

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

JULIANA MARTELI FAIS FERIATO

**ESTRATÉGIAS POLÍTICO-ECONÔMICAS DE SUBSÍDIOS NO ÂMBITO DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Florianópolis

2015

JULIANA MARTELI FAIS FERIATO

**ESTRATÉGIAS POLÍTICO-ECONÔMICAS DE SUBSÍDIOS NO ÂMBITO DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Tese submetida à Universidade Federal de Santa Catarina
para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Araújo Leonetti

Co-orientador: Professor Doutor Everton das Neves
Gonçalves

Florianópolis

2015

JULIANA MARTELI FAIS FERIATO

**ESTRATÉGIAS POLÍTICO-ECONÔMICAS DE SUBSÍDIOS NO ÂMBITO DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Política e Sociedade.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Carlo Araújo Leonetti – UFSC

Co-orientador: Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves - UFSC

Membro: Professor Doutor André Lipp Pinto Basto Lupi - UFSC

Membro: Professor Doutor Arno Dal Ri Junior - UFSC

Membro: Professor Doutor Fernando Seabra - UFSC

Membro: Professor Doutor Paulo Antonio Caliendo Veloso da Silveira – PUC/RS

Membro: Professor Doutor Adilson Rodrigues Pires - UERJ

Suplente: Professor Doutor Orlando Celso da Silva Neto – UFSC

Suplente: Professor Doutor Humberto Pereira Vecchio – UFSC

Florianópolis-SC, 08 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter iluminado esta jornada e colocado, em minha vida, pessoas que me apoiaram e me suportaram ao longo desse período. Aos meus pais, por toda luta que enfrentaram para que eu chegasse até aqui. Aos meus amigos, em especial Isadora Vier Machado e Alexandre Ribas, que sempre me incentivaram e me deram novo ânimo quando já estava sem fôlego. Ao Professor Doutor Carlos Araújo Leonetti, por ter confiado em mim, aceitando o desafio de me orientar por todo o mestrado e doutorado. Ao Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, por ter me coorientado e apresentado a disciplina da Análise Econômica do Direito com tanto apreço que instigou a minha curiosidade e interesse. Agradeço a Renata Vargas do Amaral por ter se disponibilizado a discutir sua tese. A Welber Barral que tem sempre me auxiliado, mesmo com a agenda apertada. Agradeço ao meu mentor, Graham Cook, que me orientou durante o estágio de doutorado na Organização Mundial do Comércio, por todos os cafés e conversas que me auxiliaram a concluir a tese, por ter me colocado em contato com os maiores conhecedores e experientes na área, dentre eles, destaco o Victor do Prado, Diretor do Conselho e Comitê de Negociações Comerciais da OMC, professor do World Trade Institute em Berna, Suíça, especialista em subsídios e soluções de controvérsias, com quem eu tive a honra de trocar experiências. A Tatiana Prazeres pelo acolhedor recebimento na OMC, ao Celso de Tarço Pereira, diplomata e conselheiro na Missão do Brasil junto à OMC, por ter me recebido na missão e ao Diretor-Geral da OMC, Roberto Azevedo, quem tive oportunidade de conhecer, ouvir suas experiências, especialmente, em relação ao tema de subsídios.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu marido, Vinicius Feriato, que me apoiou em cada detalhe, que viu minhas angústias e as compreendeu, pacientemente, nunca me deixando desistir, pelo contrário, me deu o suporte que necessitava para o êxito da tese e do estágio na OMC. Se “ser feliz é encontrar força no perdão, esperança nas batalhas, segurança no medo, amor nos desencontros. É agradecer a Deus a cada minuto pelo milagre da vida” (Fernando Pessoa), então eu sou feliz, porque tudo isso foi possível graças a você.

A aprovação da presente tese não significará endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O sistema de combate aos subsídios específicos da OMC tem preocupado os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, cuja ineficácia acarreta em prejuízos que ultrapassam a seara estritamente econômica. Para impedir que os danos provocados pelos subsídios específicos se concretizem, a OMC fornece aos seus membros dois mecanismos: as medidas compensatórias e o sistema de solução de controvérsias. Apesar das primeiras constituírem o meio mais célere de se combater subsídios, elas não podem ser aplicadas quando a concorrência ocorrer em terceiro mercado. Neste caso, cabe aos governos iniciarem procedimento de solução de controvérsias. Este, por sua vez, possui brechas que colaboram para o uso de estratégias político-econômicas por parte dos governos, no intuito de ganhar tempo e comércio até que, efetivamente, sejam forçados a retirar seus programas de subsídios, ampliando ainda mais as diferenças entre países em desenvolvimento e desenvolvidos. Considerando que, os prejuízos sociais causados pelos subsídios são irreparáveis, faz-se necessário incluir no sistema multilateral de comércio um meio capaz de impedir o comportamento oportunista por parte de países ricos e evitar a perpetuação dos danos ao longo do tempo. Nesse sentido, a presente tese tem por escopo, a partir das premissas da Análise Econômica do Direito, em especial o princípio da eficiência econômico social, propor meio eficiente para que países menos desenvolvidos e em desenvolvimento possam combater subsídios específicos praticados pelos países desenvolvidos. Para tanto, serão estudados, de forma dedutiva, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias em conjunto com o Entendimento sobre Solução de Controvérsias, no intuito de apontar suas falhas, as quais abrem margem para manobras, propondo, ao fim, novo mecanismo de combate aos subsídios, que servirá de instrumento para os países mais frágeis, em atenção ao princípio do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, devido as suas dificuldades de suportar os efeitos dos subsídios por longo período. Assim, averigou-se a possibilidade de se impor medidas compensatórias cruzadas quando os subsídios específicos causarem o desvio das exportações, a princípio, destinadas ao terceiro mercado.

Palavras-chave: princípio da eficiência econômico-social – medidas compensatórias cruzadas – terceiro mercado

ABSTRACT

The WTO system to counter specific subsidies WTO has been an issue for developing and least developed countries, which ineffectiveness leads in losses that go beyond the strictly economic area. To prevent damage caused by the specific subsidies, the WTO provides its members with two models of mechanisms: the countervailing measures and the dispute settlement system. Although the first one is the most expeditious means to counter subsidies, it cannot be applied when the competition occurs in a third market. In this case, it is up to governments to initiate a dispute settlement procedure at the WTO. Although, this procedure has gaps that contribute to the use of political and economic strategies by governments in order to gain time and trade until, the effective withdraw of their subsidy programs, further expanding the differences between developing and developed countries. Whereas the social harm caused by subsidies are irreparable, it is necessary to include in the multilateral trading system an instrument able to prevent opportunistic behavior by rich countries and avoid the perpetuation of the damage over time. In this sense, this thesis has as a scope, from the premises of the Economic Analysis of Law perspective, in particular the principle of social and economic efficiency, to propose efficient means for developing and least developed countries to counter specific subsidies applied by developed ones. To do so, the study comprehends, from the deductive method, the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures herewith the Understanding on Dispute Settlement in order to point out their flaws that open space for maneuver. Finally, it proposes a new mechanism to counter these subsidies, as a tool for the weakest countries in regard to the principle of special and diferente treatment to developing and least developed countries, due to their difficulties to withstand the effects of subsidies for long periods. In this sense, it was examined the possibility of imposing cross countervailing measures when specific subsidies cause the shift from exports that were supposed to be sent to third market.

Keywords: principle of economic and social efficiency - cross countervailing measures - third market.

RÉSUMÉ

Le système de l'OMC de combat aux subventions spécifiques préoccupe les pays en développement et les pays moins développés, car son inefficacité surmonte le domaine strictement économique. Pour empêcher que les dommages provoqués par des subventions spécifiques se concrétisent, l'OMC fournit à ses membres deux mécanismes: les mesures compensatoires et le système de règlement des différends. Malgré les premières constituent le moyen plus rapide de combat aux subventions, elles ne peuvent pas être appliquées quand la concurrence survient dans un troisième marché. Dans ce cas, incombe aux gouvernements des États membres de l'organisation entamer la procédure de règlement des différends. Celui-ci, par ailleurs, a des lacunes qui collaborent par l'usage des stratégies politiques et économiques par des gouvernements, à fin de gagner du temps et bien du commerce jusqu'au moment où ils soient obligés d'enlever leur programmes de subventions. Cela élargit encore plus les différences entre les pays en développement et développés. Considérant que les dommages sociaux provoqués par les subventions sont irréparables, il faut inclure dans le système multilatéral de commerce un moyen capable d'empêcher le comportement opportuniste des pays riches et d'éviter la perpétuation des dommages au cours du temps. Dans ce sens, la présente thèse a pour objectif, à partir des prémices de l'Analyse Économique du Droit, en spécial le principe de l'efficacité économique et social, de proposer un moyen efficace pour que les pays moins développés et en développement pourraient combattre les subventions spécifiques pratiquées par des pays développés. Pour ce faire, il sera étudié, de façon déductive, l'Accord sur les Subventions et Mesures Compensatoires en ensemble avec l' Accord sur le Règlement des Différends, visant à signaler leurs défauts, lesquels ouvrent quelques marges de manœuvre. À la fin, il est proposé un nouvel mécanisme de combat aux subventions, qui servira d'instrument pour les pays plus fragiles, en gardant à l'esprit le principe du traitement spécial et différencié aux pays en développement et moins développés, en raison de ses difficultés de supporter les effets des subventions pendant de longues périodes. Ainsi, il a été constaté la possibilité de s'imposer des mesures compensatoires croisées quand les subventions spécifiques occasionnent la déviation des exportations, destinés, en principe, à un troisième marché.

Mots-clés : principe de l'efficacité économique et social – mesures compensatoires croisées – troisième marché.

LISTA DE SIGLAS

CAMEX – Câmara de Comercio Exterior
CGV – Cadeias Globais de Valores
AED - Analise Econômica do Direito
ASMC – Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
DEAX - Departamento de Estatística e Apoio à Exportação
DECOE - Departamento de Competitividade no Comércio Exterior
DECOM – Departamento de Defesa Comercial
DEINT - Departamento de Operações de Comércio Exterior
DEPLA - Departamento de Planejamento e Desenvolvimento de Comércio Exterior
ESC – Entendimento sobre Solução de Controvérsias
GATT – General Agreement on Tariffs and Trade
GPE - Grupo Permanente de Especialistas
ICTSD- International Centre for Trade and Sustainable Development
ITO – International Trade Organization
MDIC - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
NAMA – Non-Agricultural Market Access
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIC – Organização Internacional do Comércio
OMC – Organização Mundial do Comércio
OPA – Órgão Permanente de Apelação
OSC – Órgão de Solução de Controvérsias
PEES – Principio da Eficiência Econômica-social
SCM – Subsidies and Countervailing Measures
SECEX – Secretaria de Comércio Exterior
UE – União Europeia
WTO – World Trade Organization

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1: Quantidade de trabalho gasto na produção em homens-ano
- Figura 2: Custo de oportunidade de produção de x e y
- Figura 3: Equilíbrio de Mercado
- Figura 4: Principais estruturas de mercado – segundo J. Marshall.
- Figura 5: Jogo do agente e do principal sem contrato
- Figura 6: Jogo do principal e do agente com contrato
- Figura 7: Custos de precauções na ausência de responsabilidade
- Figura 8: Apresenta o ponto de equilíbrio e os deslocamentos da linha da oferta pelos tributos e subsídios
- Figura 9: Impacto dos subsídios e das tarifas sobre produtores, consumidores, governo e bem-estar nacional
- Figura 10: Grau de “jurisdização da OMC”
- Figura 11: Organograma simplificado da estrutura da OMC
- Figura 12: Percentual de casos que envolvem o ASMC
- Figura 13: Percentual de casos que envolvem o ASMC em que países latino americanos são reclamantes
- Figura 14: Percentual de casos que envolvem o ASMC em que países latino americanos são reclamados
- Figura 15: Despesas médias em subsídios de acordo com fontes distintas em bilhões de dólares, 1998-2002
- Figura 16: Medidas compensatórias sofridas por membros exportadores
- Figura 17: Medidas compensatórias aplicadas por setor
- Figura 18: Medidas compensatórias impostas por membros
- Figura 19: Estrutura do Ministério de Desenvolvimento e Comércio Exterior Brasileiro
- Figura 20: Despesas médias em subsídios de acordo com fontes distintas em bilhões de dólares, 1998-2002
- Figura 21: Mecanismos da OMC de combate a subsídios ilícitos
- Figura 22: Efeitos Econômicos das Medidas Compensatórias em relação aos subsídios
- Figura 23: Procedimento de Solução de Controvérsias da OMC
- Figura 24: Relação dos membros mais atuantes e o número de casos como reclamantes e reclamados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 ECONOMIA INTERNACIONAL: SUPERANDO O SUBSÍDIO PARA O LIVRE COMÉRCIO	17
1.1 Economia Internacional: abordagem histórica	18
1.2 Direito do Comércio Internacional: abordagem histórica	31
1.3 Teorias Econômicas que fundamentam o livre comércio.....	40
1.3.1 Estruturas imperfeitas de mercado	48
1.3.2 Política industrial e a nova vantagem comparativa	52
2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	55
2.1 Conceitos fundamentais	61
2.1.1 Eficiência e princípio da eficiência econômico-social	62
2.1.2 Custo de Transação	67
2.1.3 Teoria dos jogos	69
2.1.4 Economia neoinstitucional	71
2.1.5 Escolha racional e teoria da escolha pública	76
2.1.6 Teoria Econômica do Contrato.....	82
3 REGULAMENTAÇÃO DOS SUBSÍDIOS NO ÂMBITO MULTILATERAL E NO BRASIL	93
3.1 Os subsídios na economia internacional	93
3.1.1 O papel da tributação sobre a economia internacional	95
3.1.2 Apreciação econômica dos subsídios	98
3.2 Fundamentos econômicos da regulamentação multilateral dos subsídios	103
3.3 O sistema multilateral de comércio da OMC	107
3.3.1 Funções e princípios.....	112
3.3.2 Estrutura e órgãos.....	124
3.4 A regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias na OMC	127
3.4.1 O acordo sobre subsídios e medidas compensatórias.....	131
3.4.1.1 Subsídios: conceito, definição e classificação.....	132
3.4.1.2 Medidas compensatórias	148
3.5 Principais subsídios e medidas compensatórias aplicados	149
3.5.1 O pacote de subsídios após a crise de 2008.....	155
3.5.2 Subsídios em Doha.....	159
3.6 A Regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias no Brasil	164
3.6.1 Legislação interna	164

3.6.2 Estrutura político-administrativa de subsídios e de medidas compensatórias.....	171
4 ESTRATÉGIAS DE USO POLÍTICO-ECONÔMICO DE SUBSÍDIOS NO ÂMBITO MULTILATERAL	177
4.1 Dificuldades nas negociações.....	178
4.2 O sistema de notificações e revisões	186
4.3 A problemática das medidas compensatórias.....	191
4.4 Manobras político-econômicas nas soluções de controvérsias	196
4.4.1 O procedimento	199
4.4.2 Espaços para estratégias político-econômicas nas soluções de controvérsias.....	209
4.4.2.1 Dos prazos	211
4.4.2.2 Dos danos	215
4.4.2.3 Das retaliações.....	217
4.5 Uso de subsídios para combater subsídios	224
4.6 Propostas	230
4.6.1 Indenização.....	231
4.6.2 Retaliação incondicional e retroativa	232
4.6.3 Retaliação negociável.....	233
4.7 Medidas compensatórias cruzadas aplicadas por países em desenvolvimento e menos desenvolvidos contra subsídios de países desenvolvidos quando da concorrência em terceiro mercado	234
CONCLUSÃO	243
REFERÊNCIAS	250

INTRODUÇÃO

Os subsídios passaram a ser objeto de maior preocupação dos governos após as gradativas reduções de tarifas sobre o comércio internacional, que começaram a ocorrer em 1947, por meio do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Ao decorrer dos anos, o acordo se desenvolveu por meio de rodadas de negociações e foi ampliado, tanto em relação ao número de partes quanto na matéria. O livre comércio passou a ser visto como instrumento de desenvolvimento e paz entre as nações. Em 1995, o GATT obteve estrutura mais robusta ao ser inserido na Organização Mundial do Comércio, a qual, além das barreiras tarifárias, regulamentou as não-tarifárias, bem como as práticas desleais de comércio, tais como *dumping* e subsídios.

Uma vez que, as tarifas haviam sido reduzidas, os governos encontraram nos subsídios forma disfarçada de resguardar interesses político-econômicos e de proteger a indústria nacional. Os subsídios sempre serviram de instrumentos dos governos, contudo, com a redução das tarifas, acirrou-se a concorrência e os subsídios passaram a ser motivo de preocupação entre os membros da OMC, pois quando, específicos, alocam, indevidamente, os recursos econômicos, acarretando em concorrência desleal.

Devido ao seu caráter de despesa pública, eis que são concedidos pelos governos por meio de incentivos fiscais ou por investimento financeiro direto, estão diretamente vinculados ao poder econômico dos países.

Por esse motivo, os subsídios constituem prática desleal grave de comércio que precisa ser combatida em âmbito multilateral, dependendo da cooperação global para que todos os países possam ter acesso ao comércio internacional.

A OMC regulamentou o uso de subsídios, proibindo aqueles considerados específicos, destinados à exportação ou a substituição de importações, por considerá-los prejudiciais ao livre comércio, ao alocar, indevidamente, os recursos econômicos. Também condenou àqueles subsídios específicos que ocasionam efeitos adversos aos interesses de outros membros. Enquanto os primeiros são considerados específicos *per se* e, por isso, proibidos, os últimos são acionáveis caso o dano grave venha a ocorrer.

Além disso, a OMC oferece a seus membros instrumentos para combater o uso desses subsídios. Ocorre que, tanto as políticas de subsídios quanto o uso dos mecanismos para combatê-los são utilizados, principalmente, pelos países desenvolvidos. Por outro lado, a demora no cumprimento das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias

(OSC) por parte dos países desenvolvido tem sido questionada com frequência na OMC. Isso faz com que a redução das barreiras tarifárias não passe de mero discurso, uma vez que, compensa-se com a prática de subsídios. Essa situação acentua ainda mais as diferenças entre os membros, deixando os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos à margem do sistema.

O problema se acirrou com a nova modalidade de produção, conhecida como as cadeias globais de valores, cuja característica predominante é a fragmentação da produção. Com isso, países pobres tornaram-se mais dependentes de suas exportações, que são obstadas pelos subsídios dos países ricos.

Desde 2001, quando foi lançada a Rodada de Doha, contesta-se a capacidade de a organização promover o desenvolvimento de seus países membros. Apesar da OMC reconhecer um tratamento mais favorável aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, a ineficácia do sistema, especialmente para estes, faz com que a organização seja menos inclusora e muito homogênea, urgindo a necessidade de mudanças. Nesse sentido, lançou-se o desafio de buscar um sistema multilateral mais inclusivo e heterogêneo no combate aos subsídios ilícitos aplicados pelos países desenvolvidos, a fim de promover preços justos e estáveis para o desenvolvimento dos países.

As falhas nos mecanismos da OMC permitem que os governos adotem estratégias econômicas e políticas para manterem seus programas de subsídios. Uma vez concedidos os subsídios, seus danos são irreversíveis, visto que privam os agentes de alcançar o bem-estar social por não conseguirem competir no mercado internacional com os preços reduzidos pelos subsídios, podendo a longo prazo, eliminar a concorrência e gerar monopólios ou oligopólios.

São dois os mecanismos de combate aos subsídios no âmbito da OMC: as medidas compensatórias e a retaliação. A primeira, pode ser imposta de forma unilateral e constitui em tarifa adicional cobrada na importação do produto subsidiado. Já a segunda, só pode ser aplicada quando autorizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias após transcorridos todos os ritos procedimentais.

Ocorre que, as medidas compensatórias, pela regra atual, não podem ser impostas quando os Estados concorrentes disputam mercado em terceiros países. Neste caso, resta ao governo, somente recorrer à solução de controvérsias, que, por sua vez, permite que o Estado concesso aproveite suas brechas para prolongar o seu programa de subsídio, no intuito de ganhar tempo e mercado.

Os países pobres afetados por subsídios específicos ainda poderiam outorgar subsídios à sua indústria, ganhando o tempo de manobra até que eles sejam questionados na OMC. Todavia, além de ilícito, isto pode se tornar, extremamente, custoso para países com pouco poder econômico, desencadeando em corrida ao fundo do poço. Outra alternativa, seria não fazer nada a respeito, o que coaduna a teoria liberal, uma vez que, os subsídios estariam financiando o consumo de outro país, para qual seria a finalidade de toda produção. No entanto, se o subsídio estiver causando danos à indústria nacional, os países podem ser pressionados pelos *lobbies* a combatê-los. O importante aqui, é ampliar a gama de mecanismos de combate aos subsídios, se necessário.

Para entender como os governos se aproveitam dessas falhas, é necessário estudar sua racionalidade, bem como suas condicionantes. A OMC é fruto das racionalidades dos governos, estas, por sua vez, encontram-se limitadas por suas regras. A maneira pela qual os governos agem diante de tais regras, se em cooperação ou não, será estudada por meio da Análise Econômica do Direito, movimento que faz uso de conceitos de microeconomia para estudar as normas jurídicas e suas consequências.

Com base nessas premissas, a presente tese pretende mostrar a ineficácia do sistema de combate aos subsídios específicos para os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Ao final, propõe-se mecanismo preventivo a esses países, para desestimular subterfúgios e oportunismos dos países ricos, em busca da eficiência.

Assim, verificar-se-á a possibilidade de emenda do ASMC para que se admita a imposição de medida compensatória cruzada, aplicada pelos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento contra os subsídios dos países ricos, quando estes estiverem impedindo que as exportações dos primeiros se destinem a terceiro mercado.

Para tanto, primeiramente abordar-se-ão as teorias econômicas que fundamentam o livre comércio, a influência exercida pelos subsídios sobre a economia internacional e a importância de sua regulamentação por meio do Direito Comercial Internacional em âmbito multilateral.

O segundo capítulo apresenta a abordagem da Análise Econômica do Direito (AED), pela qual será analisada a problemática das estratégias econômicas e políticas de subsídios dos países membros. As organizações internacionais são instituições que exercem influência sobre os comportamentos dos seus membros, fornecendo as regras do jogo que será jogado de acordo com a análise do custo-benefício de cada estratégia. Ademais, os tratados da OMC se assemelham aos contratos, cujo rompimento pode ser benéfico ou custoso, cabendo à AED averiguar a eficiência do sistema para impedir que

a violação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) seja mais benéfica. Acrescenta-se ao cálculo da eficiência a internalização dos custos sociais, segundo o *Princípio da Eficiência Econômico-Social* (PEES).

Com base nas premissas da AED, o terceiro capítulo tem por escopo mostrar como os subsídios e as medidas compensatórias estão regulamentados no âmbito da OMC e no Brasil. Para tanto, estudar-se-á a estrutura da OMC, seus princípios norteadores e o ASMC, em conjunto com a jurisprudência sobre o assunto e as orientações da organização sobre subsídios em momentos de crise econômica. Também serão estudados os impasses sobre a matéria na agenda de Doha. Em âmbito interno, será apresentada estrutura político-administrativa de subsídios, com especial destaque ao procedimento para imposição de medidas compensatórias.

O quarto capítulo apontará as falhas dos mecanismos da OMC em combater os subsídios específicos, que acentuam as diferenças entre países ricos e pobres, para, no final, propor medida preventiva no intuito de colocar estes últimos no mesmo patamar de igualdade para negociar soluções eficientes e impedir que os efeitos nefastos dos subsídios se concretizem.

O método de abordagem adotado é o dedutivo, visando a analisar as falhas sistêmicas como um todo, para, então, ser aplicado especificamente aos subsídios. O método de procedimento é o monográfico, buscando estudar os fatores da OMC que influenciam a adoção de estratégias político-econômicas de subsídios. Por fim, será utilizada a técnica de pesquisa de documentação direta e indireta.

1 ECONOMIA INTERNACIONAL: SUPERANDO O SUBSÍDIO PARA O LIVRE COMÉRCIO

Os fenômenos da economia influenciam a vida das pessoas desde a Antiguidade. A discussão sobre a abertura do comércio existe desde as primeiras sociedades gregas e envolvia, conjuntamente, as questões políticas, filosóficas e éticas. Nessa época, pouco se tratava de problemas, estritamente econômicos, como a gestão da escassez.

As primeiras tentativas de expansão comercial que apareceram no Século XV, a partir da formação do Estado Moderno, deram início às ideias mercantilistas. Constituindo a soberania um elemento fundamental do Estado, o comércio passou a ser considerado relevante para manutenção de seu poder. Nessa época, a regulamentação das relações comerciais ocorria, exclusivamente, no âmbito interno com o propósito de controlar, rigorosamente, a produção e as trocas de mercadorias.

A formação do Estado moderno trouxe à tona a discussão sobre a sua intervenção no domínio econômico. Acontecimentos posteriores, tais como a Revolução Industrial e Francesa, duas Guerras Mundiais, bem como várias crises econômicas, surtiram o desenvolvimento do tema pelos economistas, cujas teorias deram suporte para a estrutura capitalista atual, de modelo econômico neoliberal.

O acirramento da produção e a liberalização do comércio trouxe preocupações quanto aos seus efeitos sobre os Estados com economias menos produtivas, cujos governos passaram a adotar práticas intervencionistas de limitação das importações e o fomento das exportações.

Os limites dessa intervenção têm sido objeto de discussão das teorias econômicas e a concessão de subsídios não escapa à observação de tais teorias. Magnus¹, inclusive, afirma que “enquanto existirem governos, existirá subsídio no comércio internacional”.

Apesar de o livre comércio ainda constituir tema sensível à soberania dos Estados, os governos reconheceram, em meados do Século XX, a necessidade de cooperação, de forma institucionalizada, para maior estabilidade das relações comerciais internacionais, o que levou a discussão para o âmbito do Direito Comercial Internacional.

Não há como negar a realidade econômica atual e a importância de sua regulamentação pelo Direito que, por sua vez, não se pode afastar da sociedade, inserida num modelo econômico, no qual se operam as concessões de subsídios.

¹ MAGNUS, John. R. *WTO Organization Subsidy Discipline: is the “Retrenchment Round”?* Journal of World Trade, Geneva, v.38, n.º. 6, 2004, p. 984.

Dessa forma, os subsídios, hoje regulamentados pelo Direito, são manifestações político-jurídicas com efeitos econômicos. Por esse motivo, a análise de sua (in)conveniência deve ser interdisciplinar, proveniente do diálogo entre Direito e Economia. Os estudos econômicos não podem ser descartados pelo Direito, pois servem de instrumento interpretativo ou de fundamento para que a norma alcance a eficiência e a maximização do bem-estar social.

Nesse diapasão, o presente capítulo tem por escopo apresentar a forma pela qual a Teoria Econômica compreende os subsídios, justificando a sua regulamentação no plano multilateral. Para tanto, primeiramente, far-se-á uma abordagem histórica da economia internacional no intuito de compreender a estrutura atual de mercado em que os subsídios produzem efeitos e de que forma o fazem, abrangendo o caminho perseguido para alcançar a sua regulamentação pelo Direito do Comércio Internacional.

1.1 Economia Internacional: abordagem histórica

A estrutura capitalista atual remonta aos ideais mercantilistas que começaram a aparecer na transição da Baixa Idade Média para a Idade Moderna. Embora existisse comércio entre os povos antigos, o fundamento econômico do comércio, quando existente se restringia à busca pela riqueza². O quadro se alterou a partir da formação dos Estados absolutos, quando os governos passaram a ver os benefícios da expansão do comércio para a manutenção do poder soberano³.

Iniciou-se um movimento imperialista de expansão do comércio internacional, que deu suporte para a estrutura capitalista atual. A economia do mundo capitalista desta época, suprimiu a divisão de classes entre senhores feudais e vassalos em favor dos interesses dos mercadores, também conhecidos como burgueses. Havia convergência de interesses entre burgueses e o governo no que concerne à unificação do Estado. Enquanto o governo necessitava de recursos para financiar a centralização do poder, que eram obtidos pela cobrança de impostos, eles garantiam aos burgueses segurança e estabilidade

² DAL RI relata que os instrumentos regulatórios que davam suporte à expansão do comércio de Roma a partir do ano 265 a. C. substituiu o rígido *jus civile*, mas ainda não se tratava de um direito comercial universal internacional. A preocupação desses instrumentos era exclusivamente a busca por renda. In: DAL RI JUNIOR, Arno. *História do Direito Internacional*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p.

³ Segundo MONTCHRETIEN “é impossível fazer guerra sem homens, manter homens sem soldo, fornecer-lhes soldo sem tributos, arrecadar tributos sem comércio”. In: MONTCHRETIEN, Antoine de. *Traité de L'économie politique*. 1615.

nas relações comerciais, mediante a determinação de padrões monetários e de leis uniformes.

Considerando que a prosperidade da economia era medida pelo acúmulo de metais preciosos, a lógica mercantilista pregava a busca pela riqueza em terras alheias ao mesmo tempo em que se protegia, internamente, sua saída. Os mercadores constituíam a fonte de obtenção de recursos, oriundos do pagamento de impostos sobre a importação de bens. Para isso, adotavam-se medidas de incentivo às importações, ao passo que as exportações eram desestimuladas.

Posteriormente, o renascimento intelectual desencadeou invenções como o telescópio e a bússola, úteis à expansão do comércio por meio das navegações, permitindo a projeção de mapas e a exploração de novas terras, inaugurando o período colonial⁴, que ampliou a expansão da economia mundial.

As novas rotas marítimas, o descobrimento da América e as consequentes conquistas de colônias-mercados pelos europeus, colaboraram para a transformação do comércio. Foi nessa época que surgiu o movimento que gerou o modelo atual de globalização, maquiado com elementos imperialistas⁵.

Devido ao domínio hegemônico europeu, as colônias eram impedidas de vender para outros países e obrigadas a adquirir os produtos dos colonizadores, criando-se um verdadeiro império comercial. Por outro lado, não se mediam esforços para impedir a saída desses metais do tesouro do Estado, que aplicava normas severas e até prisão aos exportadores desses materiais, enquanto que a exportação era facilitada para os bens considerados irrelevantes⁶. A Espanha chegou a aplicar a pena de morte àqueles que exportavam ouro e prata⁷.

Dessa forma, pode-se dizer que a expansão do comércio constituía a base do mercantilismo, refletindo no Direito da época. Atrelava-se o comércio internacional e o Direito Internacional de guerra e celebração de tratados à soberania dos Estados, o que implicava na legitimidade do uso da força no caso de abusos contra a livre circulação de mercadorias nos mares⁸.

⁴ Nesse sentido, ver: HUNT, E.K. SHERMAN, Howard J. *História do Pensamento Econômico*. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 33.

⁵ Nesse sentido, ver: SILVA, Karine de Souza. *Globalização e Exclusão Social*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

⁶ Nesse sentido, ver: DAL RI JUNIOR, Arno. *op. cit.*, p. 65.

⁷ Nesse sentido, ver: HUNT; SHERMAN, *op. cit.* p. 36.

⁸ Nesse sentido, ver: DAL RI JUNIOR, *op. cit.* p. 70.

Mediante atos soberanos, os governos estimulavam as exportações e adotavam medidas protecionistas para as importações, mesmo que viessem a prejudicar indivíduos. A título de exemplo, por volta do Século XVII, a França e a Inglaterra aplicavam subsídios para o fomento de suas exportações, respectivamente de bens agrícolas e têxteis, mas enquanto que a Inglaterra fomentava sua indústria têxtil para a exportação, a França aplicava medidas de salvaguardas para protegê-la da concorrência estrangeira.

Ainda na Inglaterra, adotava-se a política econômica do monopólio interno, pela qual se proibia os comerciantes ingleses de concorrerem entre si, o que aumentaria o preço dos produtos exportados diante da existência de um único vendedor. Para equilibrar a balança comercial, diante da persistência da concorrência estrangeira, a Inglaterra adotou a política de exclusão dessa concorrência, obrigando as colônias a vender matéria prima por valores baixos e a adquirir produtos manufaturados a preços elevados⁹.

Em sua última fase, o foco da intervenção do Estado deixou de ser a acumulação de metais, pois se verificou que ocasionava o aumento dos preços. Por isso, passou-se a fomentar o setor manufatureiro para estimular a exportação da produção excedente.

O sistema internacional de troca de excedentes constitui o elemento base da expansão do comércio, atrelado à visão central dos Estados, servindo de instrumento de exploração econômica¹⁰.

Nota-se que o mercantilismo é marcado por um movimento de caráter individualista e de dominação, centralizado na forte atuação do Estado, tendo por base a expansão comercial mediante a exploração do território alheio.

Todavia, o desenvolvimento desse comércio provoca uma reestruturação na sociedade, uma vez que fortaleceu a classe burguesa, que passou a contestar a forte intervenção do Estado no comércio, por volta do final do Século XVII.

Nesse sentido, destacam-se pensadores como John Locke, considerado o pai do liberalismo moderno, que passou a contestar o autoritarismo do Estado e a defender a propriedade, a vida e a liberdade das pessoas. Para ele, o intervencionismo do Estado obstruía o comércio que, por sua vez, era capaz de se autorregular. Portanto, o preço dos insumos deveria ser determinado pelo número de compradores e de vendedores.

⁹ Nesse sentido, ver: HUNT;SHERMAN, *op. cit.* p. 37

¹⁰ Nesse sentido, ver: SANCHEZ, Michelle Rattón. *Demandas por um novo arcabouço sociojurídico na organização mundial do comércio e o caso do Brasil*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, 2004, p. 54.

No intuito de afastar a economia do intervencionismo estatal, surgiram teorias monetárias que converteram os metais em moedas nacionais. Pode-se afirmar que o liberalismo tem caráter despolitizado, constituindo um movimento de separação entre economia e política. Dal Ri Jr. explica que:

O novo liberalismo “secularizado” distingue-se pelo princípio liberal da mais ampla separação entre as esferas de governo e de exploração econômica. E através destes, pôde-se desenvolver durante o século XIX uma lógica que buscava a realização e manutenção de um “quase governo mundial” da economia, completamente alheio ao mundo político.¹¹

A liberalização do comércio passou a ser vista como o melhor meio para combater o autoritarismo estatal. Na visão do liberalismo clássico, representado nas ideias de Adam Smith, em sua obra “Riqueza das Nações” de 1776¹², a regulação da economia pelo Estado tinha por escopo promover interesses específicos de alguns e não do bem comum. Por isso, a melhor maneira seria suprimir a intervenção do Estado e deixar os preços livres para encontrarem seu próprio ponto de equilíbrio, o que Smith chamava de “preço natural”¹³.

Ao deixar o mercado livremente nas mãos dos comerciantes e industriais, o interesse comum seria uma consequência da busca pelos interesses individuais, pois ao agir em seu próprio interesse, naturalmente, as pessoas escolheriam os investimentos mais vantajosos e complementares. Isto é, os comerciantes e industriais, no intuito de aumentarem seus lucros, escolheriam produzir o que os consumidores estão dispostos a comprar enquanto que, por outro lado, a concorrência pelo mercado consumidor faria com que eles buscassem desenvolver melhores produtos, beneficiando a sociedade como um todo¹⁴. Portanto, os indivíduos eram conduzidos pela “mão invisível” do mercado, que permitia que a quantidade da oferta atendesse à demanda efetiva¹⁵.

Nota-se que, nesse momento, já se reconheciam os efeitos adversos da alocação de recursos que a intervenção do Estado na economia era capaz de exercer, mas ao mesmo

¹¹ DAL RI JUNIOR, *op. cit.*, p. 101-102.

¹² SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

¹³ *Idem*; *Ibidem*.

¹⁴ Nesse sentido, ver: DAL RI JUNIOR, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵ Nesse sentido, ver: SMITH, *op. cit.*, p. 61.

tempo, mantinha-se o papel importante do Estado para certas funções. Acreditava-se que cabia ao Estado realizar obras públicas e manter certas instituições destinadas exclusivamente ao uso público e nunca a particulares específicos, além de garantir a segurança, de condenar a prática de cartéis e de abster-se de fornecer suportes governamentais para a configuração de monopólios¹⁶.

O peso que o Estado exercia para suprir suas necessidades era demasiado custoso para o comércio e prejudicava o equilíbrio das relações internacionais. A tirania, as guerras e as atitudes arbitrárias eram incompatíveis com o comércio, que, posteriormente, passou a ser visto por pensadores iluministas como meio de regulação social e de alcance da paz¹⁷. Nesse sentido, acrescenta:

As concepções da ordem internacional no período do Iluminismo foram objeto de um intenso debate. Por um lado, a idéia de progresso, aliada à de civilização, construída pela pacificação dos ânimos gerada pela afluência e interação comerciais, foi corrente entre uma escola do pensamento da época, os Modernistas, da qual faziam parte David Hume e Adam Smith. Era um pensamento fruto de uma ideologia criada em torno da estratégia de valorizar a modernização cultural e econômica do período. A guerra, neste contexto, servia apenas como mero instrumento de aplicação do Direito, uma vez que as grandes transformações no campo econômico aumentaram a interdependência entre as nações e neste mundo a guerra e os exércitos têm um preço, financeiramente considerado, que não vale a pena ser pago.¹⁸

A forte presença do Estado sobre as relações comerciais confrontava, portanto, as ideias liberais e, por isso, havia a necessidade de se restringir as suas funções para que o comércio fluísse livremente.

É mister ressaltar que não é possível vincular o capitalismo diretamente à Smith, mas suas ideias foram utilizadas pelos capitalistas para suprimir a forte atuação do Estado sobre a economia.

Na mesma linha de raciocínio, em contraposição às ideias mercantilistas, David Ricardo¹⁹, discípulo de Smith, em seu livro “Princípios de Economia Política e Tributação” de 1817, criticou as barreiras do comércio e mostrou que todas as economias

¹⁶ Nesse sentido, ver: idem; *ibidem*.

¹⁷ Nesse sentido, ver: DAL RI JUNIOR, *op. cit.*, p. 84-90.

¹⁸ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, p. 89-90.

¹⁹ RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

podem ser beneficiadas pelo livre comércio, mesmo que uma seja inferior a outra na produção de todos os bens. Nesse sentido, Ricardo defendia que a liberdade de comércio permitiria o aumento dos lucros sem ter que reduzir os salários, pois viabilizava a importação de bens para os trabalhadores por valores mais baixos daqueles produzidos internamente²⁰.

Assim, para otimizar a produção, fazia-se necessária a divisão do trabalho²¹, que só seria viável num ambiente de mercado livre. Tal situação implicou na divisão da sociedade em classes: o operariado, os capitalistas e os proprietários de terras. Os benefícios adviriam do choque de interesses individuais, que, num ambiente de liberdade de mercado, proporcionariam o bem-estar da sociedade²².

É importante salientar que o livre comércio da época ainda não era linear, tampouco unânime, uma vez que coexistia com as pressões protecionistas, principalmente de setores mais sensíveis como a agricultura e a ampliação da industrialização. Segundo Garcia:

No início do Século XIX em toda Europa ocidental o comércio exterior foi governado por normas prolixas, muito protecionistas, herdeira dos critérios comerciais dos últimos três séculos anteriores. Altas tarifas e monopólios comerciais começaram a ser abolidos a partir de 1846 na Inglaterra, e logo depois na França, inaugurando - por efeito de imitação em outros países - um boom do comércio livre, que só começou a diminuir no final do século, como resultado da reação dos partidários do protecionismo²³.

²⁰ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 104-105.

²¹ Nos dizeres de Smith: “[...] esse grande aumento da quantidade de trabalho, que, em consequência de sua divisão, o mesmo número de pessoas é capaz de realizar, explica-se por três circunstâncias distintas: em primeiro lugar, devido à maior destreza existente em cada trabalhador; em segundo, à poupança daquele tempo que, geralmente, seria de costume perder ao passar de um tipo de trabalho para outro; finalmente, como resultado da invenção de um grande número de máquinas que facilitam e abreviam o trabalho, possibilitando a uma única pessoa executá-lo, que, de outra forma, teria de ser feito por muitas”. In: SMITH, *op. cit.*, p. 43. Nesse mesmo sentido, Ricardo apoiava a industrialização para aumentar a produção. In: RICARDO, *op. cit.*

²² Para Smith, os indivíduos, ao buscarem seus interesses particulares, fazem de maneira a obter o melhor resultado possível. In: SMITH, *op. cit.*, p. 379-380.

²³ Tradução livre de: “A comienzos del s. XIX en toda Europa occidental el comercio exterior se regia por una normativa prolija, muy prteccionista, heredera de los criterios mercantilistas de los tres siglos anteriores. Los altos aranceles y los monopolios al comercio comenzaron a abolirse a partir de 1846 en Inglaterra, y muy poco despues en Francia, inaugurando – por efecto imitacion de otros países – un auge del librecambismo, que sólo empezó a perder fuerza a finales del siglo como resultado de la reacción de los partidarios del proteccionismo.” In: GARCIA, José Manuel. *Comércio Internacional; teoria e técnica*. Granada: Editora Universidad de Granada, 2002, p. 19.

O marco desse período foi a revogação das leis dos grãos (*corn laws*) na Inglaterra, que, desde o Século XVII, subsidiava a exportação de grãos produzidos naquele país, enquanto impunha altas tarifas sobre as importações, causando a elevação dos preços. Por esse motivo, iniciou-se o movimento para a liberalização do comércio nos setores mais sensíveis²⁴.

O período seguinte, compreendido entre 1840 a 1873 (final do Século XIX), ficou conhecido como era de ouro do capitalismo corporativo, marcado por uma célere expansão comercial no Continente Europeu por modernos bens de capital para industrialização, o que causou um crescimento econômico histórico. Infelizmente, a tecnologia permitiu que somente as grandes corporações usufruíssem dessa expansão, haja vista que as empresas menores, por não conseguirem concorrer, foram eliminadas²⁵.

Marx²⁶ critica esse modelo, em decorrência das injustiças sociais ocasionadas, demonstrando seu prejuízo a classe operária, excluída do desenvolvimento econômico gerado pelo capitalismo. A especialização do trabalho e o uso das máquinas reduziram os custos da produção, mas provocaram efeitos perversos à sociedade, como o trabalho infantil, as longas jornadas e o desemprego.

O período eivou-se de conflitos sociais, que provocaram grande mudança no pensamento econômico. Partindo do pressuposto dos efeitos positivos provocados pelo livre comércio, os teóricos neoclássicos buscaram encontrar o ponto de equilíbrio do sistema econômico. Assim, “todo equilíbrio geral de economias em concorrência perfeita, independentemente da distribuição inicial de recursos, maximiza o bem-estar”.²⁷

Para tanto, deslocou-se o padrão de medição do valor das coisas da oferta para a demanda, pela qual os bens seriam adquiridos de acordo com sua utilidade²⁸. Todavia, “a mão invisível” de Smith, ainda prevaleceu nas teorias neoclássicas, situação que começou a ser alterada com Pigou²⁹, quando admitiu a intervenção do Estado diante das

²⁴ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 20.

²⁵ Nesse sentido, ver: HUNT; SHERMAN, *op. cit.*, p. 107-108.

²⁶ MARX, Karl. *O Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED, 1980.

²⁷ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13.

²⁸ Para os neoclássicos utilitaristas, a escolha do consumidor se baseava na utilidade da mercadoria. Como a utilidade de uma mercadoria era relativa, pois dependia de interesses subjetivos dos consumidores, Marshall adotou como medida, a utilidade aproximada, formulada pela teoria da escolha racional, pela qual pressupunha que as escolhas eram feitas com o fim de maximizar a utilidade com as despesas. Nesse sentido, ver: MARSHAL, Alfred. *Princípios de Economia Política, Tratado Introdutório*. São Paulo: Abril Cultural, 1982. Já Pareto criticava as dificuldades para se medir os preços e buscou uma solução mais matemática do que psicológica, criando o conceito ordinal de utilidade, pelo qual havia uma ordem de preferência de produtos. Assim, a perda de utilidade em um caso era compensada pelo outro. Nesse sentido, ver: PARETO, *op. cit.*

²⁹ PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2013.

externalidades negativas que acarretam custos para a sociedade, impedindo que o bem-estar coincida com o ponto de equilíbrio e a eficiência do sistema econômico.

As externalidades podem constituir benefícios (positiva) ou prejuízos (negativa) apropriados por terceiros. Como exemplo de externalidade positiva, pode-se citar a tecnologia investida por uma empresa: mesmo que ela adquira o direito de propriedade sobre ela, o benefício pode ser estendido a outras empresas, visto que não é possível se apropriar completamente da propriedade. Por outro lado, as externalidades negativas provocam danos à sociedade e geram ineficiência de mercado. Cita-se, como exemplo, a poluição ambiental oriunda da indústria, a desvalorização de imóveis, a produção de bens não seguros, etc. Dessa forma, as intervenções do Estado na economia são necessárias para evitar que as externalidades negativas decorrentes do livre comércio se concretizem.

O final do século XIX e o começo do século XX foram marcados pela hegemonia do pensamento neoclássico, que acreditava na autorregulação do mercado e em sua capacidade de alcançar o equilíbrio do sistema econômico, inclusive para atingir o pleno emprego.

O período sucessor foi marcado por uma trágica crise econômica na Europa, ocasionada pela eclosão da I Guerra Mundial, que praticamente destruiu a indústria europeia, obrigando a Europa a buscar bens para seu abastecimento no mercado norte-americano. Essa situação permitiu que a economia norte-americana crescesse rapidamente e fez dos Estados Unidos o grande líder industrial e financeiro do mundo³⁰.

No entanto, a I Guerra trouxe efeitos nefastos para a economia, como a inflação generalizada e a instabilidade das taxas de câmbio, o que ocasionou o retorno dos países europeus à adoção de políticas intervencionistas, que fez uso de medidas protecionistas para buscar maior competitividade das exportações³¹. Segundo Garcia: “a crescente integração e mundialização da economia, que parecia imparável desde o último quarto do século anterior, estancou e retrocedeu ostensivamente”³².

Em 1929, os Estados Unidos enfrentaram a sua maior crise econômica, ocasionada pela falta de demanda no mercado externo e interno. Na época, o seu principal mercado consumidor se concentrava no Canadá e na Inglaterra, que, por sua vez, estavam passando

³⁰ Nesse sentido, ver: HUNT; SHERMAN, *op. cit.*, p. 164.

³¹ Nesse sentido, ver: MAIA, Jayme de Mariz. *Economia Internacional e Comércio Exterior*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

³² Tradução livre de: “*la creciente integración y mundialización de la economía, que parecía imparable desde el último cuarto del siglo anterior, se estancó y retrocedió ostensiblemente*”. In: GARCIA, *op. cit.* p. 27.

por um período recessivo, o que dificultava a saída das mercadorias americanas, que tampouco conseguiam vender no mercado interno³³.

Desse modo, as pressões protecionistas começaram a aparecer e deram início a um ciclo vicioso, pois novas medidas restritivas eram aplicadas para combater o protecionismo, reduzindo drasticamente o comércio mundial nos primeiros quatro anos de crise. Ressalta-se que: “[...] a tudo foi adicionado o uso sistemático de desvalorizações competitivas, com o objetivo não só de melhorar artificialmente a competitividade das exportações próprias, mas também para frear as importações³⁴”.

É importante ressaltar que, mesmo munidos de fábricas, de tecnologia e de mão de obra capacitada, não havia interesse econômico dos empreendedores norte-americanos em colocá-las em funcionamento, uma vez que a demanda se encontrava em situação de declínio extremo. Esse fato demonstrou que o idealismo da economia de mercado não estava voltado para o bem-estar dos indivíduos, mas sim para o lucro³⁵, gerando críticas ao modelo neoclássico.

Restavam dois caminhos a seguir: manter o modelo de produção desenfreada ou permitir a intervenção do Estado na economia para contornar a crise e os problemas sociais, garantindo os direitos fundamentais. Dessa forma, o Estado passou a ter que lidar com as necessidades econômicas e sociais ao mesmo tempo, o que culminou no *Welfare State* ou Estado de bem-estar social de Keynes³⁶.

Para Keynes, fazia-se necessária a intervenção do Estado no sentido de realizar investimentos de utilidade social, tais como escolas e hospitais, de forma a não ampliar a produtividade e tampouco desencorajar investimentos futuros. Os recursos para a realização dessa política seriam obtidos por meio de empréstimos dos excessos das poupanças³⁷.

Todavia, Keynes reconhece que, sob o ponto de vista político, o governo não realizaria tais investimentos se não fosse para beneficiar os setores mais ricos, pois estes, exerceriam pressões. Assim, diante dos obstáculos políticos, seria mais interessante

³³ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 28.

³⁴ Tradução livre de: “A todo lo anterior se añadió el uso sistemático de las devaluaciones competitivas, con el objetivo no sólo de mejorar artificialmente la competitividad de las exportaciones propias, sino también de frenar las importaciones. En las relaciones comerciales Este-Oeste desde 1945 y hasta la caída del muro de Berlín, el bilateralismo ha sido el sistema que las ha regido. ” In: *Idem; ibidem*. p. 29.

³⁵ Nesse sentido, ver: HUNT; SHERMAN, *op. cit.*, p. 166.

³⁶ Com origem no pensamento keynesiano que, em contraposição às ideias liberais de Smith, pregava a necessidade de intervenção do Estado na economia para a promoção do pleno emprego diante da possibilidade de se alcançar o equilíbrio econômico abaixo do pleno emprego. Nesse sentido, ver: KEYNES, John M. *A Teoria do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.

³⁷ Nesse sentido, ver: HUNT; SHERMAN, *op cit.*, p. 189-190.

realizar tais investimentos a favor dos mais ricos, mesmo que os benefícios à sociedade fossem indiretos, ao invés de nada fazer³⁸.

O grande desafio do Estado era conciliar ambos os pensamentos: o liberalismo de Smith com a política de intervenção na economia para fins sociais de Keynes. Diante das pressões populares, o Estado liberal se transformou em Estado social. Sobre essa transição, Bonfim afirma que:

Essa postura econômica, em concomitância com o desenvolvimento descontrolado do setor industrial, gerou efeitos colaterais graves, decerto fomentando a construção de um ideal voltado à atuação do Estado como agente positivo na consecução dos direitos e garantias fundamentais. A liberdade formal consagrada pelo Estado liberal não tinha alcance amplo, sendo imprescindível que o Estado passasse a atuar como agente positivo na tentativa de sua materialização³⁹.

Dessa forma, as ideias neoclássicas foram reformadas e passou-se a admitir a intervenção do Estado na economia para corrigir as imperfeições do sistema econômico. Para tanto, sugeriu-se, entre outras medidas, que fossem aplicados “subsídios especiais com a finalidade de equiparar custos sociais e privados, sempre que houvesse uma defasagem entre ambos”⁴⁰.

Na seara jurídica, foi possível visualizar a inclusão dos direitos sociais nas constituições federais, inicialmente, na Constituição do México de 1917, na Constituição de Weimar em 1919 e no Brasil, na Constituição de 1934, mantendo-se até a atual Constituição de 1988, com exceção da Constituição de 1937.

Ocorre que os custos para manter o Estado de bem-estar social eram elevados em decorrência de seu dever de garantir os direitos fundamentais. Essa contraprestação intensa do Estado e a internacionalização da economia⁴¹ desencadearam recessões econômicas profundas⁴², que incitaram as críticas ao modelo econômico keynesiano e impulsionaram as ideias neoliberais.

³⁸ Nesse sentido, ver: KEYNES, *op. cit.*, p. 129.

³⁹ BONFIM, Diego. *Tributação e Livre Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

⁴⁰ HUNT; SHERMAN, *op. cit.*, p. 118.

⁴¹ A partir do momento em que a economia se internacionaliza, fica mais difícil para o Estado manter sua ordem nacional devido ao rompimento das barreiras nacionais pelo capital internacionalizado.

⁴² O alto custo do Estado social gerou crises econômicas em vários aspectos: crise fiscal do Estado, crise do modelo keynesiano, crise estrutural do capitalismo, crise do petróleo e dos juros.

Mises e Hayek⁴³ são os principais críticos do Estado social e de sua excessiva intervenção na economia. Para Mises⁴⁴, a economia se regula pela oferta e demanda, ao passo que o sistema social se fundamenta na propriedade privada e na divisão do trabalho. No mesmo sentido, Hayek⁴⁵ sustenta que somente o mercado é capaz de ordenar as questões sociais segundo o sistema de preços.

Nesse sentido, Hayek pretendeu demonstrar que o fascismo e o comunismo tendem a suprimir as liberdades individuais e a democracia, elementos que considerava essenciais para garantir a paz interna e a liberdade individual.⁴⁶ A esse pensamento, Friedman acrescentou que a liberdade individual e da sociedade só é possível se houver liberdade econômica.⁴⁷

Sob a influência desses economistas, o sistema neoliberal foi, primeiramente, implantado na Inglaterra, sob o comando de Margareth Thatcher em 1979 e, em 1980, nos Estados Unidos, pelo presidente Ronald Reagan, para recuperar o desenvolvimento econômico. O pensamento neoliberal foi conquistando hegemonia com o processo de globalização e com as recomendações do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, logo se espalhando pela América Latina e pelo Oriente⁴⁸.

As principais ideias neoliberais podem ser encontradas nas diretrizes do Consenso de Washington de 1990. Na época, economistas de Washington formularam um conjunto de dez regras básicas para ajustar a macroeconomia dos países em desenvolvimento com dificuldades. Para isso, estabeleceu-se “o mínimo denominador comum de recomendações de políticas econômicas que estavam sendo cogitadas pelas instituições financeiras baseadas em Washington D.C. e que deveriam ser aplicadas nos países da América Latina, tais como eram suas economias em 1989”⁴⁹.

⁴³ Ludwig Von Mises em 1922 com a obra “A Economia Comunal” e Friedrich Von Hayek em 1944 com a obra “O Caminho da Servidão” apresentaram os argumentos contra as ideias do intervencionismo keynesiano.

⁴⁴ MISES, Ludwig Von. *Ação Humana: um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto liberal, 1990, p. 256-257.

⁴⁵ HAYEK, Friedrich A. Von. *O Caminho da Servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 68-69.

⁴⁶ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 25-26.

⁴⁷ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

⁴⁸ A China se recusou a seguir o Consenso e optou por seguir o exemplo da Inglaterra e da Alemanha, adotando o pensamento darwinista da concorrência, pelo qual, num ambiente de livre concorrência, os menos aptos seriam naturalmente eliminados. Entretanto, o Estado chinês ainda se fazia presente na economia e, por isso, só ingressou na OMC em 2001, momento em que estava mais preparado para adotar as medidas exigidas pela organização.

⁴⁹ Tradução livre de: “The lowest common denominator of policy advice being addressed by the Washington-based institutions to Latin American countries as of 1989.” In: WASHINGTON CONSENSUS. Center for International Development at Harvard University. Disponível em: <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

O Consenso de Washington tinha por base dois pilares: a democracia e a economia de mercado, contudo, o segundo era prioritário, pois a democracia era consequência e não objetivo. Aliás, a democracia poderia, inclusive, constituir obstáculo a liberalização do comércio.

As recomendações eram as seguintes: a) disciplina fiscal, por meio da qual o Estado deve limitar seus gastos à arrecadação, eliminando o *déficit* público; b) focalização dos gastos públicos em educação, saúde e infraestrutura; c) reforma tributária que amplie a base sobre a qual incide a carga tributária, com maior peso nos impostos indiretos e menor progressividade nos impostos diretos; d) liberalização financeira, com o fim de estabelecer restrições que impeçam instituições financeiras internacionais de atuar em igualdade com as nacionais e o afastamento do Estado do setor; e) taxa de câmbio competitiva; f) liberalização do comércio exterior, com redução de alíquotas de importação e estímulos à exportação, visando a impulsionar a globalização da economia; g) eliminação de restrições ao capital externo, permitindo investimento direto estrangeiro; h) Privatização; i) Desregulação, eliminando barreiras de entrada e de saída; j) Propriedade intelectual⁵⁰. Sobre essas propostas, Batista faz a seguinte análise:

As propostas do Consenso de Washington nas 10 áreas a que se dedicou convergem para dois objetivos básicos: por um lado, a drástica redução do Estado e a corrosão do conceito de Nação; por outro, o máximo de abertura à importação de bens e serviços e à entrada de capitais de risco. Tudo em nome de um grande princípio: o da soberania absoluta do mercado auto regulável nas relações econômicas tanto internas quanto externas⁵¹.

No Brasil, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) publicou um documento repetindo as diretrizes do Consenso de Washington, cujo título exaltou a modernidade do receituário e sua relação com o crescimento do país. Esse documento se chamava “Livre para crescer – proposta para um Brasil moderno”.

Tal documento ainda acrescentava recomendações do Banco Mundial no sentido de incentivar a exportação de bens agrícolas como meio de inserção do país no comércio

⁵⁰ NEGRÃO, João José. *Para conhecer o Neoliberalismo*. São Paulo: Publisher Brasil, 1998, p. 41.

⁵¹ BATISTA, Paulo Nogueira. *Consenso de Washinton: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014, p. 18.

internacional, ou seja, enquanto os países desenvolvidos se dedicaram à industrialização, recomendava-se aos países em desenvolvimento que se dedicassem à agricultura, que, por sua vez, era subsidiada pelos países desenvolvidos, o que ocasionava a redução dos preços internacionais⁵².

Os interesses contraditórios no processo de tomada de decisões continuaram, os quais, ao mesmo tempo em que se condenavam, incessantemente, aqueles países que não queriam aderir à liberdade de comércio, havia o receio de que essa liberalização prejudicasse alguns setores. Batista traz como exemplo o setor automotivo, mostrando que:

[...] essa mesma imprensa registraria, com respeito e sem quaisquer reparos, declarações do presidente da General Motors Mundial quando veio ao Brasil defender a necessidade de se conter o ímpeto da abertura comercial, com o natural receio de não poder a GM norte-americana competir no mercado brasileiro com os veículos de origem japonesa ou coreana, caso aquele processo prosseguisse. Caberia, assim, aos investidores americanos e europeus, e não aos empresários nacionais, assumir a defesa da indústria instalada no país através da política de substituição de importações condenada pela onda neoliberal⁵³.

Stiglitz, por sua vez, referindo-se ao programa neoliberal para a reforma russa, chegou à seguinte lição:

[...] os Estados Unidos apoiam o livre comércio, mas, muitas vezes, quando um país pobre finalmente consegue encontrar uma mercadoria que pode exportar para os Estados Unidos, os interesses protecionistas americanos internos são encorajados. [...] por um lado, eles receberam grandes doses de livre mercado e livros didáticos de economia. Por outro lado, o que eles viram na prática de seus professores estava bem longe deste ideal. Eles foram informados que a liberalização do comércio era necessária para uma economia de mercado bem sucedida, mas quando tentaram exportar alumínio e urânio (e outras *commodities* também) para os Estados Unidos, eles encontraram a porta fechada. Evidentemente, a América tinha desenvolvido sem a liberalização do comércio; ou, como às vezes é colocado, ‘o comércio é bom, mas as importações são ruins’⁵⁴.

⁵² Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 6.

⁵³ *Idem; ibidem*, p. 7.

⁵⁴ Tradução livre de: “*The United States supports free trade, but all too often, when a poor country does manage to find commodity it can export to the United States, domestic american protectionist interests are galvanized.*” In: STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. New York: Norton, 2003, p. 172.

A partir disso, é possível afirmar que o imperialismo permanece nos tempos atuais, tendo em vista que “a sociedade globalizada se maquia de elementos comprovadamente imperialistas, o que a torna tão cruel quanto em épocas passadas”⁵⁵. Assim, nota-se que, enquanto que o livre comércio é incentivado no país alheio, internamente, adota-se o protecionismo. Essas ideias influenciaram o sistema multilateral de comércio atual, ocasionando a sua ineficácia para os países pobres.

1.2 Direito do Comércio Internacional: abordagem histórica

As relações comerciais internacionais foram regulamentadas pelo Direito Internacional somente a partir de meados do Século XX, quando houve a primeira tentativa de regulamentação institucionalizada por uma organização internacional. Até então, o Direito Internacional era limitado a regular a coexistência entre Estados soberanos.

Apesar da secularização do Estado e da aplicação da cláusula da nação mais favorecida⁵⁶, que surgiu no século XVIII, fundamentais para a expansão do comércio na Revolução Industrial no século XIX, a presença do Estado nas relações comerciais internacionais ainda era forte no sentido de reforçar a sua soberania⁵⁷. A regulamentação do comércio internacional se dava, predominantemente, no âmbito de seu Direito interno. Segundo Dal Ri Jr.:

Do alto da sua tribuna, a cultura jurídica internacional do fim do século XIX e do início do século XX teimava em não “sujar as mãos”, excluindo qualquer tipo de possibilidade de análise do direito internacional à luz de fenômenos econômicos internacionais⁵⁸.

A regulamentação do comércio internacional foi, por muito tempo, excluída do Direito Internacional, que estava adstrito às soberanias dos Estados. Assim, mesmo diante

⁵⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁶ A cláusula da nação mais favorecida determina que os benefícios concedidos à importação de bens oriundos de um Estado devem ser estendidos aos demais.

⁵⁷ O direito internacional clássico se inicia ainda na Idade Moderna, por meio do Tratado de Vestfália de 1648, que, alicerçado na igualdade soberana, tem por objetivo principal garantir a independência política e a igualdade soberana dos Estados, tendo colocado fim à guerra dos trinta anos. Nesse sentido, ver: SANCHEZ, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁸ DAL RI JR, *op. cit.*, p. 113.

das ideias liberais, admitia-se o uso de práticas intervencionistas em prol dos interesses soberanos dos Estados. Portanto, ao mesmo tempo em que se defendia o livre comércio a favor dos bens competitivos, aplicavam-se medidas protecionistas para aqueles menos competitivos, característica inerente ao mercantilismo.

Até então, a abertura do comércio ocorria pela via unilateral. A concepção de ordenamento jurídico econômico multilateral começou a ser cogitada após a I Guerra Mundial na criação da Liga das Nações. O fracasso do liberalismo despertou a crença na necessidade de se garantir estabilidade e confiança nas relações comerciais internacionais por meio da regulamentação multilateral. Segundo Pureza:

O luto de Vestefália não nos legou nenhum modelo institucional determinado mas sim horizontes em aberto. Perdida a referência ao estatocentrismo absoluto e exclusivo, o nosso tempo pós-vestefaliano é tanto o da experimentação da hegemonia descontrolada como o da oportunidade de uma nova cultura regulatória⁵⁹.

O comércio precisava de cenário estável, com garantias de propriedade e de cumprimento de regras. Para isso, era necessário que os Estados deixassem de ameaçar com o uso da força unilateral e entrassem no movimento de cooperação e reciprocidade. Por esse motivo, a redução das barreiras ocorreu, majoritariamente, por meio de tratados internacionais⁶⁰. Também era necessária uma estrutura para dar transparência, previsibilidade e estabilidade às relações comerciais internacionais, que, atualmente, encontram-se sustentadas pela OMC.

O medo de que a desorganização econômica desencadeasse novos conflitos aumentou após a II Guerra Mundial, fazendo com que os Estados chegassem a um consenso sobre a necessidade de estabilização financeira, econômica e comercial no mundo. No que concerne a esse último aspecto, já existia a preocupação em limitar a livre concorrência desenfreada capaz de ameaçar a paz e a justiça social. Dessa forma, fez-se necessário estabelecer uma regulamentação multilateral do comércio de forma clara e

⁵⁹ PUREZA, José Manuel. *Para um internacionalismo pós-vestfaliano*. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2002-04-26-pureza-pt.html>. Acesso em: 27 mai. 2014.

⁶⁰ Pode-se citar como exemplo de abertura unilateral de comércio o momento em que a Inglaterra revoga a Corn Law em 1846, que restringia importações de grãos. Nesse sentido, ver: HOEKMAN, Bernard; KOSTECKI, Michel. *The Political Economy of the World Trading System: the WTO and Beyond*. Oxford: New York, 2009, edição kindle, posição 442.

precisa, a fim de frear abusos de potências econômicas e dos agentes econômicos privados, partindo do pressuposto de que a economia não pode mais seguir sozinha, desvirtuada de caráter social e moral.

Contudo, o consenso sobre as questões materiais dessa regulamentação não foi facilmente alcançado, uma vez que os Estados ainda se identificavam com o movimento imperialista ao mesmo tempo em que revisavam o mecanismo de coexistência no intuito de se criar organizações internacionais.

Inspirados nas ideias de Keynes, em julho de 1944, representantes da Aliança das Nações Unidas se reuniram na cidade de Bretton Woods, nos Estados Unidos, para definirem, em âmbito multilateral, regras comuns aos Estados para que alcançassem prosperidade econômica e do pleno emprego. Nesse sentido, Bechara ressalta que “a abertura do comércio internacional e a estabilidade monetária eram condições essenciais para o desenvolvimento econômico e para assegurar uma paz duradoura”.⁶¹

O resultado dessa conferência foi a criação de duas organizações internacionais, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), bem como a tentativa frustrada de se criar a Organização Internacional do Comércio (OIC).

A criação das três organizações internacionais instauraria o tripé para o funcionamento da Nova Ordem Econômica Internacional. Ao passo que o Banco Mundial ficou encarregado pela reconstrução e o desenvolvimento por meio do fornecimento de capitais, o FMI regulamentava as questões financeiras e econômicas prejudicadas pela crise de 1929 e pela Segunda Guerra Mundial.

A OIC, por sua vez, foi projetada para regulamentar as relações comerciais entre os países, todavia nunca entrou em vigor. Seu projeto, proposto pelos Estados Unidos, configurava “um verdadeiro código do comércio internacional, um documento ambicioso que incorporava também disposições sobre emprego e desenvolvimento econômico, denominado ‘Carta de Havana’”⁶².

A vitória do partido republicano, conhecido por sua ótica protecionista, a influência dos agricultores americanos e as dificuldades para conciliar interesses americanos com os soviéticos, fez com que os Estados Unidos, maior potência e incentivador do projeto de regulação multilateral do comércio, não ratificasse a Carta de

⁶¹ BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; REDENSCHI, Ronaldo. *A Solução de Controvérsias no Mercosul e na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 65.

⁶² GARCIA, *op. cit.*, p. 31.

Havana, inviabilizando o seu avanço. No auge do crescimento econômico, a OIC poderia limitar a liberdade de atuação dos Estados Unidos no comércio.

Nesse período, foi possível identificar o movimento de cooperação internacional no âmbito das relações entre os Estados somente no espaço social, mais uma vez deixando de lado a regulação comercial. Isso porque, apesar de haver consenso sobre a necessidade de se criar regras internacionais sobre o comércio mundial⁶³, os Estados ainda não estavam preparados para o movimento de cooperação capaz de limitar as suas soberanias nesse sentido. O fracasso da Organização Internacional do Comércio (OIC) é um exemplo dessa discrepância⁶⁴.

Não obstante, o reconhecimento de que era preciso regulamentar o comércio pela via multilateral, principalmente para fins de reduzir os efeitos negativos do protecionismo anterior, ao menos permitiu que os governos iniciassem a expansão do comércio internacional conduzida por regras de direito. Ainda que de forma não sistêmica e incipiente, celebraram um acordo de redução de tarifas, conhecido como GATT/47 (*General Agreement on Tariffs and Trade*), ratificado por vinte e três Estados no ano de 1947, que ainda preservava a ótica mercantilista da reciprocidade no que concerne à redução de restrições tarifárias às importações.

Sobre a criação do GATT/47, acrescenta Dal Ri Jr.:

É difícil afirmar que todo este tumultuado processo, que se concluiu com o uso provisório do GATT, tenha se tratado de uma *mise en scène*, uma estratégia para poder liberar gradualmente e sem vínculos o que interessava a alguns poucos. Mas também é difícil descartar a hipótese de que, alguns meses após a conflituosa Conferência de Potsdam, da ausência da União Soviética na Conferência de Havana e das previsões de vitória do Partido Republicano nas eleições legislativas nos Estados Unidos, ainda houvesse o interesse real de instituir uma organização intergovernamental forte no âmbito das relações comerciais. Entre criar uma organização que pudesse tornar ainda mais complexas as relações comerciais em um novo mundo bipolarizado e instituir uma estrutura mais simples, menos complexa e com menos vínculos, optou-se pela segunda hipótese. É difícil não pensar que, em meio ao previsto colapso de uma perspectiva bem estruturada como era a ITO, alguns tenham investido todas as suas forças na tentativa de implantar uma segunda entidade, mais flexível e, portanto, com mais espaço para manobras oportunistas⁶⁵.

⁶³ A Carta de Havana, que criaria a Organização Internacional de Comércio, possuía essa inspiração *keynesiana*, vinculando o comércio ao estado de bem-estar social e ao desenvolvimento, isto é, a expansão do comércio traria novas oportunidades de emprego e renda.

⁶⁴ SANCHEZ. *op. cit.* p. 59-60.

⁶⁵ DAL RI JUNIOR, *op. cit.*, p. 136.

No entanto, o GATT/47, como acordo internacional, apresentou fragilidades se comparado à regulação sistêmica no âmbito de uma organização internacional. Pode-se afirmar que a falta de “jurisdização”⁶⁶ do comércio acarreta a sua fragmentação e fragilidade, abrindo espaço para manobras. Para Sanchez quanto maior for o grau de definição das obrigações firmadas em tratados internacionais, precisão dos termos e delegação de poderes, maior será a “jurisdização”⁶⁷. Ainda se ressalta que:

A inter-relação de mercados produtores e consumidores fortalece a perspectiva de interdependência entre os Estados, com o favorecimento do conceito de cooperação, abrindo espaços para relações além daquelas de coexistência no âmbito internacional.⁶⁸

Diante da abertura desse espaço, novos atores apareceram, favorecendo a concepção pluralista e heterogênea de mundo, não mais restrita à centralidade dos Estados e dispensando a sua intervenção. A referida realidade ultrapassa o dualismo nacional-internacional, levando as relações internacionais para o plano transnacional, o que gera dificuldades para o controle estatal. Segundo Hobsbawm “[...] quando a economia transnacional estabeleceu o seu domínio sobre o mundo, solapou uma grande instituição, até 1945 praticamente universal: o Estado-nação territorial, pois um Estado assim já não poderia controlar mais que uma parte cada vez menor dos seus assuntos”⁶⁹.

O enfraquecimento do poder de controle dos Estados acarretou o movimento de fragmentação e impulsionou a organização dos Estados na forma de cooperação. Segundo Sanchez: “Os movimentos de fragmentação das instituições e das formas de organização favorecem – e forçam em certa medida – a decisão de cooperação pelos Estados como solução a insuficiente responsividade dos sistemas nacional e internacional clássico”⁷⁰.

Isso não significa que o Direito Internacional tenha perdido seu viés clássico, mas que os movimentos de dominação, de coexistência e de cooperação passaram a operar ao mesmo tempo, gerando instabilidades, que, por sua vez, provocaram a busca por maior “jurisdização” do comércio internacional.⁷¹

⁶⁶ Por “jurisdização” entende-se o processo de normatização das relações sociais.

⁶⁷ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 62

⁶⁸ *Idem; ibidem*, p. 59.

⁶⁹ HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 413.

⁷⁰ SANCHEZ., *op. cit.*, p. 61.

⁷¹ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 69.

O GATT/47 se apresentava como um sistema estritamente diplomático, administrado pela política das pressões dos países com maior poder econômico, ou seja, o GATT era “*power oriented*”. Conforme assevera Petersman:

Uma técnica orientada para o poder sugere discussões, negociações ou instauração de litígios em que uma das partes afirma ou usa o poder relativo à sua disposição, a fim de influenciar a conduta da outra parte. Nas negociações comerciais internacionais, por exemplo, um diplomata de um poderoso país importador pode indicar, sutilmente ou não, a um país exportador, menos desenvolvido, que a concessão da ajuda para o desenvolvimento, preferências comerciais ou assistência militar pode ter de ser interrompida, exceto se os países em desenvolvimento “voluntariamente” comprometer-se a limitar as suas exportações competitivas [...] Essa política “orientada para o poder” tende a ser “orientada para os resultados e conflitos” que porque tem em vista a redistribuição de renda em benefício de poderosos grupos de interesses protecionistas⁷².

Tendo em vista o enfraquecimento dos Estados, a cultura do poder fica, de certa forma inviável, urgindo a necessidade de se implantar um sistema “jurisdizado”. Pela primeira vez, o Direito Internacional passa a se preocupar em regulamentar o comércio internacional de bens e serviços de maneira sistêmica.

Para alcançar esse mecanismo jurídico, foram realizadas no âmbito do GATT/47 mais sete rodadas de negociação⁷³ até se chegar, em 1995, à regulação sistêmica do comércio internacional pela OMC⁷⁴, em que se estabeleceu o quão livre deveria ser o comércio. Na época, o então Diretor-Geral do GATT, Peter Sutherland, declarou: “Hoje o mundo escolheu abertura e cooperação no lugar de incerteza e conflito”.⁷⁵

⁷² Tradução livre de: “A power-oriented technique suggests discussions, negotiations or dispute settlements in which one party asserts or uses the relative power at its disposal in order to influence the conduct of the other party. In international trade negotiations, for instance, a trade diplomat from a powerful importing country may indicate, subtly or otherwise, to a less-developed exporting country that the granting of development aid, trade preferences or military assistance might have to be discontinued unless the developing country ‘voluntarily’ undertaken to limit its competitive exports [...] Such ‘power-oriented’ policy tend to be ‘result-oriented’ and ‘conflict-oriented’ because they aim at the redistribution of income for the benefit of powerful protectionist interest groups.” In: PETERSMAN, Ernst-Ulrich. *The Gatt/Wto Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 66.

⁷³ As rodadas foram: Annecy (1949), Torquay (1951), 1956 (Genebra), 1960/1961 (Dyllon), 1964/1967 (Kennedy), 1973/1979 (Tokyo) e 1986/1994 (Uruguai).

⁷⁴ Insituída em 1995 pelo Acordo de Marraqueche e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

⁷⁵ LOS ANGELES TIMES. *New Rules for global trade Reaction*. 16 de Dezembro de 1993. Disponível em: <http://articles.latimes.com/1993-12-16/news/mn-2416_1_global-trade>. Acesso em: 15 mai.2015.

Ressalta-se que essa nova ordem não é completamente original e desvinculada de tudo que foi conquistado na era GATT/47, aliás, a OMC o incorporou, ficando conhecido como GATT/1994.

No Preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC, é possível verificar que seus objetivos não são estritamente econômicos, mas muito semelhantes aos objetivos do GATT, como a “[...] elevação dos níveis de vida, pleno emprego, volume considerável de receitas reais e demandas efetivas, aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais [...]”⁷⁶.

Isso abriu espaços para manobras na regulamentação da OMC, prevalecendo os interesses dos Estados detentores de maior poder. Assim como ocorreu no Direito em geral, a construção do Direito do Comércio Internacional “foi tradicionalmente instrumentalizada pelas formas de poder para fazerem valer suas preferências na organização econômica internacional”⁷⁷.

Para que os países mais pobres se convertessem ao pensamento econômico hegemônico que prevaleceu durante as negociações da OMC, os países ricos vinculavam o desenvolvimento econômico ao livre comércio, que, por sua vez, naturalmente desencadearia o desenvolvimento social, jurídico e político, reduzindo a desigualdade entre os países⁷⁸.

Também vigorava a ideia de que a economia de mercado, nos ditames do Consenso de Washington, era a única solução para a crise econômica que os países em desenvolvimento vinham sofrendo, causada por fatores internos, tais como o totalitarismo e as políticas nacionalistas⁷⁹. Isso só seria possível se os Estados transferissem suas respectivas soberanias concernentes às questões de política fiscal e monetária para organismos internacionais, uma vez que a imagem dos Estados em desenvolvimento estava maculada, pois eram vistos como os causadores das crises econômicas que passavam.

⁷⁶ACORDO DE MARRAQUECHE. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#finalact>. Acesso em: 04 set. 2014.

⁷⁷ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 78-79.

⁷⁸ Nesse sentido, ver nosso trabalho: FAIS, Juliana Marteli. A Organização Mundial do Comércio e o desenvolvimento. In. BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Comércio internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 114.

⁷⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 7.

Nas palavras de Sella: “a administração do sistema multilateral de comércio resultante deste *Round* está, agora, a cargo da Organização Mundial do Comércio, e foi uma resposta ao neo-protecionismo que caracterizou os anos 70 e 80”⁸⁰.

Segundo as conclusões de Batista, no Consenso de Washington “revela-se implicitamente a inclinação a subordinar, se necessário, o político ao econômico”⁸¹. Portanto, se no liberalismo o Direito “não sujava as mãos” para regulamentar a economia, no neoliberalismo, pode-se dizer que tanto o Direito quanto a política constituem seus instrumentos.

O Direito interno perde o seu espaço como único regulador da sociedade, pois o Estado não consegue mais lidar com a complexidade da sociedade atual, que o pressiona para aceitar preceitos econômicos que se encontram em constante internacionalização. Por outro lado, ainda há o ranço da soberania, que dificulta ainda mais a produção de normas no plano internacional.

Em entrevista, José Eduardo Faria ressalta que o resultado disso é um “pluralismo decisório, uma situação de pluralismo jurídico (governança jurídica de múltiplos níveis)”, espaço em que direito costumeiro, Direito Internacional, *lex mercatoria*, direito da integração e interno coexistirão, conhecido na sociologia como “campos normativos semiautônomos: o Estado dá autonomia, mas retém para si os marcos regulatórios”⁸².

O fim da Guerra Fria provocou a reestruturação do Estado no sentido da desregulamentação, uma vez que ampliou o número de agentes envolvidos no comércio internacional, que não estão mais limitados às esferas dos Estados. Segundo Sanchez, essa reestruturação:

[...] proporciona um aumento da importância da regulamentação no espaço interestatal, sob a perspectiva de cooperação. Exige-se, portanto, da OMC uma maior responsividade quando da regulamentação do sistema multilateral de comércio e como promotora do equilíbrio entre seus Membros.⁸³

⁸⁰ SELLA, Luis Felipe. *A Organização Mundial do Comércio: histórico e aspectos a reforma*. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Estrangeiro/anima4-Luis-Felipe-Sella.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

⁸¹ *Idem; ibidem*, p. 10.

⁸² FARIA, José Eduardo. *O comercialista: a entrevista de José Eduardo Faria*. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2011/10/entrevista-de-jose-eduardo-faria-ao.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

⁸³ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 98.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que as contradições do pensamento neoliberal foram transferidas para a OMC, cuja regulamentação tem servido como pano de fundo tanto para a promoção do liberalismo quanto do protecionismo. Barral reconhece que “a regulamentação multilateral do comércio adotou, tanto ao longo de sua história quanto na atual rodada de negociações, pressupostos simplistas quanto aos efeitos da liberalização comercial para o desenvolvimento⁸⁴”.

Após cinco anos de OMC, os países em desenvolvimento não se desenvolveram como seus governos esperavam e, por isso, cogitaram uma nova Rodada de Negociações, a chamada Rodada de *Doha* ou Rodada do Desenvolvimento, que começou em novembro de 2001, a fim de considerar os interesses dos países mais pobres.

Um tanto quanto otimista, o ex-Diretor-Geral da OMC, Pascal Lamy afirmou que “[...] o desafio das próximas décadas será o da convergência das preferências coletivas”⁸⁵ e que a versão globalizada do capitalismo pode cooperar para essa convergência em decorrência da aproximação dos valores entre os membros⁸⁶.

Mesmo diante dos ataques terroristas que ocorreram em 11 de setembro de 2001, na época, Robert Zoellick, representante de comércio dos Estados Unidos reafirmou a importância do livre comércio para o mundo:

[...] novas barreiras e fechamento de fronteiras antigas não vão ajudar a os mais pobres. Não irá alimentar centenas de milhões que lutam pela subsistência. Não irá libertar os perseguidos. Não irá melhorar o meio ambiente nos países em desenvolvimento ou reverter a propagação da AIDS. Não ajudará os órfãos que visitei na Índia. Não irá melhorar os meios de subsistência dos sindicalistas que conheci na América Latina. Não vai ajudar os indonésios comprometidos que visitei que estão tentando construir uma democracia tolerante e que funciona na maior nação muçulmana do mundo [...].⁸⁷

⁸⁴BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 1.

⁸⁵ Tradução livre de: “*L’enjeu principal des décennies à venir est désormais celui de la convergence des préférences collectives.*” In: LAMY, Pascal. *L’Organisation mondiale du commerce*. Disponível em: <http://entempsreel.com/wp-content/uploads/2014/07/Pascal-Lamy-En-temps-r%C3%A9el.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 3.

⁸⁶ LAMY, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁷ Tradução livre de: “*Erecting new barriers and closing old borders will not help the impoverished. It will not feed hundreds of millions struggling for subsistence. It will not liberate the persecuted. It will not improve the environment in developing countries or reverse the spread of AIDS. It will not help the railway orphans I visited in India. It will not improve the livelihoods of the union members I met in Latin America. It will not aid the committed Indonesians I visited who are trying to build a functioning, tolerant democracy in the largest Muslim nation in the world.*” In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Preparations for the fourth WTO Ministerial Conference*. Disponível em: http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm72_e.htm. Acesso em: 05 nov. 2014.

A liberdade de comércio já foi consolidada como valor comum entre os membros da OMC, tendo em vista que a economia de mercado, a princípio, possibilita a lealdade de concorrência, a eliminação de distorções dos preços, fazendo-se alcançar o equilíbrio entre a oferta e a demanda, de maneira eficiente, sem qualquer intervenção que acarrete em desvio de comércio e, por conseguinte, capaz de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social.

A abertura do comércio serve de instrumento para a estabilidade das relações entre os Estados, enquanto que as suas barreiras as desestabilizam, promovendo o conflito. Montesquieu já dizia que a paz é o efeito natural do comércio. Para ele: “[...] duas nações que negociam se tornam reciprocamente dependentes. Se uma tem interesse em comprar, [a] outra tem interesse em vender, e todas as uniões são fundadas sobre necessidades mútuas”⁸⁸

Contudo, a solução não é mágica. Deve-se considerar que o comércio internacional é dominado pelas grandes empresas oriundas dos países desenvolvidos, enquanto que nos países em desenvolvimento prevalecem empresas menores, o que provoca desequilíbrio de mercado. Além disso, no cenário atual, a fragmentação da produção permite que as empresas líderes exerçam maior influência sobre a política industrial dos Estados, ao buscar lugares onde possam produzir de forma eficiente. Esta realidade acarreta em concorrência de subsídios entre os governos para atrair investimentos.

Para compreender melhor o que isso significa, no próximo item serão abordadas as teorias que fundamentam o livre comércio e, em seguida, suas falhas, bem como a influência exercida pelos subsídios sobre o livre comércio.

1.3 Teorias Econômicas que fundamentam o livre comércio

Considerando que os recursos são limitados, os Estados participam do comércio internacional em busca de benefícios, produzindo o que fazem de melhor com os fatores de produção⁸⁹ disponíveis. Isso lhes permite produzir em larga escala, exportando o excedente⁹⁰ e importando bens que não conseguem produzir ou cuja produção seria

⁸⁸ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Coleção ‘Os Pensadores’. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 284.

⁸⁹ Os fatores de produção são: natureza, trabalho, capital, tecnologia e iniciativa empresarial.

⁹⁰ Os exportadores, em vez de exportar somente o excedente, podem optar por exportar toda a produção para um mercado onde obtenha melhor demanda.

extremamente onerosa. Investir em recursos escassos implica custos que poderiam ser utilizados para produzir outros bens com vantagem comparativa.

Nesse sentido, remonta-se às ideias de David Ricardo, que, inspiradas na teoria da vantagem absoluta de Smith, introduziram o conceito de vantagem comparativa no início do século XIX. Pela teoria de Smith, um país deveria importar os produtos de países de indústria eficiente, cujo pagamento se daria com os valores oriundos das exportações de bens produzidos de forma igualmente eficiente por sua indústria interna. Para Smith:

[...] se um país estrangeiro pode fornecer-nos uma mercadoria mais barata do que nós mesmos podemos produzi-la, é melhor comprá-la dele com alguma parte do produto de nossa própria indústria, empregado de uma forma pela qual temos alguma vantagem [...]⁹¹.

Contudo, a teoria não é suficiente para explicar casos em que o país não possui vantagem absoluta em produto algum. Se, hipoteticamente, um país produzir tecido e vinho em condições melhores do que outro, não haveria comércio entre esses países porque o primeiro possui vantagem absoluta em ambos os produtos.

O modelo ricardiano aprimorou essa teoria, passando a comparar o custo de oportunidade em vez dos insumos necessários à produção. O custo de oportunidade de um produto A em relação ao B representa o quanto de A poderia ser produzido com os recursos utilizados para a produção do B. Assim, um país poderia fabricar mais do produto A, utilizando os recursos necessários para a fabricação de uma quantidade menor de B, o que lhe daria uma vantagem comparativa na produção de A em relação a B⁹².

A tendência é que os países se especializem nos bens em que possuem vantagens comparativas, permitindo que todos obtenham ganho de comércio, ampliando a escolha dos consumidores⁹³. O exemplo clássico trazido por Ricardo compara a produção de vinho e tecido em Portugal e Inglaterra da seguinte forma:

⁹¹ SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 424.

⁹² Essa situação foi disciplinada no Tratado de Methuen celebrado em 1703 por Inglaterra e Portugal, em que os portugueses se comprometiam a consumir os tecidos britânicos que, por sua vez, deveriam consumir os vinhos portugueses.

⁹³ KRUGMAN, Paul. OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional: teoria e política*. 8ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 27-28.

Figura 1: Quantidade de trabalho gasto na produção, em homens-ano

Discriminação	Portugal	Inglaterra
Vinho (tonel)	80	120
Tecidos (peça)	90	100
Preço vinho/tecido	$80/90 = 0,888\dots$	$120/100 = 1,20$
Preço tecido/vinho	$90/80 = 1,125$	$100/120 = 0,8333\dots$

Fonte: Autor

Considerando que, em Portugal a produção de um tonel de vinho requer somente 80 dias de trabalho, enquanto que na Inglaterra demandaria 120 dias, se comparado com a produção de tecido, seria mais proveitoso para Portugal investir a maior parte de seus recursos na produção de vinho, mesmo que o tecido lhe custe menos do que na Inglaterra, uma vez que, aplicando seu capital em vinho, poderia obter mais tecido da Inglaterra do que se utilizasse parte dele para produzir tecido. Desse modo, a Inglaterra também seria beneficiada, pois se concentraria na produção de tecido e obteria o vinho por 100 dias de trabalho, o que lhe custaria 120 para produzi-lo internamente⁹⁴.

Dessa maneira, o produtor, no caso, Portugal, que abre mão de menor quantidade de tecidos para produzir mais vinho, desfruta de menor custo de oportunidade de produção desse bem. Assim, o custo de oportunidade para produzir tecido é inverso ao custo para a produção de vinho. São essas diferenças que, segundo Ricardo, criam os ganhos de comércio. Quando cada agente econômico se especializa no bem em que tem vantagem comparativa, ocorre o aumento da produção total na economia, beneficiando as pessoas que podem obter o bem a um preço inferior ao seu custo de oportunidade.

Nota-se que Ricardo considera apenas um recurso como capaz de influenciar o custo de oportunidade, o trabalho. Contudo, outros fatores de produção também podem exercer influência significativa sobre esse cálculo, tais como: recursos naturais (terras, minérios, rios), capital (recursos materiais e imateriais) e tecnologia, mas nada impede que seja aplicada a teoria explicitada.

⁹⁴ RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1982, p. 104-105.

Dessa forma, Ricardo considerou que o comércio internacional era benéfico aos países e a competitividade que provocava era positiva. Como membro do Parlamento Britânico, aplicou a sua teoria em oposição à lei que restringia a importação dos cereais⁹⁵.

Em relação à teoria ricardiana, Krugman adverte que, apesar de possuírem aspectos irrealistas, a “[...] sua previsão básica – de que os países tenderão a exportar os bens em que possuem produtividade relativamente alta – tem sido confirmada por vários estudos”⁹⁶. Assim, mesmo considerando dois ou mais fatores de produção, “[...] uma economia tenderá a ser relativamente eficaz na produção de bens que sejam intensivos nos fatores dos quais o país é relativamente bem dotado”⁹⁷.

Diante disso, dois motivos levam os países a comerciarem: os diferentes recursos permitem que os países se especializem naquilo que fazem melhor e, conseqüentemente, podem produzir em escala, o que torna vantajosa a especialização da produção ou a prestação de serviços.

Stuart Mill aperfeiçoou o modelo ricardiano ao demonstrar que os verdadeiros termos de troca são determinados pela intensidade e pela elasticidade⁹⁸ da demanda de cada país⁹⁹. Os limites da demanda presente nos termos de troca fazem com que os preços sejam alterados até chegar ao ponto de equilíbrio.

Eli Heckscher e Bertil Ohlin procuraram superar as limitações do modelo ricardiano, que, posteriormente, foi consolidado por Paul Samuelson e ficou conhecido como o modelo de Heckscher-Ohli–Samuelson¹⁰⁰. Considera-se, tanto o trabalho quanto o capital como fatores de produção, cuja dotação é relativamente diferente nos países, justificando o comércio internacional. Assim, um país exportará o produto que usa de forma intensiva de acordo com o fator que lhe é abundante, seja ele capital ou trabalho.

A teoria moderna sobre o comércio internacional substituiu o custo comparativo de trabalho das teorias de Smith e de Ricardo pelo custo comparativo de oportunidade,

⁹⁵ SILVA, Tadeu Silvestre da. *Notas sobre a Economia Ricardiana*. Revista PUC/SP. V. 13, 2003, p. 15-42.

⁹⁶ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁷ *Idem; ibidem.*, p. 48.

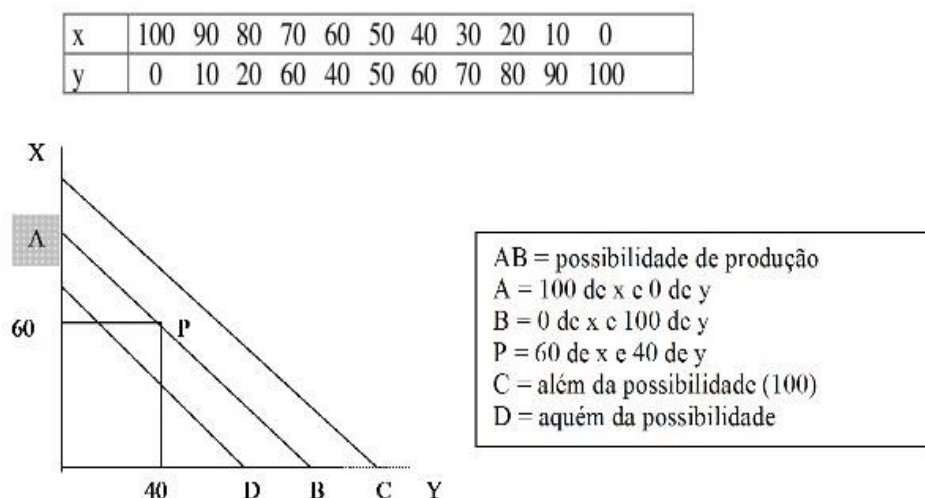
⁹⁸ Conceito criado por Marshall que quantifica o efeito da variação de uma variável em outra. Assim, a elasticidade da demanda constitui a razão entre a porcentagem de variação da quantidade ofertada sobre a porcentagem de variação do preço. Quando a variação da quantidade ofertada for superior à variação do preço, diz-se que a demanda é elástica, enquanto que será inelástica quando a variação da quantidade ofertada for menor que a variação do preço. *In: MARSHALL, op. cit.*,

⁹⁹ ELLSWORTH, Paul Theodor. *Economia Internacional: teoria e prática, desde o mercantilismo até a formação do mercado comum europeu*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1973, p. 74.

¹⁰⁰ Nesse sentido, ver: APPLEYARD, Dennis R. FIELD JR, Alfred J. COBB, Steven L. LIMA, Andre Fernandes. *Economia Internacional*. 4 ed. Nova Iorque: Mc Graw Hill, 2010, p. 127-134.

averiguado por meio da análise simultânea de todos os fatores de produção. Suponha-se que o país A está utilizando 100% de sua capacidade produtiva para produzir tanto o bem x ou y. Dependendo do custo de oportunidade, ele poderá optar por produzir mais de x ou de y, ou ainda, produzir somente x e importar y¹⁰¹, como dispõe a figura abaixo:

Figura 2: Custo de oportunidade de produção de x e y



Fonte: autor

Para atingir o ponto C, é necessário aumentar o parque produtivo e fazer melhor uso dos recursos. No ponto D, há uma queda da produção e a economia está trabalhando com capacidade ociosa. Por fim, a substituição de x por y, e vice-versa, depende do custo de oportunidade.

No entanto, a presunção de que a produção se realiza sob a condição de custos constantes e que os fatores de produção podem ser substituídos sem perda de eficiência, é um equívoco, pois no mundo real, um país A pode ser mais abundante num fator de produção, como, por exemplo, a terra, que é adequada para a produção de alimentos, enquanto que o capital, adequado na produção de manufaturas, pode ser mais abundante em outro país B.

¹⁰¹ MAIA, *op. cit.*, p. 355.

Nessas circunstâncias, mesmo que toda a terra já estivesse cultivada, a produção de alimentos ainda poderia ser expandida no país A pela aplicação mais intensa de capital e de trabalho, contudo, a produção não aumentaria de forma proporcional. No país B, seria possível elevar a produção por meio do aumento do trabalho na falta de capital extra, mas os rendimentos seriam menores. Diante disso, é possível afirmar que a substituição dos fatores de produção não gera crescimento proporcional, tampouco é perfeita¹⁰².

É importante mencionar que os preços do mercado não são determinados somente por meio dos fatores de produção, mas também se baseiam na demanda. Assim, se para cada unidade do produto x for possível produzir uma unidade de y, mas no mercado trocasse 1 unidade de x por 2 de y, seria mais lucrativo descolar os recursos para a produção de y para produzir x. Portanto, se o país A está produzindo x a uma razão de $2y = 1x$ e o país B produz a uma razão de $1y = 2x$, o produto y é mais barato em A e o x em B. Numa situação de livre comércio entre eles, A importaria o produto y em troca de x e B, vice-versa. O aumento da demanda estrangeira devido à abertura do comércio fará com que o valor de troca dos produtos baratos aumente e, assim, surge um novo preço, determinado internacionalmente, que poderia ser $1y = 1x$.¹⁰³

Consequentemente, o aumento da demanda elevará a produção de y do país A, enquanto que B aumentará a produção de x, até que seja alcançado um novo ponto de equilíbrio, em que os custos de oportunidade se equiparam aos preços internacionais das mercadorias, desde que a procura recíproca esteja equilibrada¹⁰⁴.

Nesse cenário, os consumidores seriam beneficiados com os preços mais baixos da mercadoria importada, que antes da abertura do comércio, eram mais altos, o que restringia o poder de compra do consumidor.

Ainda existe uma variável que merece ser destacada: geralmente, os países não deixam de produzir uma mercadoria para só importá-la, uma vez que, na realidade, os custos não são constantes, mas crescentes. Portanto, a produção interna concorrerá com a externa.

Considerando que o comércio internacional tem influência sobre os preços relativos dos bens, bem como sobre as remunerações dos recursos e, consequentemente, sobre a distribuição de renda, o modelo de Heckscher-Ohlin-Samuelson, ao analisar a influência do comércio sobre a renda, acrescentou que a completa equalização dos preços

¹⁰² Nesse sentido, ver: ELLSWORTH, *op. cit.*, p. 87.

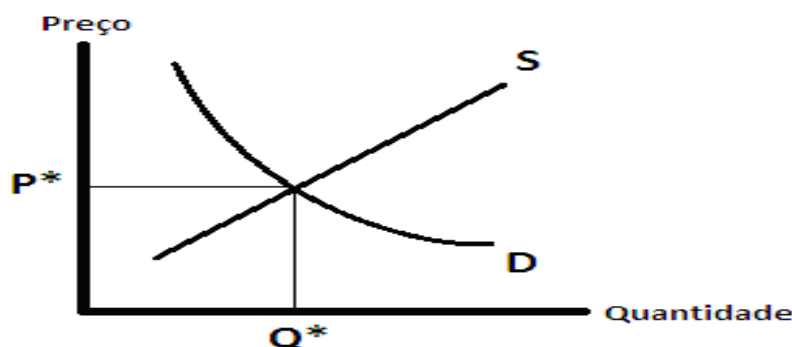
¹⁰³ *Idem; ibidem*, p. 92.

¹⁰⁴ *Idem; ibidem*, p. 93.

não é possível devido às diferenças entre os recursos, barreiras e tecnologia, que são variáveis de um país para o outro. Sendo assim, no comércio há ganhadores e perdedores, cujas perdas devem ser compensadas.

De qualquer maneira, o equilíbrio de mercado é importante e deve ser almejado pelas nações. Segundo Stigler¹⁰⁵, esse equilíbrio é encontrado quando a quantidade de oferta é equivalente à quantidade de demanda. Conforme se pode notar na figura 3, em que o preço e a quantidade são, respectivamente, P e Q, enquanto que S é a curva da oferta e D, da demanda, qualquer variável que não se encontra no eixo oferta/demanda, como, por exemplo, subsídios e medidas compensatórias¹⁰⁶, é capaz de deslocar a curva para a esquerda ou para a direita.

Figura 3: Equilíbrio de mercado



Fonte: Autor

Tendo em vista que nem todos ganham com o comércio, apesar de que todos, em tese, poderiam ganhar, Stiglitz¹⁰⁷ alerta que tanto a economia quanto a sua regulação não deve ser projetada em um mundo ideal, mas no mundo real. E no mundo real, ressalta Krugman, “a existência de pessoas que perdem assim como daqueles que ganham com o comércio constitui um dos motivos mais importantes pelos quais o comércio não é livre”¹⁰⁸. Para Bhagwati:

¹⁰⁵ STIGLER, George J. *A Teoria dos Preços*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 183.

¹⁰⁶ Medidas compensatórias constituem práticas para contrabalancear os efeitos dos subsídios no mercado interno e implicam no aumento da tributação incidente sobre a importação de produtos subsidiados.

¹⁰⁷ STIGLITZ, *op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁸ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 56.

Se os preços de mercado refletirem os custos “reais” ou sociais, então, claramente, a mão invisível de Adam Smith pode ser confiável para guiar-nos à eficiência; e o livre comércio pode, correspondentemente, ser a melhor maneira para o comércio (e produção doméstica associada). Mas se os mercados não funcionam bem ou estão ausentes ou incompletos, a mão invisível pode apontar na direção errada: o livre comércio não pode, então, ser afirmado como a melhor política¹⁰⁹.

Os modelos de Smith e de Ricardo poderiam ser úteis num mercado que opera em condições praticamente perfeitas, com pequenas empresas e com um único fator de produção: o trabalho. A realidade do mundo atual, composto por grandes corporações, dirigidas por executivos e não mais por proprietários, opera em condições imperfeitas de mercado. O cenário é muito mais complexo, coexistindo o Estado intervencionista com a “mão invisível” do mercado¹¹⁰. Diante disso:

A presunção do Consenso de Washington pareceria ser a de que os países latino-americanos teriam condições de competir na exportação de produtos primários para os quais possuíssem uma vocação natural e/ou em produtos manufaturados sobre a base de mão-de-obra não qualificada de baixos salários. Como se fosse possível ou desejável perpetuar vantagens comparativas baseadas numa situação socialmente injusta e economicamente retrógrada e, ao mesmo tempo, enfrentar as visíveis nuvens negras do protecionismo que começam a se esboçar no horizonte dos mercados dos países desenvolvidos, em nome do que já classificam de “dumping social”.¹¹¹

Conquanto as teorias de Smith e de Ricardo ainda são utilizadas pelos economistas para sustentar o argumento a favor do livre comércio, não se mostram suficientes para fundamentar a realidade econômica atual.

Posteriormente, Schumpeter¹¹² reconheceu que a liberdade de mercado produziria efeitos colaterais, tais como os monopólios, que, ao seu ver, não eram prejudiciais. Os

¹⁰⁹ Tradução livre de: “*If market prices reflect true or social costs, then clearly Adam Smith’s invisible hand can be trusted to guide us to efficiency; and free trade can correspondingly be shown to be the optimal way to choose trade (and associated domestic production). But if markets do not work well, or are absent or incomplete, then the invisible hand may point in the wrong direction: free trade cannot then be asserted to be the best policy*”. In: BHAGWATI, Jagdish. *Free Trade Today*. Princeton University Press, 2003, p. 12.

¹¹⁰ BATISTA, *op. cit.*, p. 19.

¹¹¹ *Idem; ibidem*, p. 22

¹¹² SCHUMPETER, Joseph A. *A Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre os lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

monopólios apenas deslocavam a concorrência para outro patamar, no caso, da inovação e da gestão, o que era benéfico para o desenvolvimento econômico e, por isso, não era desejável a intervenção do Estado.

Por outro lado, teóricos pós-keynesianos, tais como Joan Violet Robinson e Edward Chamberlin defendem a necessidade de intervenção do Estado em situações de imperfeições de mercado para aumentar a demanda agregada, criando um ambiente seguro e estável para investimentos¹¹³.

Contudo, a realidade econômica atual não é conduzida por uma estrutura de mercado completamente livre ou isenta de imperfeições e, por isso, seu estudo se torna muito mais complexo do que as pressuposições das teorias neoclássicas.

1.3.1 Estruturas imperfeitas de mercado

Apesar dos diferentes impactos que o livre comércio pode exercer sobre a sociedade, ele ainda é visto como um “jogo” em que todos ganham. Segundo as teorias econômicas que o fundamentam, o livre comércio possui a capacidade de maximizar a prosperidade dos países.

O mercado perfeito é aquele em que os bens ofertados são iguais entre si e os vendedores e compradores são numerosos a ponto de não exercerem influência sobre os preços, pois não existe um único comprador ou vendedor específico¹¹⁴. Contudo, há de se considerar que existem imperfeições que podem desencadear efeitos adversos.

Considerando que o mercado perfeito não existe, devido à influência de fatores políticos e econômicos que distorcem suas condições ideais, pode-se afirmar que essas falhas comprometem a capacidade de o mercado fazer uso eficiente dos recursos disponíveis.

Como exemplos de fatores econômicos que criam imperfeições de mercado, pode-se citar: os custos de transação, assimetria de informações, concentração de poder econômico, etc. Como fatores políticos, podem-se citar as seguintes intervenções estatais: subsídios, tributos, controles de preços e salários, etc., que, ao mesmo tempo em que servem de instrumentos para corrigir as falhas de mercado, podem gerar novas distorções.

¹¹³ Nesse sentido, ver: OREIRO, José L. PAULA, Luiz F. de. *Pós-keynesianos e o Intervencionismo Estatal*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/pos_keynesianos_e_o_intervencionismo_estatal.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹¹⁴ MANKIW, Gregory N. *Introdução a economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 64.

O comércio internacional possibilita aos consumidores acesso a uma gama maior de bens para consumo. Contudo, esse modelo transforma a realidade do mercado, que passa a ter que lidar com a concorrência imperfeita, gerada pela presença de poder de mercado, conforme denota-se da tabela abaixo:

Figura 4 – Principais estruturas de mercado segundo J. Marshall.

Oferta Procura	ESTRUTURA MONOLÍTICA Um só vendedor	ESTRUTURA MOLECULAR Poucos vendedores	ESTRUTURA ATOMIZADA	
			Muitos vendedores com Viscosidade	Muitos vendedores com fluidez
ESTRUTURA MONOLÍTICA Um só Comprador	Monopólio bilateral	Monopsônio contrariado	Monopsônio Viscoso	Monopsônio Fluido
ESTRUTURA MOLECULAR Poucos Compradores	Monopólio contrariado	Oligopólio bilateral	Oligopsônio viscoso	Oligopsônio Fluido
ESTRUTURA ATOMIZADA Muitos compradores com viscosidade	Monopólio Viscoso	Oligopólio viscoso	Concorrência duplamente imperfeita	Concorrência imperfeita de compradores

Fonte: ROSSETTI¹¹⁵

Os monopólios ocorrem quando só existe um vendedor, enquanto que nos oligopólios existem poucos vendedores que nem sempre competem agressivamente. Já nos monopsônios existe somente um comprador e nos oligopsônios são poucos os compradores. Há ainda, os monopólios competitivos formados por muitos vendedores que oferecem produtos diferenciados¹¹⁶.

Nota-se que, em todos os casos de condições imperfeita de mercado, existe a influência do poder de mercado por meio de um ou de poucos agentes, seja na oferta ou

¹¹⁵ ROSSETTI, José P. *Introdução à Economia*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 287.

¹¹⁶ Nesse sentido, ver: MANKIW, *op. cit.*, p. 65.

na demanda. Para que a concorrência seja perfeita, é preciso que ambas sejam atomizadas, isto é, o poder de mercado esteja ausente na oferta e na demanda.

As falhas de mercado, também conhecidas como poder de mercado, são provocadas pelo formato da economia em escala que gera mercados monopolísticos e, conseqüentemente, a situação de concorrência imperfeita. Isso ocorre porque a economia de escala¹¹⁷ permite que os países restrinjam a variedade da produção, especializando-se em alguns bens que serão produzidos em escala maior do que se tivessem que produzir todos os bens de consumo, o que permite a redução dos custos.¹¹⁸

A economia de escala pode operar de duas maneiras: externa e interna. A primeira ocorre quando o custo por unidade depende do tamanho do setor e não necessariamente da empresa e a segunda ocorre exatamente no caso inverso. Como exemplo da primeira, suponha-se um setor com dez empresas, cada uma delas produzindo cem unidades. Se o setor passar para vinte empresas, cada uma ainda produzirá as mesmas cem unidades, todavia, o custo pode ser menor, aumentando a eficiência das empresas. No segundo caso, suponha-se que a produção do setor é constante em mil unidades, mas o número de empresas foi reduzido para cinco, produzindo cada empresa duzentas unidades. Caindo os custos, a empresa será eficaz somente por meio do aumento de sua produção¹¹⁹.

O comércio internacional será mutuamente benéfico, dependendo das estruturas de mercado e se operam em concorrência perfeita ou não. É fácil identificar o problema nas economias de escala internas, já que nas externas, as empresas geralmente são pequenas e, por isso, podem se aproximar da concorrência perfeita. Na interna, a existência de empresas maiores fará com que o mercado seja imperfeito, uma vez que, ao buscar a redução de custos e diferenciar seus produtos, adquirem vantagens em relação às menores, influenciando os preços internacionais, provocando, desse modo, a situação de concorrência imperfeita.

Contudo, a concorrência também pode ser imperfeita nas economias de escala externas. Isso ocorre quando o país A possui capacidade suficiente para suprir toda a demanda internacional a um preço relativamente baixo e suficiente para bloquear a entrada do produto do país B, que, por sua vez, poderia abastecer seu mercado interno a

¹¹⁷ Por economia de escala entende-se que, ao duplicar os recursos, a produção mais que dobraria e o custo por unidade produzida seria reduzido.

¹¹⁸ Nesse sentido, ver: KRUGMAN, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁹ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 89.

um preço mais baixo, caso não existisse o comércio de A. Em consequência disso, o país B tende a adotar medidas protecionistas a favor de sua indústria¹²⁰.

Introduzir a concorrência imperfeita na ideia das vantagens comparativas significa considerar que, devido à economia de escala, mesmo em se tratando de produto diferenciado, ou seja, em concorrência monopolística, os países não possuem capacidade produtiva total sobre os bens em que obtêm maior vantagem e, por isso, o comércio intra-industrial, no qual há a troca de bens nos dois sentidos, permanecerá.

A vantagem comparativa fica mais evidente no comércio inter-industrial, em que, por exemplo, o país de capital abundante exporta os bens produzidos pelo uso eficiente desse recurso e importa produtos de países com o fator trabalho abundante. Dificilmente esse tipo de comércio se realiza dentro do mesmo setor devido às diferenças dos fatores de produção¹²¹.

A economia de escala, diferentemente das teorias neoclássicas que pressupõem condições perfeitas de mercado, reconhece que as grandes empresas possuem vantagens em relação às pequenas e, como consequência, aquelas se convertem em monopólios ou oligopólios, exercendo influência direta sobre os preços, fazendo pressupor a existência de concorrência imperfeita.

Estes monopólios ocorrem devido à especialização das empresas em relação aos produtos, transformando-os em únicos, fazendo-se com que cada empresa tome os preços de seus concorrentes apenas como dados e ignorando o efeito de seu próprio preço sobre os preços das demais. Tal situação leva à ineficiência de mercado, uma vez que os custos médios superam os custos mínimos.

Todavia, o comércio internacional não se restringe às relações inter-industriais, mas refere-se também às intra-industriais, ou seja, o país pode exportar e importar um mesmo produto. Isso ocorre devido à economia de escala, a custos de transporte e à diversidade do mesmo produto, como, por exemplo, os veículos, pois cada empresa busca individualizá-los a ponto de torná-los únicos em relação aos demais.

Nota-se que o poder que um agente ou um grupo econômico exerce sobre o mercado por meio dos monopólios causa impactos significativos sobre os preços, prejudicando terceiros externos ao grupo. Nessa situação, verifica-se que o mercado não opera em condições de concorrência perfeita.

¹²⁰ Nesse sentido: *Idem; ibidem*, p. 108.

¹²¹ Nesse sentido: KRUGMAN, *op. cit.*, p. 98-99.

Além da concorrência imperfeita, existem outras falhas que podem comprometer o livre comércio. São elas: a) bens públicos; b) informação assimétrica; c) externalidades. O problema dos bens públicos, como não são excludentes, ou seja, destinam-se a todos, o consumo de uns não prejudica o consumo de outros. Já a assimetria de informação permite que uns tenham maior acesso a ela do que outros.

Dessa forma, o livre comércio ainda é desejável devido aos benefícios proporcionados, mas deve-se admitir a intervenção estatal, desde que se destinem à correção de falhas de mercado¹²². As intervenções estatais tornam-se necessárias para induzir a ocorrência de externalidades positivas e impedir as negativas, promovendo, desse modo, o bem-estar social.

Contudo, novas formas de produção, que surgem com o desenvolvimento da globalização e com a abertura do comércio, impõem novos desafios às políticas econômicas dos países.

1.3.2 Política industrial e a nova vantagem comparativa

A realidade econômica do Século XXI desafia não só os Estados¹²³, mas a OMC, devido à prevalência do conceito de soberania em seu sentido clássico. Enquanto a OMC ainda é dirigida pelos governos soberanos, o comércio é influenciado também pelos *atores do mercado*¹²⁴.

Ademais, a fragmentação da produção, conhecida como cadeias globais de valores (*global value chains*), gerou nova forma de organização do espaço mundial para a produção de bens, que se subdivide com vistas a conseguir condições mais favoráveis para a obtenção do lucro.

A tecnologia de produção, comunicação e transporte, bem como a padronização dos bens de consumo, fez com que as distâncias diminuíssem e os negócios internacionais acelerassem, tornando-os cada vez mais interconexos, ampliando as oportunidades para

¹²² KRUGMAN, *op. cit.*, p. 180-181.

¹²³ Nesse sentido, Souza ressalta que o comércio não pode mais esperar as instituições jurídicas nacionais, as quais não “exercem impacto efetivo sobre os investimentos mediante comparação, em escala global, as condições de produção relevantes”. In: SOUZA, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁴ Segundo Sanchez, atores de mercado são aqueles atores não-estatais que possuem interesses específicos no que concerne à produção e consumo, tais como: produtores, investidores, negociadores, tanto empresas pequenas como as grandes transnacionais. In: SANCHEZ, Michele Raton. *Atores Não-estatais e sua Relação com a Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cesariopereira/mestrado/AtoresnaoestataiseaOMC.doc>> Acesso em: 27 out. 2015.

a participação na cadeia internacional de produção¹²⁵. Hoekman, destaca que a maior parte do crescimento mundial decorre do comércio intra-indústria de insumos intermediários¹²⁶. Para ele:

Custos em constante declínio do comércio e da informação e das telecomunicações permitiram empresas a se dividir geograficamente as suas “linhas de produção”, projetar cadeias de fornecimento internacionais que alocam diferentes partes do processo de produção para empresas em diferentes países¹²⁷

Nesse sentido, pode-se dizer que a teoria da vantagem comparativa ganha nova roupagem. Diante da possibilidade de se aproveitar o que cada país tem de melhor, a indústria deixa de realizar todo o processo de produção e passa a adotar o sistema fragmentado. Ao focar trabalhos específicos, que formam parte da cadeia internacional, a fragmentação viabiliza a redução de custos e amplia a competitividade.

Nesse novo cenário, “a capacidade de participação não depende somente da capacidade e competitividade das empresas, mas também do ambiente em que operam”¹²⁸. Essa realidade coloca os Estados em competição por investimentos estrangeiros, a fim de ampliar a sua participação no comércio internacional.

Essa busca por um ambiente mais favorável para atingir a eficiência da produção coloca os Estados à mercê da indústria para a realização de suas finalidades econômicas e sociais, repercutindo na adoção de políticas industriais, seja para atrair investimento ou mesmo gerenciar eventuais falhas de mercado provocadas pela ausência de critérios de legitimação de eficiência na adoção dessas políticas por Estados concorrentes. Para Amaral:

¹²⁵ LOW, Patrick; TIJAJA, Julia. *Effective Industrial Policies and Global Value Chains*. Disponível em: <<http://www.funglobalinstitute.org/en/working-paper-effective-industrial-policies-and-global-value-chains>>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹²⁶ HOEKMAN, Bernard. Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: a road map for the WTO. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406871>. Acesso em: 25 set, 2014, p. 27.

¹²⁷ Tradução livre de: “*Steadily declining costs of trade and information and telecommunications have permitted firms to geographically splinter their ‘production lines,’ designing international supply chains that allocate different parts of the production process to firms in different countries*”. In: HOEKMAN, 2014, *op. cit.*, p. 27

¹²⁸ Tradução livre de: “*The capacity to participate depends not only on the capabilities and competitiveness of firms but also on the environment in which they operate*”. In: LOW, *op. cit.* p. 2.

A evolução das CGVs reflete a fragmentação internacional da produção e propõe ponderações quanto às políticas econômicas e comerciais adotadas pelos países, uma vez que afetam diretamente o desempenho econômico e o ganho/perda de benefícios derivados da participação ou não nas CGVs¹²⁹.

As políticas industriais podem ser horizontais ou específicas. As primeiras são aplicadas sem favoritismos, com implicações para toda a economia de forma geral e, por esse motivo, mais onerosas para o Estado. Já as últimas estimulam e aplicam incentivos em setores específicos, muitas vezes, com a justificativa de remediar as falhas de mercado¹³⁰.

Como exemplos de políticas específicas, podem-se citar: a substituição de importações, industrialização orientada para a exportação, industrialização baseada em recursos, zonas de processamento de exportação e industrialização pela inovação. Todas, sem exceção, dependem de alguma forma de subsídio, mesmo que em diferentes graus, produzindo, por sua vez, efeitos sobre o livre comércio.

Fica evidente que essa nova realidade acarreta uma maior interdependência entre os Estados que, para manterem-se dentro do jogo, forçosamente adotam novas políticas para o desenvolvimento de infraestrutura e de tecnologia, bem como investimento estrangeiro. Para tanto, os governos poderão alterar o sistema tributário, adotar medidas protecionistas ou conceder subsídios.

¹²⁹ AMARAL, Renata Vargas. Cadeias globais de valor e OMC: win-win game. Disponível em: <<http://www.barralmjorge.com.br/pagina.php?id=965>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

¹³⁰ LOW, *op. cit.*, p. 4.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) fornece a este, instrumentos da microeconomia¹³¹ para melhor compreender as implicações dos fenômenos jurídicos na sociedade. Por meio destes, verificam-se os padrões de comportamento dos indivíduos e Estados diante de determinada norma jurídica. Pode ser definida como “a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e influência da lei e das instituições jurídicas”.¹³²

Nota-se que o método adotado pela Economia é dedutivo, isto é, realiza suposições sobre o comportamento humano e deduz as suas implicações sobre questões específicas, aplicáveis a qualquer questão jurídica.¹³³

Não obstante a utilização de conceitos econômicos pelo Direito remontar ao final da Idade Média e início da Idade Moderna, com Maquiavel, Hobbes e Locke, o diálogo entre Direito e Economia começou com Adam Smith, quando este estudou os efeitos das normas mercantilistas sobre a economia. Em seguida, Jeremy Bentham, ao analisar as leis que regulavam mercados, constatou que, a racionalidade maximizadora dos indivíduos poderia ser aplicada em todas as áreas do Direito, inclusive no âmbito penal.

Entretanto, o movimento da AED se desenvolveu entre os economistas somente no final dos anos 1950 nos Estados Unidos e, entre os juristas, passou a ser aceito no início dos anos 1970, cuja expansão se deu no início dos anos 1980, tendo como fundamento a economia política e a corrente doutrinária do realismo jurídico. A primeira surgiu com Adam Smith, que realizou um estudo sobre a regulação dos mercados. Já a segunda surgiu nas faculdades de Direito dos Estados Unidos, em decorrência da crise do *Welfare State* apoiado por Keynes, com o objetivo de estudar o funcionamento das leis, reconhecendo a necessidade de o Direito se preocupar com as implicações práticas das normas jurídicas.

¹³¹ “A microeconomia é o estudo de como recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si e [...] diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como famílias, empresas e órgãos governamentais”. IN: COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ªed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35.

¹³² Tradução livre de: “[...] aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas”. IN: ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 5-6.

¹³³ Nesse sentido, ver: STEPHEN, Frank. H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: McGraw-Hill, 1993, p. 2.

A mudança no cenário mundial, principalmente a partir da década de 1980, trouxe à tona o novo liberalismo, que, ao pregar intervenção mínima do Estado, necessitava de um novo modelo de análise do Direito, mais convergente à realidade.

A Economia, então, passou a ser vista como um método capaz de fornecer ao Direito um “critério único e racional para se atingir o *dever ser possível*, segundo condições dadas, diferentemente do *dever ser idealizado*, mas frequentemente, inatingível, devido ao seu descompromisso com o mundo real”.¹³⁴

Ao partir do pressuposto de que os agentes econômicos agem, racionalmente¹³⁵, de acordo com os estímulos normativos, a AED viabiliza a função indutora das normas, isto é, de *Direito jurídico-persuasivo*¹³⁶ e se apresenta como método de avaliação de seus efeitos sobre a sociedade, em consonância com os valores do Direito. Isso significa que, partindo do pressuposto de que existe certa racionalidade nas condutas dos indivíduos, a AED permite averiguar as possíveis tomadas de decisões diante de determinada norma jurídica, bem como se esta é eficiente no que concerne à observância dos valores jurídicos.

Considerando que a realidade estudada pelas Ciências Sociais é uma, a Economia, como ciência analítica, é de grande utilidade para o Direito, ao fornecer a este um método analítico que permite averiguar interesses, verificando a influência das normas sobre a conduta, tanto dos indivíduos como dos Estados.¹³⁷ A aplicação dos critérios econômicos ao Direito implica em atribuir a ele critérios factíveis.¹³⁸

Os pilares básicos da AED encontram-se nos trabalhos do economista Ronald Coase¹³⁹ e do jurista Guido Calabresi¹⁴⁰. O primeiro estudo apresentou os custos de transação referentes ao direito de propriedade e à responsabilidade civil, ao passo que o último trabalhou a questão da distribuição dos riscos na lei de responsabilidade civil.

Inicialmente, o método concentrava-se nas áreas específicas de Direito Econômico, como concorrência, comércio, regulação e tributação. A partir de 1960, o

¹³⁴ GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. Análise Econômica do Direito: uma inovadora teoria geral do Direito. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). *Direito Econômico: Evolução e Institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38.

¹³⁵ Por racional, a microeconomia entende que o ser humano e os Estados agem de forma a maximizar sua utilidade, de maneira a obter a maior satisfação possível nas suas escolhas.

¹³⁶ Nesse sentido, ver: GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 38-39.

¹³⁷ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 56.

¹³⁸ Segundo Gonçalves e Stelzer, o positivismo jurídico tentou incorporar critérios factíveis ao Direito por meio da codificação dos princípios, mas estes ainda destoavam da realidade fática. In: *Idem; ibidem*, p. 62.

¹³⁹ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics, 1960.

¹⁴⁰ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk, Distribution and the Law of Torts*. Yale Law Journal, Vol. 68, 1961.

movimento se estendeu aos demais campos do Direito, como penal, civil, processual, etc. Contudo, a disciplina ainda era estudada apenas pelos economistas, até que o juiz norte-americano Richard Posner¹⁴¹, na década de 1970, defendeu a eficiência como critério para garantir a alocação dos direitos, implementando assim, o estudo interdisciplinar também no curso de Direito.

No Brasil, o movimento se iniciou na década de 1980, no Rio Grande do Sul, com o trabalho de Clóvis do Couto e Silva intitulado “A Ordem Jurídica e a Economia”, de 1982, seguido do trabalho de Guiomar Estrella Faria, “Interpretação Econômica do Direito”, de 1994, ambos de conteúdo crítico, contudo, admitiam a aplicabilidade do movimento no Brasil.

Posteriormente, os estudos da AED se expandiram para as Universidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina, consolidando-se em 2007, com a realização do XI Congresso da Associação Latino Americana e Ibérica de Direito e Economia, em Brasília.

Apesar das críticas à aplicação dos preceitos econômicos ao Direito, Cooter e Rubinfeld¹⁴² ressaltam que “a aceitação da teoria da análise econômica do direito tem sido facilitada devido às semelhanças estruturais entre a ciência econômica e jurídica”. Ainda cita como exemplo a racionalidade do indivíduo não ser muito diferente para juristas e economistas, da mesma forma que a divisão justa dos riscos importa a ambas as ciências.¹⁴³

A AED aplicada ao Direito Internacional também tem sido alvo de várias críticas. Dentre as principais críticas, destacam-se a dificuldade de se mensurar as utilidades, devido à complexidade de interesses dos diferentes sujeitos, e o positivismo do Direito Internacional.¹⁴⁴

¹⁴¹ Richard Posner, juiz norte-americano que inaugurou a Escola de Chicago, pregava a eficiência como único critério e objetivo do Direito e a maximização da riqueza como a sua fundação ética. Posteriormente, devido às críticas a essa escola, Posner, abandonou essa visão mais radical. Nesse sentido, ver: SALAMA, Bruno M. *O que é Pesquisa em Direito e Economia?*. In: Caderno Direito GV (no prelo). São Paulo: FGV/EDESP, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 23 -31.

¹⁴² Tradução livre de: “*It seems that the acceptance of economic theory into law has been eased by structural similarities between economics and law*”. COOTER, Robert. RUBINFELD, Daniel. *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*. Journal of Economic Literature. Vol. XXVII, Set. 1989, pp. 1067-1097, p. 1068.

¹⁴³ *Idem*; *ibidem*.

¹⁴⁴ Nesse sentido, ver: SILVA NETO, *op. cit.*, p. 47-48.

SILVA NETO¹⁴⁵ rebate tais argumentos, ao afirmar que, primeiramente, a AED no Direito Internacional é aplicável segundo a corrente neoinstitucionalista, tendo em vista que as organizações internacionais funcionam como um sistema de prêmios e de punições que, ao implicar em novos custos de conformidade, direcionam comportamentos. E em segundo lugar, o positivismo do Direito Internacional deixou de ser *wesfaliano*, que em decorrência da soberania dos Estados, pregava a não subordinação destes às normas internacionais, passando a se basear na escolha individual destes em busca da maximização de seus interesses.

Ademais, a aplicabilidade da AED ao Direito Internacional é viável de forma analógica aos elementos do Direito Contratual, uma vez que, os tratados internacionais se assemelham aos contratos¹⁴⁶. Por conseguinte, as suas brechas podem acarretar condutas não cooperativas, caso os custos de sua quebra sejam inferiores aos benefícios obtidos pelo cumprimento. Dessa forma, a lógica contratual também pode ser aplicada também à OMC, uma vez que o seu acordo tem natureza jurídica de tratado internacional.¹⁴⁷

No âmbito do comércio internacional, os custos de transação podem ser reduzidos, enquanto que os custos de quebra contratual podem ser elevados pelas instituições internacionais, como a OMC. As falhas de mercado precisam ser regulamentadas, uma vez que a ausência de instituições desencadeia o uso da força pelos Estados. Todavia, a ineficiência das instituições acarreta novas falhas. Nesta perspectiva, emerge o estudo do neoinstitucionalismo econômico, uma vez que as organizações constituem arranjos institucionais que influenciarão a tomada de decisões políticas e jurídicas.

Além disso, Gonçalves e Stelzer¹⁴⁸ justificam a aplicação da AED como método de interpretação do comércio internacional e como opção de critério de justiça, uma vez

¹⁴⁵ *Idem; ibidem*, p. 49-50.

¹⁴⁶ Segundo Congleton, “os tratados constituem contratos de Coase entre Estados. São acordos voluntários entre Estados membros destinados a promover interesses comuns, incluindo economias de escala e regulamentação das externalidades”. Tradução livre de: “*Treaties are Coasian contracts among nation-states. They are voluntary agreements among member states designed to advance common interests, including economies of scale and regulatory externalities*”. In: CONGLETTON, Roger. D. *The Globalization of Politics: Rational Choice and The Internationalization of Public Policy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=979459>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

¹⁴⁷ “O Acordo da OMC é um tratado, o equivalente internacional a um contrato”. Tradução livre de: “*The WTO Agreement is a treaty -the international equivalent of a contract*”. Relatório do Órgão de Apelação no caso *Japan – Alcoholic Beverages (1998)*.

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Law and Economics* e o Justo Direito do Comércio Internacional. In: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (org). *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 45-54.

que não se pode excluir o convívio social da economia de mercado, em que os indivíduos, agentes econômicos e Estados buscam satisfazer seus interesses.

Sobre a conduta dos Estados, faz-se mister o estudo da teoria da escolha pública, juntamente com a teoria dos jogos, uma vez que permitem averiguar padrões de comportamento dos Estados em relação às negociações e à observância das normas da OMC.

O critério de eficiência também é de grande valor para esta análise, principalmente no que concerne à consecução do combate aos subsídios distorcivos pelos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. Nesse sentido, Gonçalves e Stelzer afirmam que:

Tal escolha jurídico-econômica deve ser tomada segundo decisão eficiente, sendo obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social visando ao almejado desenvolvimento, fruto de apropriada regulação do comércio internacional.¹⁴⁹

Dessa forma, os princípios microeconômicos neoclássicos¹⁵⁰ utilizados pela AED servem como critério de interpretação do Direito Internacional em busca da eficiência para o desenvolvimento. Acrescenta-se ainda a viabilidade do estudo da corrente neoinstitucionalista, da teoria dos jogos e da escolha pública para uma análise mais completa da complexa realidade em que se encontra o comércio internacional.

Para a AED, as regras jurídicas são como preços¹⁵¹, ou seja, são capazes de incentivar a conduta dos indivíduos e dos Estados, cuja tomada de decisão é fruto da análise dos custos e benefícios em prol da maximização de seus interesses. Todavia, os interesses dos indivíduos nem sempre se coadunam com os interesses estatais. Por esse motivo, a AED utiliza duas teorias para averiguar as tomadas de decisões: a da escolha racional e a da escolha pública.

Ademais, tais escolhas ocorrem dentro de um jogo entre todos os agentes, com interesses recíprocos ou não, cujo cenário demandará a adoção de comportamento estratégico, conforme explica a teoria dos jogos. Assim, a AED constitui um importante

¹⁴⁹ *Idem; ibidem*, p. 39.

¹⁵⁰ Nesse sentido, ver: COELHO, Cristiane Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Berkely Program in Law & Economics, 2007.

¹⁵¹ A palavra “preço”, além da expressão monetária, pode também representar as posições de quem dá e quem recebe, não envolvendo, necessariamente, movimentação pecuniária.

instrumento de tomada de decisões políticas e jurídicas no âmbito institucional, aplicável ao comércio internacional.

Em suma, a AED se vale de três teses basilares: a) racionalidade maximizadora dos indivíduos; b) a visão de que as normas jurídicas se assemelham a preços e c) a capacidade das instituições jurídicas de promover a eficiência.¹⁵²

Para tanto, a AED realiza dois tipos de análise, a descritiva e a normativa, ambas utilizadas neste capítulo. A primeira, também conhecida como Escola de Chicago, visa a analisar os efeitos das normas sobre as condutas dos agentes, enquanto que a segunda se refere à Escola de Yale e pretende propor normas que promovam a eficiência.

A dimensão descritiva busca compreender o Direito segundo os elementos econômicos e a dimensão normativa trabalha no plano do dever ser, isto é, na formação do Direito, servindo como meio para determinar a (in)eficiência para a concretização de seus valores.

Sobre o uso do conceito de eficiência pelo Direito, Posner¹⁵³ salienta que “se os métodos mais eficientes não prejudicarem outros valores, serão socialmente desejáveis, mesmo que a eficiência for considerada baixa entre os valores sociais”.

Nesse sentido, a AED não pretende colocar a eficiência como valor preponderante do Direito, mas auxiliá-lo a buscar seus valores de maneira eficiente. Segundo Salama, “a questão não substitui a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim, enriquece a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência na discussão do justo”.¹⁵⁴

Para Caliendo¹⁵⁵, apesar das críticas, a AED deve ser vista como uma forma de abordagem e não como uma teoria. Roemer afirma que, “o componente mais importante do direito e economia não consiste em conceitos econômicos específicos, mas sim em como se realiza a análise do caso concreto”.¹⁵⁶

Diante disso, pode-se afirmar que AED não alterou os conceitos tradicionais do Direito, mas apenas esclareceu e aumentou a qualidade da argumentação jurídica. A generalização e o rigorismo da Economia permitem aos juristas entender aspectos do

¹⁵² Nesse sentido, ver: ROEMER, *op. cit.*, p. 13-15.

¹⁵³ Tradução livre de: “*If the more efficient methods did not impair any other values, they would be socially desirable even if efficiency were low on the totem pole of social values*”. In: POSNER, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁴ *Idem; ibidem*, p. 6.

¹⁵⁵ CALIENDO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶ ROEMER, *op. cit.*, p. 19.

Direito ainda desconhecidos. Por esse motivo, existe harmonia no emprego pelo Direito das premissas econômicas.¹⁵⁷

A proposta do Direito e Economia é “congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo”,¹⁵⁸ uma vez que, considerando as consequências produzidas pelas normas jurídicas em termos práticos, a justiça seja mais completa, correspondendo eficazmente aos anseios sociais.

Portanto, a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações permitirá compreender a realidade complexa das estratégias político-econômicas de subsídios na OMC e repensar seus mecanismos de combate a subsídios distorcivos por parte dos países menos desenvolvidos. A AED servirá de base para averiguar a tomada de decisões dos Estados diante dos custos-benefícios de fazer valer seus interesses dentro do aparato institucional da OMC, que poderá estimular ou desestimular o uso de subsídios conforme reduz ou eleva os custos de transação.

Os preceitos aqui expostos servirão de fundamento para a análise da problemática das estratégias político-econômicas de subsídios na OMC. Apresentados os conceitos fundamentais para a aplicação da AED, abordar-se-á, sob o aspecto prescritivo, a questão da (in)eficiência do sistema para os países menos desenvolvidos no combate aos subsídios distorcivos praticados por países desenvolvidos, ao mesmo tempo em que o aspecto normativo servirá de base para a proposta desta tese.

2.1 Conceitos fundamentais

Dentre os vários postulados da AED, optou-se por apresentar aqueles mais relevantes para a análise das estratégias político-econômicas de subsídios na OMC, que são: eficiência, custos de transação, teoria dos jogos, escolha racional, teoria da escolha pública e neoinstitucionalismo.

Primeiramente, faz-se mister enfatizar conceitos importantes utilizados pela AED, tais como escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.¹⁵⁹

A escassez constitui o problema a ser resolvido pela da Ciência Econômica, uma vez que, se os recursos fossem infinitos e todos pudessem ter tudo o que quisessem, não seria necessário dividi-los. É devido à escassez que os indivíduos são obrigados a fazer

¹⁵⁷ *Idem; ibidem*, p. 19-22.

¹⁵⁸ SAMALA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁹ Nesse sentido, ver: SALAMA, *op. cit.* p. 16-25.

escolhas e optar por um bem em detrimento de outro, o que ficou conhecido como custo de oportunidade.

Essas escolhas são realizadas de modo racional no sentido de maximizar o bem-estar de cada indivíduo. Ao realizar o cálculo da maximização, incluem-se os custos e benefícios monetários e não monetários. Dessa forma, os indivíduos tendem a consumir novamente determinado produto quando os benefícios forem iguais ou superiores aos custos. Cabe ressaltar que a falta de informação impede que indivíduos façam as escolhas de maneira ótima. Em consequência disso, a Economia reconhece que a racionalidade é limitada.

O equilíbrio constitui o “padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente”.¹⁶⁰

Uma vez admitida a capacidade racional de os indivíduos fazerem escolhas em prol de seus interesses, é possível afirmar que também respondem a incentivos, tais como preços e leis.

Por outro lado, entende-se por eficiência que a maximização do bem-estar dos indivíduos deve ser buscada de forma a minimizar os custos sociais, isto é, um indivíduo melhora a sua situação sem piorar a do outro ou mediante a compensação das perdas.

2.1.1 Eficiência e princípio da eficiência econômico-social

A AED refere-se à ideia de eficiência, que significa a maximização de alguma medida de valor. Para a Economia, essa medida constitui o bem-estar social ou a maximização de utilidades individuais¹⁶¹. Fundamentada na teoria utilitarista, a eficiência compõe-se do maior número de satisfações numa sociedade. Assim, a eficiência é alcançada quando o resultado final da soma dos recursos ou valores envolvidos numa transação superar a soma inicial.

Tanto a eficiência quanto à eficácia são fins perseguidos pela AED. Enquanto que a eficiência implica na possibilidade de se alcançar o melhor resultado possível com o

¹⁶⁰ *Idem; ibidem*, p. 20.

¹⁶¹ O conceito de utilidade é mais amplo do que o de valor. Enquanto o primeiro se restringe à questão monetária, o último se refere à satisfação, felicidade ou prazer, que constituem consequências das escolhas tomadas. A crítica ao utilitarismo está na dificuldade de se comparar as preferências dos indivíduos. Nesse sentido, ver: SEN, *op. cit.*, p. 77-82.

mínimo de desperdício de recursos, a eficácia importa na capacidade de atingir os efeitos desejados¹⁶².

Os dois principais critérios para se medir a eficiência são: a eficiência de Pareto¹⁶³ e a de Kaldor¹⁶⁴-Hicks¹⁶⁵. No primeiro modelo, a eficiência é alcançada quando a soma dos recursos após a transação for igual ou superior à soma inicial, sem que nenhuma das partes seja prejudicada. Se a soma for igual, não havendo outra situação superior, está-se diante do ótimo de Pareto. Por sua vez, se a soma for superior sem que piore a situação de outrem, então está-se diante da superioridade de Pareto.

Salienta-se que os critérios de Pareto dificilmente coadunam com a realidade, que produz ganhadores e perdedores. Assim, o segundo critério afirma que a eficiência pode ser constatada mesmo que a situação de uma das partes se torne pior, desde que o resultado final seja superior à perda e que seja possível compensá-la.

Essa compensação não precisa ocorrer de fato, bastando a sua possibilidade. Nesse sentido, “[...] a compensação em potencial afirma que não há renda extra disponível para distribuição – não existe tal coisa como um almoço livre”.¹⁶⁶ Em vista disso, a compensação sempre implicará em redistribuição de utilidades.

A título de exemplo, o deslocamento de uma fábrica da cidade A para a cidade B, gerará perdas à primeira, uma vez que as pessoas perderão seus empregos. Segundo o critério de eficiência paretiana, estas perdas deverão ser compensadas a ponto de o deslocamento tornar-se indiferente para perdedores. Já no critério Kaldor-Hicks, os ganhos referentes à transferência da fábrica da cidade A para B deverão superar as perdas, isto é, os ganhadores deverão ganhar mais do que os perdedores perdem.¹⁶⁷

Já para Bergson-Samuels¹⁶⁸, a eficiência é aquela que maximiza o bem-estar social, todavia, o aumento do bem-estar social pode acarretar injustiças¹⁶⁹. Nesse sentido,

¹⁶² ZYTLBERSTAJN, Decio. SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 81.

¹⁶³ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

¹⁶⁴ Kaldor, Nicholas. *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. *Economic Journal*, Vol. 49, No. 195, 1939.

¹⁶⁵ Hicks, John. *The Foundations of Welfare Economics*. *Economic Journal*, Vol. 49, No. 196, 1939.

¹⁶⁶ Tradução livre de: “[...] a potential compensation claims that there is extra income available for distribution – there is such a thing as a free lunch [...].” In: BLAUG, Mark. *Economic Theory in Retrospect*. Cambridge and New York: Cambridge University Press. 5th Edition, (1997), 2003, p. 574.

¹⁶⁷ Nesse sentido, ver: COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁸ BERGSON-SAMUELSON. *Social Welfare Functions and the Theory of Social Choice*. *The Quarterly Journal of Economics*, 93 (1): 73-90, 1979.

¹⁶⁹ Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 345-347.

Calabresi¹⁷⁰ sustenta que a prioridade dos sistemas jurídicos deve ser a justiça e, em segundo lugar, a maximização de riqueza e redução de custos. A partir disso, pode-se afirmar que nem toda eficiência é justa, mas toda ineficiência é, certamente, injusta.

Para Polinsky¹⁷¹, a eficiência se refere “*ao tamanho da torta*”, enquanto que a equidade corresponde ao seu rateio. Assim, o aumento do tamanho da torta não será viável se implicar na divisão desigual de suas fatias. Por outro lado, se for possível fatiá-la da forma desejada, o aumento da torta ocasionará o aumento das fatias, fazendo com que eficiência e equidade estejam em harmonia. Da Silva Neto¹⁷² alerta que “redistribuição de renda tem custo, de forma que pode haver um confronto entre eficiência e equidade”.

Para a AED, as normas jurídicas, ao serem capazes de alocar recursos econômicos, induzem comportamentos que podem levar à eficiência ou não. Assim, as normas podem ser vistas como distorções ou como corretivas de distorções. No primeiro caso, a norma interfere numa situação eficiente, enquanto que no segundo, a interferência ocorre numa situação de falha de mercado com o objetivo de corrigi-la. Acrescenta-se ainda a capacidade de a norma garantir direitos e de se adaptar a novas realidades.¹⁷³ Dessa forma, as normas jurídicas podem aumentar o *tamanho da torta*.

É importante ressaltar que as teorias econômicas devem ser interpretadas à luz dos valores do Direito, não podendo a eficiência constituir o único objetivo das normas jurídicas, sob pena de se cometer injustiças. A interação entre Economia e Direito faz-se necessária, uma vez que as normas jurídicas podem desafiar os preceitos estritos da racionalidade econômica, cabendo ao Direito iluminá-los.¹⁷⁴

Isso implica dizer que a Economia não é capaz de explicar o Direito de forma completa, uma vez que “não capta toda a realidade subjacente”.¹⁷⁵ Por esse motivo, a Economia deve ser associada a outras áreas de conhecimento.

¹⁷⁰ CALABRESI, Guido. *The Cos of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

¹⁷¹ POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little, Brown & Co. 1989, 2 ed., 1989, p. 7-8.

¹⁷² DA SILVA NETO, Orlando Celso. *Análise Econômica do Procedimento de Solução de Controvérsias da OMC: os conflitos entre exceções legítimas de políticas públicas e regras substantivas dos acordos*. Tese (doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 30.

¹⁷³ ARIDA, Persion. A pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYTLBERSTAJN, Decio. SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 63-66.

¹⁷⁴ Nesse sentido, ver: idem; *ibidem*, p. 69-70.

¹⁷⁵ Tradução livre de: “[...] but not capture all of the underlying reality”. In: COOTER, Robert. *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*. 29 UCLA L. Rev. 1260 (1981), p. 1266.

Amartya Sen¹⁷⁶ reaproximou a filosofia e a ética da economia ao colocar os direitos e as liberdades como primado das Ciências Sociais e que nem sempre a eficiência coaduna com a justiça. Assim, a política menos maximizadora pode ser mais benéfica se oportunizar a liberdade do que a política mais maximizadora, porém ordenada por um poder central em detrimento das liberdades. A preocupação central do autor é priorizar o bem-estar geral da sociedade, que, para ele, se apresenta como liberdades¹⁷⁷.

Para Roemer¹⁷⁸, as normas jurídicas devem ir além do princípio de eficiência, de modo que o Direito possa, ao mesmo tempo, promover a eficiência e a justiça. Isso não significa que não possa haver contradições entre os critérios, mas tampouco constituem critérios reciprocamente excludentes.

Dessa forma, um sistema jurídico ideal de comércio internacional é aquele capaz de manter a eficiência entre as partes sem causar prejuízos à sociedade. “Quando as normas do Direito do Comércio Internacional não correspondem às expectativas sociais, é porque derivam de um modelo econômico afastado da sociedade civil [...]”.¹⁷⁹

Em razão disso, Gonçalves¹⁸⁰ acrescenta ao conceito de eficiência o “princípio da eficiência econômico-social (PEES)”, pelo qual são considerados no cálculo da eficiência os custos referentes às externalidades negativas sofridas pela sociedade, de modo a buscar o maior número possível de beneficiários para uma economia mais humana, inclusiva e menos restritiva de liberdades.

Para a PEES, tais externalidades constituem custos oriundos dos direitos e obrigações adjudicados, por isso, devem ser internalizadas no sentido de maximizar os resultados, combatendo as desigualdades sociais. Os interesses particulares devem, então, ser otimizados, relevando-se os interesses sociais e compensando-se as externalidades negativas. Nos dizeres de Gonçalves e Stelzer, o PEES:

Trata-se da elaboração e aplicação da norma, considerando o reflexo social, a reciprocidade das ações e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes

¹⁷⁶ SEN, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁷⁷ Para Amartya Sen, o desenvolvimento é visto como um “processo de eliminação de privações de liberdades e de ampliação das liberdades substantivas de diferentes tipos que as pessoas têm razão para valorizar”. *In: idem; ibidem*, p. 108.

¹⁷⁸ ROEMER, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁹ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, 2006., p. 42

¹⁸⁰ GONÇALVES, Everton das Neves. *A Tomada de Decisões Técnico-Legais para o Mercosul: uma apreciação do dumping sob o enfoque da Análise Econômica do Direito*. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

envolvidas, evitando-se o emprego ineficiente de recursos, pela onerosidade causada ao processo produtivo doméstico, pelo desvio de recursos e pela criação de indicadores mercadológicos falsos.¹⁸¹

O conceito de eficiência adotado é o de Kaldor-Hicks, uma vez que o de Pareto não abrange as externalidades e o de Bergson-Samuelson é demasiado subjetivo, pois no mundo real, os agentes econômicos não estão dispostos a compartilhar os seus ganhos.

Isso não significa que o Direito se resume em adotar a eficiência como único critério de justiça. É claro que a ineficiência é injusta, uma vez que desperdiça e realoca recursos escassos, mas o critério de justiça deve também levar em conta a realidade do mercado, em que nem todos são beneficiados. Nesse sentido, afirma Gonçalves e Stelzer:

O Direito, revelando escolha ou adjudicação de prerrogativas legais, precisa observar o primado do PEES, defendendo a observação da eficiência para a obtenção da conseqüente harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, devendo, ainda, observar critérios outros como distributividade, justiça social, defesa do meio ambiente, erradicação do desemprego, superação dos nacionalismos, entre outros [...] ¹⁸²

Considerando que o comportamento egoístico e oportunista está limitado pela necessidade de sobrevivência do homem, que, por sua vez, depende da sociedade, busca-se desestimular a ineficiência e incentivar a alteridade¹⁸³. Por esse motivo, o critério de Kaldor-Hicks é adotado em conjunto com o PEES, pelo fato de o primeiro considerar os efeitos das transações sobre terceiros e de o último levar em conta variáveis sociais e temporais em seu cálculo, objetivando maior inclusão social. É necessário buscar a eficiência com respaldo no PEES para que o rateio afete minimamente a sociedade de forma negativa.

Todavia, diferentemente de Kaldor-Hicks, que pregavam a compensação dos danos:

¹⁸¹ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, 2009, p. 44.

¹⁸² *Idem, op. cit.*, 2006, p. 58.

¹⁸³ Nesse sentido, ver: *Idem, op. cit.*, 2009, p. 46-47.

Dentro da ótica economicista pragmática, a justiça deve ser alcançada não em função da necessidade de retribuição de um dano causado, por exemplo, mas da composição ideal das partes para, assim, ser alcançado estado superior de bem-estar para todos os envolvidos.¹⁸⁴

Portanto, é importante que o comércio internacional seja implementado por meio de regras que “maximizem resultados, minimizem prejuízos, internalizem custos e promovam a inclusão social, segundo o PEES.”¹⁸⁵ Dito isso, é possível compreender a importância do papel da OMC no que concerne à eficiência das relações comerciais internacionais, no sentido de eliminar os custos de transação e promover maior estabilidade, evitando o comportamento oportunista, questões que passam-se a ser analisadas em seguida.

2.1.2 Custo de Transação

Para a AED, o custo não representa somente o valor a ser pago por determinado bem¹⁸⁶, mas engloba todos os impedimentos envolvidos na troca, conhecidos como custos de transação. O primeiro a reconhecê-los foi Ronald Coase¹⁸⁷, em seu artigo *Nature of the Firm*¹⁸⁸, pelo qual demonstrou o importante papel das firmas para reduzir os custos de transação do mercado.

Os custos de transação são todos aqueles suportados ao negociar no mercado, não se restringindo aos custos de produção e transporte. Dividem-se em três tipos: a) custos da busca para a realização do negócio; b) custos de negociação e c) custos do cumprimento.¹⁸⁹

Em relação ao primeiro, tem-se que, quanto mais específico e peculiar o bem ou o serviço, maior o custo da busca e vice-versa. Já no segundo tipo, os custos são mais variados, pois envolvem o grau de informação disponível às partes¹⁹⁰. No terceiro, o custo

¹⁸⁴ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, 2006 p. 66.

¹⁸⁵ *Idem; ibidem*, p. 55.

¹⁸⁶ O conceito de bem compreende também aqueles intangíveis, como direitos e obrigações.

¹⁸⁷ Ronald Coase foi professor da Universidade de Chicago e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991 pelo desenvolvimento da Teoria da Firma.

¹⁸⁸ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Econômica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 386-405.

¹⁸⁹ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 105.

¹⁹⁰ Nesse caso, os custos são de grande amplitude, envolvendo não só conhecimento do objeto da negociação, de sua produção e transporte, como também de questões de conjuntura política, econômica e jurídica, tais como custos decorrentes da tributação, os incentivos fiscais e o sistema jurídico em geral.

de fiscalizar e punir é maior conforme a extensão do tempo que se leva para o cumprimento do acordo.

Assim, a racionalidade limitada e a assimetria de informações importam em custos de transação. Acrescentam-se ainda os custos do comportamento estratégico que ocorre devido à assimetria de informações durante a realização do negócio e aqueles impostos pelas normas jurídicas quando imperfeitas e os referentes ao uso do sistema jurídico e seus tribunais no momento da fiscalização dos acordos negociados, quando tais custos não forem estáveis. Nesse sentido, ensina Stephen:

O direito em muitos casos representa um custo elevado ou fixo que não afeta a eficiência de cada barganha em particular. Todavia, em casos, marginais, o custo da ida aos tribunais pode representar um considerável bloqueio para alcançar a otimalidade.¹⁹¹

Na ausência de custos de transação, não será necessária a intervenção dos tribunais para a distribuição eficiente dos recursos. Em seu artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, Coase¹⁹² estabeleceu que, “quando os custos de transação são zero, a distribuição dos recursos independe da distribuição dos direitos de propriedade”.¹⁹³ Por outro lado, a intervenção do Direito faz-se necessária quando os custos de transação superarem os benefícios que seriam obtidos no mercado.¹⁹⁴

Diante disso, ao demonstrar que o principal problema do mercado eram os custos de transação e não as externalidades negativas, Coase reconheceu que o Direito aplicado deveria levar em conta a maximização do benefício geral e não a mera adjudicação de deveres ao agente causador do dano.

A título de exemplo, pode-se citar o caso de uma fábrica poluidora que causa danos a um condomínio vizinho. Para os aplicadores do Direito, a fábrica deveria ser responsável pelos danos causados, ou seja, a solução do impasse estaria focada nas externalidades. Para o autor, a melhor forma de resolver a questão é a partir dos interesses recíprocos, buscar a solução que melhor impede a ocorrência do dano mais grave. Assim, sendo os custos de remoção do condomínio superiores as restrições à atividade poluidora,

¹⁹¹ STEPHEN, *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁹² COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics, 1960.

¹⁹³ STEPHEN, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁴ COASE, *op. cit.*, 1960, p.

a fábrica preferirá pagá-los em vez de reduzir a poluição. Nesse caso, é possível constatar que, “[...] a eficiência exige que se aloque o direito à parte que mais o valoriza”.¹⁹⁵

Portanto, quando os custos de transação são nulos, a transação das partes é bem-sucedida. Em contrapartida, quando tais custos são elevados, faz-se necessária a intervenção do Direito para o uso eficiente dos recursos. Dessa forma, o sistema jurídico pode contribuir para a negociação quando reduz os custos de transação, quando por exemplo, os direitos são definidos de forma simples e clara, fazendo com que o resultado líquido da negociação seja positivo para ambas as partes.¹⁹⁶

Por outro lado, o sistema jurídico também pode acrescentar novos custos de transação quando ineficiente. A definição complexa e ambígua dos subsídios na OMC, por exemplo, impõe custos de transação entre os membros.

COOTER e Ulen¹⁹⁷ acrescentam ao *Teorema de Coase* dois princípios normativos importantes que servem de orientação prescritiva aos legisladores: a) minimizar o prejuízo causado por desacordos privados e; b) minimizar os obstáculos a acordos provados, ambos em relação à alocação de recursos. No primeiro caso, a norma deve ser estruturada de tal forma que não constitua empecilho aos acordos privados. No segundo, por sua vez, ao retirar os impedimentos aos acordos privados, a norma estimularia a cooperação entre as partes.

Dessa forma, o Direito tem a capacidade de incentivar ou desestimular as condutas dos agentes por meio da criação ou da retirada dos custos de transação. Para verificar se a norma está cumprindo o seu papel de reduzir os custos de transação, é importante estudar as premissas da teoria dos jogos que trabalham com a análise dos possíveis comportamentos estratégicos a serem adotados pelos agentes econômicos.

2.1.3 Teoria dos jogos

A teoria dos jogos constitui o estudo das decisões dos agentes econômicos num cenário em que existem vários interesses contrapostos, cujo resultado de uma decisão depende, necessariamente, da decisão dos demais agentes.

Diz-se que, quando a tomada de decisão de um agente depende da escolha dos demais agentes, a situação se assemelha aos jogos, em que se faz necessário o uso de

¹⁹⁵ COOPER; ULEN, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁶ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 109.

¹⁹⁷ *Idem; ibidem*, p. 110.

estratégias. Diante disso, a teoria dos jogos passou a ser aplicada à economia para explicar os possíveis comportamentos estratégicos dos agentes econômicos, que poderão ser tanto de cooperação como de conflito.

O jogo é composto pelos jogadores, suas respectivas estratégias e ganhos obtidos com a estratégia a ser escolhida. Além disso, ele possui regras determinadas e um tabuleiro. No caso específico, os jogadores são os membros da OMC, que tomam suas decisões de acordo com as regras definidas em seus acordos, cujas brechas desencadearão um comportamento estratégico oportunista¹⁹⁸. A assimetria de informação, por exemplo, permite a adoção de comportamento estratégico oportunista por parte dos agentes econômicos.

O exemplo clássico dessa teoria é o dilema do prisioneiro, segundo o qual a situação mais benéfica para todos seria alcançada quando os jogadores deixassem as posições antagônicas e optassem pela cooperação. Assim, se ambos cooperassem e ficassem calados, ficariam presos por apenas um ano.

Todavia, a estrutura do jogo em si incentiva o comportamento oportunista, pois aquele que não cooperar e confessar, terá vantagens em detrimento do outro. Confessar, portanto, é a estratégia dominante que só será alterada se o outro também mudar seu comportamento, situação conhecida como *equilíbrio de Nash*¹⁹⁹. Não obstante, a solução não é pareto-eficiente, em que ambos se sairiam melhor se permanecessem calados.

Nota-se que a incessante busca de interesses internos particulares pode levar à situação em que todos perdem, enquanto que a cooperação pode gerar melhores resultados.

Existem variáveis nesse jogo que devem ser consideradas, dentre elas, destacam-se o tempo e as desigualdades de capacidade econômica. No primeiro caso, tem-se que, quando os jogos se repetem, a tendência é adotar o comportamento cooperativo, enquanto que jogos de rodada única ou mesmo de rodadas fixas estimulam o comportamento conflitivo.

Em relação à segunda variável, afirma-se que a cooperação diminui quanto maior o poder econômico dos Estados e a sua capacidade de influenciar os preços. Os Estados

¹⁹⁸ O comportamento oportunista é aquele pelo qual “um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante”. In: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 422.

¹⁹⁹ O *equilíbrio de Nash* significa que nenhum jogador poderá se sair melhor mudando seu comportamento sem que os demais jogadores mudem os deles.

com menor capacidade econômica, por sua vez, tendem a cooperar, pois como tomadores de preços, o conflito impõe custos ainda mais elevados.²⁰⁰

Portanto, sem garantias de que ninguém trapaceará, dificilmente se conseguirá atingir cooperação integral. A função do Direito, nesse caso, será desestimular tal comportamento, penalizando o comportamento não cooperativo. Nesse sentido, os Estados criam instituições com poderes para fiscalizar suas condutas, reprimindo-as quando violadoras do Direito.

2.1.4 Economia neoinstitucional

A nova economia institucional tem suas raízes no velho institucionalismo norte americano, que surgiu na década de 1880. Desenvolvido primeiramente por Douglass North em seus trabalhos *Structure and Change in Economic History* e *Institutions, Institutional Change in Economic History*, respectivamente de 1981 e 1990, que definiram as instituições “como as regras do jogo numa sociedade ou, mais formalmente, são as limitações idealizadas pelo homem que dão forma às interações humanas”.²⁰¹

Essas regras constituem limitações que se apresentam de duas maneiras: as formais, como os códigos, estatutos e regulamentações ou informais, que são as regras de conduta da sociedade. Quando as limitações formais se adequam às informações, alcança-se o *equilíbrio institucional*²⁰². Isso significa que não haverá violação das limitações formais.

Em suma, as ideias de North pressupõem a existência de incertezas no ambiente econômico e social, que geram custos de transação, dirimidos por meio das instituições, compostas pela relação entre regras formais e informais e, a partir disso, define-se o caminho para a criação de organizações²⁰³ econômicas, políticas ou sociais, responsáveis pelo desenvolvimento econômico das sociedades²⁰⁴.

De forma geral, as instituições econômicas podem ser conceituadas como:

²⁰⁰ Nesse sentido, ver: HOEKMAN; KOSTECKI, *op. cit.*, p. 26.

²⁰¹ Tradução livre de: “*Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction*”. In: NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 3.

²⁰² *Idem*; *ibidem*, p. 86.

²⁰³ As organizações são espécies de instituições constituídas por indivíduos ou Estados em busca de objetivos específicos.

²⁰⁴ Nesse sentido, ver: GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*. Revista de Economia Política, vol. 23, n.º. 90, abril-junho 2003, p. 103.

[...] regularidades de comportamento, social e historicamente construídas, que moldam e ordenam as interações entre indivíduos e grupos de indivíduos, produzindo padrões relativamente estáveis e determinados na operação do sistema econômico.²⁰⁵

Em 1937, Coase²⁰⁶ apresentou o trabalho intitulado *The Nature of the Firm*, em que vinculou o conceito de eficiência econômica aos limites impostos pelas instituições, inaugurando o que, posteriormente, veio a ser conhecido como a Nova Economia Institucional. Até então, os economistas se preocupavam somente com os aspectos exógenos do mercado²⁰⁷, desconsiderando o seu arranjo interno.

Como a teoria trabalha com o conceito de custos de transação, já previamente exposto por Coase, Posner²⁰⁸ critica veementemente a falta de novidade para a sua distinção, uma vez que não agrega novos elementos. Inclusive Coase e Williamson²⁰⁹ consagram a nova economia institucional, com base nos custos de transação, todavia, ampliando a perspectiva neoclássica, por considerá-la incapaz de acompanhar os problemas atuais, uma vez que, no mundo real, os custos de transação são maiores que zero.

No estudo de Coase, os custos de transação estão restritos àqueles referentes ao uso do mercado de preços, desconsiderando os custos relacionados à criação e ao funcionamento das instituições, que também interferem na tomada de decisões. Assim:

Para a perspectiva neoinstitucional, o estudo da análise econômica do direito tem como meta a identificação das variáveis instrumentais e das questões e processos que fundamentam a operação das instituições jurídicas de significado econômico.²¹⁰

²⁰⁵ PONDÉ, João Luiz. Instituições e Mudança Institucional: Uma Abordagem Schumpeteriana. Revista Economia, Brasília (DF), v. 6, n. 1, p. 119–160, jan./jul.

²⁰⁶ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*. New Series, Vol. 4, No. 16 (Nov. 1937), pp. 386-405

²⁰⁷ Os economistas se preocupavam, precipuamente, com a influência do sistema de preços sobre os recursos econômicos.

²⁰⁸ Nesse sentido, ver: POSNER, Richard. *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 73 (1993).

²⁰⁹ WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. University of Illinois, 1985.

²¹⁰ ROEMER, *op. cit.*, p. 41.

Dessa forma, as instituições influenciam comportamentos na medida em que determinam as *regras do jogo* da sociedade. Portanto, as instituições são criadas para otimizar o comportamento de seus membros²¹¹ e, por isso, são importantes para o estudo da AED, com o fim de promover a eficiência.

Os postulados adotados pelo neoinstitucionalismo se assemelham aos neoclássicos: individualismo metodológico, racionalidade limitada, maximização da utilidade, teoria dos jogos e eficiência, incluindo tais postulados na análise das instituições.

A eficiência neoinstitucionalista, portanto, é possível no âmbito das organizações, ou seja, as restrições por elas impostas devem ser consideradas para que a análise seja apropriada.²¹² Ao reconhecer a presença dos custos de transação na sociedade²¹³, as instituições têm o poder de diminuí-los, contribuindo para a eficiência econômica, uma vez que a previsibilidade de comportamentos reduz as chances de se adotar um comportamento oportunista. Nos dizeres de Seabra, Formaggi e Flach:

As instituições afetam a performance econômica através do seu impacto sobre produção e custos de transação e, além disso, são essenciais na medida em que reduzem a incerteza, pois criam estruturas estáveis de interação na sociedade.²¹⁴

Há de se reconhecer que a ação individual é influenciada pelas instituições formais e informais, fazendo-se necessário que Direito, Economia e Organizações sejam analisados conjuntamente.

Nesse sentido, as instituições podem contribuir para o desenvolvimento econômico da sociedade, motivo pelo qual constitui objeto central do modelo analítico do neoinstitucionalismo.

²¹¹ Nesse sentido, ver: ROEMER, *op. cit.*, p. 50.

²¹² Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 53.

²¹³ Os custos de transação numa sociedade não são iguais a zero devido às condições imperfeitas de mercado que acarretam em externalidades negativas, como monopólios e assimetria de informação.

²¹⁴ SEABRA, Fernando. FORMAGGI, Lenina. FLACH, Lisandra. O Papel das Instituições no Desenvolvimento Econômico. In: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 71-86.

Por outro lado, a teoria de North se equivoca ao vincular o subdesenvolvimento às instituições incapazes de criar condições de mercado perfeito.²¹⁵ Ao adotar pressupostos estáticos e homogêneos, desconsidera processos históricos, as relações de poder e o processo de exploração das colônias e do modelo capitalista que embasa a criação das instituições.²¹⁶ Por esse motivo, o neoinstitucionalismo reducionista de North não é suficiente para explicar as desigualdades entre os Estados.

A abordagem deve ser heterodoxa, levando em conta os mais variados arranjos institucionais.²¹⁷ É importante frisar que as instituições, ao mesmo tempo em que prescrevem comportamentos aos indivíduos ou aos Estados, são moldadas por eles. Nesse processo de formação, os agentes transportam às instituições suas culturas, estruturas, valores e interesses.²¹⁸

Em suma, os neoinstitucionalistas reconhecem a dependência da economia dos contextos históricos, culturais, sociais, políticos e jurídicos, bem como a complexidade e a diversidade de sua análise quando se preocupa com as práticas e com os fatos aplicados no mundo real.²¹⁹

Por isso, considera-se que a racionalidade dos agentes é limitada²²⁰ em decorrência da fragilidade motivacional dos seres humanos e das dificuldades de processar informações, impedindo a completude dos contratos.

Ademais, pressupõe-se que “todos os contratos complexos são, inevitavelmente incompletos”.²²¹ A incompletude dos contratos torna impossível a antecipação de soluções corretas para problemas imprevisíveis e, por isso, justifica-se a presença do comportamento estratégico.²²²

Pode-se afirmar, portanto, que o neoinstitucionalismo adota a perspectiva contratualista das relações econômicas, cujos contratos presumem-se imperfeitos, o que faz gerar comportamento oportunista e custos de transação.

²¹⁵ Nesse sentido, ver: TOYOSHIMA, Silvia Harumi. “Instituições e Desenvolvimento Econômico – Uma Análise Crítica das Idéias de Douglas North”, IPE-USP, Estudos Avançados, vol. 29, n.º. 1, p. 95-112, 1999.

²¹⁶ Nesse sentido, ver: VELASCO E CRUZ. Sebastião Carlos CRUZ. “Teoria e história: notas críticas sobre o tema da mudança institucional em Douglas North”. Revista de Economia Política, vol 23, n.º. 2 (90), abril-junho, p. 107-122, p. 119.

²¹⁷ Nesse sentido, ver: PONDÉ, *op. cit.*

²¹⁸ Nesse sentido, ver: *idem; ibidem.*

²¹⁹ Nesse sentido, ver: Salama, *op. cit.*, p. 15.

²²⁰ Nesse sentido, ver: SIMON, Herbet. *Human Nature in Politics: The dialogue of Psychology with Political Science*. American Political Science Review, 79, 1985, p. 293-304.

²²¹ WILLIAMSON, Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações*. In: ZYTLBERSTAJN; SZTAJN, *op. cit.*, p. 22.

²²² *Idem; ibidem*, p. 23.

Partindo do pressuposto de que as instituições também são falhas, não se pode tratá-las de forma absoluta, tampouco considerá-las desordens. As instituições constituem formas de governança cujas vantagens e desvantagens são analisadas pela teoria neoinstitucional.

Segundo Roemer, “supondo que os indivíduos atuam racionalmente, pode-se pensar que o nível dos custos de qualquer negociação depende de como está organizado o marco institucional”.²²³

O sistema da OMC constitui modelo de organização institucional e tem por escopo regular as condutas comerciais dos países, a fim de promover o livre comércio e o desenvolvimento destes.

Contudo, se a organização está cumprindo o seu papel de reduzir os custos de transação, impedindo o uso unilateral da força ao garantir o cumprimento de suas normas, a fim de alcançar o desenvolvimento de seus membros de maneira inclusiva, depende de vários fatores, principalmente de sua capacidade de estimular a cooperação de seus membros²²⁴.

Tal capacidade está diretamente relacionada à “jurisdização”, que implica no alto grau de definição das regras estabelecidas nos tratados internacionais, na precisão dos termos e na delegação de poderes. Jackson²²⁵ acrescenta outros requisitos a serem analisados para a correta alocação de poder das instituições: a rigidez nas alterações de seus tratados, as questões de governança, o processo decisório, na atuação da diplomacia e, ainda, no uso de recursos para o seu funcionamento.

²²³ Tradução livre de: “*Suponiendo que los individuos tratan de actuar racionalmente, puede pensarse que el nivel de los costos de cualquier negociación depende de cómo esté organizado el marco institucional*”. In: ROEMER, *op. cit.*, p. 52.

²²⁴ Nesse sentido, Maragno ressalta que: “Em um mundo com informação perfeita, racionalidade plena, ausência de custos de transação e sem incerteza, a importância do papel das instituições torna-se reduzido. Entretanto, quando se negligencia um destes pressupostos, torna-se necessário dispor de recursos para definir e fazer cumprir as regras indispensáveis para a cooperação. A eficiência destes recursos depende, por sua vez, da existência de estruturas institucionais que exerçam a capacidade de governo ao nível global. Esta governança em nível global dá início a uma esfera própria de instituições internacionais, ou seja, a efetividade das normas, regras e resoluções emitidas pelas instituições responsáveis pela governança global na sociedade internacional – no caso a OMC – depende de Estados que reconheçam sua legitimidade, estejam dispostos a obedecer e tenham capacidade efetiva de governabilidade para fazer com que os atores sob sua jurisdição as cumpram.” In: MARAGNO, Renata Camargo. *Reflexo das Barreiras Comerciais Europeias sobre as Exportações Brasileiras: uma abordagem utilizando a nova economia institucional*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção. Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 2007, p. 31.

²²⁵ Nesse sentido, ver: JACKSON, John. Sovereignty, subsidiarity, and separation of powers. In: KENNEDY, Daniel L. & SOUTHWICK, James D. *The political economy of International Trade Law*. Cambridge, 2002. p. 13-31.

A rigidez para a alteração de tratados e a “jurisdização” contribuem para uma maior previsibilidade dos comportamentos e para evitar subterfúgios. Por outro lado, a flexibilidade também é importante, desde que não exagerada, pois permite a composição e não a sobreposição de interesses.²²⁶

2.1.5 Escolha racional e teoria da escolha pública

Para a Ciência Econômica, os agentes econômicos tomam suas decisões para maximizar algo: enquanto que os consumidores buscam maximizar a felicidade ou a satisfação, as empresas buscam os lucros, os políticos querem votos e as organizações filantrópicas visam ao bem-estar social. O comportamento maximizador baseia-se na presunção da racionalidade dos agentes.

A escassez de recursos obriga os agentes a fazer escolhas. A relação custo-benefício constitui fator importante de decisão, pois os indivíduos tendem a escolher a alternativa cujos benefícios superem os custos. Assim, pela teoria da escolha racional, ao analisar as alternativas disponíveis, os indivíduos tendem a buscar a opção capaz de lhes proporcionar maior utilidade. A escolha se pauta na avaliação que cada indivíduo faz da utilidade das alternativas.

A partir do pressuposto de que o indivíduo é maximizador racional, pode-se inferir três conceitos fundamentais: a) relação inversa entre preço e quantidade; b) o custo de oportunidade e c) a tendência de que os recursos sejam alocados para seu valor de uso mais elevado²²⁷.

Devido às críticas em relação à subjetividade das preferências, o que dificulta a apuração das satisfações pessoais, a AED passou a adotar como critério de mensuração da utilidade, as preferências das pessoas como dados²²⁸. “Assim, seria mais correto afirmar que o resultado A tem mais utilidade para um jogador do que o resultado B porque ele prefere A a B do que afirmar que o resultado A é preferido a B pelo jogador porque tem maior utilidade do que B”.²²⁹

²²⁶ Nesse sentido, ver: DA SILVA NETO, *op. cit.*, p. 244.

²²⁷ HIRSCH, Werner. *Law and Economics: an introductory analysis*. London: Academic Press, 1988, p. 4-5.

²²⁸ Os economistas não possuem um método para comparar a força das preferências, mas tão somente a ordem destas.

²²⁹ CALLIARI, Marcelo Procópio. *A Aplicabilidade da Teoria dos Jogos ao Direito Internacional: um estudo exploratório*. Tese (doutorado) – Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da São Paulo, São Paulo, 2003, p. 12.

Da mesma forma, diante da restrição em sua renda, se o indivíduo deixa de gastar um dólar a menos no produto x para gastar um dólar a mais em y, significa que a utilidade de y aumentou. Esta situação é chamada de benefício marginal da realocação orçamentária. O indivíduo continuará com esta escolha até que o benefício da mudança (deixar de comprar x para comprar y) seja equivalente ao custo marginal, quando a decisão atinge o seu ponto ótimo. A partir do momento em que o custo da mudança for maior que o seu benefício, o indivíduo abandonará essa escolha.

O mesmo se aplica em relação aos impactos das condutas dos agentes sobre a sociedade. Enquanto o custo marginal, por exemplo, de certa empresa de investir em tecnologia para reduzir a poluição for equivalente aos benefícios marginais, os investimentos permanecerão iguais.²³⁰

Para realizar as suas escolhas, é importante que os indivíduos obtenham o mínimo de informação possível, uma vez que a busca por informações adicionais não pode gerar custos superiores aos da própria escolha²³¹.

As regras jurídicas equivalem a preços e, por isso, possuem o condão de estimular ou desestimular as escolhas dos indivíduos. Por conseguinte, segundo a teoria da racionalidade individual, o efeito das normas sobre a coletividade é explicado por meio da soma das escolhas individuais.

Da mesma forma, os interesses que condicionam as ações governamentais, ao analisar as alternativas disponíveis, nem sempre levarão os governos a eleger a opção que melhor atenderá à maximização do bem-estar social. A teoria que visa a explicar esse tipo de situação é conhecida como escolha pública (*Public Choice*).

Essa teoria se iniciou no final dos anos de 1940, mediante o debate sobre a economia do bem-estar entre Bergson e Samuelson²³². Obteve notoriedade em 1966, por meio da revista *Papers on Non-Market Decision Making*, nome que foi alterado dois anos depois para *Public Choice*. A teoria foi desenvolvida e consolidada com James Buchanan e Gordon Tullock²³³, que introduziram o individualismo metodológico na análise das tomadas de decisões políticas, contrapondo a ideia de que a tomada de decisão política

²³⁰ Nesse sentido, COOTER e ULEN ressaltam que “qualquer esforço a mais irá custar mais do que vale. Qualquer esforço a menos causaria uma redução dos benefícios [...]”. In: COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 47.

²³¹ Nesse sentido, ver: POSNER, *op. cit.*, p. 19.

²³² Bergson-Samuelson. *Social Welfare Functions and the Theory of Social Choice*. The Quarterly Journal of Economics, 1979, p. 73-90.

²³³ BUCHANAN, James. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: logical foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor, Michigan, 1962. James Buchanan também recebeu um Prêmio Nobel de Economia pelo seu trabalho sobre a Teoria da Escolha Pública, em 1986.

busca o bem comum. Assim, Buchanan e Tullock definiram a teoria da escolha pública como “política sem romance”.²³⁴

Dessa forma, a teoria aplica os métodos da economia na análise de comportamento político, sendo “o estudo econômico da adoção de decisões que não pertencem a situações de mercado, ou, simplesmente, a aplicação da economia à ciência política”.²³⁵ Assim, o objetivo da teoria coincide com o da Ciência Política, mas a metodologia adotada pertence à economia, uma vez que o indivíduo age na política do mesmo modo que participa do mercado. Para Mueller, “o comportamento básico da escolha pública, é o mesmo da economia, segundo o qual, o homem é um ser egoísta, racional e maximizador de utilidade”.²³⁶

Diferentemente dos neoclássicos, para quem a tomada de decisão constitui fato exógeno, já posto na sociedade, a teoria da escolha pública inclui a participação dos indivíduos nesse processo, os quais buscam aumentar seu bem-estar. Nesse sentido:

A Public Choice está preocupada com o comportamento de entidades políticas e burocráticas quanto ao processo decisório e seu reflexo no mundo real, em que os agentes maximizam interesses através de escolhas políticas reveladoras de comportamentos estratégicos e otimizadores.²³⁷

Portanto, a teoria analisa o processo de tomada de decisão política, seus efeitos sobre a sociedade, os eleitores e os resultados obtidos pelo processo democrático, reconhecendo que os vetores que conduzem o comportamento político e econômico são distintos. Ao passo que os primeiros buscam a manutenção do poder, os últimos primam pela eficiência. Nesse sentido, afirma Sykes:

Pressupõe-se que os Estados se comportem como maximizadores do bem-estar econômico ou para maximizar a função do bem-estar social com peso maior sobre o eleitorado. As preferências do ‘Estado’ podem ser as de seus líderes políticos, que podem maximizar votos,

²³⁴ Tradução livre de: “Politics without romance”. In: *Idem; ibidem*, p. 45.

²³⁵ Tradução livre de: “*Public Choice can be defined as the economic study of non-market decision making, or simply the application of economics to political Science*”. In: Mueller, Dennis C., *Public Choice III*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1.

²³⁶ *Idem; ibidem*.

²³⁷ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, 2009, p. 42.

contribuições de campanha, ou seu bem-estar pessoal. Inúmeras outras variações podem ser imaginadas, dependendo do contexto.²³⁸

O fato de os Estados nem sempre optarem pela eficiência não implica, necessariamente, na irracionalidade de suas preferências, mas significa que os vetores que conduzem esse processo de decisão são mais complexos.²³⁹ De todo modo, os Estados optarão, em primeiro lugar, pela maximização de seus próprios interesses e, em segundo lugar, pelos interesses dos demais²⁴⁰.

Por esse motivo, faz-se mister analisar as premissas da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*), que possui duas formas de abordagem: a positiva e a normativa. Pela primeira, busca-se descrever os resultados políticos ao estudar a conduta dos representantes durante a campanha e após eleitos, o comportamento dos eleitores e os resultados decorrentes da democracia. Já a segunda vertente tem por escopo prescrever as instituições que devem ser adotadas.²⁴¹

Ao adotar o individualismo metodológico, a teoria da escolha pública se mostra pessimista em relação à democracia, partindo do postulado de que as eleições são determinadas por interesses particulares de indivíduos ou grupos de pressão. Dessa forma, a expressão *rent seeking* (busca por renda) é adotada para designar as medidas que concedem vantagens que não seriam possíveis obter no mercado privado e, por isso, são pleiteadas por pequenos grupos de interesses pela via política.²⁴²

Para Mackaay e Rousseau²⁴³, “o Estado se ocupa, especialmente, de tudo aquilo que os grupos de interesse conseguem fazer com que assumam; nada parecendo limitar a expansão dessa agenda”. Assim, pressupõe-se que os valores sociais decorrem, na verdade, dos valores individuais da sociedade.

Essas interferências influenciam o tamanho da *fatia da torta*. Aliás, quando os governos começam a se preocupar mais com os interesses pessoais do que gerais, impedem o aumento do tamanho da torta.

²³⁸ Tradução livre de: “States may be assumed to behave as economic welfare maximizers, or to maximize a social welfare function that weighs the welfare of certain constituencies more heavily than others. The preferences of the ‘State’ may be assumed to be those of its political leaders, who may maximize votes, campaign contributions, or their personal welfare. Innumerable other variations can be imagined depending on the context”. In: SYKES, *op. cit.*, p. 6.

²³⁹ Nesse sentido, ver: CALLIARI, *op. cit.*, p. 77.

²⁴⁰ SYKES, *op. cit.*, p. 6.

²⁴¹ ROEMER, *op. cit.*, p. 57-58.

²⁴² Nesse sentido, ver: MACKAAY; ROUSSEAU p. 177-179.

²⁴³ *Idem; ibidem*, p. 179.

A título de exemplo, pode-se citar a agricultura nos Estados Unidos e a indústria automotiva no Brasil. Os agricultores norte-americanos representam apenas três por cento da população total do país e são beneficiados com subsídios à exportação, que encarecem os preços internos dos produtos agrícolas para os noventa e sete por cento de consumidores.²⁴⁴

Da mesma forma, o Brasil tem concedido subsídios a fim de beneficiar a indústria nacional de automóveis por meio do programa Inovar-auto, instituído pela Lei nº. 12.715/2012 e implementado pelo Decreto nº. 7.819/2012, que, aparentemente, tem por escopo incentivar a inovação tecnológica, beneficiando a indústria, as empresas comercializadoras de automóveis e os consumidores. Todavia, os incentivos são discriminatórios e visam a promover a substituição de importações no país, beneficiando, exclusivamente, a indústria nacional de automóveis.²⁴⁵

Isso ocorre, principalmente, porque os pequenos grupos se organizam e pressionam o governo a adotar políticas específicas aos seus interesses, enquanto que os efeitos de tais políticas são disseminados sobre maior parte da população, que possui dificuldades em se organizar. A lógica da teoria da escolha pública é a do visível e invisível, pela qual “os políticos tendem a criar políticas com vantagens concentradas e custos dispersos”.²⁴⁶

Assim, grupos grandes de indivíduos facilitam o comportamento egoístico oportunista. Por sua vez, grupos menores e coesos dificilmente são dissipados. Ademais, grupos pequenos e grandes, mas com interesses específicos terão mais chances de êxito que grupos grandes com interesses gerais.

Por esse motivo, o fato de os governos dependerem de suporte político advindo dos produtores e, de estes serem mais organizados do que os consumidores, faz com que os interesses dos produtores sejam privilegiados. Além disso, os custos dessas políticas de interesse de pequenos grupos são dissipados entre os consumidores e, por isso, pouco sentem seus efeitos para exercer qualquer tipo de pressão sobre os governos.

²⁴⁴ ASHFORD, Nigel. *Schools of Thought in Classical Liberalism, Part. 3: Public Choice*. Disponível em: <<http://www.learnliberty.org/videos/schools-thought-classical-liberalism-part-3-public-choice/>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

²⁴⁵ Nesse sentido, ver: Feriato, Juliana Marteli Fais. *O Novo Regime Automotivo Brasileiro e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC*. XXII CONPEDI/UNICURITIBAMENEZES, p. 438-459.

²⁴⁶ MACKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 166.

Dessa forma, o pessimismo da teoria da escolha pública quebra aquela visão singela de que o interesse do governo, ao fazer uso dos subsídios, se restringe a corrigir falhas de mercado.

As organizações internacionais também podem influenciar a tomada de decisão política interna. Congleton²⁴⁷ alerta para a internacionalização das políticas públicas por meio dessas organizações que, por sua vez, funcionam como fórum internacional para a tomada de decisão política. Concomitantemente, essa internacionalização é determinada pela política interna, “embora com um olho nos acontecimentos internacionais e, a pedido de grupos de interesses internacionais”.²⁴⁸

Em relação à observância das normas da OMC, os motivos que levam um governo a cooperar ou não, podem ser tanto o poder, o interesse, o conhecimento ou mesmo a junção de todos²⁴⁹. Independentemente deles, Lucena ressalta que:

O motivo de agir de maneira mais cooperativa, no final das contas, é a análise de custo-benefício que ele faz, pois o que se quer, nesse caso específico, interessa mais do que o modo como se costuma agir.²⁵⁰

Presume-se aqui a existência do comportamento egoísta e oportunista que, por sua vez, não deixa de ser racional, uma vez que a irracionalidade leva à sucumbência da humanidade. Assim, mesmo o egoísta precisa reconhecer o outro para a sua subsistência.²⁵¹

Diante dessas circunstâncias, o sistema da OMC deve, primeiramente, apurar esta realidade, segundo a qual os Estados buscam maximizar os seus interesses com o menor custo e o maior benefício possível. Tal reconhecimento é crucial para promover a cooperação entre os membros.

Congleton²⁵² alerta sobre a globalização das políticas públicas:

²⁴⁷ CONGLETON, *op. cit.*

²⁴⁸ *Idem; ibidem.*

²⁴⁹ Nesse sentido, ver: LUCENA, Andréa Freire de. *Cooperar ou não cooperar, eis a questão: a Organização Mundial do Comércio, o Brasil e o Contencioso Embraer-Bombardier*. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Curso de Doutorado em Relações Internacionais da Universidade de Brasília, 2006.

²⁵⁰ *Idem; ibidem*, p. 218.

²⁵¹ Nesse sentido, ver: GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, p. 60.

²⁵² CONGLETON, *op. cit.*

Se novos interesses comuns estão sendo identificados e avançados, todos nós seremos beneficiados, mas se estão sendo identificados novos interesses especiais e estritos, é possível que a globalização política nos deixe em situação pior.²⁵³

A responsabilidade da OMC, portanto, é promover os interesses gerais de seus membros, impedindo que políticas públicas oriundas de interesses particulares prevaleçam. Para tanto, a organização deve estar munida de instrumentos para controle de políticas restritas, como os subsídios específicos, para que não prevaleçam interesses individuais de uns em detrimento de outros.

2.1.6 Teoria Econômica do Contrato

Considerando que o suporte institucional da OMC é formado por tratados internacionais, que coordenam as transações entre os membros e, para a AED, os tratados equiparam-se aos contratos, motivo pelo qual seu rompimento implica em custos, faz-se mister o estudo da teoria econômica do contrato.

Não obstante a análise mais aprimorada dos contratos demandar estudo contextualizado em decorrência dos vários tipos de contratos, existem questões que lhes são comuns e elas serão abordadas, simultaneamente, com as especificidades do acordo da OMC.

Para a Ciência Econômica, contratos são transações que importam na troca de bens e serviços realizadas entre duas ou mais partes. À semelhança das teorias que fundamentam o livre comércio, os contratos são necessários porque os indivíduos e os Estados não são autossuficientes. Isto é, considerando que os recursos são escassos, os agentes econômicos os valoram de forma distinta, as trocas movem tais recursos em direção àquele que mais os valoriza.

Para a eficiência econômica, os contratos devem ser cumpridos integralmente por ambas as partes. Quando o contrato melhora a situação de uma das partes sem, no mínimo, piorar a situação da outra, concretiza-se a eficiência *paretiana*. Os indivíduos celebram contratos em busca de benefícios, colocando os contratos em situação *pareto superior*, em que todas as partes ganham.

²⁵³ Tradução livre de: “If new common interests are being identified and advanced, we all benefit, but if new narrow special interests are being identified, it is possible that we are nearly all are being made worse off by the globalization of politics”. In: *Idem; ibidem*.

Todavia, os contratos são incompletos²⁵⁴ devido aos custos de transação impostos para que sejam celebrados. Os custos de transação dos contratos são aqueles que operam sobre as negociações, a redação e o cumprimento do contrato. Quando tais custos superarem os benefícios dos contratos, as partes perdem o interesse de contratar. Os custos podem se dar, dentro outros, em decorrência da imperfeição de mercado, da assimetria de informações, da racionalidade limitada das partes e do poder de mercado, gerando externalidades negativas à sociedade.

Segundo Timm²⁵⁵, “o mercado livre tende a produzir mais do que a quantidade ótima desses contratos. Ou seja, nem todas as transações efetuadas terão excedente econômico positivo.” Nesse caso, o Direito contratual passa a exercer um papel importante no sentido de minimizar os custos de transação, oferecendo um marco regulatório seguro, fornecendo instrumentos para conter comportamentos oportunistas e mecanismos de ressarcimento.

Todavia, cabe ao Direito intervir quando os custos da intervenção forem inferiores aos custos das externalidades, caso contrário, os contratos provocarão custos indesejáveis à sociedade. Assim, o Direito pode, ao invés de reduzir, aumentar os custos de transação.

Os contratos também provocam custos sobre terceiros, fazendo com que o interesse particular do contratante destoe do interesse social. No caso de tratados internacionais, isso ocorre quando os governos agem de forma a priorizar a manutenção do poder em detrimento do bem-estar geral, como explica a teoria da escolha pública.

Os custos podem ser anteriores ou posteriores à contratação, bem como exógenos ou endógenos. Os custos endógenos envolvem as vontades das partes e importam em comportamento estratégico tanto na negociação quanto durante o cumprimento. Os exógenos anteriores decorrem das falhas de mercado, da assimetria de informações, da racionalidade limitada das partes²⁵⁶ que acarreta em externalidades negativas e interfere na eficiência. Já os custos exógenos posteriores são aqueles que envolvem os mecanismos para fazer valer a observância do contrato.²⁵⁷

²⁵⁴ “Um contrato só será completo, se as partes puderem, de forma compreensiva, especificar todas as contingências presentes e futuras e as contingências antecipadas forem, simetricamente, reveladas a todas as partes”. Tradução livre de: “*A contract can only be called complete, if signatories are able to comprehensively specify all relevant present and future contingencies, and if all anticipated contingencies are symmetrically revealed to all parties*”. In: SCHROPP, *op. cit.*, p. 66.

²⁵⁵ TIMM, *op. cit.*, p. 166.

²⁵⁶ A irracionalidade ocorre se as partes não possuem preferências estáveis ou quando existe constrangimento de liberdade de contratar, como a coação ou estado de necessidade, por exemplo.

²⁵⁷ Nesse sentido, ver: SCHROPP, *op. cit.*, p. 63.

A assimetria ocorre quando a informação não é distribuída de forma equivalente a ambas as partes, sendo motivo de preocupação jurídica quando incentiva comportamento oportunista.²⁵⁸ A assimetria de informação estimula, portanto, o comportamento estratégico oportunista pela parte mais informada, de forma a prejudicar a parte com informação restrita.

Os custos de transação em relação aos contratos podem ocorrer em três momentos: na busca por informações, durante as negociações e na execução do contrato. Também é importante frisar que sempre haverá custo para redigir o contrato, momento em que as partes precisam prever e calcular riscos e possíveis ocorrências capazes de interferir na eficiência do contrato. Nesse sentido, presume-se que “os contratos nunca serão completos”.²⁵⁹

O Direito dos contratos visa a “minimizar o total dos custos de redação do contrato + de sua interpretação pelos tribunais + os custos dos comportamentos ineficientes resultantes de contratos mal redigidos ou incompletos”.²⁶⁰ Essa função também se denomina *função de Wittman*²⁶¹.

Na época das negociações da Rodada do Uruguai, a assimetria de informação, as incertezas sobre o futuro, sobre as ações dos membros, a racionalidade e os recursos limitados ou ainda, a ambiguidade dos textos, fizeram do Tratado de Marraqueche um contrato incompleto.

O poder de mercado reduz o bem-estar social ao diminuir o número de contratos, transferir o excedente do consumidor para o fornecedor e, ainda, permitir a ele impor as condições contratuais, fazendo com que os recursos sejam redistribuídos artificialmente.²⁶²

Os riscos são alocados no contrato seguindo a mesma lógica da distribuição da propriedade na sociedade: não havendo custos de transação, os direitos são alocados para as partes que mais os valorizam e os custos referentes aos riscos àqueles com capacidade de suportá-los de maneira menos onerosa. Todavia, havendo custos de transação, faz-se

²⁵⁸ Nesse sentido, ver: MACKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 411.

²⁵⁹ TIMM, *op. cit.*, p. 168.

²⁶⁰ Tradução livre de: “*In a nutshell, the role of contract law is to minimize the cost of the parties writing contracts + the costs of the courts writing contracts + the cost of inefficient behavior arising from poorly written or incomplete contracts*”. In: WITTMAN, Donald. *Economic Foundations of Law and Organization*. Cambridge University Press, 2006, p. 194.

²⁶¹ *Idem; ibidem*.

²⁶² Nesse sentido, ver: MACKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 412.

necessária a interposição do Direito para impedir que as externalidades negativas se concretizem.

Devido à sua incompletude, a verdade é que o maior problema dos contratos está no seu descumprimento, também chamado de *acidente de percurso*²⁶³, isto é, eventualidades que aumentam os custos de transação a ponto de prejudicar o adimplemento do contrato:

Há, nesse caso, “acidente de percurso” a respeito do qual, na falta de estipulação expressa das partes – a cujo respeito podem-se examinar os efeitos dos incentivos – convém indagar quem é o *cheapest cost avoider*, e que sinais enviar.²⁶⁴

Pelo princípio do *cheapest cost avoider*²⁶⁵ o dever de reparação será imposto ao agente que tem melhores condições econômicas de suportá-la, isto é, para quem o dever representa menor custo.

Considerando que o *acidente de percurso* cria obstáculos à eficiência em sentido paretiano, faz-se necessária a intervenção do Direito para desmotivar o inadimplemento do contrato, bem como para determinar o *cheapest cost avoider*.

É importante mencionar que, nos contratos de cumprimento imediato, isto é, concomitantes à sua celebração, dificilmente surgirão problemas, uma vez que, devido à inexistência de promessas, a sua execução se esgota de forma instantânea. Entretanto, quando existem promessas futuras, cumpridas a longo prazo, as incertezas e os riscos aparecem, fazendo emergir a executabilidade. Assim, “a executabilidade das promessas incentiva a troca e a cooperação entre as pessoas”.²⁶⁶

Schropp²⁶⁷ diferencia executabilidade (*enforcement*) e exequibilidade (*enforceability*), sendo ambas necessárias para incentivar o cumprimento dos contratos. Enquanto que a exequibilidade significa a possibilidade de se verificar e quantificar a inobservância do contrato, a executabilidade destina-se aos remédios coercivos capazes de forçar o cumprimento. Essas questões são sobremaneira relevantes no âmbito

²⁶³ *Idem; ibidem*, p. 420.

²⁶⁴ *Idem; ibidem*, p. 483.

²⁶⁵ Coase, *op. cit.*

²⁶⁶ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 208.

²⁶⁷ SCHROPP, Simon. *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: a Law and Economics Analysis*. London: Cambridge University Press, 2009, p. 32.

internacional, que carece de força supranacional para fazer valer os compromissos assumidos.

À semelhança dos jogos repetitivos, é importante que o Direito garanta a cooperação entre os jogadores, fazendo cumprir as obrigações entre as partes em vez de reparar os danos. A princípio, considera-se que as partes contratam com a intenção de cumprir as obrigações assumidas, mas isso depende, dentre outros fatores, da exequibilidade e executabilidade. O comportamento cooperativo varia de acordo com a eficiência de ambos os institutos que, quando fracos, estimulam o comportamento oportunista. Portanto, “o melhor remédio jurídico para o rompimento assegura o compromisso ótimo com o contrato, que causa a elaboração, o cumprimento e a confiança eficientes”.²⁶⁸

Considerando que o desafio das partes é buscar a solução mais próxima da eficiência, é necessário que o Direito desenvolva um eficiente sistema de execução de contratos de maneira mais vantajosa para as partes e a sociedade. Isso ocorre quando os custos da intervenção jurídica forem menores que os benefícios por ela trazidos. Esse sistema tem por escopo evitar o descumprimento dos contratos, partindo do pressuposto de que, quando os custos de rompimento forem maiores que os benefícios, os agentes tendem a observar as regras.

Assim, a cooperação ocorrerá quando os benefícios de cumprimento superarem os custos da inobservância. Neste contexto, o Direito exerce papel crucial para transformar jogos não cooperativos em cooperativos, conforme a executabilidade do contrato para ambas as partes.

Suponha que um jogo em que o primeiro jogador, que pode ser, por exemplo, um investidor, decide se coloca ou não um bem sob o controle do segundo jogador. Este, por sua vez, decide entre cooperar ou apropriar-se do bem, conforme os quadros seguintes:

²⁶⁸ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 248.

Figura 5: Jogo do agente e do principal sem contrato

		Segundo Jogador (agente ou promitente)	
		Cooperar	Apropriar-se
Primeiro jogador (principal ou Promissário)	Investir	0,5	1,0
		0,5	-1,0
	Não investir	0	0
		0	0

Fonte: COOLER; ULEN²⁶⁹

Nota-se que num jogo em que não existe contrato ou, existindo empecilhos, tais como tribunais corruptos, a cooperação gera excedente de 1 e permite que o segundo jogador fique com o investimento sem produzir riqueza. Dessa forma, se o primeiro jogador optar por investir, será mais vantajoso para o segundo apropriar-se, isto é, adotar um comportamento oportunista. Ao prever essa possibilidade, o primeiro jogador opta, portanto, por não investir. Por conseguinte, as regras jurídicas são cruciais para resultados cooperativos.

Figura 6: Jogo do principal e do agente com contrato

		Segundo Jogador	
		Cumprir	Quebrar
Primeiro jogador	Investir (contrato)	0,5	-0,5
		0,5	0,5
	Não investir (sem contrato)	0	0
		0	0

Fonte: COOLER; ULEN²⁷⁰

O cenário se altera diante da existência de contrato judicialmente executável, em que investir ainda traz melhores resultados para o primeiro jogador do que não investir.

²⁶⁹ *Idem; ibidem*, p. 209.

²⁷⁰ *Idem; ibidem*, p. 211.

Ao somar as figuras, nota-se que o descumprimento do contrato por parte do segundo jogador, ao ter que indenizar o primeiro pela quebra, lhe custará 1,5 (1 referente ao investimento do primeiro jogador e 0,5 sobre o lucro cessante). Já o retorno que o segundo jogador obterá se cumprir o contrato é 1,0, o que permite concluir que a executabilidade do contrato promove o comportamento cooperativo.

Sob o ponto de vista da sociedade, apropriar-se constitui a pior solução, uma vez que redistribui a riqueza, transferindo-a do primeiro jogador para o segundo. Não investir não altera nada, enquanto que investir e cooperar promove benefícios. Nesse sentido, a principal função do contrato é transformar jogos não cooperativos em soluções cooperativas, isto é, eficientes.

Todavia, quando os custos de cumprimento do contrato são elevados, o Direito passa a exercer um papel significativo para determinar a responsabilidade pelo inadimplemento, uma vez que o custo do descumprimento do contrato varia conforme o remédio jurídico aplicável ao seu rompimento.

Se inexistirem normas de responsabilidade por atos ilícitos, os agentes tendem a não adotar precauções adequadas, conforme demonstra a tabela que se segue:

Figura 7: custos de precauções na ausência de responsabilidade

		<i>Vítima</i>	
		Exerce precaução	Não exerce precaução
Ofensor	<i>Exerce precaução</i>	-5; -9	-5 -10
	<i>Não exerce precaução</i>	0 -15	0 20

Fonte: TIMM²⁷¹

Na ausência de imputação de responsabilidade, a vítima suportará tanto o custo de precaução quanto o dano, enquanto que o ofensor não possui interesse em exercer qualquer tipo de precaução. O oposto ocorre quando a responsabilidade do ofensor for ilimitada, fazendo com que ele suporte todos os custos da precaução e da imputação da

²⁷¹ TIMM, *op. cit.*, p. 191.

responsabilidade, enquanto que a vítima não se interessa por arcar com nada, salvo em situações em que os danos são irreversíveis.

Contudo, quando existir responsabilidade, tanto subjetiva quanto objetiva, ambos tenderão a adotar medidas de precaução, o que, num primeiro momento, permite-se afirmar que levam ao resultado eficiente. Todavia, “ao adicionarmos variáveis mais complexas ao problema, chegamos à conclusão de que não há regra de responsabilidade civil que atinja o resultado ótimo em todos os casos”.²⁷²

A título de responsabilidade, as normas jurídicas podem determinar tanto a indenização por perdas e danos quanto a execução específica. Enquanto que a primeira acarreta em baixo custo de descumprimento ao se compará-la com a segunda, ainda permite a escolha entre cumprir ou indenizar, uma vez que a indenização perfeita deixa a vítima em situação de indiferença em relação ao cumprimento e o inadimplemento.

Nota-se que a AED reconhece a possibilidade da *quebra eficiente* dos contratos, pela qual se compensam os danos causados. Assim, para essa teoria:

Se o contrato puder gerar um ganho mediante contratação com terceiro rompendo-se o contrato inicial, mesmo com a compensação integral do contratante frustrado, tal inexecução é desejável e merece ser mantida pelos tribunais.²⁷³

Essa teoria incentiva o comportamento oportunista, gerando incertezas e desestabilização das relações negociais, pois permite a resiliência deliberada de contratos. No âmbito internacional, isso permitiria que os países ricos violassem os acordos internacionais porque possuem melhores condições econômicas para pagar pelas condutas ilícitas.

Nesse sentido, quando os custos da compensação pelo rompimento por parte do promitente forem iguais ao benefício do cumprimento para o promissário, aqueles serão internalizados por ele na quebra. Assim, “o promitente tem incentivos eficientes para o cumprimento e o não cumprimento quando a responsabilidade civil pela quebra é igual ao benefício perdido pelo promissário”.²⁷⁴

²⁷² *Idem; ibidem*, p. 199.

²⁷³ MACKAAY; ROUSEAU, *op. cit.*, p. 490.

²⁷⁴ COOLER; ULEN, *op. cit.*, p. 214.

Ademais, é preciso ressaltar que, dificilmente, as indenizações serão eficientes, tendo em vista que os custos devem ser internalizados por ambos, autor do dano e vítima. Para isso, o primeiro deve ressarcir completamente a última, que, por sua vez, não poderá receber ressarcimento pleno pelos danos. Esta situação é chamada de *paradoxo da indenização*²⁷⁵ que permeia todas as áreas do Direito privado e que, no Direito dos contratos, se aplica da seguinte maneira:

- 1) Para que o promitente internalize os benefícios da precaução, ele tem de ressarcir plenamente a promissária por descumprimento da promessa; 2) Para que a promissária internalize os custos da confiança, ela não deve receber a indenização por descumprimento; 3) No direito contratual, o ressarcimento pago pelo promitente por descumprimento da promessa equivale ao ressarcimento recebido pela promissária; 4) Por isso, o direito contratual não pode internalizar os custos para o promitente e para a promissária como exige a eficiência.²⁷⁶

Sendo assim, não é possível internalizar ambos os custos ao mesmo tempo, por esse motivo, diz-se que a indenização é ineficiente. Contudo, o cálculo das indenizações é complexo quando se trata de direitos insubstituíveis, tais como os prejuízos sociais que um Estado sofre em decorrência do inadimplemento das obrigações por parte de outro Estado. Ademais, no cálculo das indenizações, não se computam certos custos, como aqueles decorrentes do litígio e aqueles impostos a terceiros. As externalidades negativas causadas à sociedade devem ser incluídas na indenização conforme determina o PEES, o que torna difícil a reparação dos danos.

Apesar disso, os tribunais fazem uso das indenizações, principalmente, quando os bens forem substituíveis com facilidade e quando o ilícito for irreversível, não sendo mais possível a execução específica. Nesse caso, outras alternativas são a execução específica ou ainda a renegociação do contrato.

Na verdade, a alternativa *pareto* eficiente é a execução específica do contrato. Dois princípios justificam essa afirmativa: o princípio da barganha e o princípio da indiferença. Pelo primeiro, presume-se que as partes têm melhores condições para encontrar a solução que mais se aproxima de seus interesses. O segundo, por sua vez,

²⁷⁵ *Idem; ibidem*, p. 270.

²⁷⁶ *Idem; ibidem*, p. 273.

determina que a vítima não deve sentir a diferença entre a execução e qualquer outro remédio, pois ambos geram problemas para a indenização por perdas e danos.²⁷⁷

A renegociação, por outro lado, só é possível se as partes tiverem poderes de barganha equivalentes, o que não se verifica quando o remédio a ser concedido forem as perdas e danos. Já a execução específica engloba ambos os princípios, sendo *Pareto* eficiente, uma vez que não admite outra forma de solução, salvo o cumprimento da obrigação conforme desejado nas cláusulas contratuais negociadas pelas partes.²⁷⁸

Em relação ao promitente, o Direito também deve impor alto custo para propostas enganosas, uma vez que elas implicam em um comportamento não cooperativo. Portanto, as normas jurídicas colaboram para a eficiência dos contratos a partir da imposição de custos sobre a não cooperação, haja vista que os agentes econômicos tomam as suas decisões com base na análise do custo-benefício.

Todavia, no caso de tomada de decisões de Estados, a avaliação do custo-benefício também leva em conta as causas internas. Se o benefício interno diminuir ou o seu custo aumentar devido ao cumprimento de obrigação internacional, o governo sofrerá pressão interna para não cooperar. Ademais, o governo também deve comparar o resultado interno com o internacional; se o primeiro for mais benéfico, no caso de descumprimento, influenciará as decisões no âmbito internacional para a não cooperação.²⁷⁹

Os políticos no governo, por sua vez, estão interessados em se manterem no poder. Por esse motivo, não medirão esforços para que os efeitos de suas políticas sejam visíveis aos seus eleitores.²⁸⁰ O oposto também é verdadeiro, os políticos procrastinarão ao máximo os efeitos negativos de seus atos para que o próximo governo suporte as consequências.

Diante disso, é possível afirmar que interesses particulares internos de curto prazo podem desencadear a escolha pela não cooperação em detrimento dos interesses de longo prazo. No caso da política de subsídios, os governos tendem a mantê-los para fins políticos imediatos, em detrimento das regras do ASMC e das decisões proferidas pelo OSC, pelas quais a responsabilidade do Estado se dará após um longo período de tempo.

Considerando que a função principal do Direito é impedir o comportamento oportunista, desde que os custos da intervenção forem menores do que os custos dos

²⁷⁷ Nesse sentido, ver: MCKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 487-488.

²⁷⁸ Nesse sentido, ver: SCHROPP, *op. cit.*, p. 58 -59.

²⁷⁹ Nesse sentido, ver: LUCENA, *op. cit.*, p. 222.

²⁸⁰ Nesse sentido, ver: MACKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 168.

contratos, a AED servirá de instrumento para analisar, descritivamente, as falhas inerentes aos tratados da OMC, especificamente, o ASMC e o ESC, capazes de incentivar um comportamento oportunista em decorrência do baixo custo de sua inobservância. Por conseguinte, segundo a dimensão normativa da AED, será proposta a alteração do sistema em relação aos subsídios a fim de fomentar o comportamento cooperativo.

3 REGULAMENTAÇÃO DOS SUBSÍDIOS NO ÂMBITO MULTILATERAL E NO BRASIL

Considerando que os subsídios são regulamentados no mercado internacional pela Organização Mundial do Comércio, faz-se pertinente destacar que as organizações internacionais contribuem para uma maior institucionalização das relações internacionais, possibilitando a abertura de fóruns de discussões e a regulamentação de interesses comuns. Os princípios, as regras e os procedimentos estabelecidos em seu âmbito contribuem para maior “jurisdização” do sistema.

Nesse sentido, o presente capítulo visa a estudar primordialmente a regulamentação dos subsídios no arcabouço da OMC, para melhor compreender o problema de sua ineficácia. Para tanto, primeiramente, faz-se mister analisar o papel dos subsídios sobre a economia internacional, para então, apresentar a estrutura e a regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias no âmbito da OMC e no Direito interno.

3.1 Os subsídios na economia internacional

Os subsídios constituem instrumentos político-econômicos²⁸¹ de intervenção do Estado na economia, que, mediante auxílio financeiro direto, incentivos fiscais e concessão de bens e de serviços, destinados à produção, tem por escopo proteger a indústria nacional e/ou capacitá-la para concorrer no comércio internacional.

Existem dois tipos de subsídios, os destinados a fomentar a exportação e aqueles chamados por Sykes²⁸² de protetivos, que, destinados à substituição de importações, servem para proteger a indústria nacional.

É inegável a influência dos subsídios sobre o comércio, tanto que alguns autores, como Fernandez, equipara-os ao tributo, mas às avessas. Segundo o autor: “o subsídio pode ser interpretado como um imposto de sinal negativo, de modo que os seus efeitos sobre o equilíbrio de mercado são análogos, mas não iguais, principalmente pela distorção inversa que ele cria [...]”²⁸³. Assim, os subsídios podem ser concedidos por meio de

²⁸¹ Também são consideradas modalidades de intervenção do Estado na economia as barreiras tarifárias e não tarifárias (barreiras técnicas, sanitárias), as licenças de importação e exportação, quotas, tarifas alfandegárias entre outras.

²⁸² Nesse sentido, ver: SYKES, Alan. O. *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*. Law and Economics Working Paper, n. 186, The Law School, University of Chicago, 2003.

²⁸³ FERNANDEZ, José Carrera. *Curso Básico de Microeconomia*. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 45.

isenção fiscal, suspensão, restituição de tributos, bem como por qualquer benefício fiscal, produzindo efeitos diretos no equilíbrio de mercado.

O tema retoma a discussão entre liberalismo e intervencionismo, visto que os subsídios constituem instrumentos estatais de fomento às exportações e de proteção da indústria nacional por meio da substituição de importações.

Uma das críticas ao liberalismo reside na divergência entre os interesses dos Estados e da iniciativa privada, criando-se a necessidade de intervenção estatal justamente para garantir os interesses estatais, uma vez que as empresas, principalmente as multinacionais, não se preocupam com as questões sociais dos Estados²⁸⁴.

Por outro lado, o liberalismo permite a otimização dos fatores de produção e a diminuição dos custos que, por sua vez, elevam o consumo e a produção, proporcionando um aumento do emprego e do bem-estar social. Além disso, o liberalismo gera a interdependência entre as nações e a conseqüente cooperação, como ocorre, por exemplo, com os blocos regionais²⁸⁵.

As políticas industriais protecionistas desencadeiam, por conseguinte, uma série de conseqüências negativas, como a acomodação da indústria nacional, que, por falta de concorrência, não se vê obrigada a melhorar a sua qualidade e, ainda, a formação de monopólios que distorcem a lealdade de concorrência. Por outro lado, políticas protecionistas acarretam em menor vulnerabilidade da indústria nacional, na proteção dos recursos naturais e na garantia do emprego, fatores esses que podem ser prejudicados pela indústria estrangeira, que, detentora de preços mais competitivos, pode solapar a indústria nacional.

Diante desse impasse e da realidade de mercado imperfeito, atualmente, fala-se em neoliberalismo, representado pelo Estado mínimo: liberal no sentido de reduzir as barreiras comerciais, mas intervencionista quando se faz necessário combater externalidades negativas, incluindo as práticas desleais de comércio. Ademais, os subsídios não são neutros em relação a distribuição de renda e, a curto prazo, podem ser

²⁸⁴ MAIA, *op. cit.*, p. 156.

²⁸⁵ *Idem; ibidem*, p. 155.

benéficos²⁸⁶. Todavia, determinar os limites para o uso dos subsídios é um tema complexo e, por isso, tem se inserido, constantemente, na pauta da OMC²⁸⁷.

É preciso salientar que, numa situação de livre comércio, os países buscam se especializar na produção de bens em que possuem vantagem comparativa a partir do custo comparativo de oportunidade. Ou seja, considerando que os recursos são escassos, os países buscam a otimização dos fatores de produção disponíveis. Contudo, dentro do cenário de mercado imperfeito, a intervenção estatal faz-se necessária para corrigir as falhas desse mercado. Ocorre que, muitas vezes, os meios utilizados para corrigi-las podem desencadear novas falhas, provocando a ineficiência de mercado e a realocação de recursos.

Os subsídios, portanto, têm sido utilizados como instrumentos de intervenção para fins de política comercial para atingir a eficiência de mercado. Isso se dá em decorrência de sua capacidade de influenciar os preços, seja para cima ou para baixo.

Considerando-se que os subsídios à exportação são concedidos por meio de incentivos fiscais, verifica-se a sua estreita relação com os tributos, urgindo a necessidade de, primeiramente, estudar o papel que a tributação exerce sobre o comércio internacional.

3.1.1 O papel da tributação sobre a economia internacional

A tributação está intrinsecamente ligada à atuação do Estado: quanto maior a sua intervenção na regulação da economia e o seu compromisso com o desenvolvimento social, maior será a sua necessidade de arrecadação. Assim, o perfil das normas tributárias também se transforma conforme a atuação do Estado.

No Estado liberal, as normas tributárias serviam somente à função fiscal, ou seja, tinham por escopo a arrecadação de recursos para atender as necessidades financeiras do Estado, que deveriam ser mínimas. Desse modo, a tributação deveria ser neutra em relação à economia e às questões sociais.

²⁸⁶Summer distingue os subsídios ao algodão e ao arroz, enquanto o primeiro pouco beneficia os pobres residentes em países pobres, como os países africanos, o segundo contribui significativamente aos pobres não produtores de bens agrícolas, que passam a poder consumir o produto devido a redução de seu preço. In: SUMMER, Daniel A. Reducing Cotton Subsidies: The DDA Cotton Initiative. In: ANDERSON, Kym ; MARTIN, Will. *Agricultural trade reform and the Doha Development Agenda*.- New York, NY [u.a.]: Palgrave Macmillan [u.a.], 2006, p. 271-292.

²⁸⁷ Sykes salienta que o problema maior se encontra nos subsídios protetivos, ao passo que a proibição geral dos subsídios à exportação de bens não agrícolas tem sido útil. Nesse sentido, ver: SYKES, *op. cit.*

Considerando-se que nessa época poucos usufruíam dos direitos consagrados na Revolução Francesa devido a posição econômica privilegiada, incorporou-se ao Estado a função de garantir tais direitos. Para tanto, a tributação ganhou nova função, pois o Estado passou a se preocupar com as questões econômicas e sociais. Nesse sentido, ressalta Bobbio:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático²⁸⁸.

A tributação passou a ser o instrumento para a concretização das novas funções do Estado. Atualmente, os tributos não se restringem unicamente a uma finalidade arrecadatória, mas possuem uma funcionalidade de justiça tributária estruturante, potencializando a produção de um setor ou de uma região do país em prol do interesse coletivo.

Essa nova função é denominada de extrafiscal, uma vez que a finalidade principal do tributo não é mais a arrecadação, o que Schoueri²⁸⁹ chama de “norma tributária indutora”²⁹⁰, pois intervém no domínio econômico, a fim de promover certos comportamentos. Dessa forma, o agente econômico não será compelido pela norma a realizar certo comportamento mediante repressão, mas sim induzido a escolher a opção menos onerosa, o que pode ocorrer pela oneração pontual de determinados fatos ou pela desoneração decorrente de incentivos fiscais.

Os incentivos fiscais têm sido o meio mais utilizado atualmente para regular as atividades econômicas extrafiscais²⁹¹. No entanto, ressalta-se que mesmo os tributos com característica meramente arrecadatória são capazes de exercer certa influência sobre os

²⁸⁸ BOBBIO, Noberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007, p. 71.

²⁸⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43-44.

²⁹⁰ A Constituição Federal brasileira de 1981 já previa normas tributárias indutoras em relação aos tributos aduaneiros, todavia, não se pode dizer que esse tipo de norma era frequente na época e, sim, uma exceção.

²⁹¹ Nesse sentido, ver: PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André. PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coord.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007, p. 18-19.

agentes econômicos, ainda que de forma indireta, estimulando atividades menos onerosas e desestimulando aquelas que sofrem maior peso tributário.

Os tributos, portanto, são considerados como custos, que elevam o preço dos bens no país importador e os diminuem no exportador, enquanto que a sua renúncia gera benefícios, desonerando os preços. Assim, no país importador, os consumidores são prejudicados pelos preços mais altos, mas os produtores ganham e, além disso, o Estado arrecada mais, enquanto que, no país exportador, os consumidores ganham, mas os produtores perdem²⁹².

Devido às distorções causadas tanto pelos tributos quanto pelos incentivos fiscais, surgem teorias que se contrapõem à intervenção do Estado por meio de normas tributárias indutoras. Essas teorias, conhecidas como teorias da neutralidade fiscal, pregam que a tributação deve ser meio de regulação econômica excepcional e não um elemento essencial de indução de agentes econômicos²⁹³.

Considerando-se que toda economia necessita de organização institucional para operar, devendo esta, por sua vez, ser financiada pela tributação, a neutralidade é utópica. Por esse motivo, o equilíbrio econômico deve ser preservado com a menor afetação possível da tributação sobre o sistema de preços.

Além disso, o uso do tributo para finalidades específicas não arrecadatórias gera insegurança e desestimula os investimentos na atividade e em sua expansão. Por esse motivo, a utilização da função extrafiscal do tributo deve ser eventual, justificada e, ainda, temporária, não podendo o tributo ser utilizado primordialmente para intervir na economia com o intuito de favorecer alguns²⁹⁴.

Assim, a menor intervenção possível do Estado deve ser utilizada para evitar ineficiências e alocação indevida de fatores de produção, mas ao mesmo tempo, a tributação faz-se necessária garantir os direitos fundamentais e a concretização de políticas que promovam o bem-estar social.

O problema está no uso de justificativas sociais para implementar programas de subsídios específicos destinados a promover uma indústria ou setor, distorcendo o comércio, isto é, subsídios distorcivos disfarçados, conforme passa-se a estudar.

²⁹² KRUGMAN, *op. cit.*, p. 141-142.

²⁹³ Nesse sentido, ver: CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 101-117.

²⁹⁴ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 121.

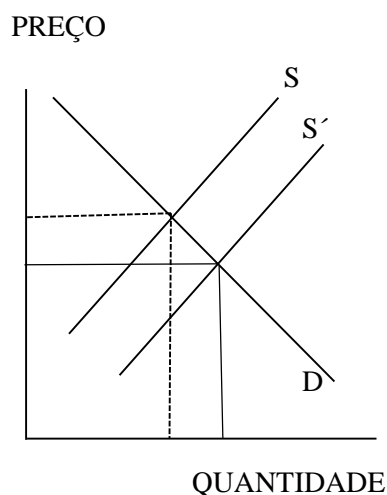
3.1.2 Apreciação econômica dos subsídios

Os subsídios alteram o equilíbrio de mercado, que é alcançado quando o “preço atinge o nível em que a quantidade ofertada é igual à quantidade demandada”²⁹⁵, representado pelo ponto de intersecção das curvas de oferta e de demanda. Assim, “ao preço de equilíbrio, a quantidade do bem que os compradores desejam e podem comprar é exatamente igual à quantidade que os vendedores desejam e podem vender”²⁹⁶.

Na figura abaixo, S representa o ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda, representada pela linha D. Já a intersecção entre S' e D demonstra o deslocamento da linha de oferta em decorrência do uso de subsídios.

A tributação, à semelhança das medidas compensatórias²⁹⁷, é capaz de deslocar a linha da oferta para a esquerda, aumentando o preço e, conseqüentemente, reduzindo a quantidade da demanda. Por outro lado, os subsídios à exportação deslocam a linha da oferta para a direita (efeito representado na intersecção entre D e S'), diminuindo artificialmente os custos de produção da indústria doméstica e do consumidor final, aumentando o preço recebido pelos produtores.

Figura 8: Apresenta o ponto de equilíbrio e os deslocamentos da linha da oferta pelos tributos e subsídios



Fonte: Autor

²⁹⁵ MANKIW, *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁶ *Idem; ibidem*, p. 76.

As medidas compensatórias justificam-se como medidas capazes de contrabalancear os efeitos dos subsídios, realocando a linha S' para o ponto de equilíbrio anterior ao uso dos subsídios, em que S encontra D .

Diante disso, é possível verificar que os subsídios possuem efeitos inversos dos tributos: enquanto estes aumentam o preço no país importador, aqueles fazem com que o preço aumente no país exportador e diminua no país importador.

Ademais, Krugman assinala que “o subsídio à exportação piora os termos de troca na medida em que baixa o preço das exportações no mercado estrangeiro [...]”²⁹⁸. Num primeiro momento, isto pode parecer benéfico aos consumidores do país estrangeiro, mas a longo prazo, ao distorcerem os preços, realocam recursos e podem eliminar a indústria estrangeira concorrente.

Os subsídios protetivos, destinados à substituição de importações, provocam os mesmos efeitos da tributação no que se refere à realocação de recursos do mercado externo para o interno. Isso ocorre porque os subsídios diminuem, artificialmente, os custos da produção da indústria nacional, fazendo com que os bens e serviços não sejam mais produzidos com o menor custo possível, que seria possível com a importação.²⁹⁹

Portanto, para a análise econômica, os subsídios geram efeitos perversos em relação à distribuição de renda, de maneira direta no país que subsidia e, indiretamente, nos demais países do mundo. É por isso que os subsídios se justificam mais por razões políticas do que econômicas. Krugman afirma que, “os subsídios à exportação geram, sem dúvida, custos que excedem seus benefícios”³⁰⁰.

É verdade que a capacidade de impacto dos subsídios dependerá da parcela de representação de cada economia. Isso quer dizer que os subsídios outorgados por países ricos, como os Estados Unidos, causarão maior impacto sobre o comércio mundial do que aqueles concedidos por países pobres. Internamente, os subsídios prejudicam o consumidor, diminuem o ganho do governo e o bem-estar nacional, conforme se denota do quadro seguinte:

²⁹⁸ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 145.

²⁹⁹ Nesse sentido, ver: SYKES, *op. cit.*

³⁰⁰ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 145.

Figura 9: Impacto dos subsídios e das tarifas sobre produtores, consumidores, governo e bem-estar nacional

	<u>Tarifa</u>		<u>Subsídios à exportação</u>	
	país grande	país pequeno	país grande	país pequeno
ganho do produtor	aumenta	aumenta	aumenta	aumenta
ganho do consumidor	diminui	diminui	diminui	diminui
ganho do governo	aumenta	aumenta	diminui (mais)	diminui
bem-estar nacional	ambíguo	diminui	diminui (mais)	diminui

Fonte: Flavio Marcelo Rodrigues Bruno³⁰¹

Nota-se que os consumidores são os mais prejudicados em ambos os casos, pois os tributos encarecem os bens importados, enquanto que os subsídios elevam, internamente, os preços dos bens nacionais ao provocar o aumento da oferta para o mercado externo³⁰².

Por sua vez, no país importador de bens subsidiados, num primeiro momento, os subsídios beneficiam os consumidores ao reduzir os preços dos bens importados, mas, posteriormente, a indústria subsidiada pode eliminar a concorrência, obter o monopólio e elevar os preços.

No país que subsidia, os custos trazidos pelos subsídios financiados pela tributação, que, por sua vez, recai sobre os consumidores, diminuem o bem-estar social. Verifica-se ainda que os efeitos dos subsídios são ruins para o governo que subsidia, diferentemente dos efeitos da tributação, que lhe são benéficos.

Há ainda que se considerar a elasticidade da linha de oferta, pois, quanto mais elástica, maior será a absorção do subsídio pelos produtores e, por sua vez, maiores serão

³⁰¹ BRUNO, Flavio Marcelo Rodrigues. *Análise Econômica do Direito Aplicada à Concessão de Subsídios e a Imposição de Tarifas no Comércio Internacional*. Revista de Direito Brasileira. v. 5, n. 3, 2013, p. 300-320.

³⁰² O uso de subsídios estimula a produção do bem subsidiado e, por isso, aumenta a sua oferta no mercado externo.

os benefícios recebidos. A elasticidade é um conceito econômico que se refere à sensibilidade das funções da demanda e da oferta. Fernandez exemplifica:

1. Se a elasticidade da demanda de determinado bem ou serviço é menor que a unidade diz-se, então, que a curva de demanda é inelástica, indicando que a função de demanda é relativamente insensível a variações no preço.
2. Se a elasticidade da demanda de um bem ou serviço é maior que a unidade, a curva de demanda é dita elástica, significando que a função de demanda é relativamente sensível a variações no preço³⁰³.

Dessa forma, a neutralidade fiscal deve ser alcançada, principalmente nos setores mais inflexíveis, pois quanto menor a elasticidade do bem, maiores os efeitos distorcivos dos subsídios.

Para Stigler aqueles que possuem recursos mais especializados conseguem obter maior lucro mediante a aplicação de um subsídio, uma vez que “não terão usos alternativos para seus recursos e, assim, seus rendimentos variarão diretamente com o volume de produção da indústria”.³⁰⁴

Stigler³⁰⁵ confirma os benefícios gerados pela especificidade. Assim, quando a elasticidade da oferta for pequena, a indústria preferirá os subsídios diretos em vez da proteção por barreiras tarifárias ou não tarifárias³⁰⁶, ou ainda, por quotas de importação, E continua:

Nós já esboçamos as principais explicações para o fato de que uma indústria com poder para obter favores governamentais geralmente não usa esse poder para obter dinheiro: a não ser que a lista de beneficiários possa ser limitada, tendo em vista que qualquer quantidade de subsídios que a indústria obtém será dissipada entre um número crescente de rivais³⁰⁷.

³⁰³ FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 25.

³⁰⁴ STIGLER, George J. *The theory of economic regulation*. Disponível em: <<http://web.mit.edu/xaq/Public/Stigler>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

³⁰⁵ *Idem; ibidem*.

³⁰⁶ Barreiras tarifárias constituem oneração da importação por meio de tributos, enquanto que as não tarifárias são barreiras técnicas ou sanitárias, que exigem que requisitos mínimos sejam observados para que o produto importado ingresse no país.

³⁰⁷ Tradução livre de: “*We have already sketched the main explanations for the fact that an industry with power to obtain governmental favors usually does not use this power to get money: unless the list of beneficiaries can be limited by acceptable device, whatever amount of subsidies the industry can obtain will be dissipated among a growing number of rivals.*” In: STIGLER, *op. cit.*

Evidencia-se que, quanto mais específicos os subsídios, maiores são as distorções causadas, o que contribui para a realocação de recursos e a discriminação de bens, fazendo com que o mercado não subsidiado perca competitividade e aumente a pobreza, reduzindo os preços mundiais. Tal situação não se coaduna com os objetivos da OMC, que são o livre comércio e o desenvolvimento.

Acresce a esse problema o fato de que a economia transnacional enfraquece o poder de controle dos Estados sobre o comércio, uma vez que estes ficam mais suscetíveis aos novos atores internacionais, economicamente poderosos. Por isso, a especificidade dos subsídios se torna interessante. Caliendo alerta para a possibilidade do uso indevido dos mecanismos estatais, assim “[...] por detrás de um discurso em favor de incentivos fiscais benéficos a toda sociedade pode se esconder um privilégio odioso para um pequeno grupo econômico [...]”³⁰⁸.

No que concerne à concorrência leal, os subsídios específicos a algumas empresas ou setores desestimulam o aumento do nível de eficiência da economia, pois permitem a eliminação de concorrentes ao praticar preços predatórios.

A atividade econômica deve ser livre, isso quer dizer que os agentes econômicos devem decidir o que, quanto e como produzir a partir da liberdade de iniciativa. O livre mercado depende da livre concorrência, ou seja, da igualdade de chances entre os agentes econômicos.

Dessa forma, a introdução de um subsídio pode criar obstáculos perversos ao comércio internacional, desequilibrando a atividade econômica, discriminando os concorrentes ao proporcionar-lhes condições competitivas diferentes e, ainda, restringindo a liberdade de iniciativa.

Os subsídios somente se justificam como instrumento de correção de desigualdades sociais ou de falhas de mercado, para equalizar os preços distorcidos diante de estruturas imperfeitas de mercado. Não obstante, Sykes salienta que, dificilmente, os subsídios específicos vinculados à exportação serão a melhor resposta para as falhas de mercado. No caso de um País optar pela política de subsídios, o mais adequado é que não sejam específicos.³⁰⁹

³⁰⁸ CALIENDO, *op. cit.*, p. 34.

³⁰⁹ SYKES, *op. cit.*

Nesse sentido, os subsídios devem ser tolerados como normas de intervenção no domínio econômico, mas o seu uso está limitado pelo Direito Tributário e Concorrencial internos e pelas regras internacionais da OMC.³¹⁰

A linha entre as vantagens e as desvantagens dos subsídios sobre o livre comércio é muito tênue e difícil de se averiguar, pois num primeiro momento, o subsídio pode parecer interessante como medida anticíclica contra crises econômicas, mas, em longo prazo, pode gerar consequências maléficas sobre os preços internacionais, elevando-os e provocando reações protecionistas por parte dos governos afetados. Segundo o Banco Mundial:

[...] quando um país impõe barreiras à exportação ou reduz o comércio e tributos sobre o consumo, optando pelo isolamento de seu mercado interno do aumento dos preços internacionais, ao mesmo tempo em que ele beneficia seu mercado interno, ele coopera para o aumento exacerbado dos preços mundiais³¹¹.

Além disso, é preciso considerar que os governos adotam critérios exclusivamente econômicos para determinar as suas políticas comerciais, forças outras, não econômicas (emprego, a distribuição equitativa de renda, o lucro das empresas ou de alguns), exercem influência no momento da tomada de decisão, o que faz dos subsídios o meio de alcançar tais finalidades.

3.2 Fundamentos econômicos da regulamentação multilateral dos subsídios

A regulamentação do comércio em âmbito multilateral faz-se necessária para promover a cooperação e impedir que práticas desleais, como a de subsídios, ocorram. Diante do fato de que, para maior fluidez das trocas comerciais, não se pode haver discriminação, o multilateralismo apresenta-se como pedra angular do livre comércio.

Ora, ao se considerar que, o livre comércio pode servir de instrumento para o desenvolvimento, tem-se que, o seu desvio pode acarretar efeitos totalmente diversos e perversos. Nesse sentido, Jacob Viner³¹² examina o paradoxo das zonas de livre comércio

³¹⁰ Nesse sentido, ver: CATÃO, Marcos Andre Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 74.

³¹¹ WORLD BANK. *Lessons from the World Bank Research on Financial crisis*. Policy Research Working Paper, n° 4779, Washington D.C: The World Bank, 2008, p. 16.

³¹² VINER, Jacob. *The Customs Union Issue*. Oxford University Press, 2014.

e uniões aduaneiras, as quais, ao mesmo tempo em que criam o comércio por meio da liberalização *intrabloco*, o desviam ao impor barreiras *extrabloco*, o que ele chama de “criação e desvio de comércio”.

Nas zonas de livre comércio, os países partes reduzem ou eliminam as barreiras tributárias e não tarifárias para o comércio realizado dentro dela. Por exemplo, no Mercosul, a importação de um produto brasileiro pela Argentina não seria passível de incidência de tributos, como o imposto de importação. Nas uniões aduaneiras, além de haver área de livre comércio, os países-membro adotam uma tarifa externa comum, ou seja, a importação de produtos oriundos de países que não integram o bloco, sofre a mesma tributação, independentemente do país pelo qual ela entra.

No desvio de comércio, os fatores de produção são desviados de usos ótimos para usos ineficientes, a fim de garantir a produção nacional, enquanto que a criação do comércio, ao não admitir discriminação, permite que os fatores de produção sejam utilizados de maneira eficiente, garantindo melhor realocação dos recursos.

Nesse sentido, segundo Viner, os acordos multilaterais de comércio que adotam a cláusula que não admite discriminação entre produtos importados e nacionais garante uma melhor realocação de recursos para o país que seja eficiente, criando comércio, enquanto que acordos preferenciais, barreiras tarifárias ou não tarifárias e os subsídios causam o desvio de comércio, pois permitem que países não eficientes consigam vantagem no preço de seus produtos³¹³.

A título de exemplo, o Mercosul pode criar comércio intrabloco, mas à custa do desvio de outro comércio, podendo produzir no final resultados líquidos negativos. Como exemplo, Krugman³¹⁴ cita o caso da indústria automotiva brasileira, protegida e ineficiente, mas que se beneficiou com a redução de tarifas do bloco e conquistou o mercado argentino em detrimento das importações de outros lugares, fora do bloco.

Viner³¹⁵ ressalta as vantagens do multilateralismo, uma vez que os acordos regionais, concomitantemente, criam e desviam o comércio, portanto, para que eles sejam benéficos, a criação de comércio deve superar o desvio. Por sua vez, os acordos realizados em âmbito multilateral teriam capacidade maior de criação de comércio.

³¹³ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*.

³¹⁴ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 182.

³¹⁵ VINER, *op. cit.*

É essencial que a regulação dos subsídios seja resolvida em âmbito multilateral, pois segue a lógica do dilema do prisioneiro³¹⁶, pela qual a cooperação seria a melhor solução. Isso significa dizer que, no caso dos subsídios à exportação:

[...] onde as indústrias de vários países competem pelos mesmos mercados de exportação. Cada país se sairia melhor, de acordo com a sua própria percepção, se todos os outros países eliminassem seus subsídios à exportação, salvo ele mesmo. Se todos continuassem a subsidiar, todos se sairiam piores do que se não o fizessem, porque eles gastariam dinheiro, mas não ganhariam mais mercados do que se todos eliminassem seus subsídios ou os reduzissem ao mesmo nível³¹⁷.

Assim, para o bom funcionamento do comércio internacional, no intuito de que todos saiam ganhando com ele, é indispensável que as políticas comerciais sejam coordenadas. Se um país A faz uma concessão bilateral ao país B, reduzindo as tarifas do produto x, exportado por B e este, por sua vez, concede o mesmo benefício ao produto y, exportado por A, ambos obterão ganhos. Contudo, esses ganhos podem alcançar o país C, exportador do produto x, sem que ele tenha que fazer concessões.

No que concerne os subsídios, Reich³¹⁸ reforça a necessidade de sua regulamentação multilateral e de maior efetividade, pois trata-se de um assunto que, se não for abordado mediante a cooperação de todos os países, aqueles não participantes possuirão certa vantagem em relação aos demais.

³¹⁶ O Dilema dos Prisioneiros é um jogo muito famoso que representa bem o dilema entre cooperar e trair. Resumidamente, a estória é a seguinte. Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia não tem provas suficientes para os condenar, então separa os prisioneiros em salas diferentes e oferece a ambos o mesmo acordo: a) Se um dos prisioneiros confessar (trair o outro) e o outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos. b) Se ambos ficarem em silêncio (colaborarem um com o outro), a polícia condena a 1 ano cada um. c) Se ambos confessarem (traírem o comparsa), cada um leva 5 anos de cadeia. O grande problema no Dilema dos Prisioneiros é que o equilíbrio (Trair-Trair) não é o melhor resultado pois existe um outro possível e melhor: se ambos escolherem Colaborar (ficar em silêncio) cada um ficaria com apenas um ano de prisão. Assim, o Dilema dos Prisioneiros é uma abstração de situações comuns em que a escolha do melhor individual conduz à traição mútua, enquanto que a colaboração proporcionaria melhores resultados. A CIÊNCIA DA ESTRATÉGIA. Disponível em: <<http://www.teoriadosjogos.net/teoriadosjogos/list-trechos.asp?id=29>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

³¹⁷ Tradução livre de: “*where the industries of several countries compete for the same export markets. Each country would be best off, according to its own perception, if the other countries all eliminated export subsidies, except for itself. If everybody continues to subsidize, they are all worse off than if they didn’t, because they spend money but don’t gain more markets than what they would have if everybody stopped subsidizing, or brought down subsidies to the same levels.*” In: REICH, Arie. Bilateralism versus multilateralism in international economic law: applying the principle of subsidiarity. Disponível em: <http://ec.europa.eu/education/jean-monnet/doc/confglobal06/contribution_reich.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013.

³¹⁸ Nesse sentido, ver: *idem*; *ibidem*.

A regulação do comércio internacional de forma multilateral é importante para garantir a estabilidade e a previsibilidade das relações comerciais. Contudo, alguns economistas pensavam que a regulação econômica era suficiente para corrigir eventuais falhas de mercado e a concorrência predatória. Com sua teoria econômica da regulação, Stigler altera essa visão e faz um alerta sobre o poder do Estado de compelir a realocação de recursos, induzindo as escolhas dos agentes econômicos sem que eles consentam³¹⁹.

A partir disso, ele analisa a teoria da regulação, concluindo que, na maioria das vezes, ela serve aos interesses de setores específicos da economia em vez do interesse público em geral, os quais geralmente são diversos, ocorrendo, dessa maneira, a substituição do processo decisório econômico pela decisão política, cujo resultado é a ineficiência econômica³²⁰.

Ocorre que a regulamentação dos subsídios tem sido leniente com os Estados, no que concerne à sua aplicação, permitindo a tomada de decisões políticas e promovendo uma concorrência prejudicial de subsídios devido à falta de eficiência nos mecanismos de combate da OMC, privando os países mais fracos de contestá-los e, conseqüentemente das vantagens desenvolvimentistas prometidas pelo livre comércio.

O assunto é de difícil convergência entre os governos devido à dificuldade de se encontrar valores comuns quando se trata de subsídios, mas não se pode afirmar que o assunto será resolvido em âmbito regional ou bilateral. Ao contrário, uma solução efetiva só poderá ser realizada a partir da cooperação entre todos os Estados-membros da OMC.

Diante do exposto, foi possível verificar nesse capítulo que algumas ideias neoliberais, bem como interesses contraditórios dos governos, foram transferidas para a Organização Mundial do Comércio, que, no momento de sua formação, continuou priorizando as reduções das restrições às importações, permitindo a promoção das exportações, ainda sob os auspícios do Direito Internacional Clássico.

Todavia, os subsídios, ao servirem de instrumento de intervenção econômica do Estado para a promoção das exportações e proteção da indústria nacional, causam distorções ao mercado internacional. E apesar de o assunto já ter sido regulamentado no âmbito multilateral, ainda gera impasses na OMC. Por esse motivo, o próximo capítulo apresentará a teoria da Análise Econômica do Direito, que servirá de base para compreender a racionalidade dos governos em fazer uso de programas de subsídios diante

³¹⁹ Nesse sentido, ver: FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004, p. 83.

³²⁰ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 85.

dos espaços encontrados no sistema multilateral de comércio, tornando-o ineficaz para os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

3.3 O sistema multilateral de comércio da OMC

O colapso econômico oriundo da II Guerra Mundial fez com que os Estados buscassem a cooperação para garantir a estabilização da economia, chegando à conclusão de que a eliminação de barreiras sobre o internacional era indispensável. Diante disso, criou-se um acordo de redução de tarifas sobre o comércio, conhecido como GATT/47.

Após sete rodadas de negociações, fundou-se em 1994, a OMC, mediante a ratificação do Acordo de Marraqueche por 123 países³²¹, o qual, além de ter absorvido o GATT/47, trouxe inovações importantes. No que concerne à redução de tributos sobre o comércio exterior de bens industriais, os países desenvolvidos os reduziram numa média de 60%, mais especificamente, de 6,3% para 3,8%³²², enquanto que para países em desenvolvimento, a redução, apesar de variável, foi significativa (uma média de 50% para a Índia, a Singapura e a Coreia do Sul). A média geral dos tributos incidentes sobre o comércio de bens caiu de 40% para 5%³²³.

Ademais, os países também se comprometeram a reduzir, significativamente, os subsídios à exportação de bens agrícolas, bem como aqueles destinados a oferecer auxílio interno aos produtores, num montante de 18 trilhões de dólares.³²⁴

A OMC é uma organização internacional independente, com personalidade jurídica de direito internacional público, dotada de ordenamento jurídico e respectivo sistema de solução de controvérsias de caráter jurisdicional, no sentido de proferir decisões fundadas no direito, definitivas e vinculantes, apesar de não fazer coisa julgada³²⁵. Nesse sentido, Sanchez assevera que “[...] o sistema do comércio internacional, nesse sentido, é reconhecido como um dos mais “jurisdizados” do sistema econômico global”³²⁶.

³²¹ Acordo constitutivo da OMC, internalizado no Brasil pelo Decreto nº. 1.355 de 30 de Dezembro de 1994.

³²² GATT. *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: Market Access for Goods and Services: overview of the results*. Disponível em: <<http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/archivos/gatt.PDF>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

³²³ *Idem; ibidem*.

³²⁴ *Idem; ibidem*.

³²⁵ Diz-se que as decisões do Orgão de Solução de controvérsias não fazem coisa julgada porque as partes podem, em qualquer momento, celebrar acordos.

³²⁶ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 63

A OMC foi além da mera redução de tributos, como ressalta Stichele, a organização [...] “cobre uma ampla gama de setores, com implicações para a maioria dos aspectos da vida, por exemplo, na área dos direitos de propriedade intelectual (biotecnologia), agricultura (alimentos), o setor de serviços (transportes) e de telecomunicações”³²⁷.

Destaca-se uma miríade de acordos multilaterais, obrigatórios pelo princípio do *single undertaking*, para todos os Estados aderentes, sobre os seguintes temas: agricultura, medidas sanitárias e fitossanitárias, têxteis e vestuário, barreiras técnicas ao comércio, investimentos, regras de origem, subsídios e medidas compensatórias, salvaguardas, comércio de serviços, propriedade intelectual, acordo *antidumping*, licença de importação, valoração aduaneira e, ainda, o Entendimento sobre Soluções de Controvérsias (ESC), bem como, o Mecanismo de Revisão de Política Comercial.

Em relação às barreiras ao comércio e à possibilidade de se utilizar medidas unilaterais para eliminar disparidades comerciais, o GATT/47 era mais flexível, admitindo intervenções para “a moral pública, a vida e a saúde humana, animal e vegetal, o comércio de metais preciosos, patrimônios nacionais artísticos, históricos e arqueológicos, etc.”³²⁸ Já na OMC, apesar de a organização ter mantido os princípios do GATT/47, continua Gonçalves, “verificam-se códigos distintos para eliminar as disparidades comerciais e as barreiras ao livre comércio – restrições quantitativas, tarifárias e não tarifárias em geral”³²⁹.

Além disso, ao obrigar a adesão dos Estados-membros a todos os acordos multilaterais³³⁰, a regra do *single undertaking* reforça a primazia das regras na OMC, que, diferentemente do GATT, conhecido como *a la carte*, admitia a livre escolha dos acordos pelos Estados conforme os seus interesses. Esse princípio eleva o grau de “jurisdização” do sistema multilateral de comércio, uma vez que, “[...] quanto mais rígido o acordo,

³²⁷ Tradução livre de: “*This pattern persists despite the WTO having developed its jurisdiction well beyond the area of tariff reduction. The WTO now covers a wide range of sectors with implications for most aspects of life, for example, in the area of intellectual property rights (bio-technology), agriculture (food), the services industry (transport) and telecommunications*”. In: STICHELE, Myriam Vander. *Towards a World Transnational Organization?* Disponível em: <http://www.tni.org/archives/reports_wto_wto3>. Acesso em: 06 set. 2014.

³²⁸ GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 2409.

³²⁹ *Idem*; *ibidem*.

³³⁰ A OMC diferencia os acordos multilaterais dos plurilaterais no que concerne à obrigatoriedade de adoção. Enquanto que os primeiros são obrigatórios a todos os membros pelo princípio do *single undertaking*, os últimos são opcionais e se restringem a apenas quatro acordos: comércio de aeronaves, licitação pública, derivados de leite e carne bovina.

mais segurança aos compromissos é atribuída e, assim, maior credibilidade ao sistema é garantida”³³¹.

Também merece ser destacado que, apesar de o GATT/47 determinar que os Estados busquem solucionar suas controvérsias, não dispunha de meios capazes de garantir tal solução. Ademais, eventual decisão em seu âmbito poderia ser tornada inócua mediante a simples recusa de cumpri-la, independentemente de justificativas, podendo-se afirmar que o Estado prejudicado tendia a descumpri-la.

A OMC, por sua vez, possui uma estrutura que presta função jurisdicional, representada pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), cujos métodos e procedimentos estão previstos no acordo conhecido como Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC)³³², que estabelece um mecanismo coercitivo para a solução de controvérsias, com duplo grau de jurisdição. Além disso, a regra para a adoção de suas decisões é a do consenso negativo, o que significa dizer que só pode ser tornada inócua pelo consenso de todos os membros da organização. Dessa forma, a adoção das decisões é praticamente automática, uma vez que o membro vencedor sempre a aceitará.

Thorstensen ressalta as diferenças entre o GATT/47 e a OMC, afirmando que:

[...] um dos principais problemas do antigo GATT era que as partes que perdiam o painel podiam bloquear a sua adoção, uma vez que a prática era adotar decisões por consenso. Porém, apesar de não ter força de um tribunal, o GATT exercia forte pressão política, para que as partes do acordo cumprissem as regras preestabelecidas. Tal situação só foi alterada com a OMC³³³.

Diante disso, pode-se afirmar que o sistema multilateral de comércio deixou de ser, exclusivamente, *power oriented* e passou a ser *rule oriented*, o que implica o reforço da primazia das regras no comércio internacional³³⁴. Cabe ressaltar a ressalva de Jackson

³³¹ SANCHEZ, *op. cit.* p. 62

³³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

³³³ THORSTENSEN, Vera. *A Organização Mundial do Comércio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 31.

³³⁴ GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. *A OMC e os Tratados da Rodada Uruguai*. São Paulo: Observador Legal, 1994, p. 13-14.

sobre o termo *rule oriented*, que, segundo ele, se contrasta com os termos “estado de direito” ou “sistema baseado em regras”³³⁵:

Rule oriented implica uma adesão menos rígida a ‘regra’ e denota alguma fluidez nas abordagens legais que parece estar de acordo a realidade (especialmente importando em barganha ou negociação). Frases que enfatizam, muito fortemente, a aplicação estrita das regras às vezes assusta os tomadores de decisões, embora, na realidade, pode atingir a mesmo objetivo. Qualquer sistema legal deve acomodar as ambiguidades inerentes as regras e as constantes mudanças nas necessidades da sociedade. O ponto chave é que os procedimentos de aplicação das regras, que muitas vezes se concentram em um procedimento de resolução de litígios, devem ser projetados de modo a promover, tanto quanto possível, a estabilidade e a previsibilidade das regras. Para o efeito, o procedimento deve ser respeitável, “legítimo”, e razoavelmente eficiente (critérios difíceis)³³⁶.

O fato de o sistema multilateral de comércio se encontrar institucionalizado numa organização internacional amplia e fortalece a sua “jurisdização” ao estabelecer regras e procedimentos mais claros e precisos e, por conseguinte, garante maior previsibilidade. Em contrapartida, os Estados-membros podem, por meio de acordo, fazer alterações no sistema. Segundo Sanchez:

Por um lado, as organizações apresentam-se como fóruns para a concentração de interesses convergentes, que regulam interesses em manter o sistema em vigor; e, por outro lado, constituem arenas para o aporte de elementos que alterem o próprio sistema sobre o qual foram fundadas³³⁷.

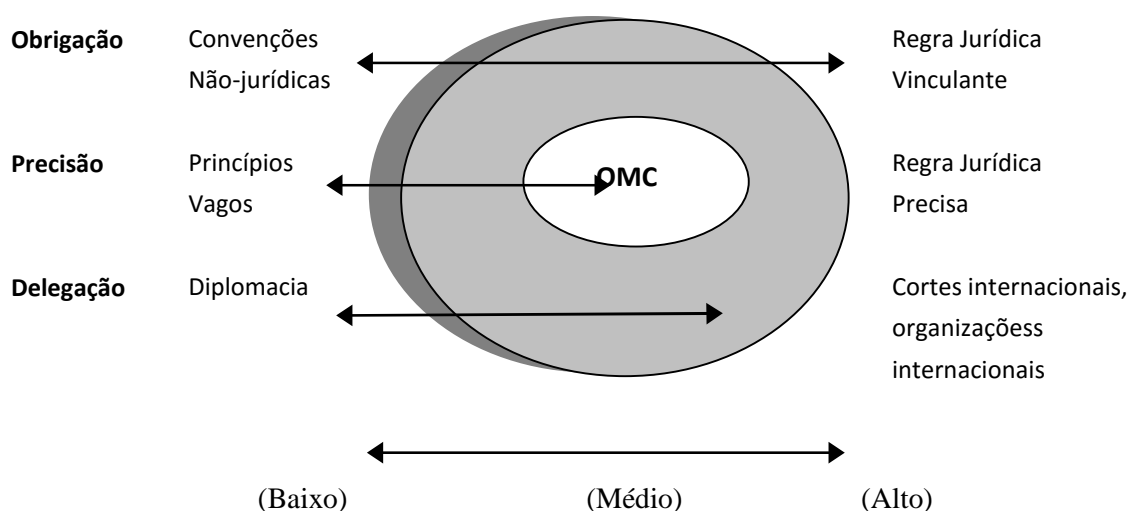
³³⁵ JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and WTO: insights on treaty law and economic relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 8.

³³⁶ Tradução livre de: “*Rule orientation implies a less rigid adherence to ‘rule’ and connotes some fluidity in the rule approaches which seems to accord with reality (especially since it accommodates some bargaining or negotiation). Phrases that emphasize too strongly the strict application of rules sometimes scare policy-makers, although in reality they may amount to the same thing. Any legal system must accommodate the inherent ambiguities of rules and the constant changes in the practical needs of human society. The key point is that the procedures of rule application, which often center on a dispute settlement procedures, should be designed so as to promote as much as possible the stability and predictability of the rule system. For this purpose the procedure must be creditable, ‘legitimate’ and reasonably efficient (not easy criteria). In: Idem; ibidem., p. 8-9.*”

³³⁷ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 71.

No que concerne à delegação de poderes à organização, o sistema multilateral de comércio possui nível médio-alto de “jurisdização”, devido à institucionalização de seus mecanismos de revisão de políticas comerciais e de solução de controvérsias, os quais ainda são dirigidos pelos Estados, que podem convergir de forma contrária, sendo esse o motivo da “jurisdização” não atingir o seu nível mais alto. Todavia, o nível é médio-baixo quando se trata da precisão dos princípios e da delegação, devido aos vários conceitos ambíguos encontrados nos acordos e a permissão para tomar medidas distorcivas de mercado³³⁸. Essa análise é feita por Sanchez, que a sintetiza na figura a seguir:

Figura 10: grau de “jurisdização da OMC”



Fonte: SANCHEZ³³⁹

A fragilidade da “jurisdização” do sistema decorre do modelo GATT/47, absorvido pela OMC. Observa-se ainda que as regras da OMC podem ser limitadas pelos Estados-membros, que possuem poderes para negociá-las ou modificá-las, em alguns casos, mediante acordo bilateral³⁴⁰ ou ainda, mesmo que negociadas multilateralmente, podem ser contestadas pelos interessados quando descumpridas³⁴¹.

³³⁸ Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 88

³³⁹ *Idem; ibidem*, p. 87

³⁴⁰ Os membros podem, por exemplo, celebrar acordos de compensação após a decisão final proferida pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

³⁴¹ Nesse sentido, ver: SANCHEZ, *op. cit.*, p. 88-89.

Ainda que o sistema da OMC possua falhas, houve um aumento do grau de “jurisdização” nas relações multilaterais de comércio, que foram, em parte, transferidas à organização, embora ainda conservando certos poderes para os Estados-membros.

Para melhor compreensão da “jurisdização” da OMC, faz-se necessário conhecer a sua estrutura, bem como os seus princípios basilares, que repercutirão na regulamentação, na interpretação e na aplicação das normas referentes aos subsídios, que serão estudadas em seguida.

3.3.1 Funções e princípios

A OMC exerce um papel importante para o desenvolvimento das relações comerciais entre os seus membros, tendo como função principal facilitar e gerenciar o funcionamento dos acordos que compõem o sistema multilateral de comércio, servindo de fórum para as negociações comerciais internacionais ao mesmo tempo em que supervisiona a implementação das políticas comerciais³⁴². Cabe ainda à OMC administrar o sistema de solução de controvérsias e cooperar com outras organizações governamentais e não governamentais.

Outra importante função da organização é a prestação de assistência técnica aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos para que sejam melhor integrados no sistema multilateral de comércio. Quando lançada a Rodada de Doha, os membros reconheceram a essencialidade da cooperação técnica e da capacitação para o desenvolvimento do sistema³⁴³.

Segundo o preâmbulo da OMC, as relações econômicas internacionais devem ser conduzidas com base na elevação do padrão de vida, no pleno emprego, no aumento do volume real da renda e da demanda, na ampliação da produção e do comércio de bens e serviços, bem como no uso dos recursos de forma sustentável em prol da proteção e da preservação do meio ambiente.

Além disso, os meios para se chegar a esse fim devem ser compatíveis com as necessidades e interesses dos países em diferentes níveis de desenvolvimento. Nesse

³⁴² Os chamados acordos da OMC abrangem o GATT de 1947 e os resultados da Rodada do Uruguai, possuindo 29 textos jurídicos individuais e 25 entendimentos, decisões e declarações ministeriais, em que estão especificados compromissos e obrigações adicionais dos seus membros. Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#schedules>. Acesso em: 02 nov. 2014.

³⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Doha Ministerial Declaration*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>. Acesso em: 04 nov. 2014.

sentido, o instrumento reconhece a necessidade de se empregar esforços para integrar os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos no comércio internacional em proporção às necessidades de seu desenvolvimento³⁴⁴.

Para a concretização desses objetivos, ainda de acordo com o seu preâmbulo, a OMC possui dois instrumentos: a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias e a extinção de tratamento discriminatório. Embora tais instrumentos tenham sido determinados ainda no GATT/47, o acordo da OMC constitui a base de um sistema mais integrado, viável e durável³⁴⁵.

Para Hoekman³⁴⁶, a principal função da OMC é servir de fórum para a cooperação das políticas comerciais internacionais, espaço que funciona como um mercado, em que os Estados-membros fazem trocas de acordos comerciais que resultam em códigos de condutas. É justamente nessa função que reside a maior dificuldade da organização, uma vez que os Estados trocam compromissos em vez de comprá-los, como ocorre com as relações entre fornecedores e consumidores.

Frisa-se que, atualmente, a OMC possui 161 membros, com realidades econômicas distintas, devendo chegar ao consenso sobre as regras a serem adotadas. Na prática, os Estados formam coalizões que, por um lado, alteram o equilíbrio de poder nas negociações, mas, por outro, diante do elevado número de membros, facilitam a construção do consenso e fortalecem a legitimidade dos resultados³⁴⁷.

Essa tarefa árdua de negociação de tratados deve respeitar alguns princípios norteadores da organização, que também deverão ser observados na sua interpretação e aplicação em prol dos objetivos da OMC, estabelecidos no Acordo de Marraqueche, conforme se segue:

Reconhecendo que as suas relações no domínio do comércio e económicas deveriam ser conduzidas com o objetivo de elevar os padrões de vida, pleno emprego e um volume grande e constante dos rendimentos reais e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização óptima dos recursos do mundo, de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o meio ambiente e melhorar os meios para fazê-lo de uma forma consistente com as respectivas

³⁴⁴ *Idem. Agreement Establishing the World Trade Organization.* Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#wtoagreement>. Acesso em: 02 nov. 2014.

³⁴⁵ Nesse sentido, ver: BOSSCHE, Peter Van den. ZDOUC, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. 3ed. Cambridge University Press, 2013, p. 83.

³⁴⁶ Nesse sentido, ver: HOEKMAN, *op. cit.*, p. 41-42.

³⁴⁷ Nesse sentido, ver: SELLA, *op. cit.*, p. 19.

necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento econômico³⁴⁸.

Para a concretização igualitária desses objetivos, nota-se que os Estados-membros estabeleceram os seguintes princípios: não-discriminação, livre comércio, previsibilidade, competitividade, tratamento especial aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento e a válvula de segurança, princípios esses que serão estudados logo em seguida.

A) O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da não discriminação, estabelecido desde o GATT/47, atualmente expresso no preâmbulo do acordo constitutivo da OMC, constitui o pilar fundamental para alcançar os objetivos da Organização, determinando que qualquer atitude protecionista discriminatória deve ser evitada para que haja paridade de tratamento entre bens estrangeiros e entre estrangeiros e nacionais. Dessa forma, o referido princípio se subdivide em dois, ambos previstos no GATT/47 em seus artigos I e III, que foram absorvidos pela OMC, sendo eles: o princípio da nação mais favorecida (MFN – *most favorite nation*) e o do tratamento nacional.

Pelo primeiro, um bem produzido em um país membro não pode ser tratado de maneira menos favorável em comparação com um bem similar produzido em outro país membro. Dessa forma, se o bem X produzido em um país membro gozar de melhor alíquota aplicada na importação no montante de 5%, esse benefício deve ser estendido aos demais³⁴⁹. Conforme já decidido pelo Órgão de Apelação da OMC no caso WT/DS246, a cláusula da nação mais favorecida constitui “[...] a pedra angular do GATT e um dos pilares do sistema de comércio da OMC”³⁵⁰.

³⁴⁸ Tradução livre de: “*Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development*”. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

³⁴⁹ HOEKMAN, *op. cit.*, p. 42.

³⁵⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Introducción a los principios y normas básicos de la OMC*. Disponível em:

É importante ressaltar que a aplicação desse princípio não se restringe a questões tarifárias, mas sim a qualquer vantagem, seja fiscal, aduaneira, financeira, de regulamentos ou de formalidades de qualquer classe, capazes de beneficiar as importações ou exportações, aplicadas mesmo que a mercadoria já tenha se nacionalizado³⁵¹.

Para averiguar a similaridade entre produtos, foram adotados pela jurisprudência da OMC quatro critérios: a) suas características físicas; b) finalidade de uso; c) preferências dos consumidores e d) classificação aduaneira.³⁵²

Segundo Hoekman³⁵³, uma das vantagens do princípio da nação mais favorecida que merece ser destacada, é a sua aplicação incondicional e automática, pois a primeira garante que os países menos desenvolvidos não sejam explorados pelo poder de mercado dos países desenvolvidos, que não podem onerar as importações oriundas de um país ou de um grupo de países. Isso impede que países menos desenvolvidos venham a sofrer medidas protecionistas em momentos de crise econômica. Já a aplicação automática do princípio permite reduzir o custo das negociações, uma vez que o resultado de uma negociação bilateral de redução de tarifas será automaticamente estendido a todos os membros da OMC. Assim, os países com menor poder de barganha podem se beneficiar de reduções tarifárias negociadas bilateralmente.

Em relação ao princípio do tratamento nacional, pode-se afirmar que a sua principal função é a de garantir que os acordos de liberalização comercial não sejam prejudicados por medidas internas, impedindo, dessa forma, que os produtos nacionais sejam beneficiados em detrimento dos importados, uma vez ingressados no território nacional dos países membros, colocando-os em igualdade de condições competitivas. Como decidido no caso *Alcoholic Beverages II*³⁵⁴, “[...] O princípio do tratamento nacional obriga os países a fornecer igualdade de condições competitivas para produtos importados em relação a produtos domésticos”.³⁵⁵

O princípio do tratamento nacional se aplica aos direitos aduaneiros e tributários, bem como às regulamentações e formalidades, desde que internas e que afetem, de

<http://ecampus.wto.org/admin/files/Course_273/Module_1110/ModuleDocuments/TBT-M2-S.pdf>.

Acesso em: 27 out. 2014, p. 3.

³⁵¹ Diz-se que a mercadoria se nacionalizou quando ela ingressou no território nacional para fins aduaneiros, ou seja, após a ocorrência do despacho aduaneiro mediante o pagamento dos direitos aduaneiros e tributários.

³⁵² BRASIL. Decreto n°. 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

³⁵³ HOEKMAN, *op. cit.*, p. 42

³⁵⁴ Nesse sentido, ver: Entendimento do Órgão de Apelação no caso *Japan – Alcoholic Beverage II*.

³⁵⁵ *Idem; ibidem*.

qualquer maneira, a venda, compra, transporte e distribuição no mercado interno, conforme disciplinado no artigo III do GATT 1947:

As partes contratantes reconhecem que os impostos e outras cargas interiores, assim como as leis, regulamentos e prescrições que afetem a venda, a oferta para venda, a compra, o transporte, a distribuição ou o uso de produtos no mercado interno e os regulamentos quantitativos internos que prescrevam a mistura, a transformação ou o uso de certos produtos em quantidades ou em proporções determinadas, não deveriam se aplicar aos produtos importados ou nacionais de maneira protetiva da produção nacional. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso, nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados nacionais, contrariamente as principais estabelecidas no parágrafo 1³⁵⁶.

Uma vez ingresso no território para fins aduaneiros, mediante a conclusão do processo de desembaraço aduaneiro, o produto importado é nacionalizado e, por isso, não poderá sofrer tratamento menos favorável do que o nacional, ou seja, deve ser tratado, internamente, da mesma forma em que são tratados os produtos produzidos no território nacional. Assim, com exceção do imposto de importação, todos os tributos internos ou incentivos fiscais devem incidir de forma igualitária sobre produtos nacionais e nacionalizados.

Faz-se importante ressaltar que, para a OMC, os efeitos comerciais do princípio são irrelevantes para que ocorra a sua violação, mesmo que a diferença aplicada sobre o bem importado e nacional seja mínima, ou que a diferença tributária seja inexistente, uma vez que a violação do princípio não está vinculada à ocorrência de danos.

O princípio da não discriminação deve ser observado por todos os Estados-membros em todos os acordos, salvo nas exceções disciplinadas nos parágrafos 2 a 4 do artigo I e no parágrafo 3 do artigo XXIV (comércio fronteiriço das uniões aduaneiras e zonas de livre comércio), ambos do GATT/94³⁵⁷. O reconhecimento de tais exceções demonstra a sua importância para a preparação dos países para uma futura liberalização

³⁵⁶ GATT 1947. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt47port.pdf>>. Acesso em: 15 de mar. 2013

³⁵⁷ O GATT/94 constitui um dos acordos integrados da OMC, abrangendo dispositivos do GATT/47, da Rodada do Uruguai e do Acordo de Marraqueche, no que concerne, exclusivamente, ao comércio sobre bens.

no âmbito multilateral, uma vez que o âmbito regional possui custos econômico-sociais menores para os Estados³⁵⁸.

B) O PRINCÍPIO DO LIVRE COMÉRCIO

O princípio do livre comércio, fundamento de toda a Organização Mundial do Comércio, implica a redução dos obstáculos, como tarifas e barreiras comerciais não tarifárias, de forma gradativa e mediante negociação. Essas reduções vêm ocorrendo desde a época do GATT/47, por meio de rodadas de negociações e continuam até o momento atual na Rodada de Doha.

Para a OMC, com base na teoria das vantagens comparativas de David Ricardo, a abertura do mercado é vista como vantajosa para todos os países, considerando que a busca por interesses particulares desencadeia o bem-estar geral³⁵⁹. Nos dizeres de Gonçalves:

Dentro do modelo neo-liberal político-econômico, o GATT/94 e a OMC estão organizados em perspectiva de mercado internacional na qual a metodologia individualista e racional busca a satisfação individual das necessidades dos agentes; mas, que, por consequência, leva a um bem-estar geral – utilitarismo economicista³⁶⁰.

Todavia, a metodologia individualista e racional não pode gerar o bem-estar geral quando os países se encontram em diferentes níveis de desenvolvimento econômico e social, urgindo a necessidade de realizar algumas adaptações nos acordos da OMC.

É importante mencionar que, além de ser livre, o comércio deve ser lealmente competitivo, evitando medidas distorcivas, como as práticas desleais de comércio, tais

³⁵⁸ Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 2409.

³⁵⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Argumentos a favor de um comércio aberto*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁶⁰ GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 2410.

como a prática de *dumping* e de alguns subsídios. Nos dizeres do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC):

A OMC tenta garantir não só um comércio mais aberto, mas também mais justo, coibindo práticas comerciais desleais como o *dumping* e os subsídios, que distorcem as condições de comércio entre os países. O GATT já tratava destes princípios nos Art. VI e XVI, porém estes mecanismos só puderam ser realmente implementados após os Acordos de Antidumping e Acordo de Subsídios terem definido as práticas de *dumping* e de subsídios e previsto as medidas cabíveis para combater o dano advindo destas práticas³⁶¹.

Nesse contexto, diferencia-se comércio leal e desleal com base na imposição de restrições, que contribuem para a ineficiência da indústria local, para monopólios, bem como para danos aos consumidores locais, uma vez que provocam o encarecimento dos preços pela falta de produtos substitutos e pela falta de competitividade decorrente da imposição de barreiras, a fim de impedir a entrada de concorrentes³⁶².

Os subsídios constituem um exemplo de medidas restritivas de comércio, pois criam condições artificiais de concorrência por meio de auxílio financeiro ou fiscal do governo concedidos a setores específicos, gerando aumento de custo, uma vez que, “[...] os produtores em situação de produção subsidiada, desconhecem ou não operam submetidos aos reais custos do processo, o que leva ao desperdício e má alocação de fatores produtivos escassos”³⁶³. Contudo, conforme já visto, a OMC reconhece que os subsídios podem ser úteis diante de falhas provocadas pelo livre mercado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio do livre comércio da OMC não é e nem pode ser absoluto, uma vez que admite, mesmo que de forma eventual, restrições, muitas vezes necessárias para combater crises, distorções ou mesmo para forçar o cumprimento de seus acordos, conforme será visto nos próximos itens. Portanto, a OMC pode ser vista como um sistema em prol da concorrência aberta e leal³⁶⁴.

³⁶¹ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios da OMC*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=368&refr=366>>. Acesso em: 27 out. 2014.

³⁶² Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

³⁶³ *Idem*; *ibidem*.

³⁶⁴ REIS, Magnus. SANTAROSSA, Eduardo Trapp. AZEVEDO, Andre Filipe Zago. *A OMC continuando promovendo o comércio de forma desigual: novas evidências a partir dos anos 1990*. Disponível em:

C) O PRINCÍPIO DA VÁLVULA DE SEGURANÇA (*SAFETY VALVES*)

Com o intuito de considerar as peculiaridades dos países, a OMC possui dois princípios para o cumprimento de tal função: o da válvula de segurança (*safety valves*) e o tratamento especial para os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. Ao passo que o primeiro pode ser acionado por todos os Estados-membros, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos nos acordos, o segundo beneficia somente alguns, considerados pela OMC como em desenvolvimento ou menos desenvolvidos.

A válvula de segurança flexibiliza os compromissos assumidos, permitindo que os Estados restrinjam o comércio em determinadas circunstâncias: a) nos casos de proteção da saúde pública, de segurança nacional ou mesmo da indústria nacional gravemente prejudicada pela concorrência internacional; b) nos casos de balança de pagamentos³⁶⁵ ou para auxiliar indústrias nascentes de países; e c) para garantir a concorrência leal, tais como as medidas compensatórias aplicadas contra subsídios ou medidas *antidumping*³⁶⁶.

A justificativa para o reconhecimento dessas exceções está no fato de que “um conjunto de normas multilaterais uniformes criadoras de obrigações idênticas a todos os participantes do sistema multilateral de comércio, independente do seu grau de desenvolvimento, traz mais prejuízos que benefícios”³⁶⁷.

D) O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E MENOS DESENVOLVIDOS

Considerando que, de 161 signatários, três quartos são de países em desenvolvimento e um quinto, de países menos desenvolvidos³⁶⁸, o GATT/94 reconhece,

<http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_I/i5-f863ffba99f341d2f0f1f52c344169ae.pdf>.

Acesso em: 27 out. 2014.

³⁶⁵ O capítulo B do artigo XVIII admite restrições às importações para impedir um sério declínio nas reservas monetárias ou, se as reservas estiverem inadequadas, para atingir uma taxa razoável de aumento das reservas.

³⁶⁶ HOEKMAN, *op. cit.*, p. 44.

³⁶⁷ SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e Tratamento especial e diferenciado na OMC*. Revista Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 297-333, jul./dez. 2012, p. 298-299.

³⁶⁸ Até 1979, o GATT só fazia menção aos países menos desenvolvidos, quando, pela Cláusula de Habilitação, criaram-se disposições para incrementar as oportunidades comerciais dos países em desenvolvimento. No entanto, na OMC, são os países que se auto definem como menos desenvolvidos ou em desenvolvimento e somente serão assim considerados, quando a condição for aceita pelos demais membros. Dessa forma, a condição de país desenvolvido, em desenvolvimento e menos desenvolvido é determinado mediante declaração unilateral dos governos dos Estados-membros, a qual pode ser

na parte IV, nos artigos XXXVI, XXXVII e XXXVIII, um tratamento especial e diferenciado a esses países para que sejam melhor integrados no sistema, essencial para a concretização do objetivo fundamental da OMC, isto é, a “elevação dos níveis de vida e no desenvolvimento progressivo da economia”³⁶⁹.

O artigo XXXVI estabelece o princípio da não reciprocidade nas negociações comerciais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, isto é, estes últimos não estão obrigados a fazer concessões incompatíveis com suas necessidades desenvolvimentistas. Outro aspecto que merece ser destacado neste dispositivo é o reconhecimento da dependência contínua desses países da exportação e, por isso, os países desenvolvidos devem conceder condições mais favoráveis para o acesso de produtos primários e industrializados ao mercado mundial.

Acrescenta-se a cláusula habilitadora, pela qual os países desenvolvidos podem conceder benefícios aos países em desenvolvimento sem ter que estendê-los aos demais, conforme impõe a cláusula da nação mais favorecida.

O artigo XXXVII estabelece que os países desenvolvidos devem evitar a imposição de barreiras tarifárias e não tarifárias às exportações oriundas de países em desenvolvimento. Dessa forma, os países desenvolvidos devem ter consideração especial com os interesses dos países em desenvolvimento, e estes últimos também devem considerar os interesses de outros países em desenvolvimento.

O artigo XXXVIII, por sua vez, obriga todos os membros a cooperar para que os objetivos dos artigos anteriores se concretizem, principalmente no que concerne ao acesso a mercados mundiais de produtos primários.

Ao longo dos acordos da OMC também são encontradas disposições sobre o tratamento especial e diferenciado, que são classificadas em: a) para o aumento das oportunidades comerciais; b) para salvaguardar os interesses dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos; c) para conferir flexibilidade de compromissos,

contestada. Tem por base os critérios estabelecidos pela ONU. Do total de 48 países menos desenvolvidos, 34 são membros da OMC: Angola, Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camboja, República Centro-Africana, Chade, República Democrática do Congo, Djibuti, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Haiti, República Democrática Popular do Laos, Lesoto, Madagáscar, Malauí, Mali, Mauritânia, Moçambique, Mianmar, Nepal, Níger, Ruanda, Senegal, Serra Leoa, Ilhas Salomão, Tanzânia, Togo, Uganda, Vanuatu, Iêmen, Zâmbia. Os países em desenvolvimento são todos aqueles encontrados na lista da ONU. Nesse sentido, ver:

<http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2012country_class.pdf>.

³⁶⁹ BRASIL. Decreto n.º 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

medidas e utilização de políticas; d) período de transição; e) assistência técnica; e f) disposições específicas para países menos desenvolvidos³⁷⁰.

Nesse sentido, os artigos mencionados acima preveem que as partes contratantes não devem medir esforços para assegurar a participação equitativa dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento no comércio internacional, além de dispensar atenção especial aos interesses desses países quando da aplicação de medidas autorizadas pelo acordo que possam vir a afetá-los significativamente.

Esses dispositivos são passíveis de crítica, uma vez que a falta de especificidade dessas normas dificulta a sua aplicabilidade e exigibilidade jurídica, gerando obrigações de cunho moral e abrindo espaços para discussões políticas. Nesse sentido:

É factível que dispositivos que simplesmente acampam acordos de “boas intenções” levam a abertura de um espaço mais político para o debate, o que acaba criando dificuldade para uma visão meramente analítica no que diz respeito à avaliação das reais necessidades do desenvolvimento³⁷¹.

Dessa forma, as normas sobre o princípio do tratamento especial e diferenciado precisam ser reestruturadas, a fim de preencher as lacunas mediante a determinação de obrigações específicas. Para isso, é necessário conciliar a vontade política dos Estados-membros.

Enquanto isso, as lacunas são preenchidas no procedimento de solução de controvérsias. Apesar das críticas, os dispositivos que estabelecem tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento não deixam de ser obrigações que podem ser exigidas no OSC. No caso *European Communities – Refunds on Exports of Sugar*, o Brasil, como reclamante, alegou que a manutenção do programa da União Europeia de subsídios para o açúcar constituía comportamento incompatível com o artigo XXXVIII. O *Panel* seguiu o argumento do Brasil e concluiu que:

O aumento das exportações de açúcar através do uso de subsídios na situação particular do mercado de 1978 e 1979, e onde Países-Membros

³⁷⁰ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO. *Assegurando ganhos de Desenvolvimento a partir do Sistema Comercial Internacional e das Negociações de Comércio*. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/td397_pt.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

³⁷¹ SALDANHA, *op. cit.*, p. 303.

em desenvolvimento realizaram passos dentro da estrutura do AIA para melhorar as condições no mercado mundial de açúcar, inevitavelmente reduziu os efeitos dos esforços feitos por esses países. Para este período de tempo e para este campo particular, a Comunidade Européia não colaborou, portanto, com os outros [Membros] para levar adiante os princípios e objetivos previstos no Artigo XXXVI, em conformidade com as linhas gerais no Artigo XXXVIII.³⁷²

Nota-se, portanto, que os direitos oriundos dos dispositivos mencionados podem ser concretizados por meio do procedimento de solução de controvérsias da OMC. Ademais, situações pormenorizadas estão disciplinadas em acordos específicos. No que concerne ao acordo sobre subsídios, por exemplo, o país em desenvolvimento não sofrerá medidas compensatórias se os subsídios aplicados não ultrapassarem 2% sobre o valor unitário do produto exportado, enquanto que o limite para os países desenvolvidos é de 1%. Além disso, também não estarão suscetíveis a medidas compensatórias quando as exportações do país em desenvolvimento forem inferiores a 4% de seu mercado internacional ou, considerando o mercado total de todos os países em desenvolvimento, não ultrapassarem 9%³⁷³.

A dificuldade de se distinguir as categorias de países na OMC, encontra-se no fato de que, enquanto os países menos desenvolvidos são aqueles assim considerados pela ONU, os países em desenvolvimento tem liberdade para se autodefinir como tais. Esta situação, repercute no tratamento especial e diferenciado concedido aos países em desenvolvimento no que concerne o uso de subsídios, pois quando mal enquadrados, os benefícios podem gerar efeitos distorcivos.

Como exemplo, pode-se citar a China, que, apesar de se autointitular como país em desenvolvimento, na verdade, apresenta-se como forte potencia econômica mundial, acrescendo-se de alto desempenho tanto nas negociações quanto nas soluções de controvérsias da OMC, seja como demandante ou como demandado. Em 2014, a China

³⁷² Tradução livre de: “*The Panel recognized the efforts made by the European Communities in complying with the provisions of Articles XXXVI and XXXVIII. It nevertheless felt that increased Community exports of sugar through the use of subsidies in the particular market situation in 1978 and 1979, and where developing contracting parties had taken steps within the framework of the ISA to improve the conditions in the world sugar market, inevitably reduced the effects of the efforts made by these countries. For this time-period and for this particular field, the European Communities had therefore not collaborated jointly with other contracting parties to further the principles and objectives set forth in Article XXXVI, in conformity with the guidelines given in Article XXXVIII.*” In: Relatório do Panel no caso EC – Sugar Exports (Brazil), 30 at conclusions.

³⁷³ Nesse sentido, ver: HOEKMAN, *op. cit.*, p. 169.

ultrapassou os Estados Unidos, que até então era considerado a maior economia do mundo³⁷⁴.

Futuras alterações no sentido de aplicar, efetivamente, tratamento especial e diferenciado aos países que mais necessitam, a transparência é fundamental. Sem se conhecer as regras e as políticas comerciais adotadas pelos Estados-membros, não se pode negociar tratados, adotar políticas comerciais ou alterá-las, nem mesmo cumprir os acordos existentes ou exigir que sejam cumpridos, tampouco fazer cumprir os demais princípios.

E) PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Segundo o glossário da OMC, transparência significa o “grau de abertura e previsibilidade das políticas e práticas comerciais, bem como o processo pelo qual são estabelecidas”³⁷⁵. Previsto no artigo X do GATT, o princípio da transparência obriga os Estados-membros a informar e a prestar esclarecimentos sobre qualquer regulamento ou política comercial adotados.

A transparência constitui o princípio essencial para o bom funcionamento da organização. Segundo Prazeres³⁷⁶, sua importância se dá “no processo de construção de confiança recíproca necessária ao fortalecimento do sistema multilateral de comércio”. Vários são seus benefícios: diminuição das incertezas, possibilidade de se verificar eventuais violações, entre outros, garantindo, assim, a justiça na tomada de decisões.

A transparência se apresenta como a mola propulsora da coesão global, que mantém os Estados responsáveis por suas práticas comerciais: seu objetivo consiste em reduzir as assimetrias das informações entre Estados, viabilizando a fiscalização de suas práticas comerciais.

Nota-se que o princípio da transparência atua em três vertentes, que foram separadas, por Wolfe³⁷⁷, em gerações: a primeira, já disciplinada no GATT/47, refere-se

³⁷⁴ Nesse sentido ver: STIGLITZ, Joseph. *The Chinese Century*. Disponível em: <<http://www.vanityfair.com/news/2015/01/china-worlds-largest-economy>> Acesso em: jan. 2015.

³⁷⁵ No original: “*degree to which trade policies and practices, and the process by which they are established, are open and predictable*”. In: WTO GLOSSARY. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/glossary_e.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

³⁷⁶ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: as barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 43.

³⁷⁷ WOLFE, Robert. *Letting the Sun Shine at WTO: how transparency brings the trading system to life*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201303_e.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2014, p. 8-13.

ao direito sobre o acesso às informações, a segunda, oriunda da Rodada de Tóquio, diz respeito à fiscalização das políticas comerciais dos Estados-membros, enquanto que a terceira tem por escopo não só permitir o acesso à informação, mas a possibilidade de seu uso.

O acesso à informação também possibilita o monitoramento da comunidade externa, o que é importantíssimo para os cidadãos e para os agentes econômicos privados, que podem pressionar os Estados-membros a cumprir, como esperado, os compromissos assumidos.³⁷⁸

Nesse ponto, é importante deixar clara a relação do princípio da transparência com a legitimidade da organização, uma vez que não será possível aplicar suas regras e princípios sem o acesso à informação, o seu monitoramento e a possibilidade de seu uso efetivo.

Para o bom funcionamento da organização e que seus objetivos sejam concretizados, a OMC dispõe de uma estrutura complexa, com mais de sessenta órgãos, distribuídos entre permanentes e *ad hoc*, que serão estudados a seguir.

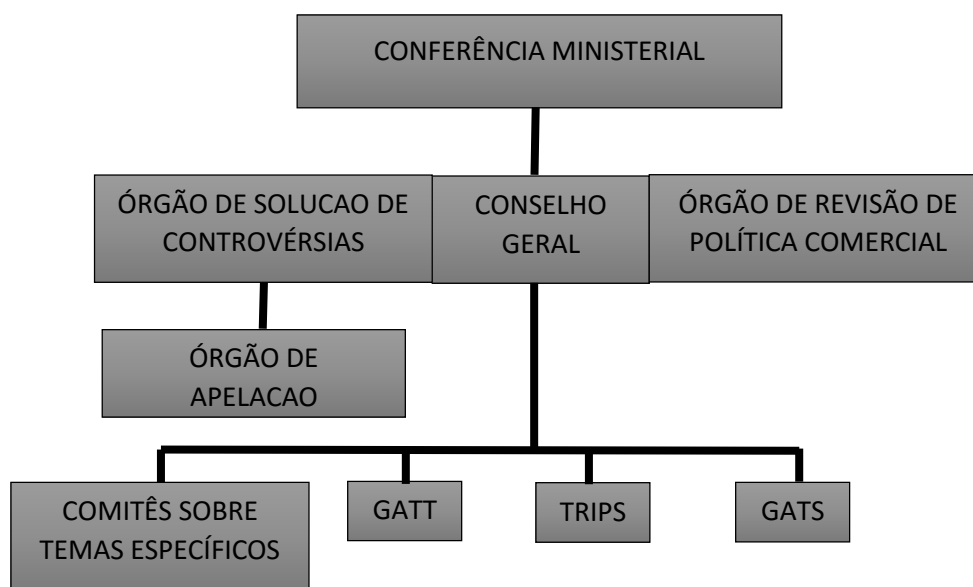
3.3.2 Estrutura e órgãos

Quanto à estrutura e aos órgãos da OMC, serão destacados aqueles que trabalham com a tomada de decisões, monitoramento e solução de controvérsias, especificamente relacionados ao tema em estudo.

A OMC possui 35 órgãos permanentes e por volta de 30 *ad hoc* que se reúnem regularmente e se encontram divididos em quatro níveis organizacionais da seguinte forma:

³⁷⁸ HOEKMAN, *op. cit.*, p. 44.

Figura 11: Organograma simplificado da estrutura da OMC



Fonte: Autor

No primeiro nível, encontra-se a Conferência Ministerial, órgão de adoção de decisões mais importante da OMC. É composta pelos Ministros das Relações Exteriores ou de Comércio de cada Estado-membro, que se reúnem pelo menos a cada dois anos para definir a agenda das rodadas de negociações³⁷⁹.

É importante ressaltar que o referido órgão tem poder de decisão sobre quaisquer questões referentes aos acordos multilaterais da OMC, à qual todos os membros da organização estarão vinculados. Como poderes específicos, pode-se citar: a adoção de interpretações dos acordos, concessão de isenções, adoção de emendas, deliberações sobre acesso de novos membros e, ainda, eleger o Diretor Geral da organização, bem como regulamentações sobre o quadro de funcionários.

O segundo está representado por três organismos: o Conselho Geral, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e Órgão de Revisão de Política Comercial. Na verdade, todos pertencem ao Conselho Geral, que se reúne para tratar de assuntos diferentes. Responsável pela execução das decisões das Conferências Ministeriais, o Conselho Geral constitui o órgão mais expressivo da OMC, cuja função é zelar e administrar os acordos

³⁷⁹Ao total foram nove rodadas após a Rodada do Uruguai, que criou a OMC: Singapura (1996), Genebra (1998), Seattle (1999), Doha (2001), Cancun (2003), Hong Kong (2005), Genebra (2009 e 2011) e Bali (2013).

e as atividades diárias da organização, incluindo o monitoramento das políticas comerciais e a solução de controvérsias.

No terceiro nível, encontram-se os Conselhos para as grandes áreas do comércio, incluindo o Conselho de Comércio de Bens, Conselho de Comércio de Serviços e o Conselho sobre os Direitos de Propriedade Intelectual. Cada um tem de enviar relatórios sobre suas atividades ao Conselho Geral, informando-o regularmente.

Além desses, outros pequenos comitês devem manter o Conselho Geral informado: Comitê sobre o Comércio e Desenvolvimento, meio ambiente, acordos comerciais regionais e questões administrativas. Foram criados em Singapura (1996) os seguintes comitês: investimento e concorrência, transparência na contratação pública e facilitação de comércio. Acrescenta-se ainda o Comitê de Negociações Comerciais da Agenda do Desenvolvimento de Doha.

Cada Conselho desse nível possui pequenos comitês, que se localizam no quarto nível. O Conselho de Comércio de Bens, por exemplo, possui 11 comitês, dentre eles, destaca-se o Comitê da agricultura e o de subsídios, cujas funções estão ligadas à aplicação de acordos específicos.

Esses comitês recebem as notificações das políticas comerciais adotadas pelos Estados-membros e enviam os respectivos relatórios ao Conselho. Podem ser consultados pelos membros a qualquer tempo no que concerne ao andamento do acordo e de seus objetivos. A título excepcional, o Comitê de Subsídios pode determinar se a política transitória de subsídio adotada por um país em desenvolvimento pode ser estendida³⁸⁰.

Além disso, o Comitê de Subsídios criou um grupo de cinco especialistas nessa área com poderes para sugerir soluções de controvérsias sobre a matéria, prestar consultas ao Comitê ou, de forma confidencial, aos membros da organização, desde que solicitado.

Por fim, é importante ressaltar que todos os membros estão integrados nesses Conselhos e Comitês, mas, como tratam de temas especializados, diferentes níveis de *expertise* são necessários e, por isso, as pessoas que deles participam são diferentes³⁸¹.

Esses relatórios têm por escopo informar a organização sobre as políticas comerciais de seus membros, que podem vir a ser questionadas no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias.

³⁸⁰ Nesse sentido, ver: BOSSCHE; ZDOUC, *op. cit.*, p. 126.

³⁸¹ Nesse sentido, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/utw_chap7_e.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2014.

Para auxiliar todo esse trabalho, a OMC ainda conta com um secretariado comandado pelo diretor-geral. Atualmente, o secretariado possui 629 funcionários, de 76 nacionalidades diferentes, sendo 8 brasileiros³⁸².

Suas principais funções são: a) fornecer apoio técnico para os conselhos e comissões; b) prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento; c) monitorar o desenvolvimento do comércio internacional, a fim de publicar informações; d) organizar as conferências ministeriais e, ainda e) prestar assistência no processo de solução de disputas.

Frisa-se que ambos não possuem competência para iniciar qualquer procedimento de tomada de decisões dentro da organização, seja de caráter jurídico ou político. Suas funções se restringem a facilitar tais processos, uma vez que a OMC é conduzida por seus membros.

3.4 A regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias na OMC

Até a Rodada de Tóquio, que ocorreu entre 1973 e 1979, os acordos do GATT se restringiam à mera redução de tarifas sobre o comércio e pouco se falava sobre os subsídios. Existiam apenas quatro artigos, que apenas tangenciavam o assunto, basicamente recomendando que os Estados evitassem o seu uso e que se verificassem os seus efeitos quando aplicados.

O Código de Subsídios que surgiu naquela rodada ampliou sua regulamentação e restringiu seu uso às exportações, admitindo a abertura de procedimento para a aplicação de medidas compensatórias. Somente vinte e cinco Estados o ratificaram, o que era permitido nos tempos do GATT. Ressalte-se que em nenhum momento o acordo abordou a definição de subsídios.

A Rodada do Uruguai, que criou a OMC, além de ter sido mais ambiciosa que as anteriores no que concerne à gama de acordos, também reforçou a primazia da norma, trazendo algumas inovações pertinentes à questão dos subsídios, tais como: a criação do Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias, o sistema de notificações de subsídios, a redução gradual dos subsídios dentro de um prazo predeterminado, o estabelecimento de padrões para a investigação de medidas compensatórias e, principalmente, a definição de subsídios. Dessa forma:

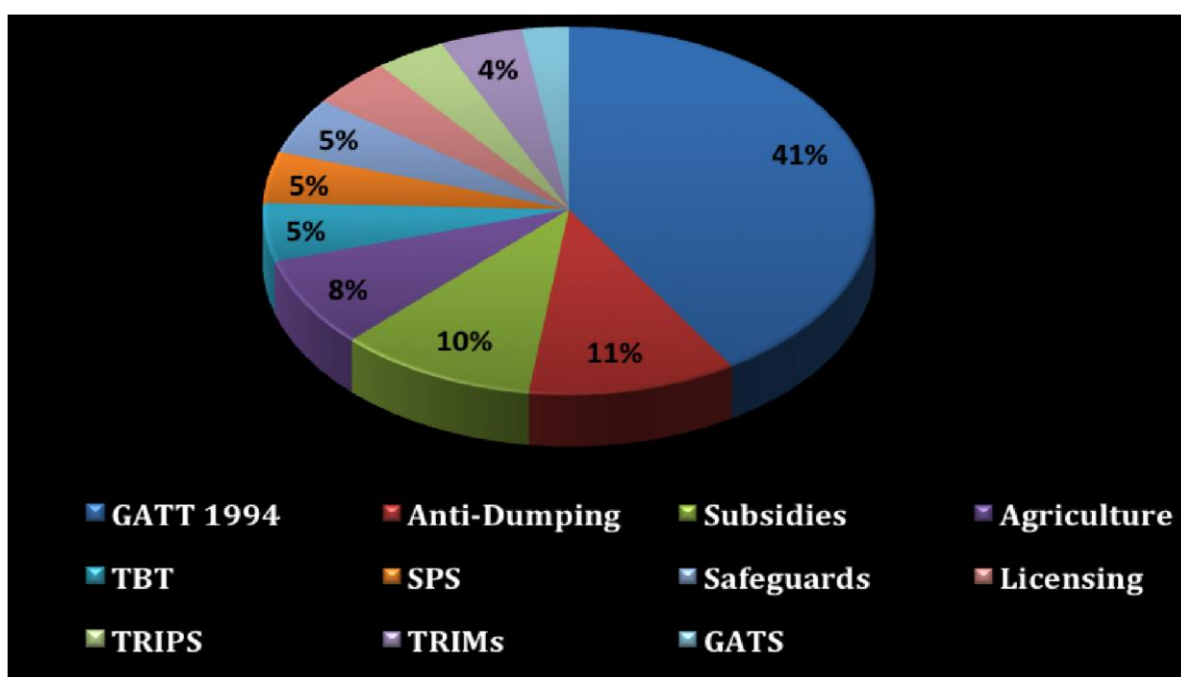
³⁸² *Idem; ibidem.*

[...] a negociação de uma definição para o termo subsídios durante a Rodada Uruguai pode ser considerada um grande avanço na história do GATT/OMC, já que a não existência de tal definição estava originando sérios conflitos comerciais³⁸³.

Apesar da conquista, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) da OMC ainda possui ambiguidades, ocasionando reiterados impasses entre os membros da organização, o que pode se notar a partir do alto índice de casos que envolvem o acordo.

O número de casos submetidos ao OSC que tratam do tema faz desse acordo um dos mais relevantes da organização. Como se pode notar da figura que se segue, o ASMC é o terceiro acordo mais discutido no âmbito das soluções de controvérsias, representando 10 por cento da demanda até agosto de 2013, ficando atrás somente do GATT 1994 e do Acordo *Antidumping*.

Figura 12: Percentual de casos que envolvem o ASMC



Fonte: ICTSD³⁸⁴

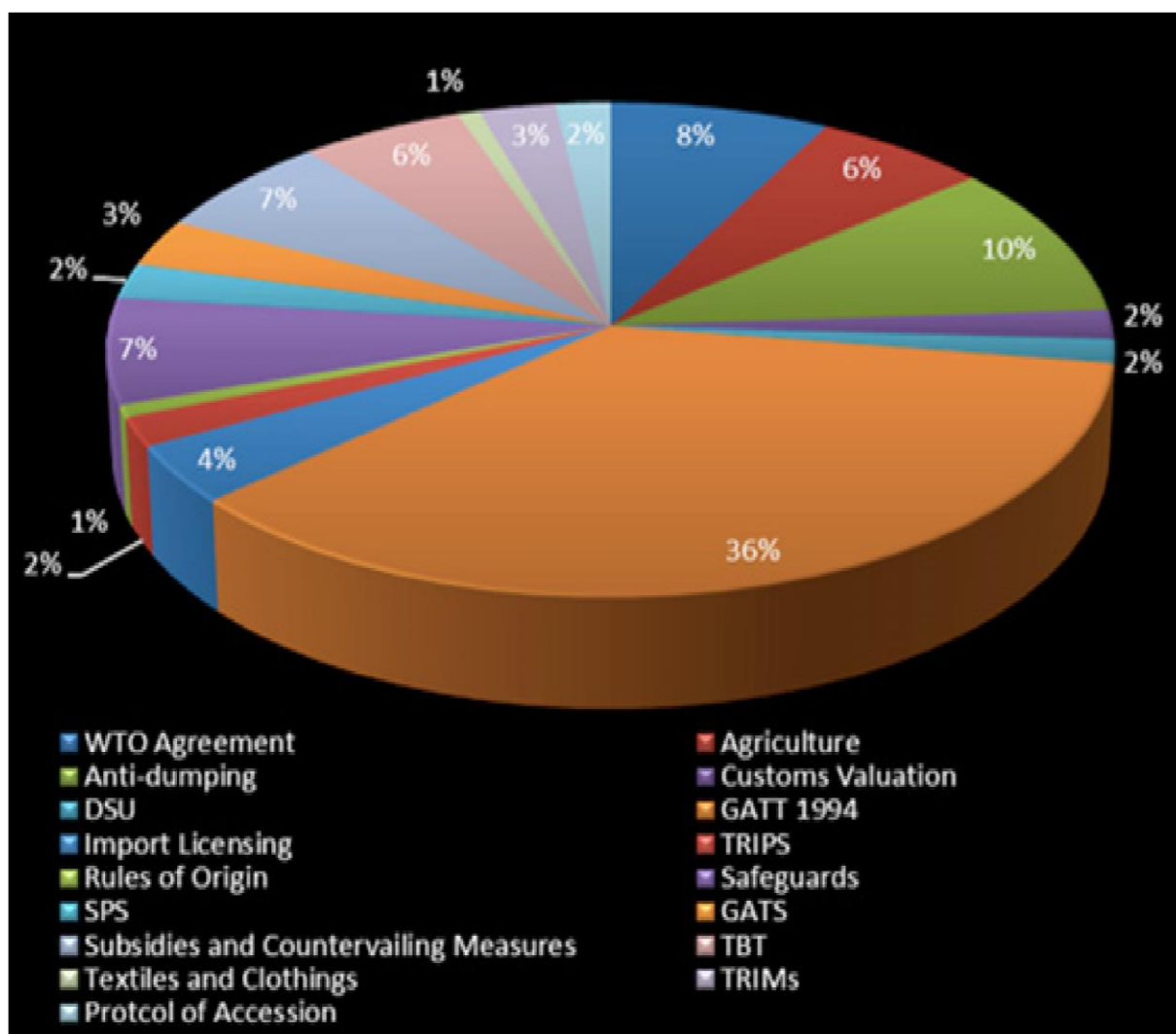
³⁸³ THORSTENSEN, *op. cit.*, p. 123.

³⁸⁴ ICTSD. *Latin America and the WTO Dispute Settlement System*. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/2013/12/latin-america-and-the-wto-dispute-settlement-system-ready-for-print.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2014, p. 4.

Faz-se importante lembrar que os subsídios à agricultura são tratados em acordo específico – Acordo sobre Agricultura – e representam 8% dos casos do OSC. Contudo, as medidas compensatórias aplicadas contra subsídios agrícolas deverão observar os dispositivos do ASMC.

O tema também demonstra relevância para os países da América Latina, uma vez que, se encontra entre os cinco mais citados em demandas iniciadas por eles perante o OSC, conforme se pode notar na figura seguinte:

Figura 13: Percentual de casos que envolvem o ASMC em que países latino-americanos são reclamantes

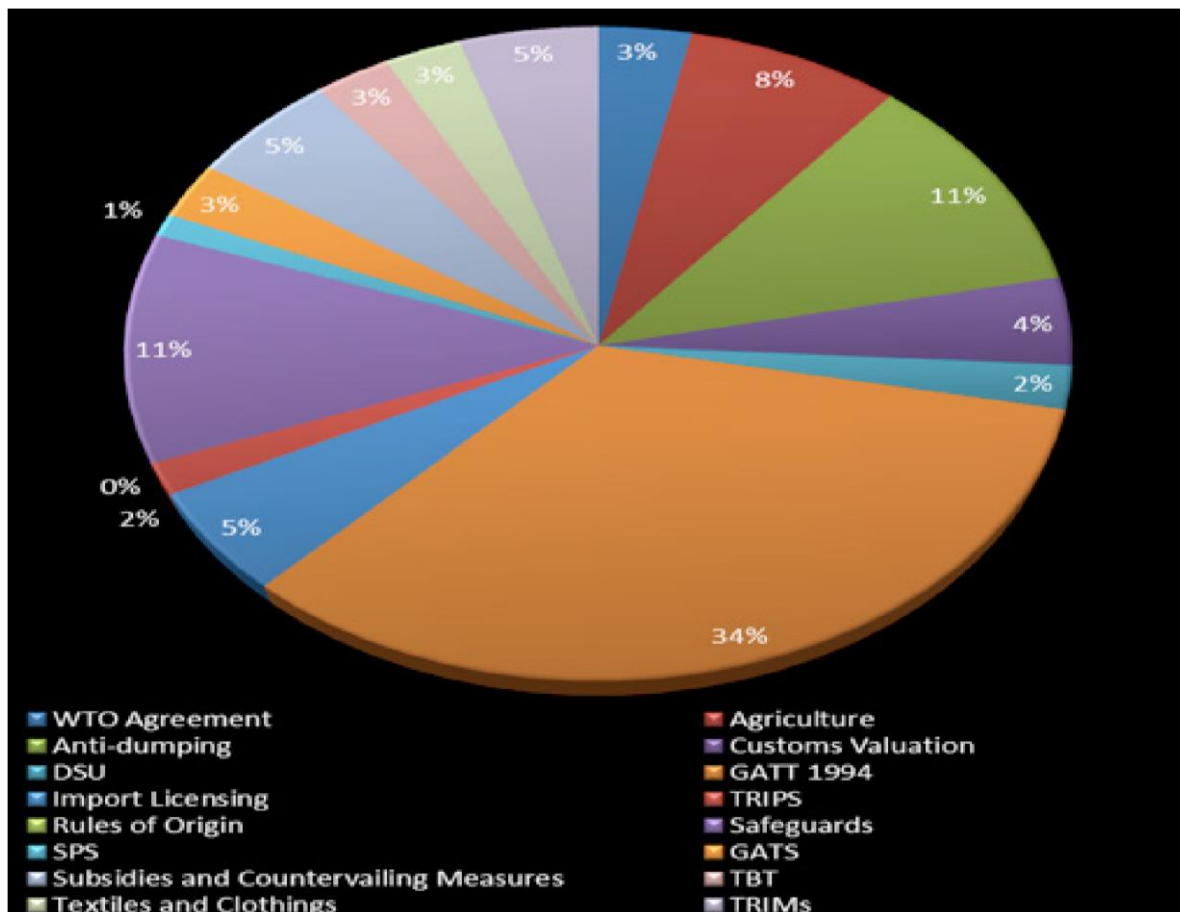


Fonte ICTSD³⁸⁵

³⁸⁵ ICTSD. Latin America and the WTO Dispute Settlement System. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/2013/12/latin-america-and-the-wto-dispute-settlement-system-ready-for-print.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2014, p. 13.

Nota-se que o ASMC também se encontra entre os cinco acordos mais citados contra os países latino americanos:

Figura 14: Percentual de casos que envolvem o ASMC em que países latino americanos são reclamados



Fonte ICTSD³⁸⁶

Nota-se a relevância dos subsídios para os Estados-membros da OMC, uma vez que as restrições às importações, assim como as barreiras tarifárias, já foram reduzidas de maneira significativa ainda nos tempos do GATT/47. Dessa forma, os países buscam outras formas de proteger o seu mercado interno, dentre elas, pode-se destacar os subsídios. Segundo Pascal Lamy, ex-diretor da OMC, “[...] no mundo das cadeias de valor, é a restrição à exportação que impõe maior problema [...]”³⁸⁷.

³⁸⁶ ICTSD. *Latin America and the WTO Dispute Settlement System*. op. cit., p. 14.

³⁸⁷ Tradução livre de: “*Mais dans le monde des chaînes de valeur, c’est la restriction à l’exportation qui pose davantage problème*”. In: LAMY, Pascal. *L’Organisation mondiale du commerce*. Disponível em: <http://entempsreel.com/wp-content/uploads/2014/07/Pascal-Lamy-En-temps-r%C3%A9el.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 17.

Os subsídios constituem barreiras comerciais, uma vez que, são capazes de restringir as exportações de outros países, pelo *desvio* que causa ao comércio internacional, ao mesmo tempo em que protegem à indústria nacional, quando destinados a substituição de importações. Em decorrência das dificuldades de indentificá-los conforme os critérios estabelecidos no ASMC, os subsídios também são formas disfarçadas de se proteger o comércio. Faz-se mister, portanto, estudar as categorias de subsídios disciplinadas pela OMC, a fim de compreender as dificuldades se apurar tais práticas.

3.4.1 O acordo sobre subsídios e medidas compensatórias

O ASMC encontra-se dividido em onze partes. Na parte geral, traz a definição dos subsídios e conceitua o seu elemento chave, que é a especificidade. As três partes seguintes classificam os subsídios em proibidos, acionáveis e não acionáveis. A parte V disciplina a aplicação de medidas compensatórias, enquanto que a VI estabelece o Comitê sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

Em seguida, o acordo estabelece importantes procedimentos de notificação e de fiscalização e, na parte VIII, assegura tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento. A parte IX se refere às acessões à OMC e as economias de transição enquanto que a parte X estabelece as regras aplicáveis às soluções de controvérsias e, por fim, as disposições finais, além de incluírem a definição de dano grave, apresentam, o rol dos subsídios não acionáveis.

Em anexo, o acordo ainda apresenta: I – lista ilustrativa dos subsídios à exportação; II – diretrizes sobre os insumos consumidos no processo de produção; III – diretrizes para determinar se os sistemas de *drawback* constituem subsídios à exportação em casos de substituição; IV – cálculo do total do subsídio *ad valorem* para fins do Artigo 6.1 (a) (sério prejuízo causado pelos subsídios acionáveis); V – procedimentos para obtenção de informações relativas a grave dano (Anexo V); VI – procedimentos para verificações *in loco* do Artigo 12.6 (aplicação de medidas compensatórias); e VII – cobertura dos países-membros em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Por enquanto, o presente item visa tão somente a compreender a disciplina dos subsídios, suas definições e classificação. Nos itens seguintes, abordar-se-ão as medidas compensatórias, os principais subsídios aplicados, os subsídios aplicados durante a crise

econômica de 2008 e a regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias no Brasil.

3.4.1.1 Subsídios: conceito, definição e classificação

Com o intuito de suprir lacunas do GATT, a OMC, pela primeira vez, define o conceito de subsídios. Apesar desse avanço, o conceito continua gerando discussões devido à vagueza, imprecisão e ambiguidades de seus termos.

Nesse sentido, os subsídios podem ser definidos e aplicados de inúmeras maneiras e com propósitos distintos, o que dificulta ainda mais a sua averiguação. O tema é sensível às políticas comerciais dos membros, uma vez que a regulamentação dos subsídios limita essas políticas quando consideradas proibidas pela OMC.

Para melhor compreensão de seu conceito, deve-se ter em mente que, “a política geral do sistema Gatt/OMC é a de impedir, ou ao menos minimizar, as distorções no comércio internacional”³⁸⁸. No mesmo sentido se consolida o entendimento do OSC, ao afirmar que “o objeto e a finalidade do Acordo SCM é impor disciplinas multilaterais sobre subsídios que distorcem o comércio internacional”³⁸⁹.

Isso significa dizer que nem todos os subsídios são proibidos pela OMC, deixando certa margem para serem aplicados quando necessários para a promoção de objetivos econômicos e sociais. Por esse motivo, faz-se necessário estudá-los, a fim de compreender os mecanismos oferecidos pelo sistema que legitimam ou proíbem políticas comerciais governamentais.

Primeiramente, para configurar um subsídio, segundo o artigo 1 do ASMC, é necessário que “haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado a partir daqui ‘governo’)”³⁹⁰.

Nota-se que a própria definição básica de subsídios do ASMC é complexa e, por isso, precisa ser estudada de maneira mais pormenorizada. Primeiramente, tem-se por prática governamental não só as realizadas pela administração pública direta ou indireta, mas também aquelas decorrentes de entes privados, cujos poderes tenham sido delegados por qualquer órgão governamental.

³⁸⁸ MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Subsídios e medidas compensatórias na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 44.

³⁸⁹ BOOSCHE;ZDOUC. *op. cit.*, p. 747.

³⁹⁰ Tradução livre de: “*ASMC Article 1 [...] (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government")*”.

Segundo o Relatório do *Panel* no caso *United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies (Canada)*, para configurar a delegação, é indispensável que ocorra uma ação afirmativa de comando ou delegação direcionada a um ente específico, cujo objeto seja uma tarefa ou dever³⁹¹.

O cerne da questão é verificar se o órgão “exerce autoridade governamental, não sendo suficiente que ele seja controlado pelo governo”³⁹². Dessa forma, mesmo sendo privado, se o ente estiver exercendo função pública, isto é, sob o comando do governo³⁹³, quando concede subsídios, considera-se caracterizado o auxílio governamental.

No que concerne à contribuição financeira, para fins de subsídio, o artigo 1 do ASMC traz em seu corpo um rol taxativo de modalidades que configuram a existência de um subsídio quando:

- (a) 1. haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado a partir daqui “governo”), i.e.:
 - (i) quando a prática do governo implique transferência direta de fundos (por exemplo, doações, empréstimos e aportes de capital), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (por exemplo garantias de empréstimos);
 - (ii) quando receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais);
 - (iii) quando o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados a infraestrutura geral ou quando adquira bens;
 - (iv) quando o Governo faça pagamentos a um sistema de fundos ou confie ou instrua órgão privado a realizar uma ou mais das funções descritas nos incisos (i) a (iii) acima, as quais seriam normalmente incumbência do Governo e cuja prática não difira de nenhum modo significativo da prática habitualmente seguida pelos governos;
- ou
- (b) (2) haja qualquer forma de receita ou sustentação de preços no sentido do Artigo XVI do GATT 1994;
- e
- (c) com isso se confira uma vantagem³⁹⁴.

³⁹¹ Ver Relatório do *Panel* no caso *United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies (Canada)*, par. 155.

³⁹² THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana de. Releitura dos Acordos da OMC: como interpretados pelo Órgão de Apelação: Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, *op. cit.*, p. 22-23.

³⁹³ O Órgão de Apelação se manifestou no caso *US – Antidumping and Countervailing Duties*, no sentido de admitir o exercício de fato das funções governamentais a fim de caracterizar o elemento “autoridade governamental”, não sendo necessário qualquer instrumento formal de delegação. *In: Appellate Body Report, US – Antidumping and Countervailing Duties (China)*, par. 318.

³⁹⁴ Tradução livre de: “Article 1.1 SCM Agreement: [...] (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”), i.e. where: (i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees); (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits); (iii) a

As hipóteses citadas acima não são exaustivas, conforme entendimento do Órgão Permanente de Apelação no caso *US – Large Civil Aircraft*, mas apenas indicam possíveis transações que o acordo busca abranger, não excluindo outras.

No que concerne aos incentivos fiscais previstos no item (ii), a OMC entende que os membros são soberanos e que podem optar em não tributar qualquer tipo de receita, desde que observem as regras da organização. O termo “devidas” ou “*otherwise due*” no inglês implica na comparação do que seria normalmente devido segundo as regras internas dos membros se não fosse o subsídio.

Ao interpretar conjuntamente os itens (i) e (iv), é possível concluir que as transferências devem ser realizadas pelo governo, não necessariamente de forma direta, podendo-se outorgar tal poder a entes privados. O item (iii), por sua vez, se preocupa com o fornecimento de bens e serviços pelo governo, que extrapolam o fornecimento de infraestrutura geral³⁹⁵, bem como a aquisição de bens de empresas³⁹⁶. Tais atividades são preocupantes porque a primeira tem a capacidade de diminuir, artificialmente, os custos de produção e a segunda pode aumentar, artificialmente, as receitas obtidas pela venda dos bens³⁹⁷.

A sustentação de preços do artigo XVI do GATT 1994 não implica qualquer política governamental capaz de produzir efeitos sobre os preços indiretamente, tais como tributos ou restrições quantitativas e, sim, políticas cuja finalidade é fixar preços por meio da intervenção direta do governo³⁹⁸.

Todas as práticas listadas devem configurar um benefício para que se caracterize a existência do subsídio, devendo todas as modalidades de contribuição governamental estar vinculadas a um benefício. Por esse motivo, o Órgão de Apelação entende que a análise da contribuição não deve focar o custo do governo, mas a existência do benefício, o que só poderá ser averiguado mediante comparação, tendo como base as condições de mercado³⁹⁹. No caso *Canada – Aircraft*, o OPA assim disciplinou:

government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods; (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; or (a) (2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994; and (b) a benefit is thereby conferred”.

³⁹⁵ Infraestrutura geral significa, segundo o OSC, que está disponível a todos ou quase todos e não apenas a um único ente ou a um grupo limitado. *In: BOSSCHE; ZDOUC. op. cit.*, p. 755.

³⁹⁶ Nota-se que a aquisição de serviços foi excluída da segunda parte do item (iii).

³⁹⁷ Ver: Entendimento do Órgão de Apelação no caso *US – Softwood Lumber IV*.

³⁹⁸ Ver: Entendimento do Órgão de Apelação no caso *China – GOES*.

³⁹⁹ Ver: Entendimento do Órgão de Apelação no caso *Canada – Aircraft*, par. 154.

Somos da opinião também que a palavra “benefício”, tal como se utiliza no parágrafo 1 b) do Artigo 1, implica algum tipo de comparação. Isto porque não pode haver um “benefício” para o receptor a menos que a “contribuição financeira” o coloque em uma situação melhor daquela a ser configurada na ausência da referida contribuição. Em nossa opinião, o mercado proporciona uma base de comparação apropriada para determinar se um “benefício” foi ou não outorgado, porque os possíveis efeitos de distorção do comércio de uma “contribuição financeira” podem ser identificados ao verificar se o receptor recebeu uma “contribuição financeira” em condições mais favoráveis que as disponíveis ao receptor no mercado⁴⁰⁰.

Portanto, o benefício se traduz em vantagem econômica, que não seria possível obter em condições normais de mercado. A análise do benefício considera o seu recipiente, ao comparar as vantagens auferidas por ele em relação às contribuições disponíveis, de forma geral, no mercado.

O artigo 14 do ASMC regulamenta o cálculo do benefício auferido e ratifica o entendimento de que a análise deve se basear no recipiente em vez do custo do governo e sempre considerando as condições de mercado, como se notará na seguinte transcrição de trechos do referido artigo:

Para as finalidades da PARTE V, qualquer método utilizado pela autoridade investigadora para calcular a vantagem percebida pelo beneficiário, de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 1, deverá estar previsto em legislação nacional ou em regulamentação complementar do Membro em questão e sua aplicação a qualquer caso particular será transparente e claramente explicado. Além disso, qualquer método dessa natureza deverá ser compatível com as seguintes diretrizes:

a) [...] (b) Não se considerará que empréstimo do governo constitua vantagem, a menos que haja diferença entre o montante que a empresa recebedora do empréstimo deva pagar pelo empréstimo e o montante que essa empresa pagaria por empréstimo comercial equivalente que poderia normalmente obter no mercado. Nesse caso, a vantagem será a diferença entre esses dois montantes.

⁴⁰⁰ Tradução livre de: “We also believe that the word “benefit”, as used in Article 1.1(b), implies some kind of comparison. This must be so, for there can be no “benefit” to the recipient unless the “financial contribution” makes the recipient “better off” than it would otherwise have been, absent that contribution. In our view, the marketplace provides an appropriate basis for comparison in determining whether a “benefit” has been “conferred”, because the trade-distorting potential of a “financial contribution” can be identified by determining whether the recipient has received a “financial contribution” on terms more favourable than those available to the recipient in the market”. In: Relatório do Órgão de Apelação no caso *Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, par. 157.

b) (c) Não se considerará que garantia creditícia fornecida pelo governo constitua vantagem, a menos que haja diferença entre o montante que a empresa recebedora da garantia paga pelo empréstimo assim garantido e o montante que empresa pagaria por empréstimo comercial sem garantia do governo. Nesse caso, constitui vantagem a diferença entre esses dois montantes, calculada de molde a levar em conta quaisquer diferenças por taxas ou comissões.

(d) Não se considerará que o fornecimento de bens ou serviços ou a compra de mercadorias pelo governo constitua vantagem, a menos que o fornecimento seja realizado por valor inferior ao da remuneração adequada ou que a compra seja realizada por valor superior ao da remuneração adequada. A adequação da remuneração será determinada em relação às condições mercadológicas vigentes para a mercadoria ou o serviço em causa no país de fornecimento ou compra (aí incluídos). [...] ⁴⁰¹ (grifo nosso)

O artigo deixa claro que a configuração do benefício está diretamente relacionada às distorções que este pode causar no mercado. Nota-se que o entendimento acima coaduna com os pilares da OMC vistos nesse trabalho, como o comércio livre e leal, uma vez que se atenta ao efeito distorcivo do benefício.

Para que cause distorções, é preciso que o benefício seja concedido de forma específica “para uma empresa ou indústria, grupo e indústrias ou empresas ou ainda a um setor que se encontram dentro da jurisdição da concedente”⁴⁰². De acordo com artigo 2 do ASMC, o subsídio definido no artigo 1 deve ser específico nos seguintes termos:

⁴⁰¹ Tradução livre de: “Article 14 SCM Agreement. For the purpose of Part V, any method used by the investigating authority to calculate the benefit to the recipient conferred pursuant to paragraph 1 of Article 1 shall be provided for in the national legislation or implementing regulations of the Member concerned and its application to each particular case shall be transparent and adequately explained. Furthermore, any such method shall be consistent with the following guidelines: (a) government provision of equity capital shall not be considered as conferring a benefit, unless the investment decision can be regarded as inconsistent with the usual investment practice (including for the provision of risk capital) of private investors in the territory of that Member; (b) a loan by a government shall not be considered as conferring a benefit, unless there is a difference between the amount that the firm receiving the loan pays on the government loan and the amount the firm would pay on a comparable commercial loan which the firm could actually obtain on the market. In this case the benefit shall be the difference between these two amounts; (c) a loan guarantee by a government shall not be considered as conferring a benefit, unless there is a difference between the amount that the firm receiving the guarantee pays on a loan guaranteed by the government and the amount that the firm would pay on a comparable commercial loan absent the government guarantee. In this case the benefit shall be the difference between these two amounts adjusted for any differences in fees; (d) the provision of goods or services or purchase of goods by a government shall not be considered as conferring a benefit unless the provision is made for less than adequate remuneration, or the purchase is made for more than adequate remuneration. The adequacy remuneration shall be determined in relation to prevailing market conditions for the good or service in question in the country of provision or purchase (including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale)”.

⁴⁰² Relatório do Panel, United States – Export Subsidies on Upland Cotton, par. 7.1139.

2.1 [...] (a) o subsídio será considerado específico quando a autoridade outorgante, ou a legislação pela qual essa autoridade deve reger-se, explicitamente limitar o acesso ao subsídio a apenas determinadas empresas;

(b) não ocorrerá especificidade quando a autoridade outorgante, ou a legislação pela qual essa autoridade deve reger-se, estabelecer condições ou critérios objetivos que disponham sobre o direito de acesso e sobre o montante a ser concedido, desde que o direito seja automático e que as condições e critérios sejam estritamente respeitados. As condições e critérios deverão ser claramente estipulados em lei, regulamento ou qualquer outro documento oficial, de tal forma que se possa proceder à verificação;

(c) se apesar de haver aparência de não-especificidade resultante da aplicação dos princípios estabelecidos nos subparágrafos (a) e (b), houver razões para acreditar-se que o subsídio em consideração seja de fato específico, poder-se-ão considerar outros fatores como: uso predominante de um programa de subsídios por número limitado de empresas, concessão de parcela desproporcionalmente grande do subsídio a determinadas empresas apenas e o modo pelo qual a autoridade outorgante exerceu seu poder discricionário na decisão de conceder um subsídio. Na aplicação deste subparágrafo será levada em conta a diversidade das atividades econômicas dentro da jurisdição da autoridade outorgante, bem como o período de tempo durante o qual o programa de subsídios esteve em vigor.

2.2 Será considerado específico o subsídio que seja limitado a determinadas empresas localizadas dentro de uma região geográfica situada no interior da jurisdição da autoridade outorgante. Fica entendido que não se considerara subsídio específico para os propósitos do presente Acordo o estabelecimento ou a alteração de taxas geralmente aplicáveis por todo e qualquer nível de governo com competência para fazê-lo.

2.3 Quaisquer subsídios compreendidos nas disposições do Artigo 3 serão considerados específicos.

2.4 Qualquer determinação de especificidade ao abrigo do disposto neste Artigo deverá estar claramente fundamentada em provas positivas⁴⁰³.

⁴⁰³ Tradução livre de: “Article 2 SCM Agreement: 2.1 In order to determine whether a subsidy, as defined in paragraph 1 of Article 1, is specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries (referred to in this Agreement as “certain enterprises”) within the jurisdiction of the granting authority, the following principles shall apply: (a) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises, such subsidy shall be specific. (b) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, establishes objective criteria or conditions⁴⁰³ governing the eligibility for, and the amount of, a subsidy, specificity shall not exist, provided that the eligibility is automatic and that such criteria and conditions are strictly adhered to. The criteria or conditions must be clearly spelled out in law, regulation, or other official document, so as to be capable of verification. (c) If, notwithstanding any appearance of non-specificity resulting from the application of the principles laid down in subparagraphs (a) and (b), there are reasons to believe that the subsidy may in fact be specific, other factors may be considered. Such factors are: use of a subsidy programme by a limited number of certain enterprises, predominant use by certain enterprises, the granting of disproportionately large amounts of subsidy to certain enterprises, and the manner in which discretion has been exercised by the granting authority in the decision to grant a subsidy. In applying this subparagraph, account shall be taken of the extent of diversification of economic activities within the jurisdiction of the granting authority, as well as of the length of time during which the subsidy programme has been in operation. 2.2 A subsidy which is limited to certain enterprises located within a designated geographical region within the jurisdiction of the granting authority shall be specific. It is understood that the setting or change of generally applicable tax rates by all levels of government

Preliminarmente, faz-se mister constatar que o artigo 2 se refere aos princípios que devem ser observados para a caracterização da especificidade, o que implica dizer que seus subparágrafos podem ser aplicados em conjunto, sendo sopesados caso a caso⁴⁰⁴. Também é importante notar que o conceito de especificidade se aplica a todas as normativas da OMC, inclusive no âmbito do Acordo sobre Agricultura.

Dessa forma, o conceito de especificidade é de extrema importância não só para a interpretação do ASMC, mas para toda a OMC, uma vez que somente os subsídios considerados específicos poderão ser contestados. Nesse sentido, ressalta Bliacheriene que a especificidade não faz parte do conceito de subsídios, mas:

O “teste de especificidade” serve exatamente para traçar, na prática, o contorno do tênue limite que separa as atividades governamentais permitidas e, portanto, não-acionáveis daquelas que não o são. Os subsídios podem ser considerados específicos *a priori*, como no caso do subsídio proibido, ou *a posteriori*, após passar pelo crivo do teste de especificidade.⁴⁰⁵

Dessa forma, segundo o artigo 2 do ASMC, os subsídios são específicos quando o auxílio governamental tem por escopo beneficiar: a) uma empresa ou uma indústria⁴⁰⁶; b) um setor econômico; c) as empresas/indústrias situadas em uma região específica⁴⁰⁷; e d) os subsídios proibidos nos ditames do artigo 3, que são aqueles vinculados à exportação ou destinados à substituição de importações.

Nota-se que, nos três primeiros critérios, a especificidade deve ser provada, ao passo que no último, ela é presumida, conforme se pode inferir do artigo 2.3. Por

entitled to do so shall not be deemed to be a specific subsidy for the purposes of this Agreement. 2.3 Any subsidy falling under the provisions of Article 3 shall be deemed to be specific. 2.4 Any determination of specificity under the provisions of this Article shall be clearly substantiated on the basis of positive evidence.”

⁴⁰⁴ Nesse sentido, ver: *Appellate Body Report, United States – Definitive Antidumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, par. 364.

⁴⁰⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla. *Emprego dos Subsídios e Medidas Compensatórias na Defesa Comercial: análise do regime jurídico brasileiro e aplicação dos acordos da OMC*. Tese (doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 84.

⁴⁰⁶ O órgão de Apelação conceitua indústria como uma forma ou ramo de trabalho produtivo, um comércio ou manufatura. In: *Appellate Body Report: United States – Antidumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, par. 366. Por sua vez, um grupo de indústrias ou setor é averiguado de acordo com o tipo de produto produzido. In: *Panel Report, United States – Upland Cotton*, par. 7.1142.

⁴⁰⁷ O Relatório do Panel no caso *European Union and certain member States – Large Civil Aircraft*, par. 7.1223, entendeu que o subsídio regional é específico mesmo quando disponível para todas as empresas que se encontram na região designada.

consequente, quando concedidos com base em critérios gerais e horizontais, não serão subsídios para a OMC. Como exemplo de aplicação horizontal desses critérios, pode-se citar o tamanho da indústria, o número de empregados e, ainda, a elegibilidade automática. Nesse sentido, explica Martins:

Saliente-se que quando o órgão outorgante ou ainda a legislação por meio da qual funcione dito órgão definir critérios ou requisitos claros, isto é, que não imponham favoritismo a dadas empresas e que possuam cunho econômico e aplicação horizontal, tais como número de empregados ou dimensão da empresa, que estipulem acerca do direito de obtenção e da quantia a ser oferecida, sendo esse direito automático e os critérios e requisitos integralmente respeitados, não haverá a mencionada especificidade⁴⁰⁸.

Todavia, critérios objetivos não impedem a dissimulação de concessões de subsídios quando, por exemplo, somente uma única indústria ou setor se enquadra nos critérios estabelecidos.

Diante disso, é preciso atentar à possibilidade de a especificidade ser concedida pelo direito ou de fato. A primeira é de fácil constatação, pois seus termos constam expressos em lei. Na de fato, a especificidade é mais difícil de se constatar, uma vez que ela só pode ser verificada no momento da aplicação da medida.

De qualquer maneira, a análise da especificidade é complexa e, por isso, deve ser casuística. Thorstensen e Oliveira salientam que no *Panel US – Upland Cotton*, afirmou-se que “[...] a especificidade de um subsídio está sujeita a uma quantificação rígida”⁴⁰⁹, não sendo possível determiná-la de maneira prévia.

Para verificar a especificidade, deve-se analisar se o acesso aos subsídios é limitado, não sob o ponto de vista dos recipientes, mas sim, pela vontade da autoridade concedente. Portanto, o fato de somente uma empresa optar pelo recebimento do benefício não significa que seu acesso tenha sido limitado e, por isso, a medida não configura um subsídio⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ MARTINS. *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰⁹ THORSTENSEN; OLIVEIRA. *op. cit.*, 38.

⁴¹⁰ Nesse sentido, ver Relatório do órgão de Apelação no caso *United States – Anti-dumping and Countervailing Duties*, par. 372.

A possibilidade de opção por parte do agente econômico é comum quando o governo se utiliza de “normas tributárias indutoras”⁴¹¹ para induzir comportamentos, uma vez que aqueles não são penalizados pela inobservância das normas. Todavia, quando o programa de subsídios visa a, conscientemente, induzir uma empresa ou um setor por meio de incentivos fiscais, adequando-se às suas necessidades particulares, o critério da especificidade se concretiza.

Portanto, o foco para a averiguação da especificidade está nos critérios de elegibilidade encontrados no programa legislativo ou no ato da autoridade concedente e não na escolha do agente econômico e tampouco, se os agentes efetivamente receberam o benefício⁴¹². Assim, não poderá haver discriminação no que concerne ao acesso ao subsídio.

Não restam dúvidas sobre a importância do critério da especificidade no conceito de subsídios e sua condenação pela OMC. A razão disso é sua capacidade de promover o benefício de alguns em detrimento do interesse público geral, acarretando desvio de comércio, conforme demonstrado no capítulo um. Por isso, quanto mais específico o subsídio, maior a sua capacidade distorciva.

Em síntese, os subsídios para a OMC são contribuições financeiras governamentais, que, forçosamente, ocasionarão vantagem econômica específica a determinada indústria ou setor, que, em condições normais de mercado, não seria possível obter.

⁴¹¹ SCHOUERI, *op. cit.*, p. 43.

⁴¹² Nesse sentido, ver Relatório do *Panel* no caso *Japan – DRAMs*, par. 7.374. “[...] Se uma autoridade investigadora focasse uma transação individual e esta decorresse de um programa de apoio disponível de forma geral, cuja operação normal geralmente resultaria em contribuições financeiras em termos pré-determinados (que os mesmos não são adaptados para a empresa beneficiária), esta transação individual não seria, a nosso ver, específica, na acepção do artigo 2.1, simplesmente porque ele foi fornecido a uma empresa específica. Uma transação individual seria específica, porém, resultasse um programa moldurado cuja operação normal (1) geralmente não resultaria em contribuições financeiras, e (2) não pré-determinaria as condições nas quais as contribuições financeiras seriam fornecidas e sim, demandaria (a) decisões conscientes quanto a conceder ou não contribuição financeira (a um requerente ou outro), e (b) decisões conscientes sobre a forma como os termos da contribuição financeira deverá ser adaptada às necessidades do destinatário”. Tradução livre de: “[...] *if an investigating authority were to focus on an individual transaction, and that transaction flowed from a generally available support programme whose normal operation would generally result in financial contributions on pre-determined terms (that are therefor not tailored to the recipient company), that individual transaction would not, in our view, become specific in the meaning of article 2.1 simply because it was provided to a specific company. An individual transaction would be specific, though, if it resulted from a framework programme whose normal operation (1) does not generally result in financial contributions, and (2) does not pre-determine the terms on which any resultante financial contributions might be provided, but rather requires (a) conscious decisions as to wheter or not to provide financial contribution (to one applicant or another), and (b) conscious decisions as to how the terms of the financial contribution should be tailored to the needs of the recipient company*”.

Vistos os seus elementos constitutivos, faz-se mister estudar as modalidades de subsídios segundo a OMC, que serão diferentes conforme o nível da intervenção governamental. Tais modalidades constituem uma novidade trazida pela Rodada do Uruguai, que classifica os subsídios em: proibidos, acionáveis e não acionáveis ou verdes, amarelos e vermelhos, como são conhecidos pelo sistema do semáforo. Essas categorias seguem disciplinas próprias, ainda sob os auspícios do ASMC, as quais serão estudadas a seguir, porém, faz-se necessário ressaltar que o conceito geral de subsídios do artigo 1 se aplica a todas elas.

A) SUBSÍDIOS PROIBIDOS

Os subsídios proibidos são considerados específicos *per se*, porque se vinculam ao desempenho exportador ou se destinam à substituição de importações. São proibidos porque afetam o comércio prejudicialmente, ocasionando efeitos adversos para os demais membros. Encontram-se disciplinados no artigo 3º do ASMC, nos seguintes termos:

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

(a) subsídios vinculados de direito ou de fato ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I;

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

3.2 O Membro deste Acordo não concederá ou manterá os subsídios mencionados no parágrafo 1⁴¹³.

Em nota de rodapé ao artigo 3º, o ASMC esclarece que os subsídios à exportação devem estar vinculados a situações reais ou previstas de ganhos com as exportações. Assim, o fato de um subsídio ser concedido a empresas exportadoras não implica, automaticamente, em proibição.

⁴¹³ Tradução livre de: “Article 3 SMC Agreement: 3.1 Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited:(a) subsidies contingent, in law or in fact⁴¹³, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I⁴¹³; (b) subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods. 3.2 A Member shall neither grant nor maintain subsidies referred to in paragraph 1”.

Nesse sentido, para que um subsídio seja considerado proibido nos termos do artigo 3º do ASMC, é indispensável que seu benefício esteja condicionado em dispositivos legais (*de jure*) ou, de fato, ao desempenho exportador, independentemente de seus resultados. A intenção dos membros ao proibir subsídios de fato é evitar subterfúgios para burlar as normas do ASMC.

Os subsídios de direito são aqueles cujas condições estão expressas em dispositivos legais, ao passo que os subsídios de fato não se encontram em normas, mas os fatos demonstram a sua existência nos termos da nota de rodapé 4 do ASMC⁴¹⁴.

Para o Órgão de Apelação, tanto os subsídios de fato como os de direito são disciplinados pela mesma norma, o que muda é a forma pela qual devem ser provados.⁴¹⁵ Enquanto os subsídios *de jure* podem ser provados a partir do seu texto, os subsídios de fato requerem uma análise minuciosa de todas as circunstâncias que cercam a sua concessão, pois dificilmente um único fato seria suficiente para determinar a sua existência⁴¹⁶.

Quanto ao Anexo I, mencionado no referido artigo, este apresenta um rol com onze subsídios proibidos, tanto diretos quanto indiretos, ou seja, concedidos mediante auxílio financeiro direto ou por meio de incentivos fiscais. O *Panel Canada – Autos* confirmou o caráter exemplificativo do Anexo I, abrindo a possibilidade de existirem outros subsídios proibidos, não dispostos na lista⁴¹⁷.

Muitas vezes, os países em desenvolvimento alegam que os subsídios não deveriam ser proibidos quando servem para compensar as desvantagens enfrentadas pelos exportadores decorrentes do baixo nível de desenvolvimento do Estado. Porém, o *Panel* no caso *Brazil-Aircraft* determinou que:

⁴¹⁴ Nota de rodapé do artigo 4: “Esta norma será satisfeita quando os fatos demonstrarem que a concessão de um subsídio, ainda que não esteja vinculada de direito ao desempenho exportador, está de fato vinculada a exportações ou ganhos com exportações reais ou previstos. O simples fato de que subsídios sejam concedidos a empresas exportadoras não deverá, por si só, ser considerado como subsídio a exportação, no sentido definido neste Artigo”. Tradução livre de: “*This standard is met when the facts demonstrate that the granting of a subsidy, without having been made legally contingent upon export performance, is in fact tied to actual or anticipated exportation or export earnings. The mere fact that a subsidy is granted to enterprises which export shall not for that reason alone be considered to be an export subsidy within the meaning of this provision*”. In: ASMC.

⁴¹⁵ Ver: Relatório do *Panel* no caso *European Communities – Large Civil Aircraft*.

⁴¹⁶ Ver Relatório do *Panel* no caso *Australia – Automotive Leather II*, par. 9.67, que considerou que o fato de o mercado interno ser muito pequeno para absorver toda a produção subsidiada indicava o vínculo do subsídio ao desempenho exportador.

⁴¹⁷ Ver: Relatório do *Panel* no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, par. 167.

Nos itens (e), (f), (g), (h) e (i) da Lista Ilustrativa, que se referem a isenções, remissões ou diferimento de impostos ou encargos à importação, não há nenhum indício de que uma vantagem fiscal não constituiria um subsídio à exportação simplesmente porque reduziu o encargo fiscal sobre o exportador a um nível comparável ao que suportam os competidores estrangeiros⁴¹⁸.

A referida lista enumera algumas exceções, permitindo o uso dos subsídios, do mesmo modo que as práticas ali não inseridas serão consideradas permitidas. Ressalta-se que, mesmo permitidos *prima facie*, os subsídios poderão ser contestados quando produzirem efeitos adversos no comércio.

Segundo o item (e) da Lista Ilustrativa, “[...] a isenção, remissão ou diferimento total ou parcial, relacionada especificamente à exportação, de tributos diretos ou contribuições sociais devidas pelas indústrias ou empresas”⁴¹⁹ constituem subsídios proibidos. Todavia, os incentivos fiscais mencionados, quando aplicados sobre tributos indiretos⁴²⁰, só serão proibidos se excessivos em comparação com o montante que seria arrecadado no mercado interno⁴²¹.

Na praxe do comércio internacional, não se tributa a exportação, ou seja, os tributos indiretos não devem ser repassados aos consumidores de outro país, uma vez que os produtos importados serão onerados pela tributação do país destinatário. Por esse motivo, a OMC admite a restituição de tributos indiretos, desde que não exceda os encargos pagos pelo exportador.

A mesma linha de raciocínio se aplica às operações de *drawback*, que consiste na desoneração dos tributos incidentes sobre a importação de insumos, partes, peças e matéria-prima em geral para a fabricação de produtos que serão exportados. Para que a operação não configure subsídio proibido, a matéria-prima deve, necessariamente, ser utilizada no produto acabado, o que, muitas vezes, é difícil de se averiguar. Caso a matéria-prima nacional seja utilizada mediante incentivo fiscal, estará configurada proibição do subsídio no sentido da alínea (b) do artigo 3, conhecida como substituição de importações.

⁴¹⁸ Ver: Relatório do Panel no caso *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, par. 7.25.

⁴¹⁹ Tradução livre de: ASMC, Anexo I, e: “*The full or partial exemption remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises*”.

⁴²⁰ Tributos indiretos são aqueles que incidem sobre a venda, consumo, valor agregado, estoque, equipamentos, suportados por terceiros, enquanto que os diretos incidem sobre a renda e são suportados pelo próprio sujeito passivo da obrigação tributária.

⁴²¹ GRANADOS, Jaime. *Export processing zones and other special regimes in the context of multilateral and regional trade negotiations*. Intal, Buenos Aires, 2003, p. 12.

Os subsídios destinados à substituição de importações também são proibidos, pois estão condicionados às exigências de emprego de produtos nacionais em detrimento dos importados.

A prática de substituição de importações foi muito utilizada nos anos 50 e 60 como meio de intervenção do Estado na economia, a fim de fomentar a industrialização para o desenvolvimento. Contudo, ao verificar os efeitos distorcivos dessa prática, os economistas passaram a duvidar da adequação dessas políticas comerciais. Por esse motivo, os Estados membros da OMC concordaram quanto à presunção da especificidade e dos danos causados pelas substituições de importações.

A título de exemplo, o Órgão de Apelação condenou as seguintes medidas: a) pagamentos realizados pelo governo brasileiro vinculados à exportação de aeronaves, que visavam a assegurar vantagens creditícias nos termos do item (K) da Lista Ilustrativa, ao cobrir a diferença entre os juros contratados com o importador e o custo do financiador para o levantamento de fundos⁴²²; b) a isenção de tributos diretos concedida pelo governo norte-americano às empresas FSC (Foreign Sales Corporations), que, por se encontrarem fora do território estadunidense, deveriam, segundo a legislação americana, pagar tributos sobre a renda auferida no local onde se situava e nos Estados Unidos⁴²³; c) a doação de 30 milhões de dólares australianos e um empréstimo de 25 milhões concedido a uma única empresa produtora e exportadora de couro automotivo⁴²⁴.

Por fim, ressalta-se que as regras referentes aos subsídios do Acordo sobre Agricultura e do ASMC devem ser interpretadas de forma harmônica, uma vez que ambas integram o Acordo Constitutivo da OMC. Assim, caso não haja ressalvas no Acordo sobre Agricultura, deverão ser aplicadas as regras do ASMC. Além disso, por força do artigo 27, os subsídios do artigo 3 serão considerados acionáveis para os países menos desenvolvidos.

⁴²² Ver: Relatório do Órgão de Apelação no caso *Brazil – Export Financing Program for Aircraft*, par. 196.

⁴²³ Ver: Relatório do Órgão de Apelação no caso *United States – Foreign Sales Corporations*, par. 275: “Como um todo, os benefícios concedidos às FSC representam esforço sistemático dos Estados Unidos de isentar certos tipos de renda, que, na ausência do programa, seria tributada”. Tradução livre de: “*Viewed as an integrated whole, the exemptions provided by the FSC scheme represent a systematic effort by the United States to exempt certain types of income which would be taxable in the absence of the FSC scheme*”.

⁴²⁴ Nesse sentido, ver: Relatório do Órgão de Apelação no caso *Australia – Automotive Leather II*.

B) SUBSÍDIOS ACIONÁVEIS

As contribuições governamentais que não se enquadram na categoria dos subsídios proibidos ainda podem ser contestadas quando produzirem efeitos adversos no comércio. O artigo 5 do ASMC disciplina que “nenhum membro deverá causar, por meio da aplicação de qualquer subsídio mencionado nos parágrafos 1 e 2 do Artigo 1, efeitos danosos aos interesses de outros membros [...]”⁴²⁵.

Portanto, os subsídios acionáveis são aqueles que não são proibidos, mas que provocam danos ao comércio internacional. São específicos, mas a sua especificidade não é presumida como ocorre com os proibidos. Como não são específicos e condenáveis *per se*, é preciso provar o nexu causal entre o benefício e o dano. Não sendo possível prová-lo, o subsídio será permitido. Nos dizeres de Magalhães, tais subsídios “[...] tem sua utilização vedada, mediante comprovação de que provocam efeitos nocivos aos interesses de outro país-membro ou, excepcionalmente, ante a iminente e clara ameaça de dano”⁴²⁶.

Esses efeitos são apresentados nos parágrafos do artigo 5 do ASMC:

- (a) dano à indústria nacional de outro Membro¹;
- (b) anulação ou prejuízo de vantagens resultantes para outros Membros, direta ou indiretamente, do GATT 1994, em especial as vantagens de concessões consolidadas sob o Artigo II do GATT 1994¹²;
- (c) grave dano aos interesses de outro Membro⁴²⁷;

⁴²⁵ Tradução livre de: “SCM Agreement, article 5 [...] No Member should cause, through the use of any subsidy referred to in paragraphs 1 and 2 of Article 1, adverse effects to the interests of other Members [...]”.

⁴²⁶ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 127.

⁴²⁷ Tradução livre de: “SCM Agreement, article 5 [...] (a) injury to the domestic industry of another Member (192); (b) nullification or impairment of benefits accruing directly or indirectly to other Members under GATT 1994 in particular the benefits of concessions bound under Article II of GATT 1994 (193); (c) serious prejudice to the interests of another Member”.

Nota-se que os subsídios são acionáveis quando as importações subsidiadas causam ou ameaçam causar danos à indústria nacional⁴²⁸ que fabrica produto similar⁴²⁹, ou ainda quando os danos são sofridos por outro membro.

Para determinar a ocorrência ou a iminência do dano, faz-se necessário averiguar o volume das importações subsidiadas e os seus efeitos sobre os preços no mercado interno e, ainda, se houve aumento significativo das importações a ponto de causar impactos à indústria nacional⁴³⁰.

Nota-se que os efeitos adversos causados pelos subsídios constituem um elemento importante para a análise de sua existência. Dessa forma, mesmo quando concedidos antes da criação da OMC, caso os seus efeitos permaneçam ao longo do tempo, poderão ser questionados com base artigo 5⁴³¹.

No caso de ameaça de dano, o artigo 15.7 do ASMC exige que a sua determinação deverá se basear em fatos claramente previsíveis e iminentes, não sendo suficientes meras alegações, conjecturas, tampouco possibilidades remotas. Para isso, o referido artigo estabelece elementos que devem ser objeto de análise em conjunto: a) a natureza dos subsídios e seus efeitos; b) aumento significativo das importações subsidiadas no mercado nacional; c) aumento significativo das exportações subsidiadas; d) efeito depressor ou supressor⁴³² dos preços nacionais, aumentando a demanda pelos bens importados subsidiados; d) os estoques do produto subsidiado⁴³³.

⁴²⁸ A definição de indústria nacional está disciplinada no artigo 16.1 do ASMC: “Para as finalidades deste Acordo e com exceção do previsto no parágrafo 2, o termo indústria nacional será entendido como o conjunto dos produtores nacionais do produto similar ou como aqueles dentre eles cuja produção conjunta constitua a maior parte da produção nacional total desses produtos, salvo quando os produtores estiverem vinculados aos exportadores ou importadores ou forem eles próprios importadores do produto alegadamente subsidiado ou de produto similar proveniente de outros países, caso em que o termo “indústria nacional” poderá ser entendido como referente aos demais produtores. Tradução livre de: “SCM Agreement, article 16.1: For the purposes of this Agreement, the term “domestic industry” shall, except as provided in paragraph 2, be interpreted as referring to the domestic producers as a whole of the like products or to those of them whose collective output of the products constitutes a major proportion of the total domestic production of those products, except that when producers are related⁴²⁸ to the exporters or importers or are themselves importers of the allegedly subsidized product or a like product from other countries, the term “domestic industry” may be interpreted as referring to the rest of the producers”.

⁴²⁹ Para verificar a similaridade dos produtos, os seguintes elementos são considerados: características físicas, finalidades de uso, hábitos e preferências dos consumidores e classificação aduaneira. Nesse sentido, ver: BOOSCHE; ZDOUC, *op. cit.*, p. 780.

⁴³⁰ *Idem*; *ibidem*, p. 781-782.

⁴³¹ Desse entendimento compartilha o Órgão de Apelação no caso *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft (2011)*, par. 686.

⁴³² Enquanto a depressão de preços é mais fácil de se verificar, concretizando-se com a redução dos preços, a supressão implica em situações que impedem os preços de subirem, por esse motivo, só podem ser averiguadas mediante a comparação dos preços atuais com os preços que poderiam ocorrer na ausência dos subsídios. Nesse sentido, ver o Relatório do Órgão de Apelação no caso *US – Upland Cotton (2008)*, par. 351.

⁴³³ Artigo 15.7 ASMC.

Em ambos os casos, seja na ocorrência do dano ou na sua iminência, para que o subsídio seja considerado acionável, é imprescindível que o subsídio tenha ocasionado o dano, isso quer dizer que o nexo causal entre o subsídio e o respectivo dano deve ser provado. Qualquer dano causado por outros fatores não pode ser contestado sob os auspícios do ASMC⁴³⁴.

Quando o artigo 5 menciona o termo “efeito”, pretende-se focar os resultados produzidos pelos subsídios. Dessa forma, é preciso que haja um vínculo entre o subsídio e os efeitos adversos. O Órgão de Apelação já decidiu que: “O efeito – supressão de preço – deve resultar de uma cadeia de causalidade que deve estar vinculada ao subsídio impugnado”⁴³⁵.

Esse efeito pode continuar, mesmo que o subsídio não esteja mais em vigor, o que não impede a sua impugnação. O Órgão de Apelação já determinou que é natural que exista um intervalo entre o benefício e os seus efeitos⁴³⁶.

Contudo, o tratamento deve ser diferenciado no que concerne aos remédios concedidos para combater os danos graves já ocorridos ou existentes, que podem perquirir ao longo do tempo, da ameaça de dano futuro⁴³⁷.

Por fim, segundo o artigo 5 (b), os subsídios também são acionáveis quando anulam ou reduzem vantagens obtidas pelos membros, tais como concessões tarifárias consolidadas sob o artigo II:1 do GATT 1994.

C) SUBSÍDIOS NÃO ACIONÁVEIS

Os subsídios não acionáveis não podem ser impugnados por lhe faltarem o critério da especificidade. Até o final de 1999, essa categoria ainda possuía alguns tipos de subsídios específicos, determinados no artigo 8 do ASMC, que, todavia, foram extintos por força do artigo 31.

Tratava-se basicamente de assistência para atividades de pesquisa e desenvolvimento, para adequação às novas legislações ambientais, bem como para promover o desenvolvimento regional.

⁴³⁴ Relatório do Órgão de Apelação no caso *Japan – DRAMs (2007)*, par. 267.

⁴³⁵ Tradução livre de: “*The effect – price suppression – must result from a chain of causation that is linked to the impugned subsidy*”. In: Relatório do Órgão de Apelação no caso *United States – Subsidies on Upland Cotton*, par. 372.

⁴³⁶ Relatório do *Panel* no caso *United States – Subsidies on Upland Cotton*, par. 477.

⁴³⁷ Relatório do *Panel* no caso *United States – Subsidies on Upland Cotton*, par. 244.

Essa categoria deveria vigorar por apenas cinco anos, e após esse período ela seria revisada. Tendo em vista que essa revisão não ocorreu, há um consenso de que a categoria expirou. Todavia, ainda há muita discussão sobre o assunto na OMC devido à relevância desses subsídios para o desenvolvimento dos países menos favorecidos.

De qualquer maneira, é importante ressaltar que a extinção da categoria não impede que tais subsídios sejam considerados permitidos, desde que concedidos de forma não específica, pois, uma vez averiguada a especificidade, o subsídio poderá ser considerado acionável se causar os danos previstos no Artigo 5 do ASMC.

Assim, pode-se afirmar que os subsídios são permitidos pela OMC, desde que não sejam específicos e tampouco estejam vinculados ao desempenho exportador ou destinados à substituição de importações, modalidades cuja especificidade é presumida.

3.4.1.2 Medidas compensatórias

Para combater todos os tipos de subsídios, proibidos ou acionáveis, a OMC autoriza os seus membros a iniciar uma investigação para aplicar medidas compensatórias, uma modalidade de contramedidas⁴³⁸, cuja finalidade é eliminar os efeitos danosos causados à indústria nacional do país importador.

A imposição de medidas compensatórias depende da vontade do Estado importador, conquanto comprove os seguintes requisitos: a) constatação por parte da autoridade investigadora de que as importações são subsidiadas; b) prejuízo à indústria nacional e; c) nexo de causalidade entre as importações subsidiadas e o dano.

Não sendo provado o subsídio, a medida compensatória será considerada ilegal, mediante decisão administrativa, cujo procedimento investigatório deverá ser conduzido segundo os artigos 10 a 23 do ASMC, que deverão ser observados pela legislação interna dos Estados, sob pena de reclamação perante o OSC.

O referido procedimento poderá ser iniciado pela indústria nacional ou em seu nome⁴³⁹, ou ainda, pela própria autoridade estatal⁴⁴⁰, mediante petição escrita acompanhada de provas suficientes dos subsídios, de seus danos e do nexo causal, descrevendo o produto subsidiado, sua origem e os respectivos exportadores.

⁴³⁸ Também são contramedidas na OMC: *antidumping* e salvaguardas.

⁴³⁹ Segundo o artigo 11.4, a indústria nacional é aquela cuja produção representa mais de 50% da produção total do produto similar, expressando tanto o seu apoio quanto a sua rejeição à medida. A investigação não será iniciada quando os produtores apoiadores representam menos de 25% da produção nacional.

⁴⁴⁰ O Estado pode iniciar o procedimento investigatório desde que tenha provas suficientes da existência do subsídio.

Uma vez iniciada, a autoridade investigatória deverá, previamente, realizar consultas com os membros que exportam o produto investigado para esclarecimentos e, se possível, a resolução do problema mediante acordo, oportunidades que também serão concedidas durante todo o procedimento.

O prazo da investigação será de 1 ano e, em circunstâncias especiais, poderá ser estendido para 18 meses. Durante esse período, as medidas podem ser aplicadas de forma provisória com o intuito de prevenir danos durante o trâmite da investigação.

O método utilizado para calcular a vantagem decorrente do subsídio depende da legislação interna de cada membro, desde que observadas as diretrizes gerais do artigo 14 do ASMC. Assim, as medidas compensatórias deverão ser suficientes para eliminar o dano à indústria nacional durante o tempo que for necessário para tanto, não ultrapassando o limite de 5 anos. A partir disso, pode-se chegar a duas conclusões: a) o montante das medidas não pode ultrapassar o valor dos subsídios e; b) as medidas podem ter valor inferior ao subsídio, se isso for suficiente para remover o dano.

3.5 Principais subsídios e medidas compensatórias aplicados

Os dados sobre os principais subsídios aplicados só podem ser obtidos por meio do envio das notificações por parte dos membros em relação aos subsídios concedidos, dos casos levados ao OSC e das notificações das medidas compensatórias adotadas⁴⁴¹.

Há que se considerar que nem todos os membros cumprem a obrigação de notificar anualmente sobre os subsídios adotados⁴⁴². Até 28 de outubro de 2014, por exemplo, somente 40 membros haviam notificado ao Comitê sobre subsídios aplicados, enquanto que 22 membros notificaram informando que não adotaram práticas sujeitas a notificações no ano de 2013⁴⁴³.

Além disso, não se pode afirmar que os subsídios informados são proibidos, acionáveis ou permitidos, uma vez que os membros devem notificar qualquer contribuição geradora de benefícios econômicos à uma indústria específica, independentemente da categoria em que ela se enquadra. Além disso, não cabe ao Comitê realizar esse tipo de análise e, sim, proporcionar a transparência de tais práticas.

⁴⁴¹ As medidas compensatórias constituem medidas unilaterais impostas pelos membros para contrabalançar os efeitos adversos dos subsídios e serão estudadas de forma pormenorizada no capítulo 3.

⁴⁴² A obrigação de notificar as práticas de subsídios encontra-se determinada no parágrafo 1 do artigo 25 do ASMC, que será melhor analisado no capítulo 3.

⁴⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe (2014) del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias*. N°. del doc. 14.6352

O prazo final para notificações é todo dia trinta de junho de cada ano, mas infelizmente, o número de atrasos e omissões é bastante significativo. Geralmente, os membros tendem a omitir subsídios específicos sobre setores mais sensíveis. Por exemplo, o Brasil tem sido assíduo na notificação de seus subsídios agrícolas, considerados legais, mas, em contrapartida, omite os benefícios fiscais em setores como o automotivo, setor que poderá ensejar questionamentos por parte dos países desenvolvidos.

Não obstante, os países também podem encontrar dificuldades de notificar seus programas de subsídios em virtude da complexidade do ASMC e do próprio conceito de subsídios, da linguagem que pode prejudicar a interpretação dos acordos, principalmente pelos países que não adotam as línguas oficiais da OMC como língua materna, ou ainda, devido à falta de transparência interna que dificulta a junção de dados.

O *World Trade Report* de 2006 revelou que Canadá, Estados Unidos, Austrália, Japão, Suíça, Índia e África do Sul omitiram significativamente as suas políticas de subsídios entre 1998 e 2002, enquanto que a União Europeia, a República da Coreia e o Brasil tiveram alto índice de notificações, conforme demonstra a tabela a seguir:

Figura 15: Despesas médias em subsídios de acordo com fontes distintas em bilhões de dólares, 1998-2002

Estados	Dados das contas nacionais	Notificações
Canadá	7,7	0,9
Estados Unidos	43,5	16,3
Austrália	4,7	0,3
Japão	34,3	4,2
Suíça	10,8	0,7
Índia	12,2	-
África do Sul	0,9	-
União Europeia	109	96,3
Coreia	1,0	1,3
Brasil	2,0	1,7

Fonte: *World Trade Report 2006*⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2006: exploring the links between subsidies, trade and the WTO*. Geneva: WTO, 2006. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2009.

O último relatório anual do Comitê de Subsídios, de 03 de novembro de 2014, atestou que somente quarenta membros apresentaram notificações de subsídios e vinte membros notificaram que não mantinham programas de subsídios sujeitos ao requisito de notificação.

No que concerne às soluções de controvérsias, até setembro de 2015, o ASMC foi citado em 109 casos⁴⁴⁵. Desse número, 60 casos envolveram, especificamente, os subsídios proibidos disciplinados pelo artigo 3. É interessante notar que todos os casos que mencionaram o artigo 3.1, que trata dos subsídios vinculados ao desempenho exportador, também envolveram o artigo 3.2, referente à substituição de importações. Os subsídios acionáveis do artigo 5, por sua vez, foram questionados em 18 casos⁴⁴⁶.

Quanto ao setor, o mais citado foi o automotivo, com 17 casos, em seguida, o comércio de aeronaves com 8 casos, benefícios fiscais vinculados à exportação com 7 e 3 casos de concessão de benefícios fiscais em geral, inclusive o caso DS 472, iniciado pela União Europeia contra o Brasil, referente aos benefícios fiscais concedidos pelo país ao setor automotivo, de tecnologia e eletrônicos, aos bens produzidos em áreas de livre comércio e, ainda, aos exportadores⁴⁴⁷.

Por outro lado, as notificações de medidas compensatórias são realizadas de forma prévia e o Relatório Anual do Comitê de Subsídios mostrou que, de 1º de janeiro de 1995 a 30 de junho de 2014, foram adotadas 193 medidas de 355 iniciadas, e o setor mais atingido foi o de metais comuns e suas manufaturas.

Os quadros seguintes destacam, respectivamente, os membros que mais foram alvo de medidas compensatórias, as principais medidas aplicadas por setor e os membros que mais fizeram uso de tais medidas.

⁴⁴⁵ O número se refere ao pedido de consultas e que nem todas as consultas chegam a formar um *Panel*, uma vez que em muitas delas são alcançados acordos entre as partes.

⁴⁴⁶ Dados disponíveis em: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Índice de Diferencias por Acuerdo*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A20#selected_agreement>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴⁴⁷ Dados retirados de: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Índice de Assuntos*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_subjects_index_s.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Figura 16: Medidas compensatórias sofridas por membros exportadores

Exporter	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	30.06.14	Total	
Argentina	1						3															4
Australia						1																1
Austria	1																					1
Belgium					1																	1
Brazil	4					2		2														8
Canada								2	1													3
China											2		1	10	6	10	5	8	10	1		53
Colombia										1												1
Côte d'Ivoire	1																					1
European Union	1	2		2		1			1	1	1					1	1				1	12
France					2	1	1	1					1									6
Germany							1	1														2
Hungary								1														1
India	1			2	4	4	3	5	1	6		1		1	2		1	2	1			34
Indonesia	1				1	2	1		1			1				1						8
Iran, Islamic Republic of																1						1
Israel	1																					1
Italy	2	2		1	3			1														9
Korea, Republic of					2	1		1	2		1	1							1			9
Malaysia	1					2																3
Netherlands							1															1
Norway			1																			1
Pakistan							1									1						2
Philippines	1					1																2
South Africa			2		1		1															4
Spain				1																		1
Sri Lanka	1																					1
Taipei, Chinese						3																3
Thailand						2	1															3
Turkey		1																				1
United Arab Emirates																1						1
United Kingdom							1															1
United States						1									1	3	2				1	8
Venezuela, Bolivarian Republic of	3																					3
Viet Nam																1				1		2
Total	19	5	3	6	14	21	14	14	6	8	4	3	2	11	9	19	9	10	13	3		193

Fonte: OMC⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Countervailing Measures by Exporting Member 01/01/1995-30/06/2014*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresRepMemVsExpCty.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Figura 17: Medidas compensatórias aplicadas por setor

HS section name	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	30.06.14	Total
I Live animals and products			1			2	1									1					5
II Vegetable products	5			1			1		1								1				9
III Animal and vegetable fats, oils and waxes				1					1	1	1					1					5
IV Prepared foodstuff; beverages, spirits, vinegar; tobacco	2	5	2	1		1				1			1								13
V Mineral products							4								1		1				6
VI Products of the chemical and allied industries				1		1		2		1				1	2	2		2	1	2	15
VII Resins, plastics and articles; rubber and articles					1	4	1	1						2	1	4					14
IX Wood, cork and articles; basketware								1			1						1				3
X Paper, paperboard and articles												2		1		2	1				6
XI Textiles and articles						3	1	1		1				1		1					8
XIII Articles of stone, plaster; ceramic prod.; glass																1				1	2
XV Base metals and articles	12			2	13	10	6	9	1	3	1		1	4	3	7	4	6	9		91
XVI Machinery and electrical equipment									3	1	1	1		2	2			1	3		14
XVII Vehicles, aircraft and vessels																	1	1			2
Total	19	5	3	6	14	21	14	14	6	8	4	3	2	11	9	19	9	10	13	3	193

Fonte: OMC⁴⁴⁹.

Nota-se a partir desses dados que, durante crise econômica que se iniciou em 2008, culminando em 2009, as medidas compensatórias aumentaram significativamente de 2 para 11, novamente atingindo em maior grau o setor de metais. A China foi a maior responsável por essas medidas, pois, sozinha, foi alvo de 10 medidas das 11 aplicadas no total.

⁴⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Countervailing Measures by Sector 01/01/1995-30/06/2014*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresBySector.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Quanto ao Brasil, verifica-se que sofreu 8 medidas até 2002 e, desde 2003, não tem sido objeto de medidas compensatórias, no entanto, desde a criação da OMC, já aplicou 7 (ver figura abaixo). Cabe ainda constatar que os maiores usuários dessas medidas são os Estados Unidos, com um total de 79 medidas aplicadas desde 1995, em sequência, a União Europeia com 34 e o Canadá com 24, conforme o quadro abaixo:

Figura 18: Medidas compensatórias impostas por membros

Reporting Member	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	30.06.14	Total
Argentina		2		2																	4
Australia						1							1			1	1	2	3		9
Brazil	5									1				1							7
Canada	1					5	1			1	2		1	3	1	1	1	4	3		24
Chile						2															2
China																2	2				2
Costa Rica										1											1
European Union			1	2	3	10		2	3	2	1				1	3	2		3	1	34
Japan													1								1
Mexico	7										1							2			10
New Zealand		1	2	1																	4
Peru	1						1		1							2					5
South Africa						1	2	2													5
Turkey															1						1
United States	5	2		1	11	2	10	10	2	2		2		7	6	10	3	2	4		79
Venezuela, Bolivarian Republic of										1											1
Total	19	5	3	6	14	21	14	14	6	8	4	3	2	11	9	19	9	10	13	3	193

Fonte: OMC⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Countervailing Measures by Reporting Member. 01/01/1995-30/06/2014.* Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresByRepMem.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Infere-se, a partir desses quadros, que houve moderada diminuição dessas medidas em 2009, mas no ano seguinte houve substancial aumento, passando de 9 para 19 medidas aplicadas, devido ainda às manifestações da crise de 2008, que desencadeou a crise da zona do Euro e a guerra cambial.

Diante desse cenário, mister se faz estudar as orientações da OMC a seus membros sobre as políticas de subsídios para conter as crises econômicas mundiais.

3.5.1 O pacote de subsídios após a crise de 2008

No início da era GATT, as exportações mundiais de bens chegaram a US\$ 59 bilhões de dólares ao ano. Em 2011, passados os efeitos da crise de 2008, as exportações mundiais chegaram a quase US\$ 18 trilhões. A crise de 2008 ocasionou a queda de 12% nas exportações mundiais, a maior desde a Segunda Guerra Mundial⁴⁵¹.

Enquanto que o volume de 2008 se encontrava ao redor de US\$ 16 trilhões, em 2009, caiu para US\$ 12 trilhões, voltando a aumentar para US\$ 15,3 trilhões em 2010. A partir desse ano, os aumentos não foram tão significativos: em 2011, o aumento foi de 5%, com o valor de US\$ 18,4 trilhões e passou para US\$ 18,8 em 2013⁴⁵².

A crise de 2008 se iniciou nos Estados Unidos no setor imobiliário, em face do excesso na concessão de empréstimos sem garantias suficientes. Além disso, devido aos gastos americanos com guerras ao longo dos anos 2000, o Banco Central elevou as taxas de juros, causando o aumento das dívidas, dificultando a sua quitação e causando, por conseguinte, a desvalorização dos imóveis e a falência de bancos.

Tendo em vista a globalização da economia e a importância econômica dos Estados Unidos, detentor de uma das economias mais influentes do mundo, a paralisação de seu mercado financeiro impactou todos os seus parceiros comerciais⁴⁵³, acarretando a diminuição significativa do comércio internacional.

⁴⁵¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *International Trade and Market Access Data*. Disponível em: http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴⁵² *Idem; ibidem*.

⁴⁵³ Segundo dados de 2013, obtidos pelo Ministério das Relações Exteriores Brasileiro, os Estados Unidos possuem um PIB de US\$16,8 trilhões e seus principais parceiros para onde são direcionadas suas exportações são: Canadá, México, China, Japão, Reino Unido, Alemanha, Brasil, Países Baixos, Hong Kong e Coreia do Sul. As importações americanas têm como origem os seguintes países, em ordem de relevância: China, Canadá, México, Japão, Alemanha, Coreia do Sul, Reino Unido, Arábia Saudita, França e Índia. In: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Estados Unidos: Comércio Exterior*. Disponível em:

A redução do comércio é um assunto que preocupa a OMC, principalmente no que tange às medidas protecionistas que podem ser adotadas pelos membros com o intuito de combater os efeitos nefastos desencadeados por crises econômicas.

Dentre as possíveis providências que podem ser adotadas nesses momentos, destacam-se medidas *antidumping*, salvaguardas, barreiras às importações, além de subsídios e medidas compensatórias. Todavia, essas medidas não deixam de ter seu lado prejudicial ao comércio, podendo prolongar ou até mesmo intensificar os efeitos das crises. Nesse sentido, pronunciou-se o Banco Mundial, em seu trabalho intitulado *Lessons from World Bank Research on Financial Crises*:

[...] quando um país impõe barreiras à exportação ou reduz o comércio e tributos sobre o consumo, optando pelo isolamento de seu mercado interno do aumento dos preços internacionais, ao mesmo tempo em que ele beneficia seu mercado interno, ele coopera para o aumento exacerbado dos preços mundiais⁴⁵⁴.

Assim, o Relatório Anual de 2009 da OMC, cujo objetivo principal foi se pronunciar a respeito das medidas de contingências da crise, reconheceu a necessidade de adoção dessas medidas, não obstante, havendo alerta para as suas consequências: “o fato das medidas de contingências serem necessárias para assegurar futura liberalização do comércio, não significa que não há consequências negativas”⁴⁵⁵. Pascal Lamy, na época Diretor-Geral da OMC, ressaltou que o “protecionismo não é a resposta”⁴⁵⁶.

Como consequências da aplicação de tais medidas, mais especificamente, a prática de subsídios e a imposição de medidas compensatórias, é preciso alertar para o perigo de

<<http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/IndicadoresEconomicos/INDEstadosUnidos.pdf>>.

Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴⁵⁴ Tradução livre de: “A similar collective-action problem emerged during the recent sharp rise in food prices whereby a number of countries decided to insulate their domestic markets from food price increases by imposing export barriers or reducing trade and consumption taxes. While these policy responses made sense from the point of view of each individual country, the collective effect was to exacerbate the increases in world prices”. In: WORLD BANK. *Lessons from the World Bank Research on Financial crisis*. Policy Research Working Paper, n° 4779, Washington D.C: The World Bank, 2008, p. 16.

⁴⁵⁵ Tradução livre de: “[...] the fact that trade contingency measures are necessary to ensure further trade opening does not mean that there are no negative consequences”. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2009: trade policy commitments and contingency measures*. Disponível em: <Geneva: WTO, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴⁵⁶ Tradução livre de: Protectionism is not the answer. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Global Crisis Requires Global Solutions*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/tpr_13jul09_e.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

essas práticas se tornarem permanentes. Além disso, é difícil de se distinguir medidas de contingências lícitas das ilícitas, o que leva a discussão para o OSC.

Considerando que os subsídios realocam, artificialmente, os recursos econômicos, a OMC considera que seu uso continua sendo prejudicial para o país importador devido ao seu impacto nos preços mundiais, reduzindo-os⁴⁵⁷. Outra preocupação da OMC em relação ao tema concerne aos *lobbies* formados internamente nos Estados para manter os subsídios, o que pode prolongar a sua concessão mesmo passada a crise.

As medidas compensatórias, por sua vez, são vistas como prejudiciais para os consumidores do Estado importador em condições de mercado perfeito, embora possam também ser úteis na neutralização e desencorajamento de subsídios.

Desse relatório, infere-se que a OMC se mostrou mais flexível para com as medidas de combate à crise econômica de 2008, embora houvesse o receio de seu prolongamento, acarretando protecionismo infundável. Ocorre que o último relatório da OMC, publicado em 2014, referente ao ano de 2013, demonstrou que o cenário de 2008 se mostrava diferente daquele em que se passaram as crises anteriores e, por esse motivo, seus efeitos foram diversos do esperado no Relatório de 2009.

O relatório de 2014 teve por escopo analisar as transformações ocorridas na relação entre o comércio e o desenvolvimento desde o início do milênio. Nele, foram identificadas quatro tendências que alteraram o modo pelo qual o comércio afeta o desenvolvimento.

A primeira refere-se à vinculação entre o aumento do fluxo de comércio e o rápido crescimento econômico dos países em desenvolvimento. A segunda trata das cadeias globais de valores e de sua contribuição para o desenvolvimento, enquanto que a terceira envolve o aumento dos preços dos bens agrícolas e a importância da agricultura⁴⁵⁸. Por fim, a quarta tendência diz respeito à natureza cada vez mais global das crises econômicas, a exemplo do que ocorreu em 2008-2009. Nesse sentido, o atual Diretor Geral da organização, Roberto Azevedo, salientou no relatório de 2014 que:

⁴⁵⁷ Nesse sentido, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2009: trade policy commitments and contingency measures*. Disponível em: <Geneva: WTO, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015, p. 101.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2014: Trade and development: recent trends and the role of the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report14_e.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2015, p. 4.

A forte redução dos fluxos de comércio e de investimento, exacerbada pela queda na demanda agregada e o esgotamento do comércio de finanças, ajudou a transmitir os choques econômicos para produtores e comerciantes de economias em desenvolvimento. No entanto, o fato de que não foi visto um surto protecionista em escala ocorrido em crises anteriores significa que uma queda substancialmente pior no comércio internacional foi evitada⁴⁵⁹.

Há que se considerar que, quanto maior a volatilidade econômica do país, maior será a incidência dos efeitos da crise, o que significa dizer que os efeitos podem ser amenizados pela diminuição da volatilidade. Nesse sentido, o relatório de 2014 salienta que, quanto mais aberto e diversificado for o mercado e seus parceiros comerciais, menor a volatilidade econômica⁴⁶⁰.

Todavia, diferentemente das crises anteriores, por exemplo, a Grande Depressão de 1929, a crise de 2008 ocorreu num cenário de mercado mais aberto que se encontrava sob os auspícios das regras multilaterais de comércio, que restringiram as práticas anticíclicas de cunho protecionista, fazendo com que seus efeitos fossem menos devastadores.

Outro fator que contribuiu para a diminuição dos impactos causados pela crise de 2008/2009 e do uso de práticas protecionistas foi a expansão das cadeias globais de valores, que cooperaram para uma maior disseminação do comércio e de interesses comuns⁴⁶¹.

Um estudo realizado por Andrew Rose⁴⁶² colaborou para essa conclusão, quebrando o paradigma, segundo o qual medidas protecionistas são, essencialmente, anticíclicas. O autor comprovou que o protecionismo, atualmente, é acíclico, ou seja, não serve mais como instrumento anticíclico e isso se deve aos esforços dos governos em reduzir o protecionismo diante de crises.

Obviamente existem variáveis nesse estudo, as quais o próprio Rose reconhece, como o nível de desenvolvimento do país, o grau de abertura comercial, as barreiras não

⁴⁵⁹ Tradução livre de: "A sharp reduction in trade and investment flows, exacerbated by a fall in aggregate demand and the drying up of trade finance, helped transmit the economic shocks to producers and traders in developing economies. However, the fact that we did not see an outbreak of protectionism on the scale experienced in previous crises meant that a significantly worse fall in international trade was averted". In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2014*, p. 4.

⁴⁶⁰ *Idem*; *ibidem*, p. 12.

⁴⁶¹ *Idem*; *ibidem*, p. 171.

⁴⁶² Nesse sentido, ver: ROSE, Andrew. *Protectionism isn't countercyclical (anymore)*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w18062.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

tarifárias, entre outras, que podem gerar resultados diferentes. Nesse caso específico, Rose teve como foco principal o comércio dos Estados Unidos e da União Europeia.

Todavia, estudos comprovaram que, quando se trata de países em desenvolvimento, como Argentina, Brasil, Índia e outros, existe um padrão anticíclico no uso de medidas protecionistas, como as medidas compensatórias⁴⁶³.

A situação é ainda mais peculiar quando se trata dos subsídios agrícolas, setor em que os subsídios são mais frequentes, principalmente nos países desenvolvidos, que por sua vez, continuam afetando, de forma significativa, os países em desenvolvimento⁴⁶⁴.

3.5.2 Subsídios em Doha

Iniciada dois meses após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, mediante o consenso dos membros, a Agenda de Doha, também conhecida como a Rodada do Desenvolvimento, teve por escopo promover maior liberalização do comércio, atentando para as necessidades particulares dos países em desenvolvimento.

É verdade que a liberalização do comércio trouxe ganhos para os países em desenvolvimento. Dados da OMC estipulam que a Rodada do Uruguai resultou no aumento entre 109 e 510 bilhões de dólares à renda mundial anual, sendo que a média anual de acréscimo à renda dos países em desenvolvimento ficou em 116 bilhões de dólares. Estimou-se o aumento de comércio entre 9 a 24 por cento e, para os países em desenvolvimento, estimou-se a elevação em 50 por cento a mais que a média mundial.⁴⁶⁵

Todavia, também é verdade que a liberalização comercial ainda tem ocorrido de forma gradativa, deixando de lado os setores mais sensíveis, que passaram a fazer parte da agenda de Doha. Nesse sentido, Krugman salienta que:

A maioria dos ganhos potenciais de um comércio mais livre resultaria da redução de tarifas e subsídios à exportação, o que representa o último setor a ser liberalizado por ser o mais sensível em termos políticos. A estimativa é de que a liberalização do comércio agrícola produziria 63 por cento do total dos ganhos mundiais provenientes do livre comércio como um todo. Ganhos difíceis de obter, uma vez que os fazendeiros dos países ricos são

⁴⁶³ Nesse sentido, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2014*, p. 179.

⁴⁶⁴ *Idem; ibidem*, p. 10.

⁴⁶⁵ GATT SECRETARIAT. *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Disponível em: <<http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/archivos/gatt.PDF>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

altamente eficientes no que concerne a fazer pressão política para obter favores⁴⁶⁶.

As alíquotas sobre as importações já haviam sido suficientemente reduzidas até o início da Rodada de Doha. Os produtos manufaturados representavam o maior volume de comércio entre os Estados⁴⁶⁷, visto que boa parte deles se encontrava livre de barreiras. Assim, poucos assuntos restaram a ser negociados, mas estes, por sinal, constituíam os mais complexos da agenda: o comércio de serviços, a questão dos subsídios, a agricultura, cujo comércio representava somente 10% do comércio mundial⁴⁶⁸ e, ainda, o acesso ao comércio de manufaturas, bem como o aumento do espaço para manobras de fomento à industrialização.

Dentre os temas abordados, a eliminação dos subsídios não é de interesse dos países desenvolvidos, mas sim a liberalização do setor de serviços, ao passo que, para os países em desenvolvimento, a extinção dos subsídios dos países ricos, principalmente no setor agrícola, é importante. Quanto ao comércio de serviços, os países em desenvolvimento receiam a sua abertura, devido às dificuldades em concorrer no setor.

Em relação ao acesso de mercado de bens não agrícolas, conhecido como NAMA – *Non-Agricultural Market Access* – houve o consenso sobre a redução não linear de barreiras tributárias, conhecida como fórmula suíça, mas não se logrou alcançar um acordo sobre os coeficientes. Os Estados Unidos queriam que os países em desenvolvimento adotassem um coeficiente muito reduzido – oito por cento – e que em 2015, este chegasse a zero. A título de comparação, a União Europeia possui uma alíquota média de quatro por cento sobre as importações de manufaturas, enquanto que a média norte-americana é de três por cento⁴⁶⁹.

Devido ao impasse, os Estados Unidos e a União Europeia foram mais rígidos nas negociações sobre os subsídios à agricultura, condicionando o acordo às concessões dos países em desenvolvimento nas áreas de propriedade intelectual, serviços e acesso ao mercado de bens não agrícolas. A alíquota máxima de 15 por cento seria aceitável para

⁴⁶⁶ KRUGMAN, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁶⁷ Em 2005 o comércio de manufaturas chegou a representar mais de 73% do comércio mundial de mercadorias. In: PRESSER, Mário Ferreira. *As negociações em NAMA na OMC: Impasses e desafios*. BRIC, 2006, p. 63.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, ver: HOEKMAN; KOSTECKI, *op. cit.*, posição 2306.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, ver: PRESSER, *op. cit.*, p. 66.

os países em desenvolvimento, apesar de insuficiente para que a União Europeia tivesse acesso aos mercados dos países emergentes, tais como Brasil e Índia.

Por outro lado, ainda no que concerne ao NAMA, os países em desenvolvimento queriam mais espaço para a implantação de políticas de fomento industrial. Ademais, tais países pleiteavam que os coeficientes fossem distribuídos em novas categorias além da divisão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, com a justificativa de que alguns setores são mais sensíveis do que outros.

No caso do Brasil, os setores mais sensíveis são o automotivo, o têxtil e o de máquinas e equipamentos, que possuem alíquotas médias de 35%, coincidentemente, a máxima permitida pelo compromisso de redução tarifária assumido pelo país na OMC.

No demais setores, os países em desenvolvimento pleitearam por regras mais claras e específicas no procedimento de imposição de medidas compensatórias, enquanto que os desenvolvidos eram a favor de maior rigidez na concessão de subsídios.

As dificuldades de Doha se deram, em parte, pela junção de interesses dos países em desenvolvimento, que passaram a atuar de forma mais incisiva nas negociações. A acessão da China à OMC, país em desenvolvimento forte, colaborou para o aumento desse poder, contrabalanceando os interesses entre países fortes e fracos. Devido a essa força, tais países não estavam dispostos a aceitar qualquer acordo.

A crise de 2008 agravou ainda mais a situação, ao aumentar os preços dos bens agrícolas, corroborando no sentido de justificar a intervenção do Estado na economia, como instrumento para a proteção da indústria nacional.

Nesse cenário, o Diretor-geral da OMC, na época, reconheceu tais dificuldades, sintetizando-as:

A história da Rodada Doha leva precisamente a dificuldade que encontram seus diferentes atores para convergir sobre uma nova agenda que corresponda aos novos equilíbrios, notadamente entre disciplinas agrícolas, redução de direitos de alfandegários em matéria industrial e abertura do mercado de serviços. As negociações da rodada se confrontaram principalmente com o tema delicado da agricultura até 2008. Por razões diversas – prioritariamente, os objetivos nacionais dos negociadores – a rodada não pode ser implementada apesar dos progressos reais ao longo do ano de 2008, que ao mesmo tempo, marcava o início da crise econômica mundial.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰Tradução livre de: “L’histoire du round de Doha tient précisément à la difficulté que rencontrent ces différents acteurs pour converger sur un nouvel agenda qui corresponde aux nouveaux équilibres, notamment entre disciplines agricoles, réduction des droits de douane en matière industrielle et ouverture du marché des services. Les négociations du round se sont principalement heurtées au sujet délicat de l’agriculture jusqu’en 2008. Pour des raisons diverses – au premier rang desquelles les objectifs nationaux

Boa parte dos tópicos que, inicialmente seriam discutidos em Doha, foi abandonada devido à falta de convergência entre os membros⁴⁷¹. Como todas as rodadas, Doha seguiu a regra de que o acordo só ocorreria se todo o pacote fosse acordado⁴⁷². Propostas sobre alterações no ASMC também foram causa de imbróglio e, por isso, esquecidas ou negociadas paralelamente no âmbito bilateral e regional.

A principal proposta dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos era para que os subsídios do Artigo 8º, permitidos até 1999, porém acionáveis a partir dessa data, voltassem a se enquadrar na categoria.

O Brasil reconheceu o anacronismo do ASMC, principalmente quanto à assimetria dos créditos à exportação dos itens (j) e (k) do anexo I para os países em desenvolvimento, que, dificilmente, conseguiriam obter a mesma taxa de captação de crédito no mercado internacional. Como alternativa, o país pediu que fosse considerada, de forma singular, somente a variação da realidade macroeconômica dos Estados⁴⁷³.

Outro problema ressaltado foi o das lacunas do ASMC que somente são preenchidas pelas decisões do OSC. Enquanto isso, as dificuldades na investigação dos subsídios para fins de imposição de medidas compensatórias permanecem.

Os impasses entre os membros em relação aos subsídios e, em especial, aos da agricultura, bem como a vagueza dos termos das propostas, travaram a rodada por aproximadamente dez anos. A Conferência Ministerial de Bali, no final de 2013, retomou as negociações e, pela primeira vez, os membros chegaram a um consenso sobre regras mais específicas em relação à facilitação do comércio e à redução dos subsídios.

O novo Diretor-Geral da OMC, Roberto Azevedo, que assumiu em setembro de 2013, se comprometeu a reativar Doha e, em parte, conseguiu. O diplomata brasileiro atuante junto à OMC, durante o período que esteve representando o Brasil, obteve conquistas de grande significância para os países em desenvolvimento no que concerne

des négociateurs – le round n’a pu aboutir malgré de nets progrès au cours de l’année 2008 qui, au même moment, marquait le début de la crise économique mondiale. In: LAMY, Pascal. L’Organisation mondiale du commerce”. Disponível em: <<http://entempsreel.com/wp-content/uploads/2014/07/Pascal-Lamy-Entemps-r%C3%A9el.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 20.

⁴⁷¹ Inicialmente, a agenda visava a dar continuidade aos temas da Conferência Ministerial de Singapura, realizada em 1996, os quais são: a inserção da cláusula social, o comércio de serviços, meio ambiente, regras antitruste, investimentos e facilitação do comércio, além de subsídios, propriedade intelectual, acesso a mercados, agricultura e desenvolvimento.

⁴⁷² A regra é que “*Nothing is agreed upon until everything is agreed upon*”. In: HOECKMAN; KOSTECKI, *op. cit.*, posição 2499.

⁴⁷³ Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 27-28.

aos subsídios⁴⁷⁴. O mais importante para a retomada da rodada foi o reconhecimento da heterogeneidade dos membros. Em entrevista concedida ao jornal alemão *Deutsche Welle*, Azevedo declarou que:

Precisamos reconhecer que os países sempre estão em ciclos econômicos diferentes, e que para negociar não se deve ficar esperando uma homogeneidade, porque é muito difícil que isso aconteça, ou seja, numa negociação entre quase 160 países, não se pode esperar que todos estejam vivendo o mesmo momento em termos de abertura comercial.⁴⁷⁵

Considerar a heterogeneidade econômico-social dos Estados foi um grande passo nas negociações da OMC, mas ao mesmo tempo, elevou a complexidade das relações comerciais. Apesar disso, o Diretor-Geral da OMC asseverou que a consideração das diversidades de interesses coopera para que a organização seja mais inclusiva.

Não obstante, os interesses mudaram durante os treze anos de Doha. A clássica divisão dos membros da OMC em desenvolvidos e em desenvolvimento, não condiz com a realidade. De fato, “... a incapacidade da estrutura e da dinâmica das negociações de Doha em refletir essa evolução tem cooperado para sua queda”.⁴⁷⁶

Considerar os países como Índia, Brasil e China como países em desenvolvimento para fins de tratamento especial e diferenciado tem causado grande impasse nas negociações. A abertura do comércio desses países é extremamente importante não só para os países desenvolvidos como também para os demais em desenvolvimento e a proteção que pleiteam sobre a agricultura a ser concedida, indistintamente, para todos os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, tem travado a rodada.

Além disso, o longo período da agenda contribuiu para seu fracasso em vista das mudanças nos cenários políticos dos países membros. O Brasil, por exemplo, passou a

⁴⁷⁴ Azevedo atuou no emblemático caso do Algodão entre Brasil e Estados Unidos, que obrigou este último a retirar os seus subsídios em 2008. Em 2005, por meio de seu trabalho, a União Europeia também teve de retirar os seus subsídios para o açúcar.

⁴⁷⁵ WALTER, Jan. *O Brasileiro que Ressuscitou a Rodada Doha*. Disponível em: <<http://dw.de/p/1AVWq>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

⁴⁷⁶ Tradução livre de: “*The inability of Doha’s structure and negotiating dynamic to reflect this evolution has helped ensure its downfall*”. In: SCHWAB, Susan. C. *After Doha: why the negotiations are doomed and what we should do about it?* Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2011-04-09/after-doha>> Acesso em: 27 out. 2015.

adotar posição comercial mais defensiva a partir de 2009, enquanto que, em 2012, a China já não queria mais correr riscos.⁴⁷⁷

Já se foram quase quatorze anos de Doha dos vinte anos de existência da OMC. O dinamismo das relações comerciais internacionais depende de instituições que capazes de acompanhar essas mudanças sob pena de tornarem-se anacrônicas. Schwab salientou no *World Trade Forum* da OMC, em 30 de setembro de 2015 que: “... ao menos e até que fomos além de Doha (...) nunca seremos capazes de discutir esses problemas”.⁴⁷⁸ Os problemas a que ela se referia, são os novos assuntos comerciais, tais como: regionalismo, meio ambiente, investimentos, concorrência, transparência em licitação internacional, facilitação do comércio, além de temas como, comércio eletrônico e cadeias globais de valores.

3.6 A Regulamentação dos subsídios e das medidas compensatórias no Brasil

A integração do Brasil no comércio internacional se consolidou na década de 1990, mediante a sua submissão às normas multilaterais da OMC. Esse cenário obrigou o país a se reorganizar, adaptando a sua legislação interna e a sua organização administrativa.

Nesse sentido, ressalta Faria que “o direito nacional adquire de maneira ampliada a forma do direito internacional”⁴⁷⁹. Por esse motivo, faz-se mister o estudo das adaptações realizadas pelo país referentes tanto à sua estrutura político-administrativa quanto aos seus instrumentos legais de controle e fiscalização dos subsídios e de aplicação de medidas compensatórias.

3.6.1 Legislação interna

No que concerne à legislação sobre a concessão de subsídios, o Brasil internalizou, por meio do Decreto 1.355 de 30/12/1994, todos os acordos multilaterais da OMC, seguindo, de forma geral, suas determinações. Aspectos mais específicos sobre o controle e a fiscalização de subsídios foram pouco explorados pela legislação interna, com exceção

⁴⁷⁷ Nesse sentido ver: *Idem; Ibidem*.

⁴⁷⁸ Tradução livre de: “... unless and until we get beyond the Doha Round framework [...] we'll never be able to discuss those problems”. In: ITCSD. Trade Inclusiveness, Potential in Focus as WTO Public Forum Kicks Off. *Bridges*. Volume 19 - Number 32. Oct. 2015.

⁴⁷⁹ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

do procedimento para a investigação e a aplicação de medidas compensatórias, que, além do referido Decreto, encontra-se disciplinado no Decreto nº. 1.751 de 19 de dezembro de 1995, e que regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos. A Circular da SECEX nº. 20 de 02 de abril de 1996 traz um roteiro para a elaboração de uma petição relativa à investigação de práticas de subsídios. Também tratam do tema a Resolução da CAMEX nº. 63 de 17 de agosto de 2010 e as portarias da SECEX nº. 21 de 18 de outubro de 2010 e nº. 14 de 13 de maio de 2011.

No âmbito do Mercosul, diferentemente da União Europeia, não existem normas que disciplinam os subsídios, tampouco a concessão de incentivos fiscais. No entanto, a partir da análise de decisões do Conselho do Mercado Comum, é possível verificar que o organismo segue as premissas do ASMC para conceituar subsídios⁴⁸⁰.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro não definiu, tampouco disciplinou os subsídios, adotando, assim, o conceito e as definições do ASMC. De fato, o controle é exercido sobre a concessão de incentivos fiscais, que podem configurar subsídios, de acordo com os preceitos do ASMC.

Os incentivos fiscais são concedidos, no Brasil, no exercício das competências tributárias determinadas pela Constituição Federal de 1988. Por competência tributária entende-se “[...] a autorização às pessoas de direito público para a criação de outras normas sobre tributos, respeitados os limites materiais e formais preestabelecidos”⁴⁸¹.

Note-se que as limitações ao poder de tributar estão inseridas no conceito de competência, bem como as limitações negativas (a de não tributar), tais como os princípios constitucionais e as imunidades.⁴⁸²

A Constituição Federal de 1988, em respeito ao pacto federativo⁴⁸³, repartiu a competência tributária entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, modelo que, segundo Leonetti “[...] ajudou a conferir maior rigidez ao sistema tributário nacional”⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 86-87.

⁴⁸¹ BONFIM, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸² Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*

⁴⁸³ O modelo de federação brasileiro concedeu autonomia no mesmo nível hierárquico à União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, todavia, a soberania do Estado está restrita à União, que, detentora da personalidade jurídica internacional, pode celebrar tratados internacionais que serão obrigatórios a todos os entes.

⁴⁸⁴ LEONETTI, Carlos Araújo. *A Contribuição de Melhoria a partir da Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998, p. 62.

As normas de competência tributária constitucionais, além de especificar os entes competentes para a criação e a administração dos tributos, também determinam o procedimento para a sua instituição, o seu conteúdo e a finalidade da norma que esses entes terão que observar.

A competência tributária deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo os poderes para criar, administrar e exonerar tributos, tanto pelo exercício da competência legislativa como da administrativa⁴⁸⁵. Dessa forma, o ente competente para instituir o tributo também poderá conceder incentivos fiscais a ele concernentes, desde que respeitados os princípios constitucionais.

A título de exemplo, pode-se citar a competência da União para instituir imposto sobre a renda mediante lei, cuja isenção também deverá ser concedida por lei, conforme determina o artigo 176⁴⁸⁶ do Código Tributário Nacional em consonância com o princípio constitucional da legalidade⁴⁸⁷, que determina que:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...]

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g⁴⁸⁸.

Frise-se que a Constituição, diferentemente do ASMC, não inclui a isenção como modalidade de subsídio, tampouco esclarece suas diferenças, mas deixa claro que tais benefícios fiscais devem ser concedidos mediante lei específica. Nesse sentido, a isenção constitui incentivo fiscal no âmbito da receita pública, uma vez que, “pressupõe um

⁴⁸⁵ Nesse sentido, ver: BONFIM, *op. cit.*, p. 116-119.

⁴⁸⁶ Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração. *In*: BRASIL, *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁴⁸⁷ “[...] a isenção atua noutro plano, qual seja, o do exercício do poder de tributar: quando a pessoa política competente exerce esse poder, editando a lei instituidora do tributo, essa lei pode, usando a técnica da isenção, excluir determinadas situações, que, não fosse a isenção, estariam dentro do campo de incidência da lei de tributação, mas, por força da norma isentiva, permanecem fora desse campo”. *In*: AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 135.

⁴⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo.⁴⁸⁹

Catão acrescenta que os incentivos fiscais “são guiados pela possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico e pelo uso do tributo enquanto instrumento regulatório”⁴⁹⁰.

Ressalta-se que nem todos os incentivos fiscais são tributários: os primeiros são gênero do qual os segundos são espécie. Portanto, o conceito de benefício fiscal é mais abrangente, pois envolve tanto questões relacionadas à receita quando à despesa, como por exemplo, despesas com subsídios⁴⁹¹.

Contudo, independentemente da natureza dos incentivos, bem como se incidem sobre a tributação direta ou indireta, para a OMC, se forem concedidos de forma específica, destinados à substituição de importações ou vinculados ao desempenho exportador, serão considerados proibidos e, se não possuírem tais finalidades, mas, desde que específicos e, de alguma forma, causarem danos ao comércio dos demais membros, poderão ser contestados como subsídios acionáveis.

Os tributos diretos são aqueles suportados pelo sujeito passivo da obrigação, como ocorre com o imposto sobre a renda, enquanto que os indiretos são suportados por terceiros, como por exemplo, os consumidores⁴⁹². Já para a OMC, a diferença é relevante nos seguintes termos: os incentivos fiscais que envolvem a tributação direta são, expressamente, proibidos enquanto que os indiretos, somente serão assim considerados quando excessivos, uma vez que, a praxe é de que não se exporta tributos, pois, estes serão pagos no país importador. Nesse sentido, a lista ilustrativa de subsídios que se encontra no ANEXO I do ASMC, traz os seguintes exemplos:

(e) A isenção, remissão ou diferimento total ou parcial especificamente vinculada à exportação, de **tributos diretos** ou contribuições sociais devidas pelas indústrias ou empresas.

(h) A isenção, remissão ou diferimento de impostos indiretos sobre etapas anteriores de bens ou serviços utilizados no fabrico de produtos exportador, além da isenção, remissão ou adiamento de impostos indiretos equivalentes sobre etapas anteriores de

⁴⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P. 198.

⁴⁹⁰ CATÃO, *op. cit.*, p. 215-216.

⁴⁹¹ Nesse sentido, ver: ALMEIDA, *op. cit.*

⁴⁹² Nesse sentido ver: MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 137.

bens ou serviços utilizados no fabrico de produto similar destinado ao mercado interno **desde que, porém, impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores possam ser objeto de isenção, remissão ou adiamento sobre produtos destinados à exportação, mesmo quando tal não se aplique a produtos similares destinados ao consumo interno, se os impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores são aplicados aos insumos consumidos no fabrico do produto de exportação (levando-se em devida conta os desperdícios)** (...) ⁴⁹³

Portanto, os governos ao intervir na economia, deverão considerar a referida lista associada ao critério da especificidade, inerente ao conceito de subsídio, já que, a legislação interna silencia a respeito. No que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico, a Constituição Federal disciplina a matéria no seu artigo 149⁴⁹⁴ e, mais especificamente, no título VII, capítulo I, artigo 174:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado⁴⁹⁵.

Fica evidente nesse artigo que os incentivos fiscais, oriundos de normas tributárias indutoras, constituem um meio pelo qual o Estado exerce a função de agente normativo da economia.

Todavia, na CF/88 são admitidas apenas duas hipóteses específicas que justificam a concessão incentivos fiscais: a) quando destinados a promover o equilíbrio do

⁴⁹³ No original: ANNEX I. (e) The full or partial exemption remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises. (h) The exemption, remission or deferral of prior-stage cumulative indirect taxes⁵⁸ on goods or services used in the production of exported products in excess of the exemption, remission or deferral of like prior-stage cumulative indirect taxes on goods or services used in the production of like products when sold for domestic consumption; provided, however, that prior-stage cumulative indirect taxes may be exempted, remitted or deferred on exported products even when not exempted, remitted or deferred on like products when sold for domestic consumption, if the prior-stage cumulative indirect taxes are levied on inputs that are consumed in the production of the exported product (making normal allowance for waste).⁴⁹³ This item shall be interpreted in accordance with the guidelines on consumption of inputs in the production process contained in Annex II.

⁴⁹⁴ Art. 149: Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. *In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

desenvolvimento socioeconômico nas regiões menos favorecidas do país⁴⁹⁶ e; b) para políticas públicas de acolhimento de criança ou adolescente órfão ou abandonado⁴⁹⁷.

Além disso, a CF/88 estabeleceu, por meio de normas programáticas⁴⁹⁸, políticas de promoção de setores produtivos e de redução de desigualdades. Para Pires: “[...] a razão maior da concessão de incentivos fiscais reside no propósito de desenvolvimento econômico, consagrado como princípio constitucional pelo art. 3º, II da CF”⁴⁹⁹.

No âmbito infraconstitucional federal⁵⁰⁰, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – tem por escopo principal combater a má gestão dos recursos públicos e, por conseguinte, regulamentar os incentivos fiscais. Além disso, tem por escopo o aprimoramento dos meios de arrecadação e a limitação de concessão de incentivos fiscais que estavam sendo outorgados de maneira desordenada⁵⁰¹.

Para fins da LRF, os incentivos fiscais constituem qualquer medida que implique em redução discriminada de tributos. Assim, enquanto a criação de tributos está limitada pela Constituição Federal, a sua renúncia está condicionada aos dispositivos de lei infraconstitucional⁵⁰². Na tentativa de impedir que incentivos fiscais sejam concedidos consoante interesses públicos desvirtuados dos interesses coletivos, o artigo 14 da LRF⁵⁰³

⁴⁹⁶ Art. 151. É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País. *In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. *In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁹⁸ Como exemplo, podem-se citar os artigos: 145§1º;146;150; 151; 153§1º e 215 da CF/88.

⁴⁹⁹ PIRES. *In: MARTINS, op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁰ Existem inúmeras leis no âmbito estadual, municipal e distrital que foram omitidas neste trabalho para não torná-lo excessivamente prolixo.

⁵⁰¹ Nesse sentido, ver: HARADA, *op. cit.*

⁵⁰² É importante notar que os incentivos fiscais podem ainda ser de ordem creditícia, tais como juros baixos de empréstimos e recursos financeiros diretos, que não estão submetidos aos princípios constitucionais tributários e, sim, ao Direito Financeiro ou Administrativo, chamado por Bliacheriene de subsídio creditício, que implica numa ação de dar, ao contrário dos subsídios ditos fiscais. Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁰³ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período

condiciona a concessão de incentivos fiscais à demonstração dos impactos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)⁵⁰⁴.

Dessa forma, os incentivos fiscais devem ser outorgados por lei e estar fundamentados nos interesses da coletividade, em consonância com os princípios constitucionais, cumprindo a finalidade pelos quais foram concedidos.

A partir disso, afirma-se que, no âmbito interno, os subsídios constituem todo auxílio governamental cujo objetivo é promover o desenvolvimento social e de regiões menos favorecidas. Justificam-se quando empregados como instrumento de correções de distorções ou de desigualdades sociais, de interesse coletivo, situações em que se admite a intervenção do Estado na economia via normas tributárias indutoras.

A única ressalva a essa regra são os impostos federais de natureza regulatória que, devido ao seu caráter extrafiscal, se submetem ao princípio da legalidade tributária mitigada, aplicada sobre a alteração das alíquotas, conforme determina o artigo 153 §1º da Constituição Federal. São tributos cuja finalidade é regular o comércio exterior, quais sejam: o imposto de importação, de exportação, o imposto sobre produtos industrializados – IPI e o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e sobre operações com títulos de valores mobiliários – IOF.

Ressalta-se que a legislação nacional se preocupa com os efeitos provocados pela concessão de incentivos fiscais que não atendam a interesses sociais e causem diminuição da carga tributária para uns e aumento para outros. De forma similar, operam os efeitos dos subsídios que, devido à sua especificidade, privatizam o benefício para uns em detrimento de outros.

Cabe ressaltar ainda que a legislação nacional basilar é menos restritiva que a internacional em relação à aplicação de subsídios. Assim, um incentivo fiscal poderá ser legal segundo os critérios normativos internos, quando concedido sem afetar a despesa

mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança. *In*: BRASIL. Lei Complementar nº. 101 de 04 de maio de 2000.

⁵⁰⁴ Pires alerta que a Lei de Responsabilidade Fiscal “abrange apenas os casos de incentivos fiscais que guardam certo grau de discricionariedade pelo legislador/administrador”. *In*: PIRES *In*: MARTINS, *op. cit.*, p. 30.

pública, mas isso não impede que ele seja considerado subsídio proibido ou acionável segundo os ditames da OMC.

3.6.2 Estrutura político-administrativa de subsídios e de medidas compensatórias

No que concerne à estrutura política-administrativa de comércio exterior brasileira, ressalte-se que seu desenvolvimento sofreu variações conforme “[...] a política conjuntural momentânea e as contingências internacionais”⁵⁰⁵.

As primeiras reformas da década de 1990 iniciaram-se no Departamento de Comércio Exterior, vinculado ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, posteriormente substituído pela Secretaria de Comércio Exterior em 1992, que em 1999 foi transferida para o Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, atual Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, responsável pela formulação, execução e avaliação de políticas públicas destinadas à promoção da competitividade, do comércio exterior, do investimento e da inovação⁵⁰⁶.

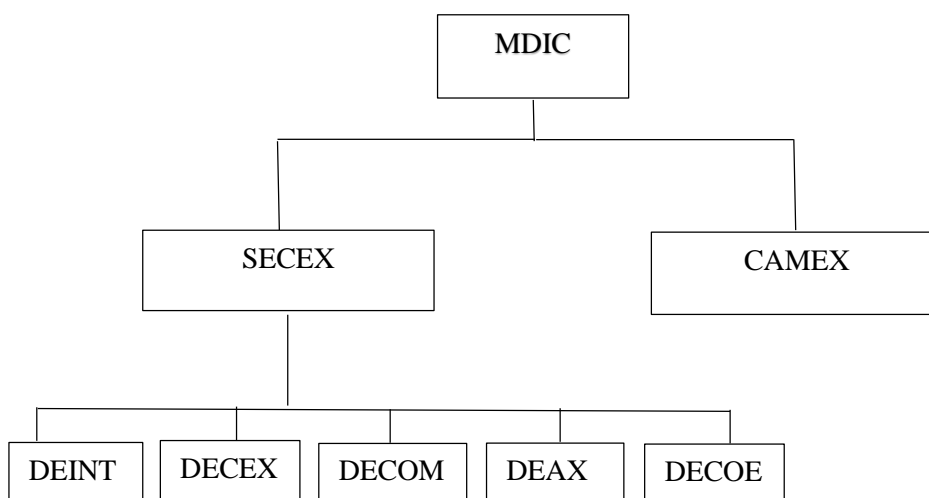
Os principais órgãos do MDIC são: a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX e a Secretaria de Comércio Exterior – SECEX e seus respectivos departamentos: Departamento de Negociações Internacionais – DEINT, Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX, Departamento de Defesa Comercial – DECOM e Departamento de Estatística e Apoio à Exportação – DEAX, antigo Departamento de Planejamento e Desenvolvimento de Comércio Exterior – DEPLA, Departamento de Competitividade no Comércio Exterior – DECOE.

A última reforma realizada na SECEX foi efetuada em 2013 e, além de ter alterado a nomenclatura do DEPLA para DEAX, criou o DECOE, dividiu o DEINT em duas coordenações (Temas multilaterais e de Regimes de origem), reestruturou o DECOM em três coordenações gerais (*Antidumping*, Salvaguardas e Apoio ao Exportador; *Antidumping* e Soluções de Controvérsias; *Antidumping* e Medidas compensatórias) e, ainda, acrescentou à DECEX duas novas coordenações (Importação e Exportação/*Drawback*). A figura abaixo apresenta essa estrutura:

⁵⁰⁵ GONÇALVES, Everton das Neves. *A Tomada de Decisões Técnico-legais para o Mercosul: uma apreciação do dumping sob o enfoque da análise econômica do Direito*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 123.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, ver: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Estrutura do Comércio Exterior*. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1251143349.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

Figura 19: Estrutura do Ministério de Desenvolvimento e Comércio Exterior Brasileiro



Fonte: Autor

A nova CAMEX foi instituída pelo Decreto nº. 3.756 de 21/01/2001, que continua servindo de foro de discussão, podendo, além disso, tomar decisões e deliberar sobre matérias de comércio exterior. Constitui órgão interministerial, composto pelo MDIC, pelo Chefe da Casa Civil, das Relações Exteriores, da Fazenda, da Agricultura e do Planejamento.

A SECEX, por sua vez, tem a função de formular propostas de políticas e programas de comércio exterior, podendo propor medidas de cunho cambial e fiscal, como por exemplo, alterações nas alíquotas do imposto de importação, além de coordenar as ações de defesa comercial, entre outros⁵⁰⁷.

O DEINT tem por escopo coordenar os trabalhos de negociações internacionais brasileiras. A DECEX, por sua vez, é responsável pela operacionalização das políticas da SECEX com o intuito de facilitar e desburocratizar as operações de comércio exterior. O DEPLA é responsável pela elaboração das estatísticas do comércio exterior brasileiro.

O DECOM, por sua vez, coordena as atividades de combate às práticas desleais de comércio com atuação em três vertentes: a) investigação sobre práticas desleais de comércio; b) apoio ao exportador nas defesas em procedimentos investigatórios iniciados

⁵⁰⁷ Para mais detalhes sobre a CAMEX e a SECEX, ver: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Estrutura do Comércio Exterior*. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1251143349.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

em outros Estados e; c) nas negociações internacionais, mediante a elaboração de pareceres⁵⁰⁸.

Basicamente, a abertura do procedimento investigatório ocorre mediante petição da indústria nacional à SECEX, que deverá conter os requisitos da Circular SECEX n.º 20, que são: a) qualificação do peticionário; b) identificação do produto subsidiado, mediante descrição detalhada; c) o volume e o valor estimado da produção nacional do produto similar, bem como da produção do peticionário; d) informações sobre o subsídio, tais como: produto subsidiado, país de origem, país de procedência, produtores no país de origem e exportadores para o Brasil, programa de subsídio, autoridade concedente, legislação, preço de exportação, etc.; e) elementos de prova do dano e dos impactos na produção interna; f) elementos que comprovem a causalidade entre o subsídio e o dano à indústria nacional.

É importante salientar que a autoridade administrativa também pode dar início ao procedimento quando tiver provas referentes à existência do subsídio, aos danos e ao nexo causal.

Antes de tramitar a investigação, far-se-á a análise da especificidade: se ela for verificada, notifica-se o OSC para autorizar o seguimento do processo. Uma vez autorizado, o procedimento tramitará no DECOM, que averiguará a existência, o grau e o efeito do subsídio. O respectivo parecer conclusivo será remetido à CAMEX para a adoção das contramedidas, provisórias ou definitivas.⁵⁰⁹

O procedimento assemelha-se àquele previsto no ASMC, devendo respeitar o princípio do devido processo legal, da transparência, do contraditório e da ampla defesa, a fim de garantir a participação de todos os envolvidos. Assim, se aceito o pedido de investigação, os governos interessados serão notificados para se manifestarem em relação às consultas. Os produtores estrangeiros também podem realizar um compromisso com a SECEX para cessar os danos à indústria nacional mediante a revisão dos preços ou a cessação das exportações.

Quando autorizadas, as medidas compensatórias deverão observar as normas da Lei n.º 9.019 de 30 de março de 1995, que prescreve, segundo o seu artigo 1º, que serão cobradas, independentemente de quaisquer obrigações tributárias, mediante pagamento

⁵⁰⁸ Nesse sentido, ver: KOLOSKY, Ana Beatriz. *A OMC e sua Influência na Política Legislativa Brasileira de Defesa Comercial: o caso dos subsídios*. Monografia (Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 68.

⁵⁰⁹ Também cabe à CAMEX revisar as contramedidas, a fim de suspender, prorrogar ou alterá-las.

em dinheiro, a importação de produtos e serviços oriundos de país que concedeu subsídio específico.

As medidas compensatórias são aplicadas por meio de um acréscimo ao imposto de importação sobre o produto subsidiado. Seu valor será proporcional ao montante dos subsídios apurado em processo administrativo. Será calculada por unidade de produto subsidiado exportado para o Brasil de acordo com o valor do subsídio.

A receita arrecadada com essas medidas destina-se ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e será utilizada em favor do comércio exterior brasileiro. Atualmente, o Brasil não possui medidas compensatórias em vigor.

Na prática, as medidas compensatórias funcionam como tributos por elevarem o imposto de importação⁵¹⁰. Contudo, não são tributos, aliás, o Decreto nº1.751/95 enfatiza que os direitos compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações tributárias. Tampouco, são consideradas barreiras tarifárias para a doutrina internacionalista⁵¹¹, pois visam a contrabalancear os efeitos dos subsídios e, tampouco possuem natureza tributária⁵¹².

Ao analisar as medidas *antidumping* e as compensatórias, Barral⁵¹³ as qualifica como modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico por indução negativa, enquanto que Lobo⁵¹⁴ afirma que são sanções e, por isso, não podem ser utilizadas como meio de indução de comportamentos.

O ASMC as qualifica como “direito especial”⁵¹⁵, todavia, não traz mais detalhes sobre esse direito, a não ser a sua finalidade de contrabalancear os efeitos dos subsídios. Para Bliecheriene:

⁵¹⁰ Nesse sentido, ver: FIATKOSKI, Ana Rachel Freitas da Silva. *A disputa entre Brasil e Canadá sobre subsídios à exportação de aeronaves*. Brasília: UniCeub, 2009, p. 5.

⁵¹¹ Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 142.

⁵¹² Dentre os argumentos para a sua natureza não tributária, podem-se citar: as medidas compensatórias não são instituídas por lei, são devidas independentemente de imunidade ou isenção do imposto de importação, a prática de subsídios não gera a incidência compulsória da medidas, etc. Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 136-148.

⁵¹³ BARRAL, Welber. *Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

⁵¹⁴ LOBO, Marcelo Jotobá. *Direitos antidumping (crítica de sua natureza jurídica)*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 186.

⁵¹⁵ Nota de rodapé 36 do ASMC: O termo “medida compensatória” será compreendido como direito especial percebido com a finalidade de contrabalancear qualquer subsídio concedido direta ou indiretamente ao fabrico, à produção ou à exportação de qualquer mercadoria, tal como previsto no parágrafo 3 do Artigo VI do GATT 1994. Tradução de: Vera Thorstensen e Luciana Maria de Oliveira. *In: THORSTENSEN; OLIVEIRA, op. cit.*, p. 101.

[...] a OMC introduziu na defesa comercial sistema sancionatório que se afasta da legalidade estrita para se aproximar do princípio da composição e da efetividade dos atos praticados na proteção do mercado internacional. A esse novo tipo de sanção, deu o nome de medidas *antidumping*, compensatória ou retaliatória, cuja natureza jurídica inovadora é a de direito especial.⁵¹⁶

Nesse sentido, afirma-se que as medidas compensatórias constituem direito fundado nas disposições do GATT/1994 e do ASMC, ambas as normas internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, classificadas como sanções internacionais e, portanto, não sujeitas ao sistema tributário interno.

De certa forma, Bliacheriene concorda com Barral na função indutora das medidas compensatórias, que podem induzir a recomposição das partes, a qualquer tempo, mediante acordo com o objetivo de suspendê-las, constituindo, portanto, créditos compensatórios de ordem facultativa para o Estado importador de produto subsidiado.

Os problemas relacionados às medidas compensatórias serão estudados no capítulo seguinte. Por enquanto, foi necessário compreender seu conceito, natureza jurídica, bem como a legislação internacional e interna pertinente para discutir o objetivo da regulamentação dos subsídios na OMC.

No que concerne à sua finalidade, o *Panel* já teve a oportunidade de se manifestar várias vezes. No caso *Brazil-Aircraft*, constatou-se que o objetivo do ASMC é impor regras multilaterais sobre os subsídios distorcivos. Esse entendimento foi confirmado no caso *Canada-Aircraft*, quando o Órgão de Apelação afirmou que o propósito do ASMC se alicerça na premissa de que algumas intervenções governamentais distorcem ou são capazes de distorcer o comércio⁵¹⁷.

Nota-se que, em nenhum momento, os dispositivos do ASMC e tampouco a jurisprudência demonstram preocupação com a intenção do governo ou com a finalidade dos subsídios, que se justificam no direito interno como instrumento de promoção do interesse público, tais como o desenvolvimento social, ambiental, tecnológico e econômico. Afinal, é do interesse coletivo a manutenção do comércio leal entre os Estados. Nos dizeres de Bliacheriene:

⁵¹⁶ BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 159.

⁵¹⁷ Nesse sentido, ver: BOOSCHE; ZDOUC, *op. cit.*, p. 747.

Uma peculiaridade do sistema OMC é que os motivos de ordem interna que levam um Estado a optar pela concessão de um subsídio (sejam este de ordem econômica, social, ambiental, etc.) não tem maior significância que sua especificidade e os efeitos que causam no mercado nacional ou internacional.⁵¹⁸

No sistema da OMC, só importa a especificidade, ou seja, os subsídios somente poderão ser objeto de contramedidas ou serem condenados pelo OSC quando específicos. A especificidade se justifica, nos ditames do ASMC, pela ocorrência de danos à indústria de um Estado ocasionados pelos subsídios⁵¹⁹, não sendo legitimados por seu alcance social.

O Código de Subsídios de Tóquio permitia que os países em desenvolvimento mantivessem os subsídios à exportação conforme fossem necessários, mas o ASMC estende a proibição a todos os membros, fazendo uso de um único critério objetivo, o da especificidade, sem levar em consideração as necessidades particulares de seus membros⁵²⁰.

Note-se que, com exceção dos subsídios específicos, tem-se ampla margem de possibilidades para o uso de subsídios permitidos. Contudo, o anacronismo nas regras da OMC persiste quando, por um lado, no preâmbulo de seu acordo constitutivo, firma-se o compromisso com o desenvolvimento econômico e social e, por outro, proíbe-se que tais subsídios sejam utilizados quando específicos, pouco importando os interesses sociais.

Assim, os países que adotam programas de subsídios para concretizar interesses específicos podem desencadear desvio de comércio e ineficiência em mercados concorrentes. Por esse motivo, o sistema multilateral de comércio deve buscar a eficiência econômica e social, para tanto, ações afirmativas devem ser implementadas. O uso de medidas compensatórias contra práticas desleais de comércio, a exemplo dos subsídios, tutela interesses comerciais e viabiliza a eficiência, conforme será explicado no capítulo seguinte.

⁵¹⁸ BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 91-92.

⁵¹⁹ Nesse sentido, ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2009: trade policy commitments and contingency measures*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015, p. 101.

⁵²⁰ Nesse sentido, ver: IPEA. *Como colocar o comércio a serviço da população?* Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11058/3095>>. Acesso em: 14 jan. 2015, p. 294.

4 ESTRATÉGIAS DE USO POLÍTICO-ECONÔMICO DE SUBSÍDIOS NO ÂMBITO MULTILATERAL

É verdade que os subsídios específicos distorcem o comércio, ao realocar recursos de maneira ineficiente, ocasionando a redução dos preços mundiais e impedindo a realização da concorrência leal. Todavia, mesmo em hipóteses de livre comércio pleno, a situação de mercado perfeito não existe. Além disso, os primeiros cinco anos da OMC foram suficientes para confirmar que a abertura do comércio, por si só, não gera desenvolvimento.

A partir dessa realidade, os Estados necessitam pôr em prática políticas que corrijam externalidades e promovam o desenvolvimento econômico e social em seus respectivos territórios. Por esse motivo, outros critérios além dos econômicos são considerados no momento de definir a intervenção dos Estados na economia. Sendo assim, os Estados devem estar atentos para além das questões meramente econômicas, fazendo-se mister observar direitos sociais e humanos, disciplinados em suas constituições e em tratados internacionais.

Por muito tempo, os governos possuíram margem ampla para a contenção de falhas de mercado, bem como para o fomento à indústria nacional e a concretização de direitos sociais constitucionais. Tal espaço foi reduzido pelo GATT e, principalmente, pela OMC, que, por sua vez, possui um extenso arcabouço jurídico limitador de práticas desleais de comércio.

Ao condenar o uso de certos subsídios, a OMC impõe limites às manobras governamentais. Isso tem feito com que os Estados busquem estratégias político-econômicas para administrar as externalidades negativas, promover as políticas sociais internas e aumentar a produção interna. Nesse sentido, considera-se que:

[...] a realidade do sistema de comércio internacional hoje não corresponde à retórica. Em vez de mercados abertos, há muitas barreiras que conspiram, sufocam e privam. Em vez de uma concorrência leal, os subsídios dos países ricos declinam o campo de ação contra os pobres. E em vez de regras globais negociadas por todos, no interesse de todos, e cumpridas por todos, há muita tomada de decisões a portas fechadas,

demasiada proteção dos interesses particulares e muitas promessas não cumpridas.⁵²¹

A restrição da intervenção do Estado na economia pelas regras internacionais, bem como a abertura do mercado conduzida no âmbito da OMC, ao mesmo tempo em que ocasionou a diminuição do poder estatal, aumentou o uso de subterfúgios como estratégias político-econômicas para a concessão de subsídios.⁵²²

A OMC proporciona aos seus membros mecanismos para combater o uso de medidas ilícitas, tais como os subsídios proibidos. Contudo, indaga-se a sua eficácia, tendo em vista a existência de lacunas que viabilizam o uso de estratégias político-econômicas para fins de contornar as suas regras e obter qualquer resultado pretendido.

O presente capítulo tem por escopo apresentar as principais lacunas normativas que viabilizam o uso de subsídios específicos na OMC. Primeiramente, abordar-se-ão as dificuldades encontradas pelos membros durante as negociações para se alterar as regras e, só então, passar-se-á à análise do sistema que, de alguma forma, limita o uso de subsídios. Dessa maneira, serão abordados os instrumentos de controle e fiscalização do ASMC, os impasses das medidas compensatórias e seus efeitos, bem como a problemática do sistema de solução de controvérsias, com destaque para os prazos procedimentais e o seu mecanismo de implementação.

4.1 Dificuldades nas negociações

A partir da Rodada do Uruguai, os membros da OMC se reúnem formalmente nas conferências ministeriais⁵²³, que constituem negociações multilaterais realizadas periodicamente com o objetivo de aprimorar as regras da organização. Nelas estão

⁵²¹ Tradução livre de: “[...] *the reality of the international trading system today does not match the rhetoric. Instead of open markets, there are too many barriers that stunt, stifle and starve. Instead of fair competition, there are subsidies by rich countries that tilt the playing field against the poor. And instead of global rules negotiated by all, in the interest of all, and adhered to by all, there is too much closed-door decision-making, too much protection of special interests, and too many broken promises*”. In: ANNAN, Kofi. *Message to WTO Conference: secretary – general calls on trade ministers to address needs of world’s poorest*. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2003/sgsm8859.doc.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2014

⁵²² Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 118-119.

⁵²³ Ao total, já foram realizadas 9 conferências, que são: Singapura (1996), Genebra (1998), Seattle (1999), Doha (2001), Cancun (2003), Hong Kong (2005), Genebra (2009), Genebra (2011) e Bali (2013). A Conferência Ministerial de 2015 está programada para ocorrer em Nairóbi, entre os dias 15 e 18 de dezembro.

representados todos os membros, sendo possível deliberar-se sobre quaisquer assuntos compreendidos no âmbito dos objetivos da organização.

Além dessas conferências, as negociações podem ocorrer, informalmente, em qualquer momento, envolvendo dois ou mais Estados, que podem acordar, bilateral ou plurilateralmente, o acesso a novos mercados. Isso é possível porque o princípio da não discriminação garante para todos os membros a extensão dos benefícios concedidos pelos membros. Podem também ser realizadas pelas partes durante todo o procedimento de solução de controvérsias.

Em média, são realizadas mais de cinquenta reuniões semanais na OMC, o que dificulta a participação dos países em desenvolvimento devido à carência de representantes e de condições técnicas para negociar sobre assuntos diversos.⁵²⁴

Problemas semelhantes podem ocorrer nas conferências ministeriais. Antes de se instalar uma conferência de porte grande como a ministerial, os temas são sugeridos pelos membros, que se encontram organizados em grupos, conhecidos como os “catalisadores”, cujas propostas são submetidas a uma negociação prévia. Nessa oportunidade, será estabelecida a agenda, cujo resultado será objeto de fiscalização para garantir a sua observância.⁵²⁵

Duas regras basilares da OMC repercutem diretamente na dificuldade de se alcançar um acordo nas rodadas de negociações: a regra do consenso unânime e o princípio do *single undertaking*. Assim, o acordo só será obrigatório para todos os membros quando aprovado por unanimidade⁵²⁶. Isso significa que a oposição de um único membro é suficiente para obstruir um acordo.

Não obstante a regra do consenso dificultar o alcance de acordos, ela é necessária porque o Direito da OMC se equipara a *hard law*⁵²⁷, cujo cumprimento pode ser imposto

⁵²⁴ Os da OMC apontam que apenas um terço dos trinta países menos desenvolvidos possuem escritórios permanentes em Genebra. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO: developing countries*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dev1_e.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

⁵²⁵ Nesse sentido, ver: HOEKMAN, Bernard. KOSTECKI, Michel. *The Political Economy of the World Trading System*. Oxford: Oxford University Press, 2013, posição 2408 – 2410.

⁵²⁶ O artigo IX do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio estabelece que: “Salvo disposição em contrário, quando não for possível adotar uma decisão por consenso, a matéria em questão será decidida por votação. Nas reuniões da Conferência Ministerial e do Conselho Geral cada Membro da OMC terá um voto”. Todavia, os membros dissidentes ainda estarão obrigados por força do princípio do *single undertaking*.

⁵²⁷ Diferentemente das recomendações da Assembleia Geral da ONU, consideradas *soft law*, as normas da OMC vinculam seus membros e, por isso, são chamadas de *hard law*.

pelo sistema de solução de controvérsias. Destarte, o sistema de votação acarretaria em êxodo de seus membros.

Todavia, as dificuldades de alcançar o consenso unânime inviabilizam a adaptação da organização às necessidades dinâmicas da economia e aos desafios emergentes. Além disso, induz a formação de articulações e pressões políticas para a persuasão dos membros e o enfraquecimento de grupos⁵²⁸, fomentando a prevalência do poder.

Podem ser citadas várias situações, ocorridas ao longo das rodadas, em que foram utilizados mecanismos de persuasão. Logo após os atentados terroristas de 2001, os Estados Unidos passaram a ter uma atitude mais ríspida também dentro da OMC. Na Rodada de Doha, o então presidente George W. Bush anunciou: “aqueles que não estão conosco, estão contra nós”⁵²⁹. Tal atitude foi confirmada por um representante de um país em desenvolvimento, que declarou: “[...] os negociadores americanos são extremamente arrogantes e utilizam-se mais da vara do que da cenoura, comparados aos negociadores da UE”⁵³⁰.

Infelizmente, não há, no Direito Internacional e, tampouco, nas normas da OMC, mecanismos de controle de retorsões⁵³¹ e, nesse sentido, os países desenvolvidos se beneficiam devido ao seu maior poder em fazer valer seus interesses.

A dificuldade se agrava em decorrência da complexa heterogeneidade de interesses dos membros, que não estão mais restritos ao clássico conflito norte – sul. A divergência ocorre devido às diferenças geográficas, às variações na capacidade produtiva, de infraestrutura, na capacidade de produção, bem como às questões políticas, sociais, ambientais, etc.

O âmbito multilateral de negociações facilita a criação de grupos de interesses comuns, que ampliam o seu poder de barganha e atenuam as diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Não obstante, os interesses dentro de um mesmo grupo podem ser sobrepostos, fazendo surgir novos grupos.

O princípio do *single undertaking*, por sua vez, impõe empecilhos para que questões econômicas e sociais heterogêneas sejam levantadas. A negociação das exceções

⁵²⁸ Para se fortalecerem nas negociações, os membros formam alianças de acordo com seus interesses em comum.

⁵²⁹ Tradução livre de: “*those who are not with us are against us*”. In: JAWARA, Fatoumata. KWA, Aileen. *Behind the Scenes at the WTO*. Zed Books: New York, NY, 2004, p. 63.

⁵³⁰ Tradução livre de: *the American negotiators are more overtly arrogant and use the stick more than the carrot compared to those of the EC*. In: *Idem; ibidem*, p. 85.

⁵³¹ Retorsões são medidas legais, porém inamistosas, com respaldo no princípio da reciprocidade. Nesse sentido, ver: ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 804-805.

acaba prolongando o tempo para a conclusão das rodadas, trazendo cansaço excessivo aos negociadores.

Faz-se importante salientar que, internamente, os Estados também sofrem com o conflito de interesses entre seus entes federados, departamentos ou, ainda, entre produtores e consumidores ou mesmo entre grupos de interesses como, por exemplo, associações de agricultores e suas ramificações, setores industriais, etc.

Esses grupos, também conhecidos como lobbies, podem desencadear novas complicações ao exercerem pressões políticas sobre seus respectivos governos, que, em contrapartida, correspondem aos seus anseios em troca de suporte político. Isso permite o domínio da política de favoritismos nas negociações em detrimento dos interesses econômicos e sociais. Nessas situações, o uso do poder econômico e político é mais frequente, assim como a aplicação ou a manutenção de barreiras protecionistas.

Lobbies constituem externalidades, semelhantes às distorções encontradas em situação de mercado imperfeito, que só podem ser corrigidas mediante cooperação. Todavia, quando os Estados desconsideram as externalidades que impactam os demais, dificilmente conseguirão acordo pela via cooperativa, devido à falta de convergência de interesses. Os acordos são alcançados somente entre aqueles países que serão beneficiados. Nesse sentido:

Uma implicação da teoria dos termos de comércio é que não há nenhuma perspectiva de cooperação para as novas regras ou acordos de acesso ao mercado se os países grandes não podem concordar com uma solução mutuamente benéfica (equilibrada) de compromissos políticos. Reformas no procedimento ou na estrutura institucional da OMC não irão fazer diferença. As chamadas para se criar mecanismos que forçarão a estes países a "fazer a coisa certa" são irrelevantes: a OMC é um acordo de auto aplicação; não há nenhuma agência central ou supranacional de execução. A cooperação deve estar no auto interesse de todos os membros⁵³².

⁵³² Tradução livre de: "An implication of the terms-of-trade theory is that there is no prospect for cooperation on new rules or market access deals if the large countries cannot agree on a mutually beneficial (balanced) exchange of policy commitments. No possible reform of process or the institutional structure of the WTO will make a difference. Calls to put in place mechanisms that will force these countries to "do the right thing" are irrelevant: the WTO is a self-enforcing agreement; there is no central or supranational enforcement agency. Cooperation must be in the self-interest of all member". In: HOEKMAN, *op. cit.*, jan. 2009, p. 6.

Diante do exposto, nota-se a influência do ideário mercantilista nas negociações, na medida em que cada membro busca proteger seus setores menos competitivos e abrir aqueles com maior vantagem comparativa.

Não obstante, o sistema multilateral de comércio tem promovido o que Krugman⁵³³ chama de “mercantilismo esclarecido”, que ele também denomina “GATT – *thinking*”.⁵³⁴ O adjetivo “esclarecido” tem a ver com a progressiva liberalização do comércio por meio de acordos internacionais.

A falta de um objetivo maior, superior aos interesses individuais, que norteie toda a regulamentação do comércio internacional, a exemplo do que ocorre no mercado comum da União Europeia (UE), faz da OMC um sistema voltado à administração da soma de interesses de seus membros. “Daí as obrigações estipuladas nos Acordos da OMC constituírem uma rede de obrigações de caráter sinalagmático e bilateral”.⁵³⁵

Assim, as negociações devem ser norteadas por um princípio maior, o Princípio da Eficiência Econômica-Social (PEES), que, abrangendo os critérios de justiça social, distributividade de riquezas, erradicação do desemprego, etc., visa a alcançar o equilíbrio entre as questões econômicas e sociais dos participantes de dada atividade econômica. Segundo Gonçalves e Stelzer, o referido princípio estabelece que:

[...] o processo de tomada de decisões deve prosseguir *ad infinitum* até que o equilíbrio econômico-social seja estabelecido não mais no campo da utopia. Este é o desiderato da humanidade consciente sob a ótica jurídico-econômica, qual seja, o bem-estar mundial, o desenvolvimento global dos povos e a manutenção da raça humana sob condições de vida fraternas e, no mínimo, suficientes, inclusive, segundo internacionalização dos mercados e do capital, gerando-se a equalização, no nível de emprego mundial, nas condições de vida dos povos, na realização de fins sociais, etc.⁵³⁶.

⁵³³ Para Krugman “[...] *trade negotiations aren’t driven by economists’ calculations of welfare gains; they’re driven by enlightened mercantilism, what has come to be known as GATT-thinking*”. KRUGMAN, Paul. *Dead Doha*. Disponível em: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2008/07/30/dead-doha/?_r=0>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁵³⁴ A ótica GATT-*thinking* representa as ideias mercantilistas pelas quais as importações são vistas como ruins enquanto que as exportações são bem-vindas. In: KRUGMAN, Paul. *Dead Doha*. Disponível em: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2008/07/30/dead-doha/?_r=0>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁵³⁵ BORGES, *op. cit.*, p. 273.

⁵³⁶ GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Berkely Program in Law & Economics. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jul.2013.

Quando o comércio é visto como um jogo de “soma zero”, ou seja, quando o ganho de um significa, respectivamente, a perda de outro, poucos esforços serão despendidos para alcançar a cooperação. Assim, os Estados tendem a cooperar quando os resultados lhes forem benéficos, a exemplo do “dilema do prisioneiro”. Krugman⁵³⁷ salienta que os grupos de interesses devem buscar negociar entre si.

Nesse sentido, a OMC deve ser vista como um fórum, em que todos os membros são incentivados a participar, sob os auspícios de um arcabouço jurídico que dará suporte para o jogo justo (*fair play*), no sentido de cooperar para a concretização de um fim maior, que vai além da simples liberalização do comércio. A cooperação estará mais presente nas negociações quando estas forem orientadas por critérios sociais promotores da atividade econômica e da inclusão dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos⁵³⁸.

Ressalta-se que não se pretende eliminar o enfoque econômico das negociações, mas sim incluir outros critérios em consonância com os direitos à liberdade, impulsores do desenvolvimento, tendo em vista que é a ampliação desses direitos “o principal fim e o principal meio do desenvolvimento”.⁵³⁹ Amartya Sen adota como critério de identificação de subdesenvolvimento “[...] a privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda [...]”.⁵⁴⁰

Para isso, primeiramente faz-se necessário considerar as particularidades econômicas e sociais dos membros. O reconhecimento da diversidade, da multiplicidade e da incompatibilidade de ideias promove a inclusão dos microssistemas de seus membros no macrossistema da OMC, os quais apresentam, frequentemente, características divergentes e, muitas vezes, antagônicas. Nesse sentido, ressalta Edgar Morin⁵⁴¹ que “[...] a organização de um sistema é a organização da diferença”.

É verdade que a “mão invisível” do mercado é incapaz de promover, por si só, o desenvolvimento dos países, sobretudo naqueles que ainda se encontram na fase inicial

⁵³⁷ Nos dizeres de Krugman: “*If trade negotiators want to take on well-entrenched interest groups, they have to find countervailing interest groups with an interest in liberalization*”. KRUGMAN, Paul. *Dead Doha*. Disponível em: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2008/07/30/dead-doha/?_r=0>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁵³⁸ Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito*. Unicuritiba, n. 28. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/0>>. Acesso em: 16 jul. 2013, p. 98.

⁵³⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 71.

⁵⁴⁰ *Idem*; *ibidem*, p. 108.

⁵⁴¹ Nesse sentido, ver: *Idem*. *O Método I: a natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987, p. 113.

de inserção no comércio internacional e, por isso, precisam de mais espaço para medidas de fomento.

Na tentativa de ponderar as diferenças entre os membros, a fórmula suíça tem sido muito utilizada para se chegar ao consenso nas negociações. Utilizada pela primeira vez na Rodada de Tóquio (1973-1979)⁵⁴², esse modelo determina que o corte das barreiras tributárias deve ocorrer de forma não linear, ou seja, proporcional às alíquotas de importação. Isso significa que os cortes seriam maiores para as alíquotas mais altas e menores para as mais baixas, o que causa prejuízos aos países em desenvolvimento, visto que suas alíquotas são mais altas que as dos países desenvolvidos.

Por isso, foi proposto pelos governos, durante a Rodada de Doha, o uso de dois coeficientes, um para os países em desenvolvimento e outro para os países desenvolvidos, permitindo que ambos reduzissem suas barreiras tributárias de maneira proporcional.

Contudo, houve impasse quanto aos coeficientes, tendo em vista que a elasticidade do bem pode influenciar o resultado. Assim, bens com elasticidade alta tendem a apresentar variações maiores em relação ao coeficiente mais baixo. Em compensação, bens com baixa elasticidade apresentam pouca variação em relação ao coeficiente⁵⁴³.

Apesar de os Estados não chegarem a um consenso sobre tais coeficientes na Rodada de Doha, o impasse revela que as regras homogêneas não são bem aceitas, principalmente aquelas que envolvem a redução de barreiras tributárias sobre bens de maior elasticidade, barreiras não tributárias ou espaços para manobras de políticas industriais.

Nesse cenário, a reciprocidade exerce papel fundamental para se contornar as dificuldades das negociações, devido à sua capacidade neutralizadora de externalidades. É por meio dela que se pode chegar à convergência de interesses.

A Rodada de Doha é fruto da convergência de opinião entre os países mais pobres sobre a inaptidão do sistema multilateral de comércio para promover o desenvolvimento econômico e social. Por sua vez, os Estados Unidos também tinham interesse na instauração de uma nova rodada, como meio de oposição aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, reafirmando valores do sistema multilateral de comércio, tais como “o

⁵⁴² Até a Rodada de Tóquio, as propostas eram de corte linear de tarifas. In: VIANNA, Catarina Carvalho. LIMA, João Policarpo R. *Política Comercial Brasileira: possíveis impactos de uma redução nas tarifas de importação dos setores automotivo e têxtil*. Revista Econômica, Rio de Janeiro, v. 12, n 2, p. 157-186, dezembro de 2010.

⁵⁴³ Nesse sentido, ver: VIANNA; LIMA, *op. cit.*,

comércio livre, pacífico, recíproco, inclusivo e regulamentado por normas fixadas mediante acordos⁵⁴⁴.

Note-se que, apesar da divergência entre os motivos para a realização de uma nova rodada, não se questionava a sua necessidade. Contudo, foram as diferenças sobre as causas motivadoras da rodada que a prolongaram de forma considerável.

Esse prolongamento evidencia os problemas aqui expostos e a necessidade de uma organização multilateral de comércio mais comprometida com o desenvolvimento humano e com a inclusão dos interesses dos países em desenvolvimento.

Para isso, deve-se readequar a estrutura da organização de modo que ela acompanhe o dinamismo do comércio, a começar pelo reconhecimento das diferenças dos membros a serem inseridas nos acordos. Ocorre que essa alteração só poderá ser concretizada mediante consenso unânime, uma vez que qualquer alteração estrutural na OMC deverá obedecer esse critério, o que torna a sua realização ainda mais difícil.

A impossibilidade de se alcançar novos acordos coloca o sistema da OMC em risco. Segundo Hoeckman, “a OMC é muitas vezes comparada a uma ‘bicicleta’ que precisa se manter em movimento para não cair”⁵⁴⁵.

Para Simon Evenett⁵⁴⁶, professor de negócios internacionais e desenvolvimento da Universidade de St. Gallen, na Suíça, “não há alternativa à unanimidade. Nenhuma das grandes potências jamais vai aceitar ser derrotada numa votação”. Nos dizeres de Hoeckman, “[...] a cultura da negociação e do espírito mercantilista muitas vezes parece dominar as interações entre membros”⁵⁴⁷.

Portanto, trabalhar com a ideia de uma possível reestruturação da OMC se aproxima mais da utopia do que da realidade. Por outro lado, o enrijecimento da Organização no sentido de reduzir a cooperação entre os seus membros pode trazer efeitos ainda piores⁵⁴⁸. Essas e outras dificuldades, tais como as falhas nos mecanismos de transparência, acarretam assimetrias nas relações entre os Estados-membros da OMC.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, ver: HOEKMAN; KOSTECKI, *op. cit.*, posição 2244.

⁵⁴⁵ Tradução livre de: “*the WTO is often likened to a “bicycle” that needs to keep moving if it is not to fall over*”. In: HOEKMAN, Bernard. *Proposals for WTO reform: a synthesis and assessment*. The World Bank Policy Research Working Paper 5525, jan. 2011, p. 3.

⁵⁴⁶ EVENETT, Simon. In: BREUER, Rayna. OMC chega aos 20 anos em meio à crise de identidade. Disponível em: <<http://dw.de/p/1Bhqo>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵⁴⁷ Tradução livre de: “*the culture of negotiation and the mercantilist spirit that often appears to dominate interactions between members*”. In: HOEKMAN, *op. cit.*, jan. 2011, p. 22.

⁵⁴⁸ Nesse sentido, ver: ABBOT, W. Kenneth. SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization, Vol. 54, p. 421, 2000.

4.2 O sistema de notificações e revisões

Ao longo dos acordos da OMC estão previstas mais de duzentas exigências de notificações a respeito das políticas comerciais adotadas por seus membros. A informação constitui a pedra angular para o bom funcionamento da Organização. O conhecimento das regras, das políticas comerciais praticadas pelos membros e suas estatísticas contribui para o incremento das negociações, da fiscalização das políticas comerciais adotadas e eventual responsabilização, quando ilegais.

Com o intuito de cumprir tais propósitos, a OMC oferece dois mecanismos de promoção da transparência: o *Trade Policy Review* e a obrigatoriedade de notificações sobre o uso de subsídios e medidas compensatórias. O primeiro refere-se à revisão das políticas comerciais gerais dos membros, inclusive, de subsídios. Ela é conduzida pelo Órgão de Exame de Políticas Comerciais, formado por todos os membros e, mediante a cooperação do secretariado, elabora periodicamente revisões sobre as políticas comerciais dos países. A periodicidade é de dois anos para os países desenvolvidos, quatro anos para os principais países em desenvolvimento e a cada seis anos, para os demais.

Faz-se importante salientar que esse Órgão não realiza qualquer tipo de juízo de valor, pois não analisa os efeitos e tampouco a legalidade das práticas, restringindo-se ao mero levantamento de dados que servirão de base para eventuais questionamentos e reclamações pelos membros.

Recentemente, o Diretor-Geral da OMC, Roberto Azevedo, destacou a importância dessa ferramenta para a promoção da transparência e o bom funcionamento da Organização.⁵⁴⁹

No que concerne às notificações, o artigo 25 do ASMC obriga os membros a encaminhá-las, anualmente, à Organização, a respeito dos programas de subsídios outorgados ou mantidos, contendo, detalhes suficientes para que os demais possam avaliar os seus efeitos. Necessariamente, a notificação deve abordar a forma, o montante do subsídio por unidade ou, quando impossível, o total previsto, a finalidade, a duração e dados estatísticos para a avaliação de seus efeitos⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Nesse sentido, ver: AZEVEDO, Roberto. *Mensaje del Director General*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/dg_s.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, ver artigo 25 do ASMC. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>. Acesso em: 09 fev. 2015.

O prazo para notificações vence todo dia trinta de junho de cada ano, mas infelizmente, o número de atrasos e omissões é bastante significativo. O *World Trade Report* de 2006 revelou que Canadá, Estados Unidos, Austrália, Japão, Suíça, Índia e África do Sul omitiram, significativamente, suas políticas de subsídios entre 1998 e 2002, enquanto que a União Europeia, a República da Coreia e o Brasil tiveram alto índice de notificações, conforme demonstra a tabela que se segue:

Figura 20: Despesas médias em subsídios de acordo com fontes distintas em bilhões de dólares, 1998-2002

Estados	Dados das contas nacionais	Notificações
Canadá	7,7	0,9
Estados Unidos	43,5	16,3
Austrália	4,7	0,3
Japão	34,3	4,2
Suíça	10,8	0,7
Índia	12,2	-
África do Sul	0,9	-
União Europeia	109	96,3
Coreia	1,0	1,3
Brasil	2,0	1,7

Fonte: OMC⁵⁵¹

Apesar dos esforços do Comitê para Subsídios e Medidas Compensatórias no sentido de encorajar os membros a procederem às notificações, o cenário não mudou. Constatou-se que metade dos membros ainda descumpra o dever de notificação⁵⁵².

Observa-se que os membros tendem a omitir subsídios específicos sobre setores mais sensíveis. Por exemplo, o Brasil tem sido assíduo na notificação de seus subsídios agrícolas, considerados legais, mas, em contrapartida, omite os benefícios fiscais em

⁵⁵¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2006: exploring the links between subsidies, trade and the WTO*. Geneva: WTO, 2006. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2009.

⁵⁵² *Idem; ibidem.*

setores como o automotivo, o que ensejou questionamentos por parte dos países desenvolvidos.

Considerando a vagueza do ASMC e que cada membro determina, unilateralmente, quais políticas constituem subsídios passíveis de notificação, fica fácil omiti-las. Portanto, o devido cumprimento das notificações deve ser incentivado para uma melhor fiscalização e controle de subsídios específicos.

A notificação tardia, por sua vez, também é prejudicial ao bom funcionamento da Organização. Devido à crise de 2008, o Conselho Geral estabeleceu um mecanismo específico para monitorar as medidas de contingências aplicadas pelos membros, tendo-se verificado que a Secretaria não podia contar com a atualidade das informações⁵⁵³.

Todavia, mesmo que haja omissão nas notificações, as políticas de subsídios podem ser questionadas por outros membros, no âmbito do Comitê para Subsídios e Medidas Compensatórias. O referido procedimento está disciplinado nos artigos 25.8 a 25.10 do ASMC. Assim:

Qualquer Membro poderá, a qualquer momento, requerer, por escrito, a outro Membro informação sobre a natureza e o alcance de qualquer subsídio concedido ou mantido por outro Membro (inclusive qualquer subsídio mencionado na PARTE IV) ou requerer explicações sobre os motivos pelos quais uma medida específica tenha sido considerada como excluída da obrigatoriedade de notificação⁵⁵⁴.

Esse instrumento é conhecido como sistema de notificação reversa, cabível no caso de omissão, permitindo que qualquer membro denuncie práticas de subsídios ilegais ao Comitê de Subsídio e Medida Compensatória. Todavia, isso não ocorre por falta de interesse, em face do temor de que questionamentos sejam direcionados ao membro denunciante.

A título de exemplo, o Brasil recebeu notificações dos Estados Unidos, Austrália, Canadá e Nova Zelândia, questionando supostos subsídios concedidos à indústria

⁵⁵³ Tradução livre de: “*The 2008-09 financial crisis revealed the importance of timely data on trade policies, trade finance and trade flows—and the fact that there were important lacunae in all three areas*”. In: HOECKMAN, Bernard. *Proposals for WTO reform: a synthesis and assessment*. The World Bank Policy Research Working Paper 5525, jan. 2011.

⁵⁵⁴ Tradução livre de: “*Article 25.8 SCM Agreement: Any Member may, at any time, make a written request for information on the nature and extent of any subsidy granted or maintained by another Member (including any subsidy referred to in Part IV), or for an explanation of the reasons for which a specific measure has been considered as not subject to the requirement of notification*”.

automotiva. A notificação mais extensa foi a norte-americana, possuindo cinco perguntas somente sobre o dever de informação, tendo em vista que, desde 2008, o Brasil não notifica a OMC, alegando a inexistência de programas notificáveis⁵⁵⁵.

Assim, na notificação reversa, o membro denunciado tem a obrigação de prestar as informações requeridas de forma rápida e suficiente para que os demais membros possam avaliar a adequação da medida requerida.

Os membros podem, ainda, elaborar questionamentos sobre os programas de subsídio notificados, a fim de esclarecer dúvidas para uma melhor avaliação de seus efeitos, as quais deverão ser respondidas prontamente. Todavia, o ASMC não estabelece um procedimento de resposta, com estipulação de prazos e imposição de sanções no caso de omissão ou de atrasos.

As dificuldades de promover a transparência em relação à política de subsídios são inúmeras. Primeiramente, a complexidade do ASMC dificulta conhecer o conteúdo das notificações, como o próprio conceito de subsídios específicos e suas categorias. A questão linguística também constitui um obstáculo para a interpretação dos acordos e das notificações, principalmente para aqueles membros que não trabalham com as línguas oficiais da OMC: inglês, francês e espanhol.

Outro ponto a ser salientado é o fato de que a averiguação dos subsídios é realizada unilateralmente pelos membros. Sendo assim, é possível que, no momento de elaborar a notificação, o membro entenda que sua política não se enquadra no conceito de subsídio específico do ASMC, assim como ocorreu no caso do Brasil, previamente citado.

A falta de conhecimento no âmbito interno também torna difícil o cumprimento da obrigação de notificar. Os subsídios de fato, por exemplo, carecem de transparência plena por não estarem previstos em lei.

Da mesma forma, não há uniformidade nas notificações, sendo prolixas ou mais concisas, o que dificulta a interpretação de seu conteúdo⁵⁵⁶. Nesse sentido, enfatiza Order:

[...] as notificações da OMC frequentemente falham ao fornecer dados apurados e significantes sobre as vantagens econômicas concedidas aos produtores. Os países tem escolhido notificar várias medidas políticas

⁵⁵⁵ Brasil responde a consultas de quatro países sobre subsídios na OMC. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/brasil-responde-a-consultas-de-quatro-pa%C3%ADses-sobre-subs%C3%ADdios-na-omc>>. Acesso em: 29 out.2014.

⁵⁵⁶ Nesse sentido, ver: WOLFE, Robert. *Letting the sun shine at WTO: how transparency brings the trading system to life*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201303_e.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2014, p. 17.

de diversas maneiras – as categorias não são uniformes tampouco a estimativa para calcular os níveis dos auxílios.⁵⁵⁷

A dificuldade para reunir os dados necessários para a notificação também corrobora para a sua assimetria, podendo, inclusive, ser a causa da procrastinação. Todavia, é fato que o atraso demasiado pode ser uma estratégia governamental para conseguir tempo, enquanto o país membro se beneficia de vantagens comerciais⁵⁵⁸.

Há propostas para reforçar as notificações e preencher as lacunas existentes. Dentre elas, destacam-se: o recolhimento direto de dados pelo Comitê e a criação de uma comissão para examinar e denunciar práticas desleais de comércio⁵⁵⁹. A proposta norte-americana privilegia a adoção de procedimento específico para o artigo 25.8 do ASMC, com prazos de sessenta dias para resposta aos questionamentos⁵⁶⁰.

Nota-se que, atualmente, a notificação dos subsídios ocorre *a posteriori*, isto é, os membros notificam subsídios já concedidos ou mantidos durante o período de um ano, permitindo que o Estado ganhe tempo e comércio até ser questionado e contestado.

Ressalta-se que não há previsão de sanções no ASMC em caso de descumprimento ou atraso na obrigação de notificar, o que torna o sistema dependente da cooperação dos seus membros.

Nesse sentido, o sistema multilateral de notificações e revisões de subsídios é frágil, pois permite o uso de manobras político-econômicas, a partir das falhas aqui apresentadas, com o intuito de conseguir tempo e obter vantagens comerciais. Portanto, o descumprimento das regras sobre as notificações coopera para a perpetuação dos subsídios nas relações comerciais internacionais.

Essa situação confirma a incompletude dos acordos da OMC e a assimetria de informação que retardam o uso do mecanismo de solução de controvérsias e de imposição

⁵⁵⁷ Tradução livre de: “[...] *the WTO notifications often fail to provide accurate and meaningful measurements of the economic support provided to producers. Countries have chosen to notify various policy measures in diverse ways – categories are not uniform and neither is the approach taken to calculate support levels*”. In: ORDER, David, et. al. *Wto Disciplines on Agricultural Support. Experience to date and assessment of Doha proposals*. Disponível em: <<http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/rb16.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

⁵⁵⁸ Nesse sentido, ver: BRINK et. al. BRIC Agricultural policies through a WTO lens. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1477-9552.12008/abstract>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, ver: HOEKMAN, *op. cit.*, jan. 2011.

⁵⁶⁰ Nesse sentido, ver: Documento G/SCM/W/557/Rev.1 de 22 set. 2014. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/127132/q/G/SCM/W557R1.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2015.

de medidas compensatórias para que a ilicitude seja retirada imediatamente, assuntos que constituem objeto dos tópicos seguintes.

4.3 A problemática das medidas compensatórias

As medidas compensatórias são impostas, unilateralmente, pelos membros, contra subsídios proibidos e acionáveis de acordo com os requisitos disciplinados no ASMC, tendo por objetivo contrabalançar os efeitos adversos dos subsídios. Por serem facultativas, seu uso varia conforme a conveniência de acordo com critérios econômicos e políticos determinados internamente pelos governos. Para Pires:

Os direitos cobrados têm por finalidade suprir a ineficiência de outros instrumentos, quais sejam, os direitos de importação. Quando a tributação é insuficiente para coibir práticas danosas à economia, utilizam-se os mecanismos de correção [...] que visam compensar a diferença entre o preço real da mercadoria no país de origem e o preço de exportação. Os direitos compensatórios restauram a competitividade interna e externa dos bens produzidos no país de importação.⁵⁶¹

As medidas compensatórias constituem um meio mais célere para inibir os efeitos dos subsídios, se comparadas ao procedimento de solução de controvérsias da OMC. Isso porque, apesar da obrigatoriedade de se observar os requisitos determinados no ASMC, são unilaterais e dependem de procedimento interno para a sua imposição. Nos dizeres de Pires, o procedimento de investigação unilateral:

[...] visa evitar que os prejuízos causados ou que porventura venha a causar à indústria ou a qualquer outra atividade econômica se prolonguem por tempo indesejável, provocando a retração do processo de desenvolvimento econômico do país importador, o que traduz uma situação de transferência de custos da atividade econômica de um país para o outro.⁵⁶²

⁵⁶¹ PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 214.

⁵⁶² *Idem*; *ibidem*, p. 211.

Assim, as medidas compensatórias são capazes de anular os danos causados pelos subsídios, a partir de sua vigência, podendo produzir efeitos retroativos, compensando os danos causados pelos subsídios já concedidos, quando cumpridas certas condições. O ASMC admite, em seu artigo 20.6, a aplicação de medidas compensatórias definitivas com efeito retroativo no limite de noventa dias em caso de dano de difícil reparação, causado por importações volumosas.

Essa situação não se aplica ao sistema do OSC, cujas decisões produzem efeitos prospectivos. Por esse motivo, as medidas compensatórias são mais vantajosas e preferíveis no combate a subsídios ilícitos.

Acrescenta-se ainda, que, diferentemente dos subsídios, as notificações das medidas compensatórias ocorrem *a priori* e, por isso, podem, de imediato, ser contestadas perante o OSC. Ademais, aqueles países que impõem tais medidas se beneficiam do fato de que o ônus da prova é de quem alega a sua ilegitimidade. Nesse aspecto, nota-se que é mais fácil impor uma medida compensatória e, se for o caso, aguardar um eventual litígio, do que proceder às soluções de controvérsias na OMC.

Convém ressaltar que, não obstante as exceções, a regra determina que tais medidas não atingem subsídios passados, somente os presentes, como ficou claro no Relatório do *Panel* no caso *Japan – DRAMS Countervailing Duties*: “as medidas compensatórias só podem ser impostas se o subsídio estiver presente no momento da imposição”⁵⁶³.

Faz-se importante frisar que os subsídios produzem três efeitos diferentes:

- a) quando o país A subsidia o produto X, aumentando suas exportações no país importador B, prejudicando seus produtores nacionais;
- b) os subsídios de A aumentam as exportações do produto X no país C, prejudicando as exportações do país B; e
- c) quando A subsidia seus produtores internos, restringindo as importações semelhantemente às barreiras tributárias.⁵⁶⁴

As medidas compensatórias só podem ser aplicadas pelo país que importa bens subsidiados. Sendo assim, somente no primeiro caso a sua aplicação é possível, uma vez que o país B não possui jurisdição sobre os territórios dos países A e C. Portanto, no que

⁵⁶³ Tradução livre de: “CVDs may only be imposed if there is present subsidization at the time of duty imposition”. In: Relatório do *Panel* no caso *Japan – DRAMS Countervailing Duties*, par. 7.355.

⁵⁶⁴ Nesse sentido, ver: BAGWELL, Kyle W. BERMANN, George A. MAVROIDIS, Petros C. *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 54.

concerne ao combate aos subsídios específicos, a OMC carece de medida célere para aqueles que prejudicam as exportações dos países em terceiros mercados, conforme pode-se notar na figura seguinte:

Figura 21: Mecanismos da OMC de combate a subsídios ilícitos

SUBSÍDIO	PROIBIDO	ACIONÁVEL
MERCADO		
Interno	Medidas Compensatórias Procedimento do OSC	Medidas Compensatórias Procedimento do OSC
Terceiro	X Procedimento do OSC	X Procedimento do OSC

Fonte: Autor

Num mundo, cuja produção se revela fragmentada em cadeias globais de valores, a concorrência é ampliada nos terceiros mercados⁵⁶⁵, impedindo que os Estados se protejam quando as medidas compensatórias só podem ser utilizadas em concorrência interna.

Nota-se que, diante dessa situação, só resta uma alternativa ao país B: iniciar um procedimento perante o OSC, cujo processo deverá levar, no mínimo, um ano e três meses, se todos os prazos forem rigorosamente cumpridos. Dados da OMC confirmam que os casos de subsídios levados ao OSC “foram motivados pelo desejo de restaurar a competitividade em escala global, ao invés de impedir os subsídios de inundar o comércio interno”.⁵⁶⁶

Outra questão que merece ser levantada é que as medidas compensatórias, inicialmente aplicadas com o objetivo de neutralizar os efeitos dos subsídios, também

⁵⁶⁵ A exemplo do setor calçadista brasileiro, que em decorrência do modelo de cadeias globais, além de perder mercado interno, teve queda de 61,9% em número de pares e 55,2% em valor exportado para os Estados Unidos, entre 2000 e 2008, devido a invasão dos produtos chineses nesse mercado. In: BNDES. *Indústria Calçadista e Estratégias de Fortalecimento de Competitividade*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3104.pdf> Acesso em: 30 abr. 2015.

⁵⁶⁶ Tradução livre de: “*were motivated by a desire to restore the competitive playground on a global scale, as opposed to merely preventing subsidies from flooding the home market*”. In: EHLERMANN, Claus-Dieter. GOYETTE, Martin. *The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies*. European State Aid Law Quarterly. Vol 5, Issue 4, 2006, p. 712-713.

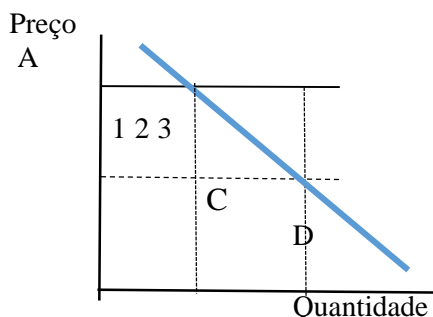
podem ser consideradas desleais, desviando comércio de maneira injustificada, quando o seu uso for inadequado⁵⁶⁷.

Pires alerta que “a falta de critério pode transformar os direitos compensatórios, ao contrário do que prevê o GATT, em instrumento de proteção comercial”⁵⁶⁸. Isso ocorre devido à subjetividade dos critérios de apuração do subsídio⁵⁶⁹, que, apesar de definido no ASMC, ainda oferece margens para dúbia interpretação.

Por esse motivo, o Brasil sugeriu em Doha que o procedimento para a aplicação dessas medidas fosse mais criterioso, à semelhança das medidas *antidumping*, a fim de alcançar maior padronização e evitar protecionismos⁵⁷⁰.

Inversamente, quando as medidas compensatórias são aplicadas contra e em proporção aos danos causados pelo subsídio, pode-se afirmar que o equilíbrio de mercado se mantém, conforme demonstra a figura a seguir:

Figura 22: Efeitos Econômicos das Medidas Compensatórias em relação aos subsídios



Fonte: autor

⁵⁶⁷ Nesse sentido ver: GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>> Acesso em: 30 out. 2014, p. 2410.

⁵⁶⁸ PIRES, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁶⁹ Nesse sentido, ver: PIRES, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, ver: MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Defesa comercial: medidas compensatórias e de salvaguarda na rodada Doha*. *Revista de direito econômico internacional: RDEI*, Florianópolis, n. 8, ago. 2005. Disponível em: <http://www.iribr.com/hongkong/Defesa_Comercial_medidas_compensatórias.asp>. Acesso em: 22 jul. 2008.

Nota-se que a medida compensatória move o equilíbrio de C para A, fazendo com que o país importador perca a área 2, mas ganhe a área 1, enquanto que o país exportador ganha as áreas 2 e 3, mas perde a 1. O equilíbrio permanecerá em A se a medida compensatória estiver efetivamente contrabalanceando um subsídio.

A observância do critério da proporcionalidade é imprescindível para que a medida compensatória cumpra o seu objetivo sem causar mais desvios e danos ao comércio. É por esse motivo que tais medidas não podem ser consideradas sanções, mas sim instrumentos para equilibrar os desvios decorrentes do uso de subsídios específicos.

Todavia, o ASMC deixa claro, ao exigir a proporcionalidade das medidas em relação aos danos provocados pelos subsídios, que o motivo das medidas compensatórias é contrabalançar as distorções causados pelos subsídios.

Quando desproporcionais, as medidas compensatórias acarretam “desvio de comércio”⁵⁷¹, formando barreiras tributárias contra as importações, com elevação dos preços dos bens importados. Quando isso ocorrer, tais medidas podem ser contestadas perante o OSC.

A imposição de medidas compensatórias deve observar os limites estabelecidos no ASMC. Devem ser adotadas por tempo suficiente para contrarrestar o subsídio e até o máximo de cinco anos, salvo se, ao revisá-las, verificou-se que o subsídio e seu respectivo dano permanecem. Desse entendimento compartilha o OPA:

Medidas compensatórias devem ser limitadas ao valor e duração dos subsídios devidamente verificados pela autoridade investigadora, inclusive em revisões (*positive determination*). A autoridade não pode ignorar informação/fato que sugere que o benefício não mais existe (no caso, mudança de controle estatal para controle privado da empresa).⁵⁷²

Nesse aspecto, o emprego das medidas compensatórias deve ser cauteloso, uma vez que, devido ao seu caráter unilateral, se utilizadas desproporcionalmente, podem promover novas distorções.

⁵⁷¹ Viner, *op. cit.*

⁵⁷² THORSTENSEN; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 184.

Não obstante, parte da doutrina⁵⁷³ argumenta que tais medidas podem ser úteis para forçar os Estados a eliminarem as suas políticas de subsídios, outra parte⁵⁷⁴ reconhece que tais medidas potencializam o acirramento de tensões em matéria comercial entre os Estados, em vez de solucionar o problema.

Por conta da observância da proporcionalidade em relação aos danos e não quanto ao valor do subsídio, as medidas compensatórias não servem de ameaça contra países desenvolvidos. Nesse sentido, o relatório da OMC de 2009 confirmou que a ameaça de se fazer uso de medidas compensatórias nem sempre desencoraja a prática de subsídios.⁵⁷⁵

De qualquer maneira, as medidas compensatórias têm sido pouco utilizadas e pouco contestadas no âmbito da OMC, tendo sido objetos de um pouco menos de um terço dos casos (do total de 109 casos, 34 envolvem medidas compensatórias), haja vista que não podem ser impostas quando o subsídio prejudicar as exportações de um Estado em terceiro mercado.

4.4 Manobras político-econômicas nas soluções de controvérsias

Até então, viu-se que o sistema de solução de controvérsias trouxe maior “jurisdização” para a OMC à medida que estabeleceu um procedimento específico, com prazos previamente fixados. Acrescente-se ainda a possibilidade de reanálise dos casos pelo Órgão de Apelação e, por fim, o uso de medidas retaliatórias diante da não implementação das decisões.

O sistema de solução de controvérsias apresenta-se como tema central da OMC, cuja eficiência depende da efetiva adjudicação de direitos e obrigações. Nesse sentido, Trachtman afirma que:

Pode parecer estranho que a resolução de litígios está no centro da governança do comércio mundial. Na verdade, vale a pena perguntar por que o foco na adjudicação ao invés da legislação, como o esteio do legalismo no comércio mundial. [...] A resolução de litígios é necessária para a aplicação da legislação. A este respeito, a resolução de litígios não é importante para si mesma, mas como o lugar onde a legislação se torna obrigatória e eficaz. Legislação sem adjudicação, pelo menos, suscita maiores preocupações em relação a sua aplicação e

⁵⁷³ Nesse sentido, ver: JACKSON, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁷⁴ MUNHOZ, *op. cit.*

⁵⁷⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2009*, *op. cit.*, p. 94-95.

eficácia. É apenas nesse sentido que a resolução de litígios pode ser adequadamente considerada a pedra angular do direito internacional.⁵⁷⁶

Pode-se afirmar que a eficácia das regras da OMC depende da capacidade de seu mecanismo de solução de controvérsias de adjudicar direitos e obrigações de maneira eficiente, segundo os critérios da PEES. Contudo, verificar-se-á que o sistema possui falhas que impedem a eficiência.

Primeiramente, faz-se mister salientar a característica diplomática do sistema de solução de controvérsias, ao incentivar a resolução das disputas mediante acordo, não só em sua primeira fase, mas durante todo o procedimento. Segundo Lafer, é possível verificar essas características nas seguintes situações:

[...] pela cautela recomendada *before bringing a case*; pela preferência explícita por soluções negociadas (DSU art. 3º, §7º); pela recomendação de que a interpretação das normas da OMC deve ser estrita, e não construtivamente ampliada (DSU 3º, § 2º) e especialmente pela obrigação de consultar, como fase prévia obrigatória, antes de suscitar-se a constituição de um panel (DSU, art. 4º).⁵⁷⁷

Segundo o ESC, os Estados devem, antes de levar um caso ao OSC, refletir sobre a sua utilidade, tendo em vista que o amparo concedido pelo sistema deve ter como imperativo a busca por uma solução positiva, de preferência, aceitável por ambas as partes e em consonância com os acordos da OMC⁵⁷⁸. Nesse sentido, Bliacheriene, ressalta que:

Para o direito internacional, o fato da parte vencedora não aplicar uma retaliação ou cobrar uma compensação, não significa que haja ineficácia do sistema da OMC. Trata-se de uma composição política e

⁵⁷⁶ Tradução livre de: “*It may appear odd that dispute resolution is at the center of world trade governance. Indeed, it is worthwhile to wonder why the focus is on adjudication, rather than legislation, as the mainstay of legalism in world trade. [...] dispute resolution is necessary to the application of legislation. In this regard, dispute resolution is not important for its own sake but as the place where legislation becomes binding and effective. Legislation without adjudication at least raises greater concerns regarding the application and effectiveness of the legislation. It is only in this sense that dispute resolution may properly be considered the cornerstone of international law*”. In: TRACHTMAN, Joe. *The Domain of WTO Dispute Resolution*. Harvard International Law Journal. Vol. 40, 1999, p. 339.

⁵⁷⁷ LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1998, p. 130.

⁵⁷⁸ Ver art. 3.7 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias.

não de desobediência restrita a um *decisio*, como normalmente se faz no direito interno⁵⁷⁹.

Não obstante, os motivos que levam os governos a recorrer ou não ao OSC são variados, além da análise do mérito jurídico e seu suporte fático, a probabilidade de êxito e *lobbies* internos, bem como a interação entre interesses particulares e públicos são capazes de influenciar tal decisão.

Nesse sentido, o procedimento de solução de controvérsias apresenta características diplomáticas e de Direito Internacional Público, porque estimula o alcance do consenso entre as partes, que, por sua vez, são sujeitos de Direito Internacional Público.

A abertura para negociações, dentro do procedimento, tem por escopo estimular a resolução das questões comerciais internacionais pela via diplomática. Prioriza-se o acordo entre as partes devido à sua capacidade de manter a abertura do comércio, tendo em vista que a retaliação impõe obstáculos. Por esse motivo, ao longo de todo o procedimento de solução de controvérsias, o acordo é incentivado.

Ademais, contribui para as negociações o fato do OSC não possuir característica de tribunal e de tampouco suas decisões se revestirem de natureza jurídica de sentença, mas sim de recomendação. A execução dessas decisões possui natureza de direito privado, sendo, por isso, mais flexíveis, admitindo a facultatividade da retaliação⁵⁸⁰. Silva Neto afirma que:

O mecanismo de solução de controvérsias da OMC é um processo técnico-jurídico, com espaço para o político, ao contrário do processo judicial interno, predominantemente técnico-jurídico, no qual o aspecto político está menos presente.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ BLIACHERIENE, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁸⁰ Para ter característica de tribunal é preciso que exista um organismo encarregado de dar soluções com base no Direito e que estas sejam obrigatórias, sendo que, uma vez provocadas, as partes não controlam o procedimento.

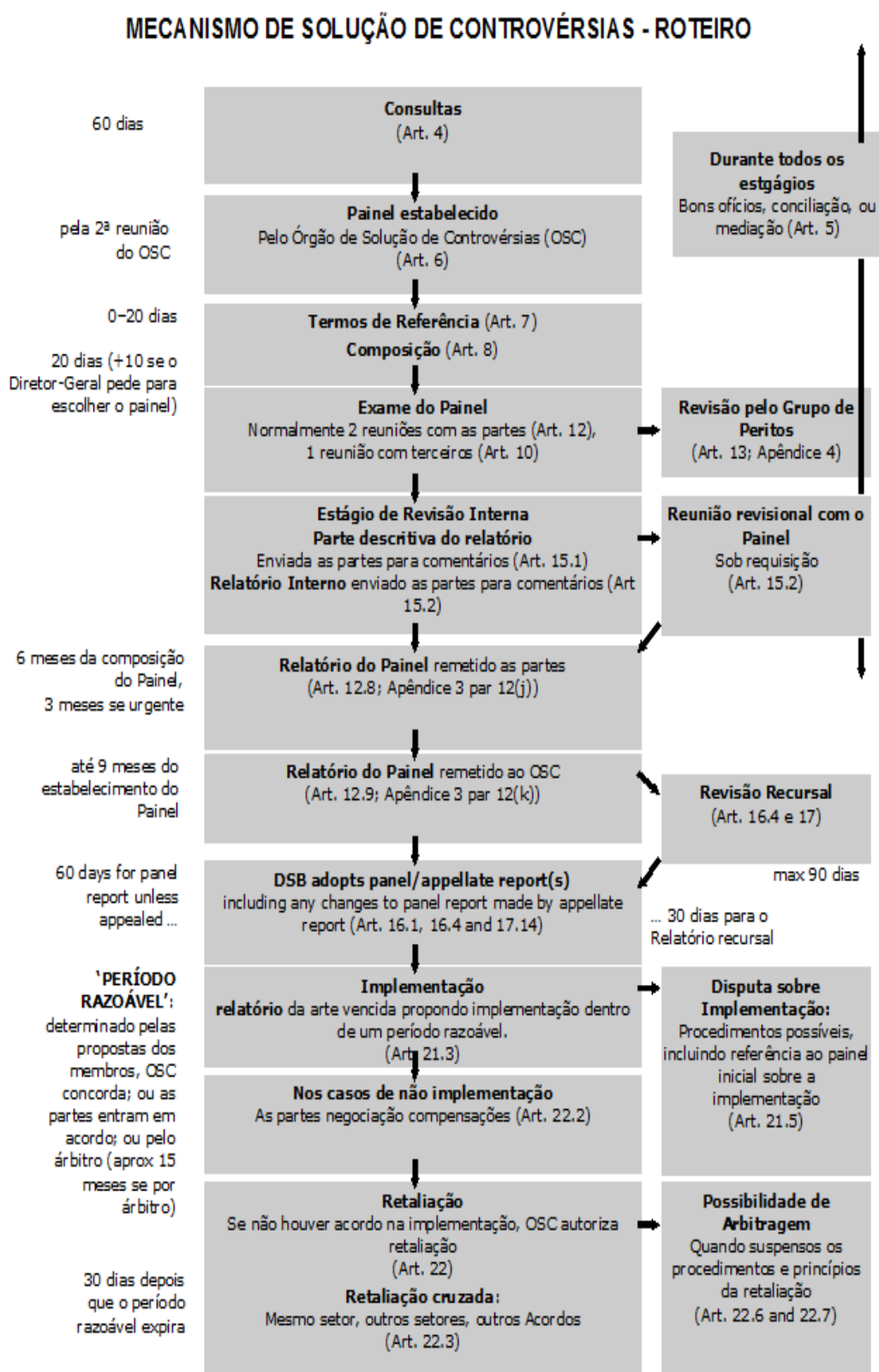
⁵⁸¹ SILVA NETO, *op. cit.*, p. 173.

Portanto, apesar de certa “jurisdização” do sistema de solução de controvérsias da OMC, o seu procedimento ainda apresenta espaços para o uso de estratégias político-econômicas dos Estados.

4.4.1 O procedimento

Neste item, abordar-se-á o procedimento geral do ESC para a solução de controvérsias. No que concerne aos subsídios, o ASMC estabelece particularidades procedimentais que devem prevalecer sobre o procedimento geral. Variações de prazos e de soluções, por exemplo, são estabelecidos de acordo com a natureza do subsídio. Tais especificidades serão ressaltadas ao longo da explanação geral, que seguirá o diagrama abaixo:

Figura 23: Procedimento de Solução de Controvérsias da OMC



Fonte: OMC⁵⁸²

⁵⁸² <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/disp2_e.htm>.

Antes de se adentrar no procedimento em si, é importante frisar que este é norteado por princípios processuais, dentre os quais se destacam: devido processo legal, boa-fé e lealdade processual, igualdade, contraditório, ônus da prova, celeridade e economia processual e a efetividade.

O princípio do devido processo legal implica a correta aplicação do mecanismo de solução de controvérsias, com o intuito de garantir um processo justo a ambas as partes. Isso acarreta assegurar o necessário equilíbrio de acordo com as diferenças econômicas e capacidade técnica de defesa das partes⁵⁸³.

A boa-fé e a lealdade processual significam que as partes devem se abster de práticas que possam causar frustrações ao processo, tais como, deixar, de forma intencional, de prestar informações importantes. Já o princípio da igualdade tem por escopo promover o acesso de todos os membros ao OSC de forma igualitária.

Pelo princípio do contraditório, são concedidas às partes, ao longo de todo o processo, oportunidades para manifestarem-se em relação às decisões do *Panel* e do Órgão Permanente de Apelação (OPA), bem como o direito de resposta em relação às manifestações da outra parte.

Quanto ao ônus da prova, a regra determina que compete ao demandante provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao demandado, provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos. Em relação aos subsídios, compete ao demandante provar a especificidade, a não ser que o subsídio seja proibido. Nesse caso, o demandado deve provar a inexistência da especificidade ou do nexos causal entre a medida e o dano, visto que sua especificidade é presumida.

Pelo princípio da celeridade e da economia processual, o processo deve ser o mais célere dentro das possibilidades. Segundo o artigo 3º do Etendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), “[...] é essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para manutenção do equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros a pronta solução das situações [...]”. A celeridade processual é de extrema importância, uma vez que não existe condenação à indenização.

A aplicação do referido princípio implica a admissão da pluralidade de partes e a fixação de prazos mais exíguos, sendo ainda menores quando o caso envolver concessão de subsídios.

⁵⁸³ Nesse sentido, ver: NETO CRETELLA, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 197.

A limitação da matéria a ser analisada também decorre desse princípio e tem sido confirmada pelos *Panels* anteriores, que abordaram apenas as questões que consideravam necessárias para a resolução do mérito⁵⁸⁴. Assim, algumas alegações são consideradas irrelevantes e não são inseridas nas motivações do relatório final que, por sua vez, apresentará apenas os argumentos necessários para justificar a decisão.

O princípio da efetividade determina que os dispositivos dos acordos devem ser interpretados como um todo, fazendo-se necessária a realização de análise sistêmica em consonância com os princípios e as regras da organização. Acrescenta-se ainda o pronto cumprimento das decisões do OSC, principalmente em relação aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, conforme estabelece o artigo 21 do ESC:

1. O rápido cumprimento das recomendações ou decisões do OSC é essencial para assegurar uma resolução eficaz dos litígios em benefício de todos os membros.
2. Atenção especial deve ser dada às questões que afetem os interesses dos países em desenvolvimento no que diz respeito às medidas que tenham sido objeto de resolução de litígios.⁵⁸⁵

Visto isso, passa-se ao estudo das etapas procedimentais para a solução de controvérsias na OMC. A primeira delas é a de consultas, que se inicia mediante a reclamação do demandante, com fulcro nos seguintes fundamentos: a) a violação dos acordos; b) a não violação, cuja prática gerou danos ou anulação de benefícios em decorrência da quebra das expectativas legítimas das vantagens oriundas dos acordos; e c) pela situação, que não implicou qualquer tipo de violação, mas resultou em danos ou anulação de benefícios⁵⁸⁶.

Os dois últimos casos referem-se a medidas que, apesar de legais, causam o desequilíbrio dos direitos e obrigações acordados entre os membros. Devido à sua difícil

⁵⁸⁴ Nesse sentido, ver: WT/DS33 *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*.

⁵⁸⁵ Tradução livre de: “*Article 21 DSC Proceeding: 1. Prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members. 2. Particular attention should be paid to matters affecting the interests of developing country Members with respect to measures which have been subject to dispute settlement*”.

⁵⁸⁶ Possibilidade prevista no artigo XXIII: 1 (c), utilizada para casos emergenciais, como crises econômicas, alto nível de desemprego e etc., que nunca resultou na instauração de um *Panel* em decorrência da falta de critérios para invocá-la.

comprovação, raramente são utilizados e, nas vezes em que foram objeto de reclamação no OSC, não progrediram⁵⁸⁷.

Nesse sentido, qualquer medida incompatível com as regras da OMC, tais como os subsídios específicos, sejam proibidos ou acionáveis, ou medidas compensatórias incompatíveis, pode ser questionada perante o OSC.

Diante de qualquer dessas situações, as partes iniciam o procedimento mediante a realização de consultas mútuas, pelo período de sessenta dias, no intuito de buscar uma solução. Essa fase possui característica exclusivamente diplomática e pode ser equiparada as “condições da ação”⁵⁸⁸, sem a qual não se pode dar seguimento à próxima etapa.

Diante da impossibilidade de acordo, o Estado prejudicado poderá requerer ao OSC a instauração de um *Panel*, apresentando a matéria em controvérsia e o respectivo embasamento legal. Mesmo se as partes não chegarem a um acordo, essa etapa não deixa de ser importante, servindo para delimitar o objeto da controvérsia.

Na segunda etapa, já se pode identificar a característica jurisdicional do sistema, pela qual a controvérsia será resolvida por um corpo de árbitros, entre três e cinco, eleitos pelas partes, observando-se os princípios do devido processo legal e do contraditório, segundo as normas da OMC.

Caso as partes não cheguem ao consenso sobre a eleição dos árbitros dentro do prazo de vinte dias, o Diretor-Geral da OMC será convocado para indicar a composição do *Panel*.

Quando o objeto da solicitação for a concessão de subsídio proibido, o artigo 4º do ASMC determina que, findada a fase de consultas, antes de se instaurar o *Panel*, o OSC poderá solicitar ao Grupo Permanente de Especialistas (GPE)⁵⁸⁹ que realize análise prévia para averiguar se realmente é esse o caso.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, ver: BENJAMIN, Daniela Arruda. Org. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 36-37.

⁵⁸⁸ Nesse sentido, ver: CRETELLA NETO, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁸⁹ 24.3 do ASMC O Comitê estabelecerá Grupo Permanente de Especialistas (GPE). Composto por cinco *experts* independentes, altamente qualificadas na área de subsídios e relações comerciais. Os especialistas serão eleitos pelo Comitê e um deles será substituído a cada ano. O GPE poderá ser requisitado a assistir o grupo especial, tal como disposto no parágrafo 5º do Artigo 4º. O Comitê poderá, igualmente, solicitar parecer sobre a existência e natureza de qualquer subsídio. Tradução livre de: “*Article 24.3 SCM Agreement: The Committee shall establish a Permanent Group of Experts composed of five independent persons, highly qualified in the fields of subsidies and trade relations. The experts will be elected by the Committee and one of them will be replaced every year. The PGE may be requested to assist a panel, as provided for in paragraph 5 of Article 4. The Committee may also seek an advisory opinion on the existence and nature of any subsidy*”.

Com base nos fundamentos apresentados, o *Panel* delimita a matéria a ser apreciada, que servirá de termos de referência para fins de celeridade processual. Assim, os termos de referência têm por objetivo:

Examinar, à luz das disposições pertinentes no (indicar o(s) acordo(s) abrangido(s) citado(s) pelas partes em controvérsia, a questão submetida ao OSC por (nome da parte) no documento [...] e estabelecer conclusões que auxiliem a OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas naquele(s) acordo(s))”.⁵⁹⁰

Ao analisar o caso, o *Panel* realiza pelo menos duas reuniões com as partes e, posteriormente, emite um relatório prévio para fins de revisão interna e, assim, evita o cometimento de erros materiais. Esse relatório é enviado às partes para as suas considerações.

Após essa etapa, o relatório passa a ser definitivo e é enviado ao OSC para adoção. Somente com a adoção, o relatório passa a ter força vinculante. Apesar de a decisão ser tomada com fundamento nas normas da OMC, não se pode afirmar a característica de jurisdição internacional do *Panel*, uma vez que aquela decisão possui natureza consultiva, só passando a vincular as partes quando adotada pelo OSC⁵⁹¹.

Cabe lembrar que a adoção ocorre por meio da regra do consenso negativo, sendo suficiente que um membro aprove o relatório para que seja adotado. Assim, a adoção é, praticamente, automática, pois a parte que sai vencedora certamente votará a seu favor. Esse procedimento tem relevância política, visto que, ao promover o debate sobre a decisão, funciona como “termômetro” de sua legitimidade.

Antes da adoção do relatório do *Panel*, as partes ainda podem recorrer ao OPA, para reanálise das questões de direito, com poderes para reformular, modificar ou revogar a decisão. O respectivo relatório será enviado ao OSC para aprovação, momento em que também será adotado o relatório do *Panel*. O prazo para a adoção de ambos os relatórios é de trinta dias, contados a partir da data da sua distribuição aos membros.

⁵⁹⁰ Tradução livre de: “To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document [...] and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)”. In: Artigo 7, do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC.

⁵⁹¹ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 423.

Frise-se que o duplo grau de jurisdição reforça a “judicialização” do sistema. Não obstante, em qualquer fase do procedimento é possível que as partes alcancem um acordo, inclusive, na fase de implementação da decisão.

A decisão do OSC poderá resultar em três soluções diferentes, seguindo a seguinte ordem: a) a retirada imediata ou dentro de prazo razoável da medida incompatível ou de seus efeitos danosos; b) a celebração de acordo de compensação; e c) retaliação⁵⁹².

Na verdade, o primeiro constitui o único remédio jurisdicional possível, enquanto que os demais constituem soluções que podem ser buscadas pelos membros, caso aquele não seja cumprido. Nesse sentido, o artigo 19 do ESC preceitua que:

Quando um grupo especial ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o Membro interessado torne a medida compatível com o acordo. Além de suas recomendações, o grupo especial ou o Órgão de Apelação poderá sugerir a maneira pela qual o Membro interessado poderá implementar as recomendações.⁵⁹³

Pela regra geral, o demandado deverá apresentar ao OSC o prazo e a maneira pela qual se pretende cumprir a decisão. Em se tratando de subsídios proibidos, para fins de celeridade, o artigo 4.7⁵⁹⁴ do ASMC impõe que o *Panel* determine, já de imediato, o prazo para a retirada do programa.

No caso de subsídios acionáveis, a recomendação determinará, primeiramente, que o demandado elimine seus efeitos danosos e, não sendo isso possível, recomendar-

⁵⁹² O termo ‘retaliação’ é utilizado pela doutrina americana, não sendo encontrado nos acordos da OMC, que também apresentam divergência de termos. Enquanto o artigo 4º do ASMC se refere a contramedidas, o ESC trata de suspensão de concessões. Daniel Damásio Borges as chama de represálias. Aqui, optou-se pela terminologia do ESC, tendo em vista a grande divergência doutrinária sobre o conceito de represálias e a ampla margem de possibilidades de contramedidas. Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 57-62.

⁵⁹³ Tradução livre de: “*Article 19.1 Dispute Settlement Understanding: Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned⁵⁹³ bring the measure into conformity with that agreement.⁵⁹³ In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations*”.

⁵⁹⁴ Artigo 4.7 ASMC: Se a medida em análise for considerada subsídio proibido, o grupo especial deverá recomendar ao Membro outorgante que a retire sem demora. A esse respeito, o grupo especial deverá especificar em sua recomendação o prazo em que a medida deverá ser retirada. Tradução livre de: “*Article 4.7 SCM Agreement: If the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay. In this regard, the panel shall specify in its recommendation the time-period within which the measure must be withdrawn*”.

se-á a retirada dos subsídios no prazo de seis meses, contados a partir da adoção da decisão pelo OSC.

Diante da impossibilidade da retirada imediata da medida, o membro deverá fazê-lo em prazo razoável, a ser discutido entre as partes, dado que este varia de acordo com os limites de sua legislação interna. Segundo o artigo 21.3 do ESC, esse período será determinado com base nas seguintes diretrizes:

- a) o prazo proposto pelo Membro interessado, desde que tal prazo seja aprovado pelo OSC; ou, não havendo tal aprovação;
- b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões; ou, não havendo tal acordo;
- c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões.⁵⁹⁵

O artigo ainda acrescenta que o prazo razoável a ser determinado pela arbitragem não poderá exceder quinze meses, contados a partir da data da adoção da decisão. No caso de subsídios proibidos, esse prazo é pré-determinado pelo *Panel*.

O artigo 21.6 determina que o OSC deverá fiscalizar o cumprimento da decisão, com base no recebimento de relatórios enviados periodicamente pelo demandado acerca do estágio da implementação. É possível haver uma disputa sobre a implementação devido à gama de possibilidades para o cumprimento da decisão.

Nesse caso, faz-se importante verificar se a medida de implementação não está violando os acordos da OMC ou se o cumprimento tem sido parcial. Frise-se que esse mecanismo não pode ser utilizado diante da inexistência de medidas de implementação, sob pena de permitir ao demandado utilizá-lo para fins de procrastinar o seu cumprimento.

As dificuldades da fase de implementação decorrem da resistência por parte dos

⁵⁹⁵ Tradução livre de: “*Article 21.3 Dispute Settlement Understanding: (a) the period of time proposed by the Member concerned, provided that such period is approved by the DSB; or, in the absence of such approval; (b) a period of time mutually agreed by the parties to the dispute within 45 days after the date of adoption of the recommendations and rulings; or, in the absence of such agreement; (c) a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the date of adoption of the recommendations and rulings.*”⁵⁹⁵ *In such arbitration, a guideline for the arbitrator*⁵⁹⁵ *should be that the reasonable period of time to implement panel or Appellate Body recommendations should not exceed 15 months from the date of adoption of a panel or Appellate Body report. However, that time may be shorter or longer, depending upon the particular circumstances”.*

membros no cumprimento das recomendações, principalmente quando estas envolvem questões politicamente mais sensíveis, tais como os subsídios.⁵⁹⁶

Em qualquer situação, seja de não cumprimento, cumprimento parcial ou a substituição por outra medida ilícita, as partes podem negociar um acordo de compensação ou de indenização. A compensação implica na abertura de comércio por meio de concessões de benefícios. No caso de subsídios, busca-se neutralizar a perda de mercado por eles provocado.

Considerando o dever de observância dos acordos da OMC, a compensação constitui um instrumento pouco utilizado, pois implica em abertura de novo mercado por parte do demandado. Isso a torna pouco interessante para o demandante, devido ao princípio da nação mais favorecida, por meio do qual os benefícios concedidos deverão ser estendidos a todos os membros. Assim, ela só será economicamente interessante em caso de monopólio.

A compensação não é obrigatória e deve resultar de acordo entre as partes. Em caso de subsídios, o demandante pode imediatamente solicitar ao OSC autorização para promover a retaliação, que, diferentemente da compensação, implica na suspensão de concessões, com o intuito de forçar o cumprimento da decisão.

Note-se que o ESC não trata a retaliação como ato ilícito e tampouco como sanção. Todavia, Amaral Junior defende que a retaliação possui natureza jurídica de sanção por tratar-se de “[...] ato coercitivo, que se caracteriza pela interferência limitada na esfera de interesse protegido de outro Estado, mediante a privação temporária de direitos legitimamente estabelecidos”⁵⁹⁷.

Borges⁵⁹⁸ discorda desse entendimento devido ao caráter ilícito das retaliações, por qualificá-las como represálias que, por sua vez, constituem violações de normas internacionais, só sendo admissíveis quando existirem motivos para excluir a sua ilicitude.

Por outro lado, para Amaral, a função punitiva das retaliações é inexistente e pode ser comprovada pela exigência da proporcionalidade na sua aplicação, ou seja, as retaliações devem ser equivalentes aos danos ou à nulidade de benefícios⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 431.

⁵⁹⁷ AMARAL JUNIOR, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁹⁸ BORGES, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁹⁹ AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação Cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p. 94.

Diferentemente das sanções, as retaliações, decorrentes do princípio da reciprocidade, representam um interesse individual, sendo, por isso, facultativas, cuja função preponderante é a de induzir o cumprimento das normas internacionais. Já as sanções são institucionais, de interesse coletivo, aplicadas pelos Estados em nome da organização internacional e, por isso, obrigatórias.⁶⁰⁰

Para Pauwelyn⁶⁰¹, as retaliações exprimem as ideias mercantilistas da organização. Conforme preceitua o artigo 3.7 do ESC, todo o propósito do mecanismo de solução de controvérsias é a regularização da medida incompatível, mantendo a observância dos acordos para salvaguardar o equilíbrio das concessões:

Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos.⁶⁰²

Esse dispositivo traduz a função corretiva das retaliações, no intuito de restaurar o equilíbrio entre as partes⁶⁰³. No caso de subsídios proibidos, a retaliação tem por escopo induzir a imediata retirada de seu programa e, em se tratando de subsídios recorríveis, num primeiro momento, o objetivo é a eliminação dos danos, não sendo isso possível, então se aplica a regra geral do artigo 3.7.

Por esse motivo, o acordo de compensação e a retaliação são facultativos e utilizados somente em caso de descumprimento das recomendações do OSC. Nesse sentido, O ESC deixa claro, em seu artigo 22.1, a preferência pela implementação das decisões:

A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável. No entanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma

⁶⁰⁰ *Idem; ibidem*, p. 55-56.

⁶⁰¹ PAUWELYN, Joot. *Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules – toward a more collective approach*. American Journal of International Law, 2000, p. 335-347.

⁶⁰² Tradução livre de: “Article 3.7 DSU: In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements”.

⁶⁰³ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 498.

recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido.⁶⁰⁴

Esse dispositivo se coaduna com o disposto no artigo 3.7 do ESC, acima transcrito, ao priorizar o cumprimento das recomendações do *Panel*. Todavia, esse é o último recurso, a que se chega após um longo período de tempo. Enquanto isso, operam-se manobras político-econômicas e ganho de comércio, cujos espaços serão estudados a seguir.

4.4.2 Espaços para estratégias político-econômicas nas soluções de controvérsias

Há espaços para manobras político-econômicas que percorrem todo o procedimento de solução de controvérsias da OMC. Na primeira fase, em virtude de seu caráter diplomático, permite-se o exercício de pressão política, sobretudo por parte dos países desenvolvidos contra países em desenvolvimento, para a conclusão de acordos.⁶⁰⁵ Os países, especialmente os ricos, podem ameaçar suspender concessões⁶⁰⁶, inserir o Estado em listas negras, fazer ameaças aos representantes dos governos, bloquear um pacote de negociações, entre outros. Além disso, podem ameaçar não cumprir uma eventual decisão do OSC, argumentando a ineficiência dos mecanismos de implementação de decisões.

Caso as partes logrem o acordo e havendo a inobservância posterior, o OSC não possui mecanismos para forçar o seu cumprimento, como ocorre com as decisões do *Panel* e do OPA⁶⁰⁷. Isso faz com que as partes tenham que voltar à estaca zero, ou seja, faz-se necessária a abertura de novo procedimento de solução de controvérsias para

⁶⁰⁴ Tradução de Vera Thorstensen e Luciana Maria de Oliveira. In: THORSTENSEN, Vera. OLIVEIRA, Luciana Maria de. Releitura dos Acordos da OMC como Interpretados pelo Órgão de Apelação: *Dispute Settlement Understanding*. Disponível em: <<http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/01%20Dispute%20Settlement%20Understanding.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2015, p. 257.

⁶⁰⁵ DA SILVA NETO, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁰⁶ À exceção do princípio da nação mais favorecida, a OMC permite que países desenvolvidos concedam tratamento tributário mais favorecido às importações oriundas de países em desenvolvimento. Conhecido por SGP – Sistema Geral de Preferências, não raras vezes, os países desenvolvidos ameaçam a retirada das concessões, afinal, elas são facultativas. Não obstante, Daniel Damásio Borges entende que, uma vez concedidos tais benefícios, a sua retirada sofre limitações. Nesse sentido, ver: BORGES, Daniel Damásio. *Repsalías nos Contenciosos Econômicos na Organização Mundial do Comércio: uma análise na perspectiva dos países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2008, p. 253-256.

⁶⁰⁷ Nesse sentido, ver: BLIACHERIENE, Ana Carla. *Defesa Comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 107.

resolver a questão, começando-se, novamente, pelas consultas. Enquanto isso, o membro violador ganha tempo e mercado.

Outra questão a ser destacada é o fato de que as decisões do *Panel* e do OPA produzem efeitos somente prospectivos, *ex nunc*, o que colabora para que o demandado busque subterfúgios e se aproveite de todos os mecanismos fornecidos pelo OSC para prolongar o litígio.

Já se chegou a decidir, em caso de subsídios, que os efeitos das decisões do OSC deveriam ser retroativos, implicando também o reembolso da contribuição financeira que serviu de base para o subsídio, além de sua remoção⁶⁰⁸. Todavia, esse entendimento foi muito criticado na OMC, inclusive por ambas as partes envolvidas no caso e tampouco voltou a ser levantado, devido à dificuldade de esse efeito ser aplicado no âmbito interno dos Estados⁶⁰⁹. Essa situação pode desencadear o desinteresse do produtor para que seu Estado inicie um procedimento de solução de controvérsias na OMC, uma vez que não será indenizado pelos danos já sofridos.

Faz-se importante recordar que as regras de solução de controvérsias da OMC não têm caráter reparador tampouco punitivo. Seu objetivo é a restauração do equilíbrio das relações comerciais, neutralizando os efeitos das medidas incompatíveis.

Assim, para que haja o cumprimento integral da recomendação, o demandado deverá retirar os subsídios por completo, se proibidos, ou os seus danos, quando recorríveis. Se parte destes permanecerem ou se substituídos por outros subsídios, é possível que as partes cheguem a um acordo de compensação. Não sendo isso possível, o demandante poderá solicitar ao OSC a aplicação de retaliações proporcionais até que se cumpra integralmente a decisão⁶¹⁰.

Durante esse período, os Estados, para ganhar tempo e comércio, valem-se de subterfúgios decorrentes das falhas procedimentais, tais como os prazos, a averiguação dos danos e a forma pela qual as retaliações são aplicadas.

⁶⁰⁸ Relatório do *Panel* no caso *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, par. 6.39.

⁶⁰⁹ Nesse sentido, ver: BOOSCHE; ZDOUC, *op. cit.*, p. 205, 777-778.

⁶¹⁰ Nesse sentido, ver: Relatório do Órgão de Apelação no caso *United States – Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporation’*, par. 82.

4.4.2.1 Dos prazos

Os artigos 4º e 7º do ASMC estabelecem prazos mais exíguos para as soluções de controvérsias sobre subsídios. As consultas são realizadas em sessenta dias, ocorrem no máximo em trinta dias para os subsídios proibidos. Caso as partes não cheguem ao consenso, o *Panel* deverá ser instaurado imediatamente e terá noventa dias, em vez de seis meses para analisar o caso. Por outro lado, o prazo para a adoção da decisão pelo OSC será de trinta dias e não de sessenta, como preceitua a regra geral.

Da mesma forma, os prazos referentes ao procedimento de apelação são especiais. Independentemente da natureza dos subsídios, se proibidos ou acionáveis, o OPA possui o prazo de trinta dias para proferir a sua decisão, prorrogáveis por igual período, diferentemente da regra geral, que estabelece o limite de noventa dias. Por fim, os demais prazos do OSC não especificados no referido artigo devem ser reduzidos à metade.

Os prazos para cumprimento das recomendações também são diferentes: seis meses para se retirar os danos causados pelos subsídios acionáveis, enquanto que para os proibidos, a sua retirada deve ser imediata. Segundo Wouters e Coppens, tal diferenciação em relação aos prazos e retaliações reflete a posição mais negativa dos membros em relação aos subsídios proibidos⁶¹¹.

Se, por um lado, o estabelecimento de prazos para cada fase procedimental garante a automaticidade do sistema, ao impedir que uma das partes procrastine a demanda, por outro lado, apesar de exíguos, os prazos não são seguidos à risca, principalmente nos casos mais complexos.

No que concerne às recomendações, viu-se que a primeira solução é a retirada da medida incompatível sem demora ou dentro de prazo razoável. Ocorre que esse período esbarra nos preceitos constitucionais de cada membro, tendo em vista a necessidade de se fazer alterações em sua legislação interna, o que pode, ainda, ser objeto de discussão.

Além da divergência sobre o prazo de implementação, as partes podem não concordar com a forma pela qual o demandado pretende corrigir a medida incompatível. A princípio, a conformação da medida ocorre de forma unilateral, determinada no âmbito interno do demandado sem qualquer intervenção do OSC. Este, por sua vez, somente se manifestará quando o demandado demonstrar a impossibilidade de cumprimento

⁶¹¹ WOUTERS; COPPENS, *op. cit.*, p. 56.

imediatamente. Assim, o demandado deve comunicar o OSC, no prazo de trinta dias, a respeito de suas intenções sobre a implementação, que poderão ser questionadas pelo demandante.

Ambas as questões, tanto material quanto em relação aos prazos, podem ser discutidas. Para isso, instaura-se o procedimento sobre a implementação, ensejando uma série de questionamentos, retardando ainda mais o seu cumprimento. Não havendo consenso sobre o prazo de implementação, este será decidido pela arbitragem, que deverá ser concluída em noventa dias, contados a partir da adoção do relatório. Enquanto isso, ressalte-se que a medida incompatível continua produzindo os seus efeitos.

Uma vez estabelecidos o prazo e a forma de implementação, ainda deve-se considerar a possibilidade de não cumprimento, ampliando ainda mais o tempo para que a demanda se resolva.

Não obstante a exiguidade dos prazos, quando não cumpridos, faz-se necessário abrir novos procedimentos. O primeiro, estabelecido no artigo 21 do ESC, serve para analisar o cumprimento parcial da obrigação. O segundo, previsto no artigo 22, é utilizado para solicitar a retaliação, em caso de descumprimento total ou parcial, a qual, se não contestada, será autorizada no prazo de trinta dias.

Caso o demandante venha a contestar, o *quantum* ou o objeto da retaliação, instaura-se um procedimento arbitral, com prazo de sessenta dias, para averiguar o grau da retaliação, que deve ser proporcional ao prejuízo ou a anulação do benefício. Acresce-se ainda o procedimento arbitral para a análise da retaliação cruzada, com prazo de sessenta dias para a sua definição, conforme determina o Artigo 22.6 do mesmo dispositivo.⁶¹²

A título de exemplo, pode-se citar os casos entre Brasil e Canadá⁶¹³ sobre subsídios concedidos por ambos os países às suas respectivas indústrias aeronáuticas (Embraer e Bombardier), que levaram três anos até a decisão final do OPA (1997-2000).

⁶¹² Existe divergência doutrinária sobre a possibilidade de se pleitear a retaliação do artigo 22 antes do *Panel* se pronunciar sobre a implementação do artigo 21. Borges, por exemplo, diz que é incongruente autorizar a retaliação antes de comprovado o não cumprimento da decisão. A jurisprudência da OMC ainda não se pronunciou nesse sentido, todavia, tem aceito o pedido de retaliações mesmo sem averiguar a conformidade da implementação. No caso, o pedido se baseará nos dados fornecidos pela parte reclamante. Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 439-445.

⁶¹³ O imbróglio sobre os programas de subsídios para a indústria aeronáutica gerou os seguintes casos: DS46 *Brazil — Export Financing Programme for Aircraft (Complainant: Canada)*; DS70 *Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Complainant: Brazil)*; DS71 *Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Complainant: Brazil)* e DS222 *Canada — Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (Complainant: Brazil)*.

O emblemático caso do algodão entre Brasil e Estados Unidos⁶¹⁴, que se iniciou em 2002, só obteve a decisão final do OPA em 2005.

Insta lembrar que, após a decisão, passa-se à fase de cumprimento, que pode gerar novas controvérsias, abrindo novos procedimentos arbitrais. Assim, o caso Bombardier se definiu em 2003 e o caso do algodão só foi efetivamente resolvido em outubro de 2014, constituindo o mais longo da história da OMC.

Esse lapso temporal para o cumprimento das decisões ocorre devido à possibilidade de negociações entre as partes, principalmente no que concerne ao cumprimento da decisão. No caso do algodão, por exemplo, a decisão final do OPA ocorreu em 2005, confirmando a condenação dos Estados Unidos pela concessão de subsídios ilegais, que deveriam ser retirados imediatamente.

Diante de empecilhos legislativos, os Estados Unidos alegaram que não era possível a retirada imediata dos subsídios, por isso, ficou pactuado que eram necessários quinze meses para adequar a legislação norte-americana à decisão.

Passado esse período, não houve o cumprimento da decisão e, em agosto de 2006, o governo brasileiro pleiteou os direitos retaliatórios, com base no artigo 21.5, que estabelece um *Panel* para resolver controvérsias sobre não implementação em noventa dias. Devido à complexidade do trabalho, o referido prazo não foi cumprido e a disputa só foi concluída em dezembro de 2007.

Diante da comprovação da não implementação, o Brasil pleiteou o direito à retaliação, que também foi para a arbitragem a fim de discutir o seu objeto e *quantum*. Em 2009, o governo brasileiro obteve o direito de retaliar os Estados Unidos em até oitocentos milhões de dólares. Com isso, o Brasil poderia suspender concessões em relação ao comércio de bens, serviços e propriedade intelectual dos Estados Unidos.

No dia 8 de março de 2010, a CAMEX publicou a resolução de número quinze, aumentando a alíquota do imposto de importação de cento e dois produtos originários dos Estados Unidos. Tal resolução só entraria em vigor no dia sete de abril, período que oportunizou novas negociações.

Apesar de a OMC priorizar a negociação em detrimento da retaliação, o fato de ser realizada a qualquer tempo permite o prolongamento da demanda, ainda mais quando o acordo dela resultante não for cumprido.

⁶¹⁴ DS267 *United States — Subsidies on Upland Cotton (Complainant: Brazil)*.

Exatamente isso que ocorreu entre Brasil e Estados Unidos no caso do algodão: as partes chegaram ao acordo pelo qual os Estados Unidos se comprometeram: a) a estabelecer um fundo de financiamento de projetos para a cotonicultura brasileira no valor anual de, aproximadamente, cento e quarenta e sete milhões de dólares; b) a suspensão de recursos para o programa de subsídios, que garantiam créditos à exportação; e c) agilização no processo de reconhecimento sanitário da carne suína e bovina.

Todavia, em outubro de 2012, os Estados Unidos suspenderam os pagamentos, o que gerou novo acordo entre as partes. Dessa vez, após muitas discussões internas entre retaliar ou renegociar, em outubro de 2014, as partes encerraram a disputa de maneira mais cautelosa e diplomática mediante novo acordo, pelo qual o governo norte americano concordou em pagar, de imediato, trezentos milhões de dólares⁶¹⁵ ao Instituto Brasileiro do Algodão (IBA)⁶¹⁶. Além disso, também concordaram em limitar os subsídios à exportação em até dezoito meses. Contudo, esse novo acordo só foi possível mediante a ameaça brasileira de proceder a retaliação cruzada.

Faz-se importante frisar que as partes podem, mediante acordo, prolongar os prazos, mas sem esse acordo, os prazos se aplicam e o demandante tem o direito de dar continuidade ao procedimento, impedindo que o demandado o bloqueie.

Portanto, por um lado, o adensamento da jurisdição do sistema multilateral de comércio garante maior segurança e previsibilidade, mas, por outro lado, nota-se ainda a presença do caráter diplomático, o que demonstra os interesses dos Estados em manter margem para manobras.

O caráter diplomático amplia os prazos e facilita o exercício de pressões para a desistência de casos ou fechamento de acordos, principalmente diante de relevante desequilíbrio econômico entre as partes. Quando o Brasil iniciou a demanda sobre o algodão, por exemplo, os Estados Unidos começaram a aplicar medidas *antidumping*⁶¹⁷

⁶¹⁵ Até o novo acordo ser celebrado, o governo americano já havia pago quinhentos e trinta milhões de dólares.

⁶¹⁶ Instituto Brasileiro do Algodão – IBA, associação civil sem fins lucrativos fundada em junho de 2010, para gerir os recursos oriundos dos pagamentos efetuados pelos Estados Unidos a título de solução parcial do caso algodão. Tem por objetivo promover o desenvolvimento e fortalecimento da cotonicultura brasileira, observando as melhores práticas de gestão, governança e transparência. Disponível em: <<http://www.iba-br.com>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶¹⁷ Segundo o artigo 2 do Acordo *Antidumping*, para efeitos do presente Acordo, um produto deve ser considerado como obecto de dumping quando introduzido no mercado de outro país a com valor menor que o normal, isto é, quando o preço de exportação do produto de um país para outro é menor do que o preço, se comparado, no decurso de operações comerciais, ao produto similar quando destinado ao consumo no país de exportação. Tradução livre de: “*Article 2 Antidumping Agreement: For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another*”

sobre o suco de laranja brasileiro. Todavia, o Brasil possui capacidade técnica e estrutura para voltar ao contencioso da OMC, o que seria impossível aos países mais frágeis.

O descumprimento dos prazos, seja pela complexidade do tema, seja pelo uso de subterfúgios protelatórios, contribui para o uso do mecanismo de solução de controvérsias no intuito de obter vantagens comerciais, ao perpetuar a conduta ilícita. Soma-se a esse cenário, a falta de remédios retroativos para a reparação dos danos decorrentes dos subsídios, cujas problemáticas serão estudadas a seguir.

4.4.2.2 Dos danos

As regras atuais incentivam a manutenção de programas de subsídios ilegais, uma vez que, enquanto não se esgotar o prazo para o cumprimento das recomendações, o membro violador continua desviando o comércio e obtendo vantagens sem sofrer qualquer tipo de penalidade.

Enquanto isso, os membros prejudicados devem arcar com os danos provocados pelos subsídios até o final desse prazo nos casos em que as medidas compensatórias são impraticáveis. Nesse sentido, Amaral⁶¹⁸ alerta para a possibilidade de os danos se tornarem irreversíveis no final do contencioso.

A herança do GATT/47 aumenta a gravidade do problema, cujas soluções se restringem à mera retirada da medida ilícita ou do dano. Assim como no GATT/47, o sistema da OMC não admite a condenação por reparação de danos. Isso significa dizer que, devido ao efeito prospectivo das decisões do OSC, o que já se obteve em termos de ganho de comércio é irreversível.

Salvo raras exceções⁶¹⁹, os danos só são levantados nas soluções de controvérsias quando da definição do *quantum* das retaliações. Antes de se adentrar nas questões polêmicas das retaliações, ressalte-se que o conceito de dano no comércio internacional é específico e se traduz em anulação ou prejuízo de benefícios (*nullification or impairment of benefits*). A razão disso se encontra no foco exclusivo da OMC sobre a concorrência leal entre seus membros. Por conseguinte, independentemente de o ilícito ocasionar a

is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country". Quando isso ocorre, aplica-se uma medida *antidumping* para que o preço volte ao seu valor normal. Ver casos DS250 e DS382.

⁶¹⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 99.

⁶¹⁹ No caso de subsídios acionáveis, por exemplo, os danos devem ser comprovados, pois constituem requisito para a existência do subsídio.

redução do fluxo de comércio, os prejuízos ou a anulação de benefícios são constatados quando acarretarem efeitos adversos ao comércio. Esses efeitos podem assumir diversas formas, tais como o acréscimo de custos de transação e alterações nas condições de acesso a mercados.⁶²⁰

No que concerne aos subsídios proibidos, a sua concessão realoca recursos, causando distorções ao comércio dos Estados e, por isso, a sua análise independe da averiguação dos danos para a responsabilização do Estado concedente.

Sobre as retaliações, o artigo 22.4 determina que “o grau da suspensão de concessões ou outras obrigações autorizadas pelo OSC deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo”.⁶²¹ Segundo esse dispositivo, as retaliações, em geral, devem ser equivalentes aos danos causados pelas violações aos acordos da OMC. Em caso de subsídios proibidos, é possível ultrapassar o seu montante para induzir ao cumprimento da decisão do OSC.⁶²² Considerando que só podem ser aplicadas após o esgotamento do prazo estabelecido para implementação, os danos só serão computados a partir dessa data.

Tais danos são estimados pelos árbitros de forma aproximada por meio da análise da *counterfactual situation*, isto é, ao averiguar as alterações na demanda e nos preços, estimam-se quais seriam as receitas líquidas se a medida ilegal não existisse.

Essa abordagem tem sido alvo de críticas devido à sua subjetividade, à complexidade e às variáveis do método de cálculo dos danos, principalmente porque desconsidera os impactos econômicos que as retaliações podem gerar nas diferentes condições econômicas em que os Estados se encontram.

Tal situação demonstra, mais uma vez, a homogeneidade de tratamento da OMC, que desconsidera diferentes realidades econômicas de seus membros. Para Borges:

Os danos, sejam eles advindos do ato ilícito, sejam eles decorrentes das represálias devem ser apreciados à luz da situação econômica peculiar em que o Estado lesado e o Estado responsável se encontram, sob pena de não haver uma relação de real equivalência entre eles.⁶²³

⁶²⁰ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, 285 e 286.

⁶²¹ Tradução livre de: “Article 22.4 DSU: The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment”.

⁶²² Nos casos *Brazil – Aircraft* e *Canada – Aircraft Credits and Guarantees*, o Panel esclareceu que, a título de contramedida, considera-se a sua capacidade de forçar o Estado a retirar o subsídio ilícito.

⁶²³ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 327.

Esse tratamento diverge dos objetivos prescritos no preâmbulo do Acordo da OMC, que coloca o desenvolvimento como um dos pilares que deve permear toda a Organização e seus acordos. Ignorar os impactos das retaliações sobre os membros pode aprofundar ainda mais as diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, sendo que os primeiros possuem maior capacidade econômica tanto para retaliar quanto para suportar retaliações.

Os países em desenvolvimento, por sua vez, em decorrência da sua realidade econômica e social, podem sofrer ainda mais com as retaliações desproporcionais. Portanto, essa realidade deve ser sopesada ao se determinar o *quantum* das retaliações.

Em relação aos subsídios proibidos, cujas retaliações encontram-se disciplinadas no artigo 4.10 do ASMC, os danos não têm servido de parâmetro para a aplicação de retaliações. Nota-se, pelas decisões dos *Panels*, a adoção de dois critérios: a) a função das retaliações de induzir a retirada imediata do subsídio proibido; e b) a quantia total dos subsídios, ambos admitidos em prol da eficácia.⁶²⁴

A adoção desses critérios tem sido causa de disparidades entres os membros, por, muitas vezes, revelarem retaliações desproporcionais. No caso da União Europeia sobre bananas⁶²⁵, o *Panel* deixou claro que o objetivo das retaliações é induzir o cumprimento da decisão e, por isso, são temporárias. Todavia, ressaltou que a sua aplicação desproporcional, ultrapassando o prejuízo ou a anulação do benefício, não se justifica.

Em mercados como o de aeronaves, a concorrência é bastante acirrada, e um subsídio de pequeno montante pode trazer prejuízos bem superiores. Por esse motivo, Borges acredita que o cálculo dos danos com base na proporcionalidade constitui o melhor critério a ser adotado para determinar o *quantum* das retaliações.⁶²⁶

4.4.2.3 Das retaliações

As retaliações constituem o último recurso permitido pelo OSC, na tentativa de induzir o cumprimento da recomendação para a efetiva solução da controvérsia. É nesse

⁶²⁴ No caso *Canada – Export credits and loan guarantees for regional aircraft*, os árbitros entenderam que o valor total dos subsídios concedidos pelo Canadá à sua indústria aeronáutica não era suficiente, a título de retaliação, para forçar a retirada imediata do subsídio. Com base única e exclusivamente nesse fundamento, foi acrescido vinte por cento ao valor do subsídio. Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 333-334.

⁶²⁵ Ver: Relatório do *Panel* no caso *EC – Regime for Importation, Sale and Distribution of Bananas*, par. 6.3.

⁶²⁶ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 342-343.

momento que se passa a quantificar o dano, para que a retaliação seja proporcional ao montante do subsídio quando este for proibido e, ao dano, quando este for acionável⁶²⁷. Todavia, independentemente da natureza do subsídio, a retaliação sempre será prospectiva, não alcançando a reparação dos danos anteriores à decisão.

Quando se tratar de países em desenvolvimento, o artigo 21.8 do ESC determina que o OSC deverá analisar os impactos da retaliação não somente sobre os acordos que a envolvem e, sim, sobre toda a economia do país.⁶²⁸

O problema é que os efeitos adversos das retaliações, muitas vezes, são inevitáveis. Como constituem suspensões de benefícios, diminuem a oferta, o que, por sua vez, acarreta a elevação dos preços, prejudicando os exportadores atingidos pela medida, ao passo que favorece os seus concorrentes estrangeiros, que passam a obter o mercado que antes pertencia ao demandado. Por esse motivo, as retaliações, mesmo que aplicadas de forma bilateral, produzem efeitos multilaterais⁶²⁹.

As retaliações devem ocorrer dentro do mesmo setor⁶³⁰ econômico e do mesmo acordo atingidos pela medida incompatível. Caso não seja impraticável ou ineficaz, o membro pode pleitear que seja autorizada a suspensão de concessões em relação a outro setor dentro do mesmo acordo. Se, ainda assim, isso for impraticável ou ineficaz, o OSC poderá autorizar, a retaliação cruzada, ou seja, a suspensão de concessões no âmbito de outro acordo.

A análise da praticabilidade e da eficácia da retaliação é feita pelos árbitros a partir da solicitação da parte. Pelo primeiro critério, é feita uma análise das concessões realizadas pela parte dentro do acordo, que, se inexistente, fará com que a retaliação seja impraticável. Já o conceito de eficácia implica na análise de sua capacidade de induzir o Estado a cumprir a decisão do *Panel* e, nesse caso, faz-se necessário averiguar as assimetrias entre as partes.

⁶²⁷ Nesse sentido, ver: Relatório do Órgão de Apelação no caso *Brazil – Aircraft*, par. 3.48.

⁶²⁸ Artigo 21.8: Se o caso tiver sido submetido por país em desenvolvimento, ao considerar a providência adequada a ser tomada o OSC deverá levar em consideração não apenas o alcance comercial das medidas em discussão, mas também seu impacto na economia dos países em desenvolvimento interessados. Tradução livre de: “*Article 21.8 DSU: If the case is one brought by a developing country Member, in considering what appropriate action might be taken, the DSB shall take into account not only the trade coverage of measures complained of, but also their impact on the economy of developing country Members concerned*”.

⁶²⁹ Nesse sentido: THORSTENSEN; OLIVEIRA. op cit. *Dispute Settlement Understanding*. p. 115-117.

⁶³⁰ O artigo 22.3 (f) (i) do ESC prescreve que “entende-se por setor, no que se refere aos bens, todos os bens”. Tradução livre de: “*Article 22.3 (f) DSU: for purposes of this paragraph, "sector" means: (i) with respect to goods, all goods*”.

Na controvérsia das bananas entre a União Europeia e o Equador⁶³¹, os árbitros entenderam que, quando o Estado prejudicado depender das importações do demandado, as retaliações, que nada mais são do que suspensões de concessões, podem ser ainda mais prejudiciais.

Assim, as retaliações, muitas vezes, são inviáveis quando aplicadas por países mais frágeis, pois geram custos e, pouco ou nenhum efeito contra países mais ricos. Para Borges, existe uma “estreita relação entre as disfunções das retaliações e a distribuição assimétrica de poder econômico”⁶³².

Por esse motivo, as retaliações cruzadas têm sido mais utilizadas pelos países em desenvolvimento contra os desenvolvidos, pelo fato de poderem afetar setores mais sensíveis aos últimos. O acordo de propriedade intelectual constitui um dos mais solicitados nesses casos, tendo em vista a sua relevância para os países desenvolvidos e os benefícios decorrentes de sua suspensão para os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.⁶³³

O revés da retaliação cruzada é que, na maioria das vezes, não atinge os mesmos setores econômicos beneficiados pela medida incompatível, fazendo com que setores dissociados do ilícito sejam prejudicados. Por esse motivo, o ESC estabeleceu uma ordem prioritária a ser seguida.

Há casos em que as retaliações, independentemente do setor, nem sequer produzem efeitos sobre o demandado, mas geram custo para o demandante. É o caso dos membros cujo comércio é irrelevante para a outra parte devido à sua ínfima participação no comércio mundial.

Os países menos desenvolvidos são economicamente fracos para retaliar países desenvolvidos. No dizeres de Amaral:

Ainda que se diga que o mecanismo de solução de disputa da OMC tenha dentes para morder os membros que não cumprem com as decisões adotadas, na verdade a efetividade da suspensão de concessões

⁶³¹ Nesse sentido, ver: Recurso da Comunidade Europeia sobre a arbitragem prevista no parágrafo 6 do artigo 22 do ESC no caso *European Communities – Regime for the Importation, sale and distribution of banana*, par. 73-80.

⁶³² BORGES, *op. cit.*, p. 501.

⁶³³ Os países em desenvolvimento, por exemplo, podem se beneficiar da suspensão das patentes de medicamentos, tornando-os mais baratos ao consumidor. Nesse sentido, ver: *Idem; ibidem*, p. 360-361. Os impactos, ao se considerar o consumo privado, são positivos na área de propriedade intelectual e negativos na retaliação comercial. Nesse sentido, também ver: AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação Cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

comerciais é desafiada pela enorme diferença de tamanho de mercado que pode estar disputando no jogo comercial.⁶³⁴

O que se tem visto após vinte anos de atuação do mecanismo de solução de controvérsias da OMC é a sua efetividade antes mesmo de se chegar às retaliações⁶³⁵. Mas isso não altera o seu problema central: o reflexo da discrepância do poder econômico dos Estados em relação ao cumprimento das obrigações. Nesse sentido, o demandado tende a cumprir as decisões do OSC quando sabe do potencial econômico e político do demandante para retaliar. Portanto, quando o governo do Estado-membro não tiver a intenção de observar a decisão do OSC, o sistema se mostra fraco.

Dentre os países em desenvolvimento, o Brasil, além de ser um dos pioneiros, tem atuação relevante como demandante, não obstante ainda estar aquém dos Estados Unidos e da União Europeia. Em seguida, encontram-se China, México, Índia e Argentina. Por outro lado, países em desenvolvimento mais frágeis, como Bolívia, Venezuela, Peru, Equador, bem como a maioria dos países caribenhos, possuem participação ínfima ou nula, pois, devido ao seu pequeno poder econômico, as suas dificuldades não se restringem a acessar o sistema. Ainda que isso fosse possível, as suas retaliações pouco ameaçam os países desenvolvidos.

Muitas propostas já foram apresentadas no sentido de se reformar o sistema multilateral de solução de controvérsias, principalmente no que tange ao fortalecimento dos instrumentos para o cumprimento das decisões. A responsabilidade pela reparação de danos retroativos tem sido tópico frequente entre os países em desenvolvimento, desde a era GATT/47.⁶³⁶

Outra possibilidade seria a permissão para que os membros se unissem no momento da retaliação, tornando-a mais eficaz, quando os países em desenvolvimento estivessem amparados pelos desenvolvidos⁶³⁷.

⁶³⁴ AMARAL, *op. cit.*, p. 95.

⁶³⁵ Nesses vinte anos de OMC, foram iniciados 472 casos, dos quais em somente oito foram autorizadas as retaliações. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Chronological List of Disputes*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

⁶³⁶ Nesse sentido, ver: HOEKMAN et. al., *op. cit.*, p. 16-18.

⁶³⁷ Para Borges, a junção de membros no momento da retaliação não é possível devido ao caráter bilateral dos acordos da OMC e, por isso, somente os Estados lesados estão habilitados a retaliar. Até porque alguns Estados são beneficiados com os subsídios, devido à diminuição dos preços do produto subsidiado para os consumidores dos Estados importadores. Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 295-296.

Assim, para solucionar tal problema, um grupo dos países africanos propôs a retaliação coletiva de países em desenvolvimento contra países desenvolvidos⁶³⁸. Todavia, alguns países menos desenvolvidos enfrentam dificuldades de acesso ao sistema, tão bem utilizado pelos países desenvolvidos, uma vez que só podem retaliar, mediante autorização do OSC, após passar pelo procedimento previsto no ESC. Nesse sentido, Sella salienta que:

Em que pese a igualdade formal de todos os componentes da OMC, não há entre eles equiparação técnica nem igual capacidade de suportar os custos das demandas e a conseqüente redução da capacidade diplomática. Cada um desses estágios, ao drenar tempo, esforços e investimentos humanos e materiais, prejudica diretamente o interessado no cumprimento da decisão final emitida pelo Órgão de Apelação. A soma das frustrações, contudo, tem efeitos ainda mais daninhos do que apenas adiar a pacificação plena de uma controvérsia específica. Indiretamente, a morosidade da decisão final implementada e os sucessivos custos incorridos promovem uma corrosão da confiança nos mecanismos de solução de controvérsias da OMC e acentuam a desigualdade de forças entre seus membros.⁶³⁹

Difícilmente, propostas que tornam o sistema de solução de controvérsias e os meios de combate aos subsídios mais rígidos seriam aceitas entre os membros. Isso porque, dentre outras razões, os membros não querem estar vinculados a instrumentos mais severos quando as regras não são muito claras. Nesse sentido:

Em suma, muitas propostas foram feitas para fortalecer o sistema de solução de controvérsias. Um tema recorrente nas análises econômicas dos mecanismos de execução relativamente fracos na OMC é que este é endógeno: ela reflete a natureza incompleta do contrato OMC (Horn, Maggi e Staiger, 2010). Como resultado governos não querem submeter-se a um processo em que eles podem estar sujeitos a penalidades que eles considerem inapropriado, dada a ausência de especificidade *ex ante* sobre as regras que serão aplicadas.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Nesse sentido, ver: AMARAL JUNIOR, *op. cit.*, p. 114.

⁶³⁹ SELLA, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁴⁰ Tradução livre de: “*Summing up, many proposals have been made to strengthen the dispute settlement system. A recurring theme in the economic analyses of the relatively weak enforcement mechanisms in the WTO is that this is endogenous: it reflects the incomplete nature of the WTO contract (Horn, Maggi and Staiger, 2010). As a result governments do not want to subject themselves to a process where they may be subject to penalties that they deem inappropriate given the absence of ex ante specificity on the rules that will apply*”. In: HOEKMAN et. al, *op. cit.*, p. 17.

Assim, as margens para manobras político-econômicas foram, voluntariamente, almeçadas pelos governos dos membros, o que demonstra a influência das ideias mercantilistas na OMC. Por outro lado, há de se considerar que, quanto maior a rigidez nas soluções de controvérsias, menores são as chances de cooperação, acirrando as tensões entre os membros, o que, por consequência, dificulta a celebração de novos acordos.

Esse modelo, no entanto, privilegia os países desenvolvidos, considerando que são, ao mesmo tempo, os membros que mais concedem subsídios específicos e mais impõem medidas compensatórias, além de serem os maiores reclamantes no sistema de solução de controvérsias.

Os dados confirmam que essa concorrência se restringe aos países desenvolvidos e emergentes. De 107 casos que envolveram o tema subsídios e medidas compensatórias, os Estados Unidos e a União Europeia lideram entre os principais reclamantes e reclamados, seguidos de Canadá, conforme denota-se do quadro abaixo:

Figura 24: relação dos membros mais atuantes e o número de casos como reclamantes e reclamados

MEMBRO	RECLAMANTE	MEMBRO	RECLAMADO
Estados Unidos	30	Estados Unidos	26
União Europeia	23	União Europeia	15
Canadá	11	Canadá	10
Brasil	9	China	15
Coreia	7	Brasil	6
México	5	Indonésia	4
Índia	5	México	3
China	5	Índia/ Argentina	2
Indonésia	4	Coreia	1
Paquistão/ Tailândia/ Argentina	1	Peru/Filipinas/ Paquistão	1

Fonte: adaptado segundo dados da OMC

Observa-se que, de forma geral, o sistema tem servido exclusivamente aos países ricos e afastado os países pobres. Ao somar os casos de subsídios iniciados pelos países em desenvolvimento emergentes, especialmente a China, todos os 21 casos são contra países desenvolvidos. Os demais países em desenvolvimento somam o número de 8 casos, enquanto que os países menos desenvolvidos nunca fizeram uso do sistema. Dentre países desenvolvidos como reclamantes e reclamados, totalizam-se 47 casos.

Por meio desses dados, pode-se notar que a maior parte dos países em desenvolvimento e todos os países menos desenvolvidos estão à margem do sistema da OMC. E, em se tratando de subsídios, cujos danos sociais são irreparáveis, especialmente para os países pobres, é necessário que sejam tomadas providências no âmbito da OMC para evitar as ocorrências de tais danos.

Inclusive, a força dos países em desenvolvimento emergentes como demandantes encontra-se muito aquém quando comparada a dos países desenvolvidos. Como demandado, o grupo dos emergentes se aproxima dos Estados Unidos, com 24 casos. Os demais países em desenvolvimento foram demandados em apenas 12 casos.

Além disso, de todos os 8 casos em que se chegou ao acordo na fase de implementação, destaca-se que somente em um deles foi necessário que o Estado demandante solicitasse autorização de retaliação, que, por sua vez, também constitui o único que envolve um país desenvolvido e um em desenvolvimento. Esse caso é emblemático na OMC e ficou conhecido como o caso do algodão entre Brasil e Estados Unidos.

De 109 casos, 41 se encontram em fase de consultas, 22 estão iniciando a fase de implementação e cinco alcançaram acordo já na fase de consultas e envolveram apenas países desenvolvidos. Os demais encontram-se na fase de composição do *Panel*.

Ressalte-se que, depois da redução das barreiras tributárias, os subsídios constituem um dos poucos instrumentos⁶⁴¹ que sobraram para os Estados concretizarem ajustes econômico-sociais internos, sabendo-se que os países desenvolvidos são dotados de maior aptidão para tal. Nesse sentido, a redução das barreiras tarifárias pode ser ilusória quando os países fazem uso de subsídios.

Sabendo-se que os países desenvolvidos são dotados de maior aptidão política e econômica para conceder subsídios e fazer uso do sistema da OMC, não se pode olvidar que, em consonância com o princípio do tratamento especial diferenciado aos países em

⁶⁴¹ As barreiras técnicas também são utilizadas para fins de proteção do produtor.

desenvolvimento e menos desenvolvidos, estes são auxiliados pela OMC. Todavia, o auxílio não é suficiente, quando se considera que esses Estados dificilmente suportam os custos de concorrer num comércio distorcido pelo uso de subsídios.

Enquanto se discute a controvérsia, o desvio de comércio produz efeitos concretos que, muitas vezes, implicam no perecimento dos bens que ficam encalhados nos armazéns dos países menos desenvolvidos. Nesse sentido:

Onde não há remédio retroativo, é difícil para um governo se recusar a exercer toda gama de táticas procrastinatórias quando pressionados por grupos de interesse nacionais com interesse na manutenção da proteção. Pressupondo que uma medida existe porque alguém teve influência política suficiente para aprová-la, o mesmo alguém, provavelmente, vai lutar por sua manutenção. Em muitos casos, mesmo se o governo, e, portanto, o grupo de interesse nacional, perdem no sentido técnico, eles podem ser considerados vencedores no mercado por causa dos efeitos da vantagem competitiva injusta que obtiveram, temporariamente, livre de custo.⁶⁴²

Nessa conjuntura, os efeitos dos subsídios não são suficientemente banidos pela retaliação, uma vez que ultrapassam os seus limites, tendo em vista que as retaliações são prospectivas, o que pode ser vantajoso para o governo violador.

4.5 Uso de subsídios para combater subsídios

A regulamentação da OMC, na forma que se encontra, incentiva a prática de subsídios específicos entre os seus membros. Com efeito, as brechas acima estudadas são aproveitadas para contrabalancear os acordos que reduzem as barreiras tributárias, para resolver problemas causados por externalidades negativas ou ainda para impedir os efeitos de outros subsídios.

⁶⁴² Tradução livre de: “Where there is no retroactive remedy, it is difficult for a government to refuse to pursue the entire range of delay tactics when pressured by domestic interest groups with a stake in maintaining protection. Assuming a measure exists because someone had enough political clout to get it passed, the same someone will probably fight for its survival. In many cases, even if a government, and hence the domestic interest group, comes out a technical loser, it may already be a market winner because of the effects of its temporary cost-free unfair competitive advantage.”. In: HORLICK, Gary. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, Daniel M. e SOUTHWICK, James. *The Political Economy of International Trade Law*. Cambridge 2002, p. 640.

Diante da existência de subsídio específico, os membros da OMC podem: a) aplicar medidas compensatórias unilaterais quando possível; b) recorrer ao OSC; c) nada fazer, segundo a teoria de Adam Smith, pois os subsídios estariam financiando o consumo de outro país que, para ele, seria a finalidade de toda a produção; ou d) aplicar subsídios específicos para ganhar tempo de manobra até que sejam contestados.

A primeira possibilidade não pode ser aplicada se o Estado prejudicado estiver competindo com o produto subsidiado num terceiro mercado. Na segunda, o OSC pode autorizar que o governo prejudicado retalie o conessor, contudo, isso só ocorre após a verificação do descumprimento da decisão, o que pode levar tempo demasiado, beneficiando o conessor com o ganho de comércio. O OSC também poderá autorizar, segundo o artigo 4.10 do ASMC, que o demandante aplique novos subsídios para contrabalancear os efeitos dos subsídios ilícitos, mas desde que sejam lícitos e afetem somente o demandado. Ademais, por dependerem de autorização do OSC, a concessão de novos subsídios tampouco resolve o problema de forma *a priori*.

Na terceira hipótese, o membro teria que suportar tal situação, acreditando na “mão invisível” do mercado, que se encontra em condições imperfeitas. Não obstante a última opção ser ilícita segundo as regras da OMC, constitui a forma mais célere de evitar os efeitos dos subsídios quando houver concorrência em um terceiro mercado.

Dessa forma, os membros se aproveitam da estratégia do fato consumado, aplicando subsídios e ganhando tempo enquanto aguardam tais medidas serem contestadas perante o OSC.

O cenário é ainda mais dramático para os países menos desenvolvidos, que, diante da incapacidade técnica e financeira para o devido acesso ao sistema, estão condenados a perder a sua produção e o seu mercado. Àqueles desenvolvidos, por sua vez, compensa combater os subsídios específicos mediante a aplicação de novos subsídios, mesmo que ilícitos. Apesar de correrem o risco de serem contestados na OMC até que a solução da controvérsia efetivamente se resolva, o ganho de mercado foi obtido.

É nesse sentido que o sistema multilateral de comércio incentiva a prática de subsídios entre os seus membros, pois constitui o meio mais célere de neutralizarem os seus efeitos quando operarem no terceiro mercado.

A essa situação a doutrina tem chamado de “*race to the bottom*”, ou seja, corrida ao fundo do poço. Apesar de a terminologia ser mais utilizada para a concorrência de subsídios em busca de investimento estrangeiro, não deixa de fazer sentido para a questão aqui apresentada. Jackson faz um alerta sobre esse fenômeno, pois, segundo ele:

O uso irrestrito dos subsídios no comércio internacional pode levar ao uso de contra subsídios, e contra-contra-subsídios em uma progressão crescente, da qual pode danificar seriamente o bem-estar mundial. Isso já foi demonstrado no sector agrícola.⁶⁴³

Essa situação ocorreu no caso entre Brasil e Canadá⁶⁴⁴, em que ambos os países subsidiavam a sua indústria aeronáutica, respectivamente, Embraer e Bombardier. Nessas circunstâncias, o *Panel* deixou claro que medidas de “contrassubsídios”, ou seja, a aplicação de subsídios ilícitos como forma de combater subsídios ilícitos, não pode ser admitida:

A abordagem brasileira em relação ao item (k), no entanto, efetivamente permitiria que um membro elevasse a oferta de subsídios à exportação –ou na verdade, de qualquer subsídio – pelos membros reclamantes como uma defesa para justificar a sua própria concessão de subsídios à exportação. Isso implicaria numa corrida para o fundo, já que cada membro da OMC justificaria a concessão de subsídios à exportação, alegando que outros membros estavam fazendo o mesmo.⁶⁴⁵

Nesse giro, a única forma de concessão de subsídios legais é aquela que estiver em consonância com o ASMC. Sendo assim, quando subsídios específicos forem utilizados como contramedida, serão considerados ilegais, podendo ser reclamados perante o OSC. Entretanto, até serem contestados, o programa de subsídios pode já ter cumprido o seu propósito.

A atitude do Canadá em relação ao caso confirma essa premissa. Apesar de autorizado pelo OSC a retaliar o Brasil, o governo canadense também optou por subsidiar a sua indústria, providenciando à Bombardier um empréstimo no valor de três bilhões de

⁶⁴³ Tradução livre de: “*The unfettered use of subsidies in international trade can lead to counter-subsidies, and counter-counter-subsidies in an escalating progression, all of which can seriously damage world welfare. This has already been demonstrated in the agricultural sector.*” In: JACKSON, John. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 90.

⁶⁴⁴ DS46 Brazil — *Export Financing Programme for Aircraft (Complainant: Canada)*; DS70 Canada — *Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Complainant: Brazil)*.

⁶⁴⁵ Tradução livre de: “*The Brazilian approach to item (k), however, would effectively allow a Member to raise the provision of export subsidies –or indeed of any subsidy -- by the complaining Member as a defense justifying its own provision of export subsidies. This would entail a race to the bottom, as each WTO Member sought to justify the provision of export subsidies on the grounds that other Members were doing the same.*” In: Relatório Final do Panel no caso Brasil – *Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46, par. 7.26.

dólares americanos, sob a alegação de que perderiam mercado devido à resistência do Brasil em implementar as recomendações do *Panel*.

O mesmo ocorreu no caso *EU – Measuring Affecting Trade in Commercial Vessels* contra a República da Coreia, em que a concessão de subsídios por parte da União Europeia estava em desacordo com o ASMC, que não autoriza a imposição unilateral de subsídios ilícitos para combater outros subsídios.

Todavia, devido ao alto ônus dos subsídios, os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos são excluídos dessa possibilidade. Considerando que, quanto maior o PIB de um país, maior será a sua capacidade econômica para a concessão de subsídios⁶⁴⁷, quando aplicados contra subsídios específicos, o sistema retrocede para o modelo *power-oriented*, extremamente prejudicial aos países menos desenvolvidos.

Quando o membro faz uso de medidas unilaterais de subsídios específicos como forma de represália contra subsídios sem a devida supervisão da OMC, o sistema retrocede ao modelo *power-oriented*, extremamente prejudicial aos países economicamente frágeis. Esses países carecem de instrumentos para combater os subsídios, pois, se também passarem a subsidiar a sua produção, seja por meio de investimento direto ou pela exoneração da atividade econômica, os custos sociais recairão sobre a sua população, cujo bem-estar já se encontra prejudicado⁶⁴⁸.

Diante das falhas na proteção dos direitos estabelecidos, as represálias passaram a ser justificadas pelos membros do GATT. Isso significa que, na falta de garantias dos seus direitos, os Estados começaram a adotar medidas ilícitas para combater o descumprimento das obrigações previstas⁶⁴⁹. No caso dos subsídios, isso se traduz na aplicação de subsídios ilícitos para contrabalançar os efeitos de subsídios igualmente ilícitos.

⁶⁴⁶ Caso DS301

⁶⁴⁷ Dos subsídios notificados e conhecidos, o Secretariado da OMC concluiu no *World Trade Report* de 2006, que mais de oitenta por cento pertenciam aos países desenvolvidos. In: WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2006: exploring the links between subsidies, trade and the WTO*. Geneva: WTO, 2006. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2009.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, ver: JACKSON. *op. cit.*, p. 90.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 381-382.

Nesse cenário, a concorrência de subsídios, isto é, o uso de subsídios contra subsídios, constitui a pior forma de resposta ao problema, uma vez que resulta em novas distorções.⁶⁵⁰

Os governos têm encontrado no sistema da OMC espaços para manobras político-econômicas com o intuito de promover interesses políticos, impedindo que o comércio seja inteiramente livre. Schwartz e Sykes ressaltam que: “[...] o sistema da OMC funciona com base nos princípios contratuais destinados a permitir violações do contrato quando os ganhos políticos da deserção são maiores do que os custos políticos aos Estados prejudicados”.⁶⁵¹

Nesse aspecto, os membros da OMC dispõem de várias ferramentas de políticas comerciais informais, que ocorrem de fato. Dentre elas, destacam-se os subsídios e o descumprimento dos acordos como subterfúgio com os compromissos assumidos.⁶⁵²

No caso, a morosidade do sistema de solução de controvérsias da OMC permite que o governo atual transfira os custos de adequação dos subsídios ilícitos para o próximo governo. O fato de o sistema responsabilizar os Estados que compatibilizam as suas políticas de subsídios às regras somente ao final do procedimento também induz ao comportamento oportunista. Nos dizeres de Brewster: “O atraso é importante no contexto da OMC, porque nenhum dos danos causados durante o processo de resolução dos litígios é susceptível de recurso”.⁶⁵³

Dessa maneira, os Estados prejudicados ficam anos à mercê da boa vontade dos Estados ofensores, até que se autorizem as retaliações, embora não lhes sejam oferecidos instrumentos capazes de forçar a retirada dos subsídios ou mesmo de coagir à conclusão de acordos.

Considerando que os benefícios da não cooperação são maiores para os países desenvolvidos, capazes de melhor aproveitar as brechas do sistema, a OMC tem servido de instrumento para a promoção de desigualdades entre os seus membros.

Portanto, a análise da escolha dos governos no que concerne ao uso de subsídios se dá na estrutura de incentivos do sistema. Este, por sua vez, permite que os países

⁶⁵⁰ Nesse sentido, ver: SCHWARTZ, f. Warren. SYKES, Alan O. *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT System*. The Law School. University of Chicago. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/143.AOS_wto_.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015.

⁶⁵¹ SYKES, *op. cit.*

⁶⁵² SCHROPP, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵³ Tradução livre de: “*Delay is important in the context of the WTO because none of the damage done during the dispute resolutions process is subject to a remedy*”. In: BREWSTER, Rachel. *The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement*. 80 *George Washington Law Review*, 2011, p. 102-158.

mantenham as violações dos acordos até que se chegue ao último recurso do procedimento de solução de controvérsias. Como bem coloca Gary Horlick⁶⁵⁴:

Supondo que, caridosamente, o reclamado descobre no dia da decisão do Órgão de Apelação que vem atuando de forma inconsistente com um acordo OMC, já passaram pelo menos 15 meses em situação de inconsistência, ou até mais, uma vez que seria improvável que um Membro solicite consultas no primeiro dia de existência da medida inconsistente. No entanto, mesmo com todos os recursos esgotados, o único incentivo para dar cumprimento é o auto interesse esclarecido ou diplomático, porque o OSC permite uma oportunidade gratuita para retardar o cumprimento por vários meses.⁶⁵⁵

Em busca da maximização de seus interesses individuais, os membros encontram nas falhas do sistema da OMC espaços para manobras na concessão de subsídios. Ao analisar o custo-benefício de todas as alternativas disponíveis para a concretização de seus interesses, verifica-se que o sistema incentiva os países desenvolvidos a descumprir o acordo, uma vez que o ganho obtido com os subsídios é superior ao custo do descumprimento.

O mesmo não ocorre com os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, que, carecendo de capacidade econômica, não conseguem suportar os efeitos dos subsídios até a solução do litígio pelo OSC, e tampouco lhes convém conceder novos subsídios para contrabalancear os efeitos dos primeiros.

Nesse cenário, os países têm encontrado maior espaço para a aplicação de políticas comerciais nas lacunas do ASMC e no sistema de solução de controvérsias. É verdade que “o sistema atual estabelece incentivos equivocados àqueles que provocam danos e subcompensando as vítimas do subterfúgio”.⁶⁵⁶ Essa situação induz ao uso de subsídios retaliatórios, levando a uma verdadeira concorrência de subsídios entre países desenvolvidos, deixando os países pobres à margem do sistema.

⁶⁵⁴ HORLICK, Gary. *Confusing Trade Sanctions with Trade Remedies*. Cordell Hull Institute. Trade Policy Analysis, vol.3, n.º. 8, 2001.

⁶⁵⁵ Tradução livre de: “Assuming, charitably, that the losing member finds out on the day the Appellate Body decision is released that it has been acting inconsistently with a WTO Agreement, it has already spent at least fifteen months in the state of inconsistency, but probably more since it would be unlikely for a Member to request consultations on the first day of existence of an inconsistent measure. Yet, even with all appeals exhausted, the only incentive to comply is enlightened (or diplomatic) self-interest, because the DSU allows a cost-free opportunity to delay compliance for several months”. In: *Idem; ibidem*, p. 3.

⁶⁵⁶ Tradução livre de: “the current system sets the wrong incentives for injurers, and undercompensates victims of escape”. In: SCHROPP, *op. cit.*, p. 6.

Faz-se mister recordar que o recurso a medidas unilaterais tem sido evitado pela OMC desde a sua formação. Por esse motivo, a organização não admite o uso de subsídios contra subsídios, salvo se autorizados e lícitos.

Nesse sentido, no que concerne aos subsídios, a OMC pouco mudou a realidade anterior, possuindo falhas que perduram e excluem, de fato, os países frágeis do sistema. Do modo como está, o sistema tem induzido o aproveitamento, por parte dos países desenvolvidos, das brechas normativas para a concessão de subsídios ilegais.

Dessa forma, os mecanismos fornecidos pela OMC para combater subsídios específicos, ao se revelarem ineficientes, privam os membros do desenvolvimento esperado, favorecendo aqueles com maior poder econômico, que, por sua vez, se aproveitam da estratégia do fato consumado.

Nessa conjuntura, o papel do sistema multilateral de comércio, reforçado por um mecanismo “jurisdicizado”, é impedir o uso de práticas unilaterais ilícitas. Ainda assim, o fator tempo e a carência de remédios cautelares e retroativos têm sido determinante para a consecução de realidade diversa da esperada, fazendo urgir uma nova perspectiva: a necessidade de fortalecer o sistema de combate de subsídios ilícitos para promover a igualdade entre países ricos e pobres, garantindo o cumprimento das regras.

4.6 Propostas

Várias são as propostas apresentadas pela doutrina e por juristas no intuito de promover maior efetividade do sistema que fiscaliza as políticas de subsídios e responsabiliza aqueles considerados ilícitos. As principais acrescentam a indenização por perdas e danos como possível condenação do OSC ou alteram a retaliação, adotando a forma incondicional e retroativa.

A responsabilidade pela reparação de danos retroativos tem sido tópico frequente entre os países em desenvolvimento, desde a era GATT/47.⁶⁵⁷ Outra possibilidade seria a permissão para que os membros se unissem no momento da retaliação, tornando-a mais eficaz, quando os países em desenvolvimento estivessem amparados pelos

⁶⁵⁷ Nesse sentido, ver: HOEKMAN et. al, *op. cit.*, p. 16-18.

desenvolvidos⁶⁵⁸. Essa proposta, apresentada pelos países africanos, ficou conhecida como retaliação coletiva⁶⁵⁹.

4.6.1 Indenização

Segundo a teoria econômica dos contratos, sob a perspectiva da AED, o cumprimento do acordo ocorrerá quando os seus custos forem menores do que os custos da responsabilidade pela quebra. Por sua vez, a parte deixa de cumprir o acordo se os custos de sua quebra forem maiores.

No que concerne ao cumprimento ótimo, a eficiência exige que a parte se internalize se eles forem menores que os benefícios obtidos pela outra parte. Assim, quando a responsabilidade pela quebra for equivalente ao benefício perdido, internalizam-se seus custos.⁶⁶⁰

Ao analisar as regras da OMC, Trachtman⁶⁶¹ observa que “o direito da OMC se distingue da proibição da guerra e, por isso, não deve ser cumprido a qualquer custo, mas somente na medida que aumente o bem-estar”. Por esse motivo, os remédios proporcionados pelo sistema devem ter natureza compensatória, permitindo que o membro viole acordos sempre que essa situação produzir mais ganhos do que a perda do membro prejudicado.

A indenização deve abranger todos os danos causados pela violação do acordo, tanto os retrospectivos quanto os prospectivos. Portanto, a “indenização perfeita, cria incentivos para o cumprimento e a quebra eficientes”.⁶⁶²

Contudo, a indenização só é recomendável em se tratando de bens substituíveis, o que não parece ser o caso dos subsídios, uma vez que o desvio de comércio provocado acarreta prejuízos sociais irreparáveis. Isto é, os danos são irreversíveis e difíceis de serem calculados, conforme determina o PEES.

⁶⁵⁸ Para Borges, a junção de membros no momento da retaliação não é possível devido ao caráter bilateral dos acordos da OMC e, por isso, somente os Estados lesados estão habilitados a retaliar. Até porque alguns Estados são beneficiados com os subsídios devido à diminuição dos preços do produto subsidiado para os consumidores dos Estados importadores. Nesse sentido, ver: BORGES, *op. cit.*, p. 295-296.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, ver: AMARAL JUNIOR, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁶⁰ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁶¹ Tradução livre de: “*After all, WTO law is not like the international law proscription of genocide or aggressive war: it does not normatively demand compliance at all costs. Rather, WTO law is better understood largely as instrumental law that is only worthy of compliance to the extent that compliance makes people better off*”. In: TRACHTMAN, Joel. *Building the WTO Cathedral*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.815844>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁶⁶² COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 215.

Para Lawrence⁶⁶³, os subsídios se assemelham a crimes e não à quebra de contrato. Por isso, a retaliação exerce papel importante no sentido de forçar os governos a adequarem as políticas de subsídios ilícitos. Diante disso, é possível afirmar que, em se tratando de subsídios, não há espaço para a quebra eficiente.

4.6.2 Retaliação incondicional e retroativa

É verdade que as retaliações foram pouco utilizadas pelos membros da OMC. Até o momento, foram autorizadas dezessete retaliações, das quais oito foram concedidas a países em desenvolvimento, dos quais apenas um efetivamente a aplicou.⁶⁶⁴ Esses dados podem significar que as retaliações cumprem o seu papel como meio de pressão política para a solução da disputa por meio de acordo ou que nem sempre são eficientes, decorrendo daí o seu pouco uso.

Dessa forma, existe a proposta de tornar a retaliação incondicional, abrangendo também os danos retroativos. Isso significa que a retaliação não estaria condicionada ao descumprimento da obrigação.

Todavia, essa alternativa diverge do principal objetivo da retaliação, que é forçar o Estado infrator a adequar o subsídio ilícito às regras da OMC. Já o cômputo dos danos retroativos é mais interessante porque o Estado estaria obrigado a responder por todos os danos causados, se não fosse a dificuldade de se calcular danos irreparáveis.

Em ambos os casos, a solução está na última fase do procedimento e não impede que os Estados façam uso de estratégias político-econômicas para ganhar tempo e comércio.⁶⁶⁵

Ocorre que todas as propostas visam a corrigir falhas do OSC mediante soluções a serem aplicadas após a sua decisão final. No caso de subsídios ilícitos, em decorrência de sua capacidade de desviar o comércio e eliminar a concorrência, tais propostas se demonstram ineficientes, pois até o final do procedimento, os subsídios já produziram efeitos nocivos à sociedade.

⁶⁶³ LAWRENCE, Robert Z. *Crimes & Punishment? Retaliation under the WTO*. Institution of International Economics. Washington D.C., 2003.

⁶⁶⁴ Ver lista de casos disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶⁶⁵ Nesse sentido, ver: BREWSTER, Rachel. *The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement*. 80 *George Washington Law Review*, 2011, p. 102-158.

Assim, todas as propostas voltam para o mesmo problema: a dependência da cooperação. Ora, se o desejo do governo for de cumprir com as obrigações assumidas, dificilmente adotará um comportamento oportunista, mesmo diante da possibilidade de ser responsabilizado no futuro. Por outro lado, aqueles que não têm a intenção de cumprir as normas da OMC, tendem a adotar um comportamento oportunista, mesmo que venham a ter que indenizar o prejudicado pelas perdas e danos ou mesmo sofrer retaliações.

Esse debate deixa de levar em conta o maior problema que essas soluções podem gerar: a estratégia de pagar para descumprir os acordos, mais facilmente adotada pelos países desenvolvidos devido às suas condições econômicas. Por esse motivo, faz-se mister reforçar o sistema da OMC para impedir que estratégias de subsídios causem danos irreparáveis à sociedade, no sentido de imputar maiores custos aos países desenvolvidos que fazem uso de subsídios ilícitos e conceder maior poder de barganha para os menos desenvolvidos e em desenvolvimento.

4.6.3 Retaliação negociável

A Retaliação negociável (*tradable retaliation*) foi proposta pelo México com o intuito de reforçar a ameaça de retaliação, especialmente quando autorizadas para os países frágeis. No caso, o direito de retaliação seria transferido para o membro com maior capacidade econômica para essa ação.

Não obstante, o México não apresenta a forma pela qual essa negociação se realizaria. Autores como Bagwell, Mavroids e Staiger⁶⁶⁶ acrescentam que o direito de retaliação pode ser leiloado aos países membros interessados, que, por sua vez, possuem maiores condições econômicas de promover a retaliação.

Todavia, tal medida provocaria maior uso do sistema de solução de controvérsias da OMC de forma desnecessária, levando a desentendimentos políticos bilaterais para o âmbito multilateral, fazendo com que custos superem os benefícios.⁶⁶⁷

Ademais, essa solução também não resolve o problema das estratégias econômico-políticas de subsídios que postergam a responsabilidade do Estado para o próximo governo.

⁶⁶⁶BAGWELL, Kyle. MAVROIDIS, Petros C. STRAIGER, Robert W. *The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO*. National Bureau of Economics Research, Cambridge, August 2003.

⁶⁶⁷ BAGWELL, Kyle. *Remedies in the World Trade Organization: an economic perspective*. In: JANOW, Merit. DONALDSON, Victoria. YANOVICH, Alan (coord). *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*. New York: Juris Publishing, 2008, p. 754-760.

Como se pode notar, nenhuma das alternativas tem por escopo impedir, de imediato, o uso de subsídios, uma vez que se restringem a alterar o último recurso do ESC, permitindo que países ricos se aproveitem das brechas do sistema. Nesse diapasão, propõe-se, nesta tese, que seja concedida aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos a retaliação cruzada preventiva, conforme explicitado a seguir.

4.7 Medidas compensatórias cruzadas aplicadas por países em desenvolvimento e menos desenvolvidos contra subsídios de países desenvolvidos quando da concorrência em terceiro mercado

As diferenças econômicas entre os membros não só permanecem como também são acentuadas quando se trata de estratégias político-econômicas de subsídios, visto que elas decorrem de políticas governamentais que dependem da capacidade econômica do governo para serem implementadas. Ao passo que a imposição de barreiras técnicas ou sanitárias de cunho protecionista independe da capacidade econômica significativa e a prática de *dumping* advém de instituições privadas, os subsídios variam de acordo com a capacidade econômica dos Estados, pois são concedidos por meio de auxílio financeiro direto ou por incentivos fiscais, implicando em renúncia fiscal. E, ainda, por serem mais difíceis de se identificar, os subsídios modalidade disfarçada de protecionismo.

Ademais, as brechas do sistema funcionam como espaços para manobras dos países desenvolvidos para ganhar tempo até que sejam forçados a retirar os subsídios ilícitos, o que dificilmente ocorre, visto que “o descumprimento da decisão por um país desenvolvido torna difícil ao País em desenvolvimento ‘vencedor’ a aplicação de medidas compensatórias ou a suspensão de vantagens econômicas”.⁶⁶⁸

A OMC já reconheceu essa assimetria entre seus membros ao estabelecer o princípio do tratamento especial e mais favorável aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Além disso, o ASMC ainda admite o uso de subsídios para combater subsídios, desde que lícitos. Todavia, países pobres carecem de poder econômico para isso e, na prática, as diferenças de poder econômico são acentuadas pelo sistema.

Por esse motivo, faz-se mister reforçar o mecanismo de combate aos subsídios em situações de desequilíbrio de poder, isto é, quando os subsídios oriundos de países

⁶⁶⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: Análise de caso – Contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de e MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN, 1998, p. 207.

desenvolvidos afetam diretamente o bem-estar social de países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. No modelo atual, quando as exportações são prejudicadas por subsídios, resta a esses países somente reclamar perante o OSC, suportando seus efeitos danosos enquanto aguardam a solução da disputa.

É importante salientar que, não obstante a semelhança de racionalidade entre os agentes públicos e privados em relação à análise de custo-benefício, as suas lógicas operam de maneira diferente. Enquanto que os entes privados assimilam, de imediato, os custos de responsabilidade por violação de regras, os representantes públicos transferem esses custos para o próximo governo. Assim, a concessão de subsídios deve ser custosa para o governo que o concede. Isso significa que o sistema da OMC deve transferir os custos de manutenção de programas de subsídios ilícitos ou acionáveis aos países desenvolvidos. Da forma como ele se encontra, os países pobres são os mais sobrecarregados.

Ressalta-se que todas as propostas anteriores apresentadas ainda permitiam o ganho de tempo pelo governo concessor, uma vez que buscavam resolver a questão de forma *a posteriori*, ao propor alterações somente sobre o último recurso do procedimento de solução de controvérsias. Neste caso, a realiação cruzada, ao se comparar com a retaliação no mesmo setor, tem-se demonstrado a opção mais ameaçadora, dentro dos mecanismos capazes de fazer com que os governos cumpram as decisões do OSC.

Já ficaram provados os benefícios da retaliação cruzada, como no caso do algodão, entre Brasil e Estados Unidos, em que o acordo só foi alcançado depois que o Brasil ameaçou retaliar em propriedade intelectual. Nesse sentido, no *Workshop 2*, realizado pela Divisão de Assuntos Legais da OMC, que discutiu o futuro do sistema de solução de controvérsias, chegou-se à seguinte conclusão:

O grupo observou que a retaliação no mesmo setor é, muitas vezes, impraticável. Esta observação levou a uma discussão sobre a utilidade da retaliação cruzada. A retaliação cruzada foi considerada superior à retaliação no mesmo setor, pois permite aos Membros retaliar com maior margem de manobra para minimizar o prejuízo para suas indústrias nacionais. O grupo observou que o nível de conformidade pode ser melhorado se a preferência do OSC pela retaliação no mesmo setor fosse abandonada.⁶⁶⁹

⁶⁶⁹ Tradução livre de: “*The group observed that retaliation in the same sector is often impracticable. This observation prompted a discussion on the usefulness of cross-retaliation. Cross-retaliation was considered superior to same-sector retaliation because it provides retaliating Members with greater leeway to*

Ao analisar casos envolvendo o Brasil, Amaral⁶⁷⁰ concluiu que a retaliação cruzada pode ser o caminho dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento para fazer valer os seus direitos frente aos países desenvolvidos. Além disso, essa modalidade, especialmente quando envolve assuntos de propriedade intelectual, promove o desenvolvimento e o bem-estar social. Como exemplo, a autora cita a suspensão de patentes farmacêuticas que, ao permitir a produção de genéricos, diminui o valor dos remédios para os consumidores.⁶⁷¹ Ademais, o *lobby* exercido pelas indústrias farmacêuticas acaba forçando o governo a buscar um acordo em vez de sofrer a retaliação cruzada.

Todavia, a retaliação cruzada admitida somente como último recurso, não é capaz de impedir que os subsídios gerem danos econômicos e sociais ao País prejudicado. De fato, o prolongamento do uso de subsídios proibidos causa danos irreparáveis, uma vez que seus efeitos se perpetuam mesmo após a retirada da medida. No mercado não subsidiado, ao realocarem indevidamente os recursos econômicos, os subsídios impedem que se realizem investimentos no setor e eliminam a concorrência, gerando custos sociais.

Como se pode notar, tais prejuízos não podem simplesmente ser anulados no final do procedimento de solução de controvérsias, segundo os preceitos do PEES, fazendo-se necessário que o dano seja impedido de ocorrer. Por esse motivo, em se tratando de subsídios não existe quebra eficiente. “Subsídios são crimes e não quebra contratual e o papel da retaliação parece ser mais no sentido de induzir o cumprimento do que facilitar a quebra eficiente”.⁶⁷²

Como se assemelham a crimes, não há que se falar em quebra eficiente em se tratando de subsídios, pois seria equivalente a “condenar um indivíduo culpado por roubar um carro dois anos atrás a, simplesmente devolvê-lo ao seu proprietário, dentro de um

minimize injury to its domestic industries. The group observed that the compliance level might be improved if the DSU preference for same-sector retaliation were abandoned.” In: WTO PUBLIC FORUM 2012. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/public_forum12_e.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

⁶⁷⁰ Nesse sentido, ver: AMARAL, 2012, *op. cit.*

⁶⁷¹ No mesmo sentido acompanham: Rachel Brewster, *The surprising Benefits to Developing Countries of Linking International Trade and Intellectual Property*. Henning Grosse Ruse-Khan, *A Pirate of the Caribbean? The Attraction of Suspending TRIPS Obligations*. Arvind Subramanian, Jayashree Watal, *Can Trips Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?*

⁶⁷² Tradução livre de: “Subsidies are crimes not breaches and the role of retaliation appear to be more about inducing compliance than about facilitating efficient breach”. In: BAGWELL, Kyle. Remedies in the WTO: an economic perspective. In: JANOW, Merit E. DONALDSON, Victoria. YANOVICH, Alan. *The WTO: governance, dispute settlement, and developing countries*. Huntington, N.Y. :Juris Publishing, 2008, p. 762.

ano e, a não cometer mais o crime”.⁶⁷³ Por essa razão, medidas preventivas passam a ser necessárias para impedir, de imediato, os danos provocados pelos subsídios.

Nota-se que, as propostas apresentadas não fazem valer o disposto no artigo 21 do ESC, pelo qual os países devem realizar o pronto cumprimento das decisões do OSC, especialmente no que concerne aos interesses dos países em desenvolvimento.

Para isso, propõe-se nesta tese a alteração no ASMC no sentido de permitir o uso de medidas compensatórias, na modalidade cruzada, ou seja, no âmbito de outro acordo da OMC, quando a concorrência se der também em um terceiro mercado, ou seja, quando os subsídios praticados por países ricos estejam realocando as exportações dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento.

A intenção é impedir que a única opção para os países mais frágeis seja a longa espera até que se autorize a retaliação em procedimento de solução de controvérsias, evitando, assim, que este sirva de espaço ainda maior do que os espaços admitidos pelas medidas de salvaguardas.⁶⁷⁴

No caso, os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento estariam autorizados a iniciar procedimento interno e unilateral de investigação de subsídio, conforme estabelece o rito ordinário para a imposição de medidas compensatórias contra subsídios proibidos e acionáveis.

No que concerne ao procedimento e as provas, a medidas compensatórias cruzadas serão impostas por países em desenvolvimento e menos desenvolvido contra subsídios proibidos ou acionáveis de países desenvolvidos, seguindo, basicamente, o rito determinado nos artigos 10,11 e 12 do ASMC e, no caso do Brasil, juntamente com o Decreto nº. 1.355 de 30 de dezembro de 1994, bem como o Decreto nº. 1.751 de 19 de dezembro de 1995 e, em consonância com as circulares e portarias da SECEX e resoluções da CAMEX.

A investigação será iniciada, de forma, unilateral, no órgão competente de cada Estado, no caso do Brasil, na SECEX, com o intuito de averiguar a existência, o grau e o efeito do suposto subsídio. Em atenção aos princípios da transparência, o devido processo

⁶⁷³ Tradução livre de: “This is equivalent to a court ruling that an individual found guilty of stealing a car two years ago must simply return the car to its owner within a year and not steal again”. In: DAVIS, Christina L. *Why adjudicate?: enforcing trade rules in the WTO*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2012, p. 291.

⁶⁷⁴ Segundo BREWSTER, diferentemente dos espaços encontrados no procedimento de solução de controvérsias, as condições para a aplicação de medidas de salvaguardas são restritas, além de estarem limitadas no tempo. In: BREWSTER, *op. cit.*

legal, contraditório e ampla defesa, o País concessor deverá ser notificado para se manifestar e apresentar provas, cuja confidencialidade deverá ser respeitada.

Importante fazer menção ao artigo 12.6 do ASMC, o qual admite a autoridade investigadora buscar provas no território de outros Membros, inclusive em suas indústrias:

12.6 As autoridades investigadoras poderão realizar investigações no território de outros membros, conforme necessário, desde que tenham notificado, antecipadamente, o membro em questão e, a menos que este se opuser à investigação. Além disso, as autoridades investigadoras poderão realizar investigações nas instalações de uma empresa e examinar os registros de uma empresa, se (a) a empresa estiver de acordo e (b) o membro em questão notificado não se opor. (...)⁶⁷⁵

Como se trata de concorrência em terceiro mercado, este artigo deve ser aprimorado para viabilizar seu uso. Para tanto, faz-se mister acrescentar o dever dos Estados membros de cooperar com a produção das provas para melhor apuração dos subsídios e de seu volume.

Quando o subsídio concorre com a indústria nacional no mercado interno, é mais fácil de se provar seu impacto sobre a produção interna. No caso de concorrência em terceiro mercado, deve-se provar os danos causados às exportações de produto similar fabricado pela indústria nacional que seria destinado ao terceiro mercado, o que significa determinar o *quantum* das exportações foram desviadas em decorrência do uso de subsídios proibidos ou acionáveis.

Por esse motivo, a cooperação internacional é essencial para a licitude e proporcionalidade da medida compensatória, cujo objetivo é contrabalancear os efeitos causados por subsídios específicos. As consequências de não cooperar estão descritas no artigo seguinte:

12.7 Nos casos em que qualquer membro interessado ou parte interessada recuse o acesso ou de outra forma não forneça as informações necessárias dentro de um prazo razoável ou impedir

⁶⁷⁵ Tradução livre de: “Article 12.6 ASMC: The investigating authorities may carry out investigations in the territory of other Members as required, provided that they have notified in good time the Member in question and unless that Member objects to the investigation. Further, the investigating authorities may carry out investigations on the premises of a firm and may examine the records of a firm if (a) the firm so agrees and (b) the Member in question is notified and does not object”.

de forma significativa a investigação, determinações preliminares ou finais, positivas ou negativas, poderão ser feitas com base nos dados disponíveis.⁶⁷⁶

O referido artigo promove o interesse das partes em cooperar para que a medida compensatória imposta seja lícita e proporcional ao subsídio, evitando-se arbitrariedades. Por “partes”, entende-se não só os governos dos Estados como os exportadores ou importadores, produtores e suas respectivas associações.

De fato, os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos também encontram dificuldades em relação ao conhecimento da matéria, por carecerem de profissionais qualificados. Neste caso, o Comitê de Subsídios poderá ser solicitado a prestar auxílio técnico a esses países, os quais, em decorrência do princípio do tratamento especial e diferenciado, tem o direito de fazer uso de assistência técnica.

Uma vez cumpridos os requisitos determinados entre os artigos 10 a 12 do ASMC, a medida compensatória será aplicada sobre as importações de quaisquer bens do país subsidiador no limite do montante dos danos causados pelos subsídios. Para tanto, o país impositor da medida notificará previamente a OMC, divulgando a lista dos bens cujas medidas serão impostas, podendo ocorrer em diferentes setores e acordos, inclusive em propriedade intelectual.

No caso, não sendo possível ou inviável a imposição de medida compensatória em setor diferente, devido a pequena fatia de mercado compartilhada pelo país menos desenvolvido ou em desenvolvimento, estes poderão, à semelhança da retaliação cruzada, impor, pelo mesmo rito, medida compensatória em outros acordos, como em propriedade intelectual. Vale salientar os dizeres de Amaral:

(...) a retaliação cruzada em TRIPS, se bem planejada e executada, pode contribuir significativamente para o aumento de bem estar da sociedade e para o incremento da inovação no país que está suspendendo as concessões de direitos de propriedade intelectual, ao passo que permite o acesso a informações que

⁶⁷⁶ Tradução livre de: “ASMC Article 12.7 *In cases in which any interested Member or interested party refuses access to, or otherwise does not provide, necessary information within a reasonable period or significantly impedes the investigation, preliminary and final determinations, affirmative or negative, may be made on the basis of the facts available*”.

seriam utilizadas em favor da indústria doméstica do membro reclamante.⁶⁷⁷

Todavia, não se pode olvidar que, a retaliação cruzada aplicada ao final do procedimento de solução de controvérsias não impede a irreparabilidade dos danos causados pelos subsídios. Por esse motivo, faz-se necessário conceder, em atenção ao princípio do tratamento especial e diferenciado aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, o benefício de aplicar, unilateralmente, a medida compensatória em outros acordos, caso não seja viável o uso de medidas compensatórias no mesmo setor. Esta possibilidade deve ser apurada durante o procedimento investigatório.

É importante frisar que, a medida compensatória cruzada, concede maior poder de barganha aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, que terão melhores condições de celebrar acordos que melhor atendam os seus interesses.

A vantagem está no fato de que incentivam os governos a adequarem as medidas de subsídios proibidos ou acionáveis, uma vez que não será mais possível prolongar o procedimento de solução de controvérsias, de maneira reiterada, a fim de obter ganho de comércio.

Em caso de ilicitude da medida compensatória imposta, o país desenvolvido poderá acionar o OSC, haja vista possuir melhores condições para tanto, inclusive para suportar os efeitos da desproporcionalidade ou ilicitude da medida aplicada.

Dessa forma, os custos dos países desenvolvidos de violar as regras sobre subsídios da OMC não mais serão transferidos para o próximo governo, pois serão efetivamente suportados pelo governo conessor, fazendo com que o caso se resolva rapidamente.

Esse sistema permite transferir aos países desenvolvidos os custos da espera pela decisão final do procedimento de solução de controvérsias. Para os países pobres, os custos da medida compensatória cruzada podem ser menores que o ônus da espera pela efetiva solução do litígio. Aplicar medida compensatória ou iniciar disputa perante o OSC deve ser opcional aos governos, a semelhança do que ocorre quando o produto subsidiado importado compete com o nacional. Para tanto, os governos consultam suas indústrias, sobre a melhor estratégia a ser adotada.

⁶⁷⁷ AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação Cruzada na OMC: efetividade e reflexões sobre o caso algodão*. Disponível em: <<http://www.barralmjorge.com.br/pagina.php?id=807>> Acesso em: 30 out. 2015.

Com efeito, a medida compensatória cruzada não é capaz de cobrir todos os espaços de manobras político-econômicas de subsídios na OMC, mas, ao menos, pode reduzir as diferenças entre países ricos e pobres, fornecendo a estes últimos, maior poder de barganha para negociar soluções eficientes em sentido *paretiano*.

Além disso, ao elevar os custos da quebra dos compromissos para os países desenvolvidos, desestimula o comportamento oportunista e incentiva o cumprimento das obrigações assumidas no ASMC, ou, pelo menos, fará com que os governos sejam mais cautelosos no que concerne às estratégias político-econômicas de subsídios.

Considerando que, a proposta da presente tese implica em emenda ao ASMC, faz-se necessário que seja aprovada por consenso de todos os membros da organização, o que, pode ser muito difícil, principalmente, devido a divergência sobre a categoria dos países em desenvolvimento.

Países como Brasil, China e Índia, também conhecidos como emergentes, se auto intitulam em desenvolvimento, no entanto, tem apresentado forte atuação na OMC. O Brasil pelo seu papel relevante no OSC como reclamante em matéria de subsídios, a China como o maior alvo de medidas compensatórias além de sua marcante presença como reclamado no OSC e, a Índia é o segundo maior alvo de medidas compensatórias. Isto demonstra o potencial econômico desses países, seja para conceder subsídios seja para forçar a extinção de programas de subsídios.

Por esse motivo, os membros da OMC não estão dispostos a conceder poderes ainda maiores a esses países. Duas são as alternativas para se chegar ao consenso: a) permitir que todos os membros façam uso das medidas compensatórias cruzadas ou b) restringir sua imposição aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, salvo os emergentes.

A primeira alternativa não resolveria o problema do desequilíbrio de poder entre países ricos e pobres, eis que, os primeiros continuariam sendo os maiores usuários dessa medida. Já a segunda alternativa, mostra-se como opção viável, pois atenderia os interesses daqueles países menores, cuja economia depende, exclusivamente, de exportações.

A intenção da proposta é de facilitar para os países pobres o combate aos subsídios específicos concedidos pelos ricos, fornecendo-lhes um instrumento a mais e invertendo o ônus do tempo do processo.

De fato, as medidas compensatórias cruzadas não estão isentas de custos para o governo que as impõe, contudo, tais custos são menores se comparados ao procedimento

de solução de controvérsias, que após longa espera pelo resultado, restará ao País prejudicado impor retaliações cruzadas, que não deixam de ser custosas. Portanto, a ideia é diminuir a desigualdade entre os membros da OMC, concedendo aos países pobres maior poder de barganha, pois para o livre comércio, o acordo sempre será mais vantajoso do que qualquer disputa.

CONCLUSÃO

A ineficácia do sistema da OMC de combate aos subsídios dos países desenvolvidos, por parte dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, tem colocado estes últimos a margem da organização, contrariando os objetivos pela qual foi criada, que, basicamente, se resumem em eficiência e bem-estar.

Subsídios constituem em contribuição financeira governamental, que, quando, específicos, ou seja, conferem benefício a uma empresa ou setor, distorcem o comércio, ao reduzir os preços no mercado internacional, aumentando sua demanda e fazendo com que o concorrente perca mercado por não poder competir com os preços do produto subsidiado. Por esse motivo, faz-se mister fornecer instrumentos aos governos para impedir que os efeitos danosos dos subsídios se concretizem.

Num primeiro momento, os subsídios, ao reduzir os preços dos produtos, podem ser benéficos a distribuição de renda ao país importador, mas no âmbito macro e a longo prazo, podem acabar com a concorrência internacional, gerando efeitos sociais perversos. Também podem ser úteis para combater externalidades negativas provocadas pelo comércio, mas para isso, não podem ser específicos. Ademais, são importantes para o fomento da indústria nascente em países mais pobres. A linha é tênue e o desafio é, portanto, distinguir os diversos tipos de subsídios e suas finalidades.

A OMC se preocupa com os subsídios específicos, pois estes, são capazes de alocar, indevidamente, recursos econômicos. Os subsídios gerais, concedidos de forma horizontal, são permitidos, o que deixa margem para os governos adotarem políticas econômicas de acordo com seus interesses. Por exemplo, a desoneração das exportações, quando destinadas a todos os exportadores, sem distinção, não constituem subsídios a serem contestados na OMC.

Ao longo da história, os governos têm feito uso de subsídios para fins político-econômicos no intuito de resguardar interesses particulares, seja para proteger a indústria nascente ou para fomentar as exportações em busca de riqueza, ou ainda, para manter-se no poder. Até o surgimento da Organização Mundial do Comércio, em 1995, pouco se explorava a regulamentação de tais práticas no âmbito internacional, uma vez que o uso de subsídios se vinculava, exclusivamente, à vontade soberana dos Estados.

A regulamentação dos subsídios no âmbito multilateral é importante para evitar oportunismos, pois se um governo não cooperar e conceder subsídios, este terá vantagens

sobre os demais. Nesse sentido, o sistema de combate aos subsídios deve ser eficaz em promover a cooperação de todos seus membros para para que seja eficiente.

Diante disso, a OMC trouxe arcabouço regulatório de práticas de subsídios consideradas ilícitas, como também acrescentou sistema de fiscalização e responsabilização de seus Estados-membros. O ASMC dividiu os subsídios em proibidos, acionáveis e permitidos, sendo que estes últimos foram revogados em 1999. Ao proibir os subsídios específicos, vinculados à exportação ou destinados à substituição de importações, a OMC restringiu o espaço de políticas econômicas dos Estados-membros. Contudo, os Estados encontraram no mecanismo de solução de controvérsias um pilar fundamental para a manutenção do sistema multilateral de comércio e espaços para a concessão de subsídios.

As falhas do sistema favorecem os Países desenvolvidos, que adotam estratégias político-econômicas de subsídios para ganhar tempo e comércio, até que efetivamente tenham de eliminá-los. Os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos por sua vez, encontram dificuldades de acessar o sistema e, quando o acessam, não podem suportar a demora até que a disputa seja, efetivamente, resolvida.

Portanto, a presente tese buscou verificar de que forma as falhas do mecanismo de solução de controvérsias da OMC induzem o uso de estratégias político-econômicas que desequilibram ainda mais as relações entre os países ricos e pobres, propondo, ao final, alternativa para os últimos, a fim de inibir o comportamento oportunista dos primeiros e impedir que os efeitos dos subsídios se concretizem.

Para tanto, demonstrou-se que, por muito tempo, o Direito Internacional não se importou em regulamentar os subsídios, o que só veio a ocorrer a partir do GATT/47, ainda que de forma incipiente, pois se tratava de acordo internacional, orientado pelo poder dos governos. Ao se comparar com o GATT, a OMC trouxe estrutura robusta, orientada pelas regras do Direito, fornecendo aos seus membros instrumentos capazes de forçar o seu cumprimento, tais como a regra do consenso negativo e o princípio do *single undertaking*. Todavia, as contradições de interesses permanecem, quando os governos incentivam o livre comércio no território alheio enquanto protegem o mercado interno.

Buscou-se demonstrar que os subsídios são intervenções governamentais no domínio econômico que, desde o mercantilismo até o neoliberalismo, servem de instrumentos dos governos para atingirem interesses específicos. Devido aos seus efeitos distorcivos, provou-se que os subsídios devem ser regulamentados no plano multilateral para evitar comportamento oportunista. Todavia, a realidade atual de produção encontra-

se fragmentada, tornando os governos mais suscetíveis as pressões dos mercados e fazendo com que estes, façam uso dos subsídios para ampliar sua participação no comércio.

O comportamento dos governos diante das regras internacionais foi estudado, no segundo capítulo, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, movimento que adota premissas microeconômicas para compreender a realidade do Direito. Nesse desiderato, destacou-se o PEES como princípio norteador da análise realizada nesta tese, devido à importância de se incluir as externalidades negativas no cálculo econômico para que a eficiência do sistema gere o menor custo possível à sociedade.

Verificou-se que, o comportamento oportunista é incentivado pelas falhas do sistema, ao considerar que, os governos, assim como os indivíduos, fazem a análise do custo-benefício ao adotar certo comportamento, como por exemplo, de se romper com as normas da OMC. Contudo, os interesses dos governos diferem dos indivíduos, pois enquanto estes buscam a maximização do bem-estar, aqueles nem sempre agem a favor do bem comum, mas, sim, no interesse específico de se manter no poder. Nesse sentido, averiguou-se no padrão de comportamento dos governos a tendência de transferir ao próximo os custos decorrentes da responsabilidade pela prática de subsídios.

A teoria dos jogos analisa os jogadores e suas respectivas estratégias adotadas de acordo com as regras do jogo e a tomada de decisão dos demais, no caso em tela, os países membros são os jogadores e as regras são os acordos da OMC. A teoria ensina que a tendência de cooperar é menor quanto maior o poder econômico dos governos enquanto que governos menos poderosos são mais cooperativos. Portanto, o Direito deve considerar essas diferenças e garantir a cooperação integral, desestimulando o comportamento oportunista.

Importante salientar o papel da instituição OMC, que, ao estabelecer as regras do jogo, ocasiona a redução de custos de transação, porém as falhas de seus mecanismos de combate aos subsídios, desencadeiam novos custos, os quais precisam ser evitados, principalmente, quando distribuídos desigualmente, sobrecarregando os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Nesse sentido, a OMC tem gerado mais custos aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, que não podem arcar com a longa espera pela efetiva, retirada do programa de subsídios.

Ademais, não se pode conceber a quebra eficiente do ASMC, pois os subsídios se assemelham a crimes e não a contratos. Por esse motivo, os efeitos danosos dos subsídios devem ser impedidos de ocorrer. Na forma que se encontra o sistema, que condena o

governo a retirar seu programa de subsídios somente no final de todo o procedimento de solução de controvérsias, é como condenar o ladrão a devolver o carro que roubou há dois anos atrás, isto é, a solução é ineficiente.

Para compreender melhor a problemática, o terceiro capítulo se dedicou a estudar a estrutura da OMC, suas regras e princípios, com destaque para o princípio do tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, que reconhece as dificuldades enfrentadas por esses países, estabelecendo certos privilégios, como, por exemplo, a redução dos prazos processuais para assuntos de subsídios, assistência técnica, e o princípio do pronto cumprimento das decisões do OSC, em especial quando o assunto for de interesse dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Nesse diapasão, salientou-se a problemática da categoria dos países em desenvolvimento, uma vez que, estes se auto intitulam como tais, o que tem travado as negociações da Agenda Doha, pois, na concepção dos países desenvolvidos e menos desenvolvidos, Brasil e China são economias fortes, com boa atuação na OMC e, portanto, não poderiam gozar de tratamento mais benéfico.

Outro problema a ser considerado é o conceito e a definição dos subsídios, que, ainda, geram divergências, as quais, vem sendo esclarecidas pela jurisprudência do OSC. Isto repercute na imposição de medidas compensatórias, demandando maior cooperação entre os membros para se apurar os subsídios, principalmente, porque tais medidas são impostas unilateralmente pelo país importador, cuja legislação interna segue as orientações do ASMC.

Assim, verificou-se que a OMC fornece aos seus membros dois mecanismos de combate a subsídios: as medidas compensatórias e o procedimento de solução de controvérsias, cujas problemáticas foram estudadas no quarto capítulo.

As medidas compensatórias funcionam, economicamente, como tributos, encarecendo o preço do produto subsidiado a ponto de retornar a curva da oferta para seu estado de equilíbrio. Como sua finalidade é de contrabalancear os efeitos dos subsídios, as medidas compensatórias devem ser proporcionais a estes, podendo ser contestadas perante o OSC quando desproporcionais.

No Brasil, abre-se procedimento de investigação de subsídios na SECEX, que por sua vez, irá verificar entre outros requisitos, a existência do subsídio, que pode ser tanto proibido quanto acionável, a prova do dano à produção interna e o nexos causal. Salienta-se que, o procedimento respeita a transparência, o devido processo legal, a ampla defesa

e o contraditório, portanto, é dada oportunidade a parte investigada de se manifestar e produzir provas. Inclusive, pode-se solicitar auxílio de terceiros países ou indústrias para fornecimento de dados para a investigação.

As medidas compensatórias constituem meio mais célere de combate aos subsídios. Todo o procedimento de investigação não leva mais que um ano além de ser imposta de imediato, podendo inclusive, ser retroativa. Possui natureza jurídica de direito especial, cuja função e vantagem é de induzir a recomposição das partes a qualquer momento.

Verificou-se que, o uso das medidas compensatórias está restrito aos principais parceiros comerciais e no, mundo de produção fragmentada a tendência é o acirramento da concorrência em terceiro mercado. Contudo, as medidas compensatórias só podem ser aplicadas no mercado importador, não servindo de instrumento para combater subsídios que desviam as exportações destinadas a terceiro mercado.

Quando isso acontece, só resta ao governo fazer uso de novos subsídios ou contestar os subsídios perante o OSC. A primeira opção é inviável por ser, extremamente, custosa ao governo, que, só poderá conceder subsídio não específico. O OSC, por sua vez, apresenta falhas que induzem ao uso de estratégias político-econômicas de subsídios. O principal problema do sistema está no fato de que o mecanismo contra o descumprimento equivale ao cumprimento, uma vez que, no final do procedimento, o governo somente será condenado a retirar o subsídio.

Ademais, a possibilidade de se abrir novos procedimentos para, respectivamente, discutir a implementação da decisão, para verifica-la, para autorizar a retaliação e discutir o montante da retaliação prolonga o descumprimento da decisão. E, quanto maior o tempo para o cumprimento, maiores os incentivos para o uso do OSC com fins protetatórios e protecionistas.

Buscou-se mostrar quais os Estados e de que forma se aproveitam dessas brechas em prol da perpetuação de subsídios. Verificou-se que o sistema tem sido utilizado, exclusivamente, por países desenvolvidos e tem colocado os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos à sua margem, com exceção daqueles considerados emergentes.

Portanto, as regras do jogo instituídas pela OMC geram comportamentos oportunistas por parte dos governos dos países desenvolvidos, que se aproveitam de todos os mecanismos para transferir a eventual responsabilidade para o próximo governo. Enquanto isso, os setores para os quais os subsídios foram concedidos ganham comércio e seus concorrentes perdem.

Seguindo a lógica da AED, optou-se por criar novos custos para os países ricos e que, ao mesmo tempo, promovessem o bem-estar social dos países pobres, segundo o PEES. Nesse sentido, a presente tese apresenta como medida eficiente para impedir o uso de subsídios, a possibilidade de se fazer uso de medida compensatória cruzada.

Todas as propostas apresentadas até o momento pelos governos na OMC: a indenização, a retaliação cruzada e incondicional e a retaliação negociável, constituem soluções *a posteriori*, o que não resolve o problema das consequências irreparáveis dos subsídios.

A AED determina a execução específica como solução *Pareto* eficiente. Dessa premissa, decorre o princípio da barganha, o qual considera que são as partes que possuem melhores condições de determinar a solução que melhor atendem aos seus interesses.

Ocorre que as diferenças acentuadas pelo sistema da OMC em relação aos subsídios não colocam os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento em situação de barganha equivalente à dos países desenvolvidos.

Por esse motivo, faz-se mister reforçar o sistema da OMC para que os países em desenvolvimento sejam incluídos e possam fazer valer os seus direitos, impedindo o comportamento oportunista dos países desenvolvidos, a fim de maximizar os resultados do comércio internacional com os menores custos possíveis à sociedade.

Estudos já comprovaram a eficácia da retaliação cruzada e seus benefícios ao bem-estar social, como já se verificou no setor de propriedade intelectual. Todavia, a retaliação cruzada, como último recurso, não coíbe oportunismos, pelo contrário, incentiva a adoção de estratégias político-econômicas. Por este motivo, propõe-se a possibilidade para os Estados mais fracos de impor medidas compensatórias em outros setores ou acordos, invertendo-se o ônus do tempo do procedimento.

O rito de imposição dessas medidas seguirá aquele determinado no ASMC e a respectiva legislação interna, acrescentando a necessidade de se provar os danos decorrentes do desvio das exportações, ocasionada pelos subsídios ilícitos, tanto proibidos quando acionáveis. Para tanto, deve-se acrescentar o dever de cooperação entre os membros para a produção de provas.

Esse mecanismo antecipa os custos para o governo conessor do subsídio e incentiva a adequação da medida de forma imediata. De fato, o custo da espera pela decisão final no processo de solução de controvérsias é muito maior para os países pobres do que o custo da medida compensatória cruzada a ser suportada pelos países desenvolvidos. Na verdade, o que se pretende evitar é o comportamento oportunista e, ao

conceder maior poder de barganha aos países pobres, pretende-se incentivar o acordo entre as partes. No mínimo, espera-se que os países desenvolvidos sejam mais cautelosos em relação às políticas de subsídios.

Não obstante, no cenário atual, a proposta encontrará dificuldades de se alcançar o consenso na OMC, principalmente, pelo fato dos países emergentes, como Brasil e China gozarem desse privilégio por se autointitularem como países em desenvolvimento. Mas, se a medida compensatória cruzada for admitida para todos os membros, sem distinção, o sistema continuaria sendo utilizado pelos mais fortes. Portanto, a OMC precisa, urgentemente, adotar novo critério de desenvolvimento, para que os países que mais necessitam, possam usufruir do princípio do tratamento especial e diferenciado.

REFERÊNCIAS

ABBOT, W. Kenneth. SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization, Vol. 54, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALCOFORADO, Fernando. *A Globalização e Desenvolvimento*. São Paulo: Nobel, 2006.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. *Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF*, v. 31 n.º. 84, p. 19-62, abr./jun. 2000.

AMARAL JUNIOR, Alberto. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação Cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

_____. Cadeias globais de valor e OMC: win-win game. Disponível em: <<http://www.barralmjorge.com.br/pagina.php?id=965>> Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. *Retaliação Cruzada na OMC: efetividade e reflexões sobre o caso algodão*. Disponível em: <<http://www.barralmjorge.com.br/pagina.php?id=807>> Acesso em: 30 out. 2015.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANNAN, Kofi. *Message to WTO Conference: secretary – general calls on trade ministers to address needs of world's poorest*. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2003/sgsm8859.doc.htm>> Acesso em: 05 nov. 2014.

ASHFORD, Nigel. *Schools of Thought in Classical Liberalism, Part. 3: Public Choice*. Disponível em: <<http://www.learnliberty.org/videos/schools-thought-classical-liberalism-part-3-public-choice/>> Acesso em: 08 jun. 2015.

ARIDA, Persion. A pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYTLBERSTAJN, Decio. SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

AZEVEDO, Roberto. *Mensaje del Director General*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/dg_s.htm> Acesso em: 13 fev. 2014.

BAGWELL, Kyle W. BERMANN, George A. MAVROIDIS, Petros C. *Law and Economics of Contingente Protection in International Trade*. New York: Cambridge University Press, 2010.

BAGWELL, Kyle. Remedies in the WTO: an economic perspective. In: JANOW, Merit E. DONALDSON, Victoria. YANOVICH, Alan. *The WTO: governance, dispute settlement, and developing countries*. Huntington, N.Y. :Juris Publishing, 2008.

BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

BARRAL, Welber. *Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BATISTA, Paulo Nogueira. *Consenso de Washinton: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf> Acesso em: 01 jul. 2014.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; REDENSCHI, Ronaldo. *A Solução de Controvérsias no Mercosul e na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BENITAH, Marc. *The Law and Subsidies under GATT/WTO System*. London: Kluwer Law International, 2001.

BENJAMIN, Daniela Arruda.Org. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: FUNAG, 2013.

BERGSON-SAMUELSON. *Social Welfare Functions and the Theory of Social Choice*. The Quarterly Journal of Economics, 1979.

BHAGWATI, Jagdish. *Free Trade Today*. Princeton University Press, 2003.

BAUMANN, Renato. et. al. *Economia Internacional: teoria e experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Emprego dos Subsídios e Medidas Compensatórias na Defesa Comercial: análise do regime jurídico brasileiro e aplicação dos acordos da OMC*. Tese (doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. *Defesa Comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Noberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

BOHANES, Jan. *WTO Dispute Settlement and Industrial Policy*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. Disponível em: <www.e15initiative.org/> Acesso em: 01 out. 2015.

BONFIM, Diego. *Tributação e Livre Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOWN, Chad P. *Self-enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement*. Washington: The Bookings Institution, 2009.

BORGES, Daniel Damásio. *Represálias nos Contenciosos Econômicos na Organização Mundial do Comércio: uma análise na perspectiva dos países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

BOSSCHE, Peter Van den. ZDOUC, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. 3ed. Cambridge University Press, 2013.

BLAUG, Mark. *Economic Theory in Retrospect*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2003.

BREWSTER, Rachel. *The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation, and Trade Law Enforcement*. *George Washington Law Review*, 2011, p.102-158.

BRUNO, Flavio Marcelo Rodrigues. *Análise Econômica do Direito Aplicada à Concessão de Subsídios e a Imposição de Tarifas no Comércio Internacional*. *Revista de Direito Brasileira*. v. 5, n. 3, 2013, p. 300-320.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk, Distribution and the Law of Torts*. *Yale Law Journal*, Vol. 68, 1961.

_____. *The Cost of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALLIARI, Marcelo Procópio. *A Aplicabilidade da Teoria dos Jogos ao Direito Internacional: um estudo exploratório*. Tese (doutorado) – Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da São Paulo, São Paulo, 2003.

CATÃO, Marcos Andre Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. São Paulo: Renovar, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law & Economics*, 1960.

_____. *The Nature of the Firm*. *Econômica, New Series*, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937).

COELHO, Cristiane Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. *Berkely Program in Law & Economics*, 2007.

CONGLETON, Roger. D. *The Globalization of Politics: Rational Choice and The Internationalization of Public Policy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=979459>> Acesso em: 24 jul. 2015.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ªed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert. *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*. 29 UCLA L. Rev. 1260, 1981.

CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

DAL RI JUNIOR, Arno. *História do Direito Internacional*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004.

DAVIS, Christina L. *Why adjudicate?: enforcing trade rules in the WTO*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELLSWORTH, Paul Theodor. *Economia Internacional: teoria e prática, desde o mercantilismo até a formação do mercado comum europeu*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1973.

EVENETT, Simon. In: BREUER, Rayna. OMC chega aos 20 anos em meio à crise de identidade. Disponível em: < <http://dw.de/p/1Bhqo> > Acesso em: 30 jan. 2015.

FAIS, Juliana Marteli. A Organização Mundial do Comércio e o desenvolvimento. In. BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Comércio internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O comercialista: a entrevista de José Eduardo Faria*. Disponível em: < <http://rafazanatta.blogspot.com.br/2011/10/entrevista-de-jose-eduardo-faria-ao.html> > Acesso em: 14 jul. 2014.

Feriato, Juliana Marteli Fais. *O Novo Regime Automotivo Brasileiro e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC*. XXII CONPEDI/UNICURITIBAMENEZES, p. 438-459.

FERNANDEZ, José Carrera. *Curso básico de microeconomia*. Salvador: EDUFBA, 2009.

FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004.

FIATKOSKI, Ana Rachel Freitas da Silva. *A disputa entre Brasil e Canadá sobre subsídios à exportação de aeronaves*. Brasília: UniCeub, 2009.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*. Revista de Economia Política, vol. 23, n.º. 90, abril-junho 2003.

GARCIA, José Manuel. *Comércio Internacional; teoria e técnica*. Granada: Editora Universidad de Granada, 2002.

GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. *Economia e Direito para o Rompimento de Barreiras ao Comércio Internacional: a disciplina jurídica do GATT a OMC*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3755.pdf>> Acesso em: 30 out. 2014.

_____. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. Berkely Program in Law & Economics. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>> Acesso em: 15 jul.2013.

_____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. *Unicuritiba*, n.28. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/0>> Acesso em: 16 jul. 2013.

_____. Análise Econômica do Direito: uma inovadora teoria geral do Direito. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). *Direito Econômico: Evolução e Institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Law and Economics* e o Justo Direito do Comércio Internacional. In: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (org). *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A Tomada de Decisões Técnico-legais para o Mercosul: uma apreciação do dumping sob o enfoque da análise econômica do Direito*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. *A OMC e os Tratados da Rodada Uruguai*. São Paulo: Observador Legal, 1994.

GRANADOS, Jaime. *Export processing zones and other special regimes in the context of multilateral and regional trade negotiations*. Intal, Buenos Aires, 2003.

HARADA, Kyoshi. *Incentivos fiscais: limitações constitucionais e legais*. Disponível em:< <http://www.fiscosoft.com.br/a/5pf2/incentivos-fiscais-limitacoes-constitucionais-e-legais-kiyoshi-harada>> Acesso em: 12 jan. 2015.

HAYEK, Friedrich A. Von. *O Caminho da Servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HICKS, John. *The Foundations of Welfare Economics*. Economic Journal, Vol. 49, No. 196, 1939.

HIRSCH, Werner. *Law and Economics: an introductory analysis*. London: Academic Press, 1988.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOEKMAN, Bernard; KOSTECKI, Michel. *The Political Economy of the World Trading System: the WTO and Beyond*. Oxford: New York, 2009.

HOEKMAN, Bernard. Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: a road map for the WTO. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406871> Acesso em: 25 set, 2014.

_____. *Proposals for WTO reform: a synthesis and assessment*. The World Bank Policy Research Working Paper 5525, jan.2011.

HORLICK, Gary. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, Daniel M. e SOUTHWICK, James. *The Political Economy of International Trade Law*. Cambridge 2002.

_____. *Confusing Trade Sanctions with Trade Remedies*. Cordell Hull Institute. Trade Policy Analysis, vol.3 , nº.8, 2001.

HUNT, E.K. SHERMAN, Howard J. *História do Pensamento Econômico*. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and WTO: insights on treaty law and economic relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2007.

_____. Sovereignty, subsidiarity, and separation of powers. In: KENNEDY, Daniel L. & SOUTHWICK, James D. *The political economy of International Trade Law*. Cambridge, 2002.

JAWARA, Fatoumata. KWA, Aileen. *Behind the Scenes at the WTO*. Zed Books: New York, NY, 2004.

KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. Economic Journal, Vol. 49, No. 195, 1939.

KEYNES, John M. *A Teoria do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.

KOLOSKY, Ana Beatriz. *A OMC e sua Influência na Política Legislativa Brasileira de Defesa Comercial: o caso dos subsídios*. Monografia (Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

KRUGMAN, Paul. OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional: teoria e política*. 8ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

_____. *Dead Doha*. Disponível em: <http://krugman.blogs.nytimes.com/2008/07/30/dead-doha/?_r=0> Acesso em: 24 fev. 2015.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

LAMY, Pascal. *L'Organisation mondiale du commerce*. Disponível em: <http://entempsreel.com/wp-content/uploads/2014/07/Pascal-Lamy-En-temps-r%C3%A9el.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

LEONETTI, Carlos Araújo. *A Contribuição de Melhoria a partir da Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

LOBO, Marcelo Jotobá. *Direitos antidumping (crítica de sua natureza jurídica)*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

LOW, Patrick; TIJAJA, Julia. *Effective Industrial Policies and Global Value Chains*. Disponível em: <<http://www.funglobalinstitute.org/en/working-paper-effective-industrial-policies-and-global-value-chains>> Acesso em: 01 out. 2014.

LUCENA, Andréa Freire de. *Cooperar ou não cooperar, eis a questão: a Organização Mundial do Comércio, o Brasil e o Contencioso Embraer-Bombardier*. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Curso de Doutorado em Relações Internacionais da Universidade de Brasília, 2006.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

_____. CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Agricultura*. In: BARRAL, Welber (org). *O Brasil e a OMC*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 89-113.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015;

MAIA, Jayme de Mariz. *Economia Internacional e Comércio Exterior*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAGNUS, John. R. *WTO Organization Subsidy Discipline: is the "Retrenchment Round"?* Journal of World Trade, Geneva, v.38, n°. 6, 2004.

- MANKIWI, Gregory N. *Introdução a economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MARCEAU, Gabrielle. *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: the development of the rule of law in the multilateral trade system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MARSHAL, Alfred. *Princípios de Economia Política, Tratado Introdutório*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- MARTINS, Alexandre Marques da Silva. *Subsídios e medidas compensatórias na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- MARX, Karl. *O Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED, 1980.
- MISES, Ludwig Von. *Ação Humana: um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto liberal, 1990.
- MONTCHRETIEN, Antoine de. *Traité de L'économie politique*, 1615.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Coleção 'Os Pensadores'. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- _____. *O Método I: a natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987.
- MUELLER, Dennis C., *Public Choice III*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Defesa comercial: medidas compensatórias e de salvaguarda na rodada Doha*. *Revista de direito econômico internacional: RDEI*, Florianópolis, n. 8, ago. 2005. Disponível em: <http://www.iribr.com/hongkong/Defesa_Comercial_medidas_compensatórias.asp>. Acesso em: 22 jul. 2008.
- NEGRÃO, João José. *Para conhecer o Neoliberalismo*. São Paulo: Publisher Brasil, 1998.
- NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990.
- OREIRO, José L. PAULA, Luiz F. de. *Pós-keynesianos e o Intervencionismo Estatal*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/pos_keynesianos_e_o_intervencionismo_estatal.pdf> Acesso em: 19 mai. 2015.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PAUWELYN, Joost. The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PETERSMAN, Ernst-Ulrich. *The Gatt/Wto Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2013.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. ELALI, André. PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Coord.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007.

POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little, Brown & Co. 1989, 2 ed., 1989.

PONDÉ, João Luiz. Instituições e Mudança Institucional: Uma Abordagem Schumpeteriana. *Revista Economia*, Brasília (DF), v.6, n.1, p.119–160, jan./jul.

POSNER, Richard. *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 73 (1993).

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: as barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

PRESSER, Mário Ferreira. *As negociações em NAMA na OMC: Impasses e desafios*. BRIC, 2006.

PUREZA, José Manuel. *Para um internacionalismo pós-vestfaliano*. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2002-04-26-pureza-pt.html> Acesso em: 27 mai. 2014.

REIS, Magnus. SANTAROSSA, Eduardo Trapp. AZEVEDO, Andre Filipe Zago. *A OMC continua promovendo o comércio de forma desigual: novas evidências a partir dos anos 1990*. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_I/i5-f863ffb99f341d2f0f1f52c344169ae.pdf> Acesso em: 27 out. 2014.

RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSE, Andrew. *Protectionism isn't countercyclical (anymore)*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w18062.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2015.

SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia?. In: Caderno Direito GV (no prelo). São Paulo: FGV/EDESP, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama> Acesso em: 20 jul. 2015.

SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e Tratamento especial e diferenciado na OMC*. Revista Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v. 3, n.2, p.297-333, jul./dez.2012.

SANCHEZ, Michelle Ratton. *Demandas por um novo arcabouço sociojurídico na organização mundial do comércio e o caso do Brasil*. Tese apresentada a Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, 2004.

SANCHEZ, Michele Raton. *Atores Não-estatais e sua Relação com a Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cesariopereira/mestrado/AtoresnaoestataiseaOMC.doc>> Acesso em: 27 out. 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. *A Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre os lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHROPP, Simon. *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: a Law and Economics Analysis*. London: Cambridge University Press, 2009.

SCHWAB, Susan. C. *After Doha: why the negotiations are doomed and what we should do about it?* Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2011-04-09/after-doha>> Acesso em: 27 out. 2015.

SEABRA, Fernando. FORMAGGI, Lenina. FLACH, Lisandra. O Papel das Instituições no Desenvolvimento Econômico. In: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

SCHWARTZ, f. Warren. SYKES, Alan O. *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT System*. The Law School. University of Chicago. Disponível em: < http://www.law.uchicago.edu/files/files/143.AOS_wto.pdf > Acesso em: 08 jun. 2015.

SELLA, Luis Felipe. *A Organização Mundial do Comércio: histórico e aspectos a reforma*. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Estrangeiro/anima4-Luis-Felipe-Sella.pdf>> Acesso em: 02 nov. 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Karine de Souza. *Globalização e Exclusão Social*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Tadeu Silvestre da. *Notas sobre a Economia Ricardiana*. Revista PUC/SP. V. 13, 2003.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Análise Econômica do Procedimento de Solução de Controvérsias da OMC: os conflitos entre exceções legítimas de políticas públicas e regras substantivas dos acordos*. Tese (doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: Análise de caso – Contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de e MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN, 1998.

SIMON, Herbet. *Human Nature in Politics: The dialogue of Psychology with Political Science*. American Political Science Review, 79, 1985.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STEPHEN, Frank. H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: McGraw-Hill, 1993.

STICHELE, Myriam Vander. *Towards a World Transnationals' Organization?* Disponível em: < http://www.tni.org/archives/reports_wto_wto3 > Acesso em: 06 set. 2014.

STIGLER, George J. *A teoria dos preços*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *The theory of economic regulation*. Disponível em: < <http://web.mit.edu/xaq/Public/Stigler> > Acesso em: 25 jun. 2013.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. New York: Norton, 2003.

_____. *The Chinese Century*. Disponível em: < <http://www.vanityfair.com/news/2015/01/china-worlds-largest-economy> > Acesso em: jan. 2015

SUMMER, Daniel A. *Reducing Cotton Subsidies: The DDA Cotton Initiative*. In: ANDERSON, Kym.MARTIN, Will. *Agricultural trade reform and the Doha Development Agenda*.- New York, NY [u.a.]: Palgrave Macmillan [u.a.], 2006, p. 271-292.

SYKES, Alan. O. *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*. Law and Economics Working Paper, n. 186, The Law School, University of Chicago, 2003.

TIMM, LUCIANO. *Direito e Economia no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

THORSTENSEN, Vera. *A Organização Mundial do Comércio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

_____. OLIVEIRA, Luciana Maria de. Releitura dos Acordos da OMC como Interpretados pelo Órgão de Apelação: efeitos na aplicação das regras de comércio internacional. Disponível em: <
<http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/11%20%20Acordo%20sobre%20Subs%C3%ADdios%20e%20Medidas%20Compensat%C3%B3rias%20%28ASMC%29.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2014.

TOYOSHIMA, Silvia Harumi. “*Instituições e Desenvolvimento Econômico – Uma Análise Crítica das Idéias de Douglas North*”, IPE-USP, Estudos Avançados, vol. 29, n.º. 1, p.95-112, 1999.

TRACHTMAN, Joel. *The Domain of WTO Dispute Resolution*. Harvard International Law Journal. Vol. 40, 1999.

_____. *Building the WTO Cathedral*. Disponível em: <
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.815844>> Acesso em: 19 jul. 2015.

VELASCO E CRUZ. Sebastião Carlos CRUZ. "Teoria e história: notas críticas sobre o tema da mudança institucional em Douglas North". Revista de Economia Política, vol 23, n.º. 2 (90), abril-junho, p. 107-122.

VIANNA, Catarina Carvalho. LIMA, João Policarpo R. *Política Comercial Brasileira: possíveis impactos de uma redução nas tarifas de importação dos setores automotivo e têxtil*. Revista Econômica, Rio de Janeiro, v 12, n 2, p. 157-186, dezembro 2010.

VINER, Jacob. *Dumping: a problema in international trade*. Reprints of economic classics. Clifton: Augustus M. Kelly Publishers, 1991.

WALTER, Jan. *O Brasileiro que Ressuscitou a Rodada Doha*. Disponível em: <
<http://dw.de/p/1AVWq>> Acesso em: 28 jan. 2015.

WEI, Dan. FURLAN, Fernando M. *Brazil in World Trade: contingent protection measures*. Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações. In: ZYTLBERSTAJN, Decio. SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WITTMAN, Donald. *Economic Foundations of Law and Organization*. Cambridge University Press, 2006.

WOLFE, Robert. *Letting the sun shine at WTO: how transparency brings the trading system to life*. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201303_e.pdf> Acesso em: 14 fev. 2014.

WOUTERS, Jan. COPPENS, Dominic. *An Overview of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – Including a Discussion of the Agreement on Agriculture*. In: BAGWELL, Kyle W. BERMANN, George A. MAVROIDIS, Petros C. *Law and Economics of Contingente Protection in International Trade*. New York: Cambridge University Press, 2010.

ZYTLBERSTAJN, Decio. SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

SITES CONSULTADOS

A CIÊNCIA DA ESTRATÉGIA. Disponível em: <<http://www.teoriadosjogos.net/teoriadosjogos/list-trechos.asp?id=29>> Acesso em: 17 jul. 2014.

ACORDO DE MARRAQUECHE. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#finalact> Acesso em: 04 set. 2014.

BNDES. *Indústria Calçadista e Estratégias de Fortalecimento de Competitividade*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3104.pdf> Acesso em: 30 abr. 2015.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf> Acesso em: 05 set. 2013.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO. *Assegurando ganhos de Desenvolvimento a partir do Sistema Comercial Internacional e das Negociações de Comércio*. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/td397_pt.pdf> Acesso em: 28 out. 2014.

GATT 1947. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/gatt47port.pdf>> Acesso em: 15 de mar. 2013.

GATT Secretariat. *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Disponível em: <http://books.google.com.br/ebooks?id=GyUcr5pk0bgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&redir_esc=y&pg=GBS.PA1> Acesso em: 25 mar. 2015.

ICTSD. Latin America and the WTO Dispute Settlement System. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/2013/12/latin-america-and-the-wto-dispute-settlement-system-ready-for-print.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2014.

IPEA. *Como colocar o comércio a serviço da população?* Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11058/3095>> Acesso em: 14 jan. 2015.

LOS ANGELES TIMES. *New Rules for global trade Reaction*. 16 de Dezembro de 1993. Disponível em: <http://articles.latimes.com/1993-12-16/news/mn-2416_1_global-trade> Acesso em: 15 mai.2015.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios da OMC*. Disponível em: <

<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=368&refr=366>>
Acesso em: 27 out. 2014.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Estados Unidos: Comércio Exterior*. Disponível em:<
<http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/IndicadoresEconomicos/INDEstadosUnidos.pdf>> Acesso em: 06 jan.2015.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Estrutura do Comércio Exterior*. Disponível em:<
http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1251143349.pdf> Acesso em: 11 jan.2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/utw_chap7_e.pdf> Acesso em: 04 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Preparations for the fourth WTO Ministerial Conference*. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm72_e.htm> Acesso em: 05 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *WTO legal texts*. Disponível em:<
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm> Acesso em: 19 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*. Disponível em:<
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf> Acesso em: 19 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em:<
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#schedules> Acesso em: 02 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Doha Ministerial Declaration*. Disponível em:<
http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm> Acesso em: 04 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Argumentos a favor de um comércio aberto*. Disponível em:<
http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm> Acesso em: 25 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Introducción a los principios y normas básicos de la OMC*. Disponível em:<
http://ecampus.wto.org/admin/files/Course_273/Module_1110/ModuleDocuments/TB-T-M2-S.pdf> Acesso em: 27 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Overview of the WTO Secretariat*. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/thewto_e/secre_e/intro_e.htm> Acesso em: 04 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2006: exploring the links between subsidies, trade and the WTO*. Geneva: WTO, 2006. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf> Acesso em: 06 jun. 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Índice de Diferencias por Acuerdo*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A20#selected_agreement> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Índice de Assuntos*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_subjects_index_s.htm> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Countervailing Measures by Sector 01/01/1995-30/06/2014*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresBySector.pdf> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *International Trade and Market Access Data*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Map.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2009: trade policy commitments and contingency measures*. Disponível em: < Geneva: WTO, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Global Crisis Requires Global Solutions*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/tpr_13jul09_e.htm> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *World Trade Report 2014: Trade and development: recent trends and the role of the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report14_e.pdf> Acesso em: 06 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO: developing countries*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dev1_e.htm> Acesso em: 24 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Chronological List of Disputes*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm> Acesso em: 18 mar. 2015.

UNCTAD. Soluções de Controvérsias. Organização Mundial do Comércio. Subsídios e Medidas Compensatórias. Disponível em: <
http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add15_pt.pdf> Acesso em: 20 nov. 2014

WASHINGTON CONSENSUS. Center for International Development at Harvard University. Disponível em: <
<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>> Acesso em: 01 jul. 2014

WORLD BANK. *Lessons from the World Bank Research on Financial crisis*. Policy Research Working Paper, n° 4779, Washington D.C: The World Bank, 2008

LEGISLAÇÃO

BRASIL, *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> Acesso em: 12 jan.2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto nº. 1.355 de 30 de dezembro de 1994*.