr.³⁹ chega a comentar que esse esclarecimento parece dissipar a incerteza que paira em relação à energia, aos combustíveis e ao petróleo, que não estiverem fisicamente presentes no bem exportado. Estariam, assim, portanto, excluídos da abrangência dos BTAs permitidos no sistema Gatt.

Seria possível, então, albergar esse tipo de tributação ambiental fora da sistemática proposta para BTAs ou criar BTAs excepcionalmente em desacordo com essas regras?

³⁴ AMARAL JR., Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

³⁵ No original: "Any internal tax or other internal charge (...) of the kind referred to in paragraph 1 which applies to an imported product and to the like domestic product and is 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 (...) of the kind referred to in paragraph 1, and is accordingly subject to the provisions of Article III."

³⁶ AMARAL JR., Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

³⁷ United States. Superfund, Gatt Doc. EPCT/TAC/PV/26, art. 21 (1947), par. 5.2.7. No original: "If a charge is imposed on perfume because it contains alcohol, the charge to be imposed must take into consideration the value of the content and not the value of the whole."

³⁸ No original: "Imputs physically incorporated, energy, fuels and oil used in the production process and catalysts which are consumed in the course of their use to obtain the exported product."

³⁹ AMARAL JR., Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

O art. XX do Gatt acoberta medidas que são consideradas exceções aos princípios gerais de livre comércio destacados no Acordo (tais como o princípio da isonomia e o princípio do tratamento nacional) e tem sido interpretado pelos painéis e pelo Órgão de Apelação da OMC repetidas vezes. Assim, toda vez que alguma medida adotada por um país membro da OMC infringe cláusulas do Acordo, tal infração pode ainda ser legitimada nos termos do art. XX do Gatt.

Sob o cunho de “exceções às regras gerais de livre comércio”, fazemos a defesa de que o art. XX do Gatt (e os artigos que lhe são espelhos inseridos em outros acordos da OMC, tais como o art. XIV do Gats) é considerado o programa de políticas públicas permitidas dentro da OMC.

Amaral Jr.⁴⁰ apresenta a construção histórica do art. XX do Gatt, de maneira a elucidar dúvidas acerca de sua interpretação. Em 1947, as exceções previstas no art. XX tinham uma função retórica muito forte, mas, de qualquer maneira, serviram para facilitar a negociação pró-livre comércio do Acordo. Restava, porém, um impasse em nível de interpretação das normas. Não era fácil encontrar um diálogo entre a hermenêutica restritiva do art. XX (que frearia o exercício da soberania dos Estados-membros) e uma hermenêutica ampliativa dessas exceções, que comprometeria a intenção pró-liberalização do próprio Acordo. A tentativa de lidar com esse impasse foi redigida no *caput* do art. XX, que teve origem nas negociações da Carta que propunha a Organização Internacional do Comércio. Nesta, ficava expresso que as exceções ao livre comércio não poderiam constituir uma discriminação arbitrária entre os Estados-membros onde prevalecessem as mesmas condições, nem uma restrição disfarçada à liberalização comercial.

Em 1994, no cume da Rodada Uruguai, as exceções impressas no art. XX do Gatt, a despeito de serem um espelho das exceções previstas no acordo de 1947, eram muito mais intencionais do que retóricas, trazendo a consolidação de valores não comerciais que se colocavam no texto do acordo com uma certa primazia sobre os valores comerciais. Assim, as normas comerciais balizadoras do Gatt poderiam ser deixadas de lado toda vez que se confrontassem com quaisquer desses valores, dentro dos termos expressos nas alíneas e no *caput* do art. XX.

Como se depreende do preâmbulo do Acordo que criou a OMC, as exceções impressas no Gatt levavam em consideração objetivos gerais delineados pelos diversos Estados-membros como necessários à manutenção de uma margem de *policy space*. Tratava-se de uma proteção de interesses públicos considerados “sensíveis” às políticas domésticas.

No texto do art. XX, são excepcionadas: (a) medidas necessárias para proteger a moralidade pública; (b) medidas necessárias para proteger a vida humana, animal e vegetal ou saúde; (c) medidas relacionadas à importação de ouro ou prata; (d) medidas necessárias a assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam inconsistentes com as regras do Acordo, dentre elas, regras aduaneiras, proteção de patentes, marcas e direitos autorais; (e) medidas relacionadas ao produto de trabalho prisional; (f) medidas impostas para a proteção de tesouros nacionais, de valor histórico, artístico ou arqueológico; (g) medidas relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis, desde que tais medidas se tornem efeti-

⁴⁰ AMARAL JR., Alberto do, *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 210 e seg.

vas em conjunto com restrições na produção ou consumo domésticos; (h) medidas tomadas em razão de obrigações assumidas em Acordos intergovernamentais sobre *commodities*; (i) medidas que envolvam restrições às exportações de produtos domésticos necessárias para assegurar a quantidade essencial desses produtos na indústria doméstica de processamento, dentro de um plano periódico de estabilização da economia; e (j) medidas essenciais à aquisição e distribuição de produtos em períodos de *shortage*.

Na mesma linha de intenção, o art. XXI do Gatt deixa uma margem destacada de *policy space*, autorizando os Estados-membros a adotarem medidas com o cunho de garantir interesses essenciais à manutenção da segurança nacional e internacional.

Dentre esses valores essenciais a serem protegidos, conforme destacados no art. XX, destacam-se a vida humana, animal e vegetal e a saúde, além de a defesa dos recursos naturais exauríveis, respectivamente expressos nas alíneas “b” e “g” do Gatt, que foram apreciadas em distintos casos levados aos painéis e ao Órgão de Apelação da OMC.

3.2 - A exceção ambiental do Art. XX, alínea “b”

A alínea “b” do art. XX do Gatt excetua medidas necessárias à proteção da vida humana, animal e vegetal e da saúde. Sua interpretação foi inicialmente formulada no Caso *US-Tuna-Dolphin I*,⁴¹ de 1991, litígio havido entre os Estados Unidos e o México antes da criação da OMC e, portanto, ainda sob o âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias do Gatt 1947.

Nesse caso, o Painel desenvolveu uma análise tripartite para a aceitação da medida adotada pelo Estado-membro que contrariasse os princípios do Acordo. Segundo o Painel, deve-se primeiro verificar se a medida se encontra em uma das alíneas do art. XX; em seguida, deve-se verificar se é uma medida “necessária” para atingir os seus objetivos; por fim, deve-se perquirir se foram cumpridas as exigências impostas no *caput* do art. XX.

Em seu *caput*, o art. XX adverte que as medidas excetuadas em seu corpo não podem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Esses três passos de análise da adequação da medida à exceção prevista no art. XX têm sido interpretados nos diferentes casos de maneira extremamente restritiva.

O primeiro momento em que o “teste da necessidade” foi aplicado pelo Painel do Gatt foi no Caso *Thailand Cigarettes*, de 1990. Neste, o Painel entendeu que a medida seria considerada “necessária” para atingir os seus objetivos somente se não houvesse nenhuma outra alternativa mais consistente ou menos inconsistente com o Gatt.

Amaral Jr.⁴² entende que o Painel, no Caso *Thailand Cigarettes*, admitiu que o art. XX (b) é norma permissiva de proteção da saúde e que, apesar de não existir

⁴¹ United States. *Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R, 3 de setembro de 1991 (unadopted).

⁴² AMARAL JR., Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 216.

na alínea “b” a expressão *in conjunction with* (texto da alínea “g”), só seria considerada “necessária” a proibição às importações de cigarros para proteger a vida e a saúde humana em território tailandês, se tal medida fosse acompanhada de uma política doméstica equivalente. E, assim, o Painel considerou que a propaganda e a rotulagem dos cigarros para informar o consumidor seriam medidas alternativas menos inconsistentes com o Gatt.

No próprio Caso *US Tuna-Dolphin I*, a medida foi considerada “não necessária” para atingir os seus objetivos, pois os Estados Unidos não tentaram um acordo de cooperação com os demais Estados para a proteção da vida e saúde dos golfinhos, salientando o Painel que ações unilaterais de proteção ambiental devem ser evitadas.

No Caso *US - Section 337*,⁴³ foi empregado o “teste da razoabilidade”, pelo qual se questionava o que um governo razoável faria caso não houvesse medidas alternativas que impactassem menos o comércio internacional.

Nos Casos *US Gasoline*⁴⁴ e *Korean-Beef*,⁴⁵ o Órgão de Apelação entendeu-se que há “graus de necessidade” da medida, que podem ser avaliadas a partir de sua “indispensabilidade” até sua “contribuição para atingir o objetivo”. Preferiu-se interpretar a expressão “medida necessária” como sendo aquela que estivesse o mais próximo possível do grau “indispensabilidade” e não o contrário.

No Caso *EC Asbestos*,⁴⁶ o método *weighting and balancing* foi utilizado para interpretar o sentido da palavra “necessária” da alínea “b”. Assim, uma medida do governo francês que proibia a importação de cimento crisotilo e outros produtos feitos com amianto, em razão de seu altíssimo grau de risco cancerígeno, estava sendo questionada como “necessária ou não” para a proteção da saúde humana. O Órgão de Apelação não acatou a argumentação do Canadá de que havia outras medidas menos inconsistentes com o Gatt, uma vez que entendeu que qualquer outra medida não seria tão eficiente quanto a já adotada pelo governo francês.

Essa mesma “efetividade” foi destacada no Caso *Brazil-Retreated Tyres*, onde o Órgão de Apelação entendeu que “necessária” seria a medida proporcional entre a limitação comercial imposta e os efeitos alcançados em relação aos seus objetivos. Nesse caso, a medida brasileira foi considerada “necessária” para os fins aos quais se propunha. Sua inadequação limitava-se ao campo de sua aplicação, quando o Brasil a aplicava de maneira desigual em relação aos membros da OMC, ferindo o art. I do Gatt.

3.3 - A exceção ambiental do art. XX, alínea “g”

Por sua vez, a alínea “g” do art. XX excetua medidas relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis, desde que sejam aplicadas de maneira conjunta com restrições à produção ou ao consumo doméstico.

⁴³ United States Section 337 of the Tariff Act of 1930 - Panel Report 1/6.439, 7 de novembro de 1989.

⁴⁴ United States. *Standards for reformulated and conventional gasoline (Venezuela - DS2, Brasil - DS4 v. EUA) - AB Report WT/DS2/AB/R*, 29 de abril de 1996; Panel Report, WT/DS2/R, 29 de janeiro de 1996.

⁴⁵ Korea. *Measures affecting imports of fresh chilled and frozen beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 10 de janeiro de 2001.

⁴⁶ European Communities. *Measures affecting asbestos and asbestos-containing products*, Canada v. EC, WT/DS135/R, 5 de abril de 2001.

A interpretação dessa alínea “g” tem tido efeitos bastante restritivos na soberania dos Estados. No caso *US Tuna-Dolphin I*, o Painei limitou a aplicação da alínea “g”, interpretando que só poderia ser usada a medida norte-americana que restringia a importação de atum pescado com determinadas técnicas de pesca prejudiciais à vida e à saúde dos golfinhos (justificada pelos Estados Unidos tanto nos termos da alínea “b” como da alínea “g” do art. XX do Gatt), se o método de produção incidisse diretamente na qualidade final do produto. Ou seja, eliminava-se a possibilidade de limitar o comércio internacional quando o método de produção fosse ambientalmente incorreto, mas não influenciasse nas características finais do bem em questão.

Convém destacar que, de uma observação das alíneas do art. XX, vê-se que intencionalmente foram escolhidas as expressões que adjetivariam a medida em análise. Assim, na alínea “b”, a medida deve ser necessária à proteção da vida e da saúde; enquanto que na alínea “g”, a medida deve ser simplesmente “relacionada à conservação de recursos naturais exauríveis”. Tem-se interpretado “relacionada a” como sinônimo de “necessária”, o que soa, no mínimo, um excesso de zelo na defesa dos valores comerciais em detrimento de políticas públicas voltadas à proteção ambiental.

A alínea “g” também foi trazida como fundamentação ao Órgão de Solução de Controvérsias nos casos *US Gasoline* e *US Shrimp*.⁴⁷ No Caso *US Gasoline*, o Órgão de Apelação, entendeu dever haver relação direta entre a medida questionada e a conservação do recurso natural que é seu objeto, estabelecendo, assim, uma relação de causalidade.

No Caso *US Shrimp*, o Órgão de Apelação investigou a finalidade da medida norte-americana questionada, reconhecendo que as tartarugas marinhas também são recursos exauríveis (a despeito das alegações contrárias do reclamante, que insistia na interpretação restritiva de “recursos exauríveis” como referência apenas a “minerais” e não a “seres vivos”). Concluiu pela relação de causalidade existente entre a medida e a proteção efetiva das tartarugas.

3.4 - O caput do art. XX: discriminação arbitrária ou injustificável ou restrição disfarçada ao comércio internacional

Conforme mencionado, o art. XX, *caput*, do Gatt tem sido utilizado como “filtro” para a aceitação de suas alíneas. Galán⁴⁸ sugere uma análise do *chapeau* do art. XX tendo em vista seus três principais objetivos, a saber: (1º) o receio do abuso das exceções previstas em suas alíneas; (2º) a principal intenção que é evitar esse abuso; e (3º) o princípio da boa fé, que é chamado para balizar a real intenção dos Estados.

Vemos, contudo, de maneira um pouco diferente a redação do *chapeau*. Essa análise feita por Galán parece desconsiderar a parte final da redação do *caput* do art. XX, que geralmente é desconsiderada pelos painéis, Órgão de Apelação e pela doutrina, ao tentarem interpretar sua redação. Em nosso entender, a expressão

⁴⁷ United States. *Import prohibition of certain shrimp products*, Malaysia and others v. EUA, AB Report, WT/DS58/AB/RW, DSR 2001.

“nada nesse Acordo” (“(...)nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures (...)”), colocada ao final do *caput* desse artigo, relembra a inteireza do Gatt e, hierarquicamente, posiciona as exceções ali elencadas no topo de um conjunto de regras a serem respeitadas.

A despeito dessa constatação, as interpretações do *chapeau* do art. XX feitas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, conjuntamente com as interpretações restritivas dadas às suas alíneas, conforme análise retro realizada, parecem se esquecer dessa ordem internacional prioritária.

No caso *Brazil Retreated Tyres*, tanto o Painel como o Órgão de Apelação parecem ter chegado à conclusão de que precisavam respeitar esse *policy space* do Estado brasileiro. Contudo, o Órgão de Apelação, contrariando posição do Painel, considerou a política brasileira de permissão das importações de pneus usados para os países do Mercosul, enquanto mantinha a proibição para os demais países, como uma discriminação arbitrária e injustificável, nos termos do *caput* do art. XX.

Por mais que entendamos ter sido o resultado desse caso muito mais pró-políticas públicas do que os anteriores, consideramos inadequada a forma de interpretação que tem sido feita dos artigos do Gatt, havendo um ativismo hermenêutico exacerbado e nem sempre coerente, o que deixa uma margem de insegurança jurídica muito grande. Toda essa interpretação restritiva dos artigos do Gatt, em especial de seu art. XX, tem servido como forma de limitação do *policy space* dos Estados, diminuindo-lhes a flexibilidade de promover políticas de desenvolvimento sustentável em seus territórios.

Ainda numa análise do *caput* do art. XX, Galán,⁴⁹ conclui que as expressões “discriminação arbitrária”, “discriminação injustificável” e “restrição disfarçada” devem ser lidas lado a lado. Apesar de parecerem se sobrepor numa leitura do *caput*, tratam de realidades distintas ao se analisar a aplicação da medida envolvida. Ademais, entende que, para ser possível considerar “discriminação arbitrária” uma medida discriminatória e justificável, é necessário aplicar o “teste da necessidade” através do teste da “medida menos restritiva”. Assim expressa:

“A justified discriminatory measure is considered to be ‘arbitrary discrimination’ when is not considered reasonably available under the necessity test and when it is considered more trade-restrictive than necessary.”⁵⁰

O primeiro Painel que desenvolveu uma interpretação do Art. XX foi o US-Canada - Imports of Tuna (1982).⁵¹ Neste, o Painel considerou que a discriminação da medida norte-americana em face do Canadá não era necessariamente “arbitrária e injustificável” porque os Estados Unidos tinham adotado medida semelhante em relação a outros Estados-membros em situações idênticas.

Em 1996, no caso *US Gasoline* (primeira decisão do Órgão de Apelação da OMC), uma medida doméstica foi considerada, pela primeira vez, em desacordo

⁴⁹ GALÁN, Paula. The meaning of “arbitrary and unjustifiable discrimination” and “disguised restriction”. In: HERDIN-WINTER, Judith; INES, Hofbauer (Orgs.). *The relevance of WTO law for tax matters*. Viena: Linde, 2006. p. 195.

⁵⁰ GALÁN, Paula. The meaning of “arbitrary and unjustifiable discrimination” and “disguised restriction”. In: HERDIN-WINTER, Judith; INES, Hofbauer (Orgs.). *The relevance of WTO law for tax matters*. Viena: Linde, 2006. p. 204-207.

com o *caput* do art. XX. O caso envolvia a Venezuela e o Brasil contra os Estados Unidos. O Órgão de Apelação entendeu que a medida norte-americana era uma discriminação injustificável e uma restrição disfarçada ao livre comércio uma vez que, dentre outros aspectos, requeria um tratamento diferenciado aos refinadores e comerciantes de gasolina doméstica em detrimento de exigências mais restritivas para os importadores de gasolina.

No caso *US Shrimp* (1998), a medida norte americana discutida também foi considerada inconsistente com o *caput* do art. XX. Os Estados Unidos impuseram uma proibição à importação de camarões pescados em situações de risco às tartarugas marinhas, mas ofereceram tratamento diferenciado de adequação à sua medida aos países membros da OMC. Para uns, concedeu um prazo de adequação às técnicas de pesca a serem comprovadas no momento da importação; para outros, não havia esse prazo estendido de adequação e a importação era simplesmente proibida quando não comprovada sua realização mediante as técnicas consideradas pela lei norte-americana como “ambientalmente corretas”. Como discriminação injustificável, o Órgão de Apelação considerou o fato de os Estados Unidos não terem nem tentado negociar tratados de proteção das tartarugas marinhas com os Estados-membros da OMC. Esclareceram, contudo, que a obrigação de um membro é “tentar negociar o tratado”, mas não obrigatoriamente conseguir fechar o tratado.

Na discussão do *US Tuna-Dolphin I* (1991), o Painel já havia atingido uma conclusão parecida com essa do caso *US Shrimp*. Entendeu, no caso de 1991, que qualquer discriminação entre produtos originários de países membros onde as mesmas condições prevalecem é injustificável.

Galán⁵² conclui que: (a) Se uma medida é tomada em relação a todos os Estados membros, não será considerada arbitrária ou injustificável (a exemplo do Caso *US Spring Assemblies*); (b) Se uma medida impõe a mesma restrição ao mercado doméstico e ao mercado externo não será discriminação arbitrária ou injustificável (a exemplo da discussão havida no caso *US Gasoline*); (c) Uma medida será considerada discriminação arbitrária se impuser tratamento diferenciado entre produtos semelhantes de países membros onde as mesmas condições prevalecem (a exemplo do caso *US Tuna-Dolphin I*); e (d) Se uma medida é imposta a alguns Estados-membros, o fato de haver negociações menos restritivas em relação a uns e não a outros, considera-se discriminação arbitrária (a exemplo do Caso *US Shrimp*).

É sob essa perspectiva que defendemos a possibilidade de implantação de políticas de equalização, a exemplo dos BTAs e de outras também aplicáveis, em situações de tributação ambiental. Ainda não há uma discussão específica de situações como essa dentro da OMC. Contudo, não se deve olvidar que se trata de medida que pode ser acomodada nos termos das alíneas “b” ou “g” do art. XX do Gatt.

⁵⁰ GALÁN, Paula. The meaning of “arbitrary and unjustifiable discrimination” and “disguised restriction”. In: HERDIN-WINTER, Judith; INES, Hofbauer (Orgs.). *The relevance of WTO law for tax matters*. Viena: Linde, 2006. p. 204-207.

⁵¹ United States. *Prohibition of imports of tuna and tuna products from Canada*. Panel Report, 22 Feb. 1982, 1/5198-298/91.

Ademais, desde que respeitados os critérios de interpretação do *caput* do art. XX, essa política de equalização poderia ser praticada desde que não constituísse discriminação arbitrária, discriminação injustificável ou restrição disfarçada ao livre comércio.

Considerações Conclusivas

A tributação ambiental compreende a utilização do Direito Tributário como instrumento em prol do desenvolvimento de políticas públicas de proteção ambiental, tendo, ao mesmo tempo, uma natureza arrecadatória e uma natureza extrafiscal.

Um dos efeitos colaterais da prática de tributação ambiental é a perda da competitividade da indústria nacional, com o conseqüente aumento dos preços de bens e serviços comercializados no território do país que a implementa. Para minorar esse problema, uma das medidas adotadas pelos diferentes Estados, numa tentativa de diminuir essa perda da competitividade, é a implantação de tributos que gravem a importação de bens semelhantes provenientes do exterior. Comumente, utilizam-se os tributos fronteiriços de ajuste (*border tax adjustments* - BTAs).

Nesse ínterim, essa política de utilização do tributo com função extrafiscal pode entrar em choque com as práticas antiprotecionistas do liberalismo comercial, principalmente quando a questão envolve trocas comerciais transfronteiriças tendo de obedecer as regras já consolidadas do comércio internacional no âmbito da OMC.

Por sua vez, a OMC e seus distintos acordos antiprotecionistas têm albergado exceções ambientais, conforme previstas no art. XX do Gatt. Trata-se da possibilidade de se amparar medidas estatais necessárias à proteção da saúde humana e animal e à flora, bem como medidas relacionadas à proteção de recursos naturais exauríveis, desde que acompanhadas, neste caso, de semelhantes restrições domésticas. Em ambas as situações, o *caput* do art. XX serve de filtro balizador para a adoção de tais medidas, desde que não configurem uma discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição disfarçada ao livre comércio.

Da análise dos distintos casos julgados pelos painéis e pelo Órgão de Apelação da OMC, concluímos pela possibilidade da implantação de tributos ambientais e suas correlatas medidas de equalização, tais como BTAs, acomodáveis no sistema das exceções ambientais do art. XX.

Entendemos ser possível a implantação de medidas equalizadoras mesmo fora do âmbito de definição de BTAs, uma vez que se tratam de políticas públicas necessárias à proteção ambiental. Estariam, assim, albergadas pelo art. XX do Gatt (e seus correspondentes artigos em outros acordos, tais como o art. XIV do Gats).

O ativismo judicial do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC tem, contudo, restringido esse *policy space* dos Estados. Ainda assim, compreendemos ser possível essa defesa, desde que satisfeitos os testes impostos pelo OSC, tais como o teste da necessidade e o teste da razoabilidade.

⁹² GALÁN, Paula. The meaning of "arbitrary and unjustifiable discrimination" and "disguised restriction". In: HERDIN-WINTER, Judith; INES, Hofbauer (Orgs.). *The relevance of WTO law for tax matters*. Viena: Linde, 2006. p. 190.