

Atualidades

O ACORDO DE SUBSÍDIOS E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

ALEXANDRE MARQUES DA SILVA MARTINS

1. Introdução. 2. Subsídios e medidas compensatórias no antigo GATT. 3. O conceito de "subsídio" na legislação da OMC. 4. Tipos de subsídios: 4.1 Explicação necessária - 4.2 Subsídios proibidos: 4.2.1 Subsídios à exportação - 4.2.2 Subvenções vinculadas ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros - 4.3 Subsídios recorríveis - 4.4 Subsídios irrecorríveis. 5. Medidas compensatórias: 5.1 Introdução - 5.2 Considerações críticas acerca das medidas compensatórias - 5.3 Pontos polêmicos: 5.3.1 A expressão "produto similar" - 5.3.2 O art. 15. § 5, do Acordo de Subsídios - 5.4 Solução alternativa. 6. Conclusões.

1. Introdução

O tema *subsídios e medidas compensatórias* foi um dos mais delicados de toda a Rodada Uruguai, sendo sua negociação bem acalorada e acirrada. Tal fato decorreu da dificuldade de definição de "subsídio" e das posições políticas e econômicas que gravitavam em torno dessa definição. Para melhor ilustrar esta assertiva, é útil mencionar o seguinte comentário de Barral (1998:371): "Quais são o papel e os limites da atuação do Estado na economia? Afinal, a concessão de uma vantagem configura claramente um subsídio quando se trata de doações ou empréstimos a baixos juros. Entretanto, a definição se torna menos precisa quando se trata de investimento em infra-estrutura, ou pesquisa, ou educação - que terão, evidentemente, reflexos distintos na conjuntura econômica e na produtividade dos diversos setores".

O termo "subsídio" costuma ter diversas acepções. Às vezes, pode significar uma transferência de dinheiro do governo para uma empresa do setor privado. Noutras

vezes, pode equivaler à aquisição de um produto por uma empresa, mediante ajuda governamental, por um valor inferior àquele que ela pagaria em condições normais de mercado. Pode, ainda, se referir a políticas governamentais dirigidas para o setor privado, como o desenvolvimento de programas educacionais para os trabalhadores de dado ramo industrial.

Partindo-se de uma análise puramente econômica, poder-se-ia imaginar que inexistiria subsídio caso houvesse equilíbrio absoluto no mercado sem a presença de qualquer ente governamental. Com o ingresso do governo, notadamente por meio de suas políticas tributárias, perder-se-ia tal equilíbrio, havendo modificações na produção e nos preços dos bens e serviços.

A visão acima exposta é difícil de ser colocada em prática. Com a ausência do governo, raramente os agentes do mercado poderão agir de maneira equilibrada a fim de que cada um tenha suas devidas oportunidades. Ademais, as atividades desenvolvidas pelo governo, em todas as suas esferas, têm desdobramentos bem complexos e

intrincados. Primeiramente, pode-se mencionar a política tributária, nas suas mais variadas formas, com seus diversos tributos, modos de pagamento, isenções etc. Em seguida, deve-se considerar a imposição, por parte do governo, de certos programas que implicam elevados custos para as empresas, tais como programas de qualidade ambiental e de segurança no trabalho. Por fim, há o gasto do governo em inúmeros programas que beneficiam as entidades privadas, como portos, estradas, usinas, educação pública, justiça etc.

Em decorrência da escassez de operacionalidade do sistema *supra*, é mister recorrer a outros mais viáveis para se conceituar os “subsídios”.

Um método muito simples de se averiguar a existência de uma prática de subsídio é analisar cada programa governamental de modo isolado, desconsiderando se a eventual vantagem daí advinda é compensada com outros custos que são impostos para o beneficiário do subsídio. Assim, à guisa de exemplo, vislumbra-se este quando determinada sociedade mercantil recebe doação de um Município, pouco importando se este mesmo Município cobra diversos tributos dessa sociedade, como o ISS e a taxa de iluminação pública.

Outra tentativa seria considerar que os tributos e políticas regulatórias, aplicados de maneira genérica, têm idêntico impacto nas empresas, e, por conseqüência, não equivalem a subsídios. Seguindo esse raciocínio, caso um subsídio seja aplicado a programas de modo genérico, ele não será tido como ilegal. Exemplificando com uma hipótese: se um governo pretender instituir um programa de concessão de taxa de juros baixos a todas as indústrias que utilizem bens não-duráveis, ele não poderá ser contestado. Por outro lado, se referido programa se reportar apenas a um ramo das indústrias que utilizam bens não-duráveis, então, haverá um subsídio, que será contestado.

Uma terceira tentativa seria considerar o impacto que o auxílio governamental

teria nas empresas privadas e compará-lo com o impacto que o auxílio de outros governos teria nas respectivas empresas privadas em situações parecidas. Se o impacto fosse maior, então, poder-se-ia afirmar que se está diante de um subsídio.

Cada uma dessas alternativas tem seus defeitos. A primeira peca pela extrema simplicidade, podendo considerar existente um subsídio numa empresa sem que esta tenha, efetivamente, obtido vantagem com o programa do governo. A segunda também peca pela simplicidade exacerbada, partindo do falso pressuposto de que um programa do governo de aplicação genérica terá igual impacto em todas as indústrias. A prática observada nos diferentes países vem a demonstrar o quanto tal concepção está impregnada de ilusão. Já, a terceira também se denota frágil, na medida em que se revela duvidoso o fato de que os governos tributam e regulam de maneira semelhante os bens e serviços, bem como o fato de que um dado tipo de auxílio governamental está presente em um país, mas em outro, não.

Até o momento se verificou a dificuldade de conceituar os “subsídios”. Passase, agora, a perscrutar seus efeitos nos produtores de bens – tarefa que se revela fundamental.

Os subsídios que beneficiam os produtores de bens reduzem seus custos de produção. Disso decorre que provavelmente haverá alargamento da produção final, variando conforme a natureza dos subsídios. Por um lado, alguns subsídios são dependentes diretamente da produção, como aquele que concede ao produtor 10 Reais por cada unidade fabricada. Esse tipo de subsídio significa, em termos econômicos, uma diminuição, a curto prazo, nos custos marginais de produção do beneficiário do subsídio. Por conseqüente, haverá uma queda nos preços, de modo que a demanda aumentará, fazendo a produção acelerar até satisfazer a quantidade solicitada pelos compradores. Por outro lado, deve-se frisar que há subsídios que acabam afetando, a longo prazo, os custos marginais da pro-

dução, majorando a capacidade desta. Assim, cogite-se de uma empresa deficitária que é incapaz de cobrir seus custos operacionais e que fecharia suas portas em condições normais. Se vier a receber um subsídio condicionado à sua permanência no mercado, ela não quebrará, bastando que o aludido subsídio seja suficiente para possibilitar à empresa a cobertura de seus custos operacionais.

As constatações feitas acima levam a uma questão fundamental quando se trata de definir os subsídios, qual seja, para que “a government program to confer a ‘subsidy’, must it encourage an increase in output by the recipient? If it does not, then it cannot ‘tilt the playing field’ in a way that causes detriment to competing producers. But if this question is answered affirmatively, it becomes necessary to inquire whether the government program in question affects marginal costs in the short run, or has an effect on long-run marginal cost that is sufficient to cause capacity to remain in production when it would exit otherwise, or to enter when it would not otherwise. Such issues are not always easily resolved” (Sykes, 2003:6).

Tendo em vista a dificuldade de se conceituar “subsídios” e o impacto que eles têm nos produtores, o melhor critério para se determinar se vale a pena, ou não, a aplicação de uma política voltada à concessão de subsídios é o da análise de custo/benefício dos mesmos.

O Estado, atualmente, atravessa uma crise de credibilidade, principalmente em decorrência do fenômeno da globalização. Os governantes precisam atrair investimento para suas economias. Assim, quanto maior o grau de transparência no processo de tomada de decisões, maior será o prestígio do governo entre os atores do mercado econômico. O sistema de análise de custo/benefício caminha justamente nesse sentido. O risco na escolha de determinada decisão pode ser elevado em diversos casos. Tratando-se de subsídios, quando se deseja proteger um ramo da indústria domésti-

ca, pode-se, ao mesmo tempo, impor um fardo pesado em outros setores, como o dos consumidores. O governo, ao ponderar o ônus de uma decisão, certamente calculará, com bom nível de acerto, os desdobramentos da mesma nos variados campos, especialmente no comércio internacional. Saberá, por exemplo, quais parceiros seus serão afetados com a outorga de um subsídio e o peso de uma possível resposta de cada um. Saberá, igualmente, qual o desenvolvimento razoavelmente esperado daquelas indústrias que foram auxiliadas com a prática subvencionista. Pesquisando todos esses fatores, a decisão a ser acolhida terá grandes chances de obter êxito e de, conseqüentemente, evitar que o país tenha menos força no cenário externo.

Várias são as vantagens oriundas desse sistema. Em primeiro lugar, ele permite que um governo possa, com bases sólidas, responder negativamente a um pedido de proteção. De fato, por meio desse sistema, o governo perceberá que uma dada assistência protecionista revelar-se-á muito mais dispendiosa que a vantagem provável a ser auferida pela indústria doméstica. Outro fator positivo é o fato de que o sistema em tela oferecerá aos governantes a possibilidade de comparar as diversas ferramentas de que dispõem ao seu alcance a fim de cumprir suas políticas de regulamentação, não somente em termos de conveniência administrativa, mas igualmente de óbices sociais e conjuntura econômica. Uma terceira vantagem seria aquela relacionada à publicidade. Quando um ente político, em qualquer nível – seja federal, distrital, estadual ou municipal –, transmite à sociedade as razões do porquê da escolha de uma certa opção em dado assunto, ele consegue maior legitimidade para implementar aquela decisão. Além disso, sabendo dos motivos da escolha em questão, os demais atores do mercado poderão fazer melhor seus planejamentos, mormente no tocante a investimentos. Um quarto benefício a ser conferido é o de que, aperfeiçoando o processo de tomada de decisões, as diretrizes

da política comercial tornar-se-ão menos vulneráveis a ações judiciais. Havendo segurança jurídica, as chances de questionamento das decisões acolhidas no Poder Judiciário serão bem mais remotas.

2. Subsídios e medidas compensatórias no antigo GATT

O antigo GATT continha poucas disposições acerca de subsídios e medidas compensatórias. Somente os arts. II, III, VI e XVI do GATT/1947 cuidavam do assunto. Tais artigos eram aplicados somente em relação ao comércio de bens, mas não de serviços.

O art. XVI, que era o mais importante deles, continha duas seções. A primeira era dedicada aos subsídios em geral, sendo que as partes reconheciam que, no caso de concessão de subsídio que aumentasse as exportações de um produto a partir de ou reduzisse as importações de bens em seu território, o membro que outorgasse o subsídio deveria notificar os demais acerca de tal prática, de modo que, caso houvesse dano grave aos interesses de um Estado, originado ou tido como ameaçado por um subsídio, o Estado que o concedesse, a pedido daquele, deveria entrar em negociações com este a fim de discutir a possibilidade de impor um teto ao subsídio. Já, a segunda seção continha quatro parágrafos dedicados aos subsídios à exportação. A mais importante delas, o § 3 do art. XVI, dispunha o seguinte: “Por conseguinte, as Partes Contratantes deverão procurar evitar o uso de subsídios na exportação de produtos primários. Se, contudo, uma Parte Contratante conceder, direta ou indiretamente, alguma forma de subsídio a fim de aumentar a exportação de algum produto primário a partir de seu território, tal subsídio não será aplicado de modo que esta Parte Contratante tenha mais que uma parte equitativa das exportações mundiais deste produto, considerando-se as parcelas das Partes Contratantes no comércio de tal produto durante um período representativo

prévio e quaisquer outros fatores que possam ter afetado ou estejam afetando o comércio de tal produto”.

De se notar que a expressão “parte equitativa das exportações mundiais”, utilizada no citado § 3, é bastante vaga e imprecisa. A jurisprudência do GATT corrobora esse entendimento. Dignos de menção, em relação a essa expressão, são dois casos contra a Comunidade Européia, iniciados em 1979, que tiveram como reclamantes Austrália e Brasil, respectivamente (GATT, *EC – Refunds on Exports of Sugar – Complaint by Australia*, BISD 26S/290; e *EC – Refunds on Exports of Sugar – Complaint by Brazil*, BISD 27S/69). A Comunidade Européia era acusada de, mediante subsídios à exportação, ter prejudicado as exportações de açúcar da Austrália e do Brasil. Foi estabelecido um único Painel para solucionar os dois casos, sendo que ambos tiveram praticamente as mesmas conclusões. Nestes casos, o Painel introduziu um novo critério para se definir a expressão “parte equitativa”, qual seja, o do deslocamento em mercados específicos: “The Panel was of the opinion that the term ‘more than an equitable share of world export trade’ should include situations in which the effect of an export subsidy granted by a signatory was to displace the exports of another signatory, bearing in mind the developments in world markets” (GATT, *EC – Refunds on Export of Sugar – Complaint by Australia*, BISD 26S/290, § 4.17).

O Painel não se contentou em fazer uma análise global da evolução do mercado de exportação de açúcar. Ao revés, preferiu investigar os mercados principais, para verificar se efetivamente ocorreu um deslocamento das exportações da Austrália e do Brasil nestes mercados. No caso da Austrália, somente no mercado chinês o Painel cogitou de um efetivo deslocamento das exportações australianas em decorrência do subsídio da Comunidade Européia: “Community sales which had been negligible until 1978, reached 93,000 tons or approximately

6 per cent of total imports into China in that year. *This might have partly replaced Australian sales to this market, which fell by 138,000 tons from 1977 to 1978*" (idem, § 4.21).

Nos dois casos, o Painel concluiu que não havia provas suficientes para se afirmar que o subsídio da Comunidade Européia, então combatido, causou, diretamente, o deslocamento das exportações de açúcar das partes reclamantes.

Pode-se perceber que o critério acolhido pelo Painel era limitado. Na verdade, o Painel queria que ficasse demonstrado que o subsídio da Comunidade Européia era quase totalmente responsável pelo afrouxamento das exportações da Austrália e do Brasil. Deveria o Painel ter adotado o critério da análise da divisão global do mercado. Assim agindo, o Painel "was willing to accept that EC's increased subsidized exports were only one important cause (among others) of other countries' stagnating or declining market shares. A definition based on global world market shares could also mean that the Panel was ready to consider lost potential in an expanding market 'inequitable' and not only loss of existing sales. In reality, partial causality and lost opportunities in an expanding market is likely what indeed occurred" (Benitah, 2001:181).

Por seu turno, o art. II, § 2 (b), estipulava que as partes poderiam utilizar medidas compensatórias, desde que fossem impostas consoante o preceituado no art. VI, sendo indiferente se elas implicassem tarifas alfandegárias maiores que as tarifas anteriormente negociadas na Rodada multilateral.

Já, o art. VI previa algumas condições para a aplicação de medidas compensatórias, sendo válido mencionar as seguintes: (i) a medida não poderia ser maior que o montante do subsídio concedido; (ii) a medida somente poderia ser autorizada se o efeito do subsídio fosse de tal ordem que causasse ou ameaçasse causar dano material para uma indústria doméstica já esta-

belecida, ou fosse tal que retardasse materialmente o estabelecimento de uma indústria nacional.

Por fim, o art. III, § 8 (b), apenas dispunha que o contido no referido artigo não evitava o pagamento de subsídios exclusivamente para os produtores domésticos.

No final dos anos 70 do século passado, durante a Rodada Tóquio, floresceu um novo instrumento legal conhecido como o "Código de Subsídios". Suas mais importantes conquistas foram as seguintes: tornou mais rígidas as restrições no emprego dos subsídios à exportação; criação das normas do procedimento de investigação que poderia culminar com a aplicação de medidas compensatórias e elaboração de alguns fatores que poderiam servir de guia na verificação de subsídios que estivessem causando ou ameaçassem causar dano material. Infelizmente, a adesão ao referido Código não era compulsória, o que acarretou perda relativa de sua influência.

No geral, vê-se que a legislação do antigo GATT era razoavelmente tolerante com subsídios domésticos. Com relação a subsídios à exportação, alguns membros aceitaram o compromisso de diminuir a utilização dos mesmos, notadamente daqueles destinados aos produtos primários. Já, as medidas compensatórias poderiam ser aceitas, desde que com apoio na existência de um dano e limitadas ao montante do subsídio. Em comparação com a nova legislação do sistema OMC, a do antigo GATT era bem mais leniente com as práticas de subsídios, sendo que os direitos concedidos às partes vítimas de subsídios não tinham a mesma força destes.

3. O conceito de "subsídio" na legislação da OMC

Ao contrário do Código de Subsídios da Rodada Tóquio, o atual Acordo de Subsídios prevê o conceito de subsídio:

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

“(a) (1) haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado, a partir daqui, ‘Governo’), isto é, (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 à infra-estrutura geral, ou quando adquira bens; (iv) quando o Governo faça pagamentos a um sistema de fundo, 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

“(a) (2) haja qualquer forma de receita ou sustentação de preços no sentido do art. XVI do GATT/1994; e

“(b) com isso se confira uma vantagem.

“2. Um subsídio, tal como definido no § 1, apenas estará sujeito às disposições da Parte II ou às disposições das Partes III ou V se o mesmo for específico, de acordo com as disposições do art. 2.”

A primeira questão que se deve analisar é se, consoante a forma com a qual foi redigido, o conceito de “subsídio” é caracterizado pela simples existência de uma contribuição financeira por parte do governo, ou se basta somente o benefício desfrutado pela parte que recebeu o subsídio. Para um ponto de vista, entende-se que o ônus financeiro para o ente governamental é o suficiente. Já, em outra posição, pode-se sustentar que a vantagem auferida pela parte é o que basta, ou seja, deve-se averiguar o benefício que a empresa teve com a ajuda estatal e compará-lo com a situação que esta

mesma empresa teria em condições normais de mercado, sem o auxílio, portanto. Analisando-se a redação do art. 1 do Acordo de Subsídios, pode-se perceber facilmente que este acolheu, concomitantemente, a teoria dos custos e a do benefício. Neste sentido, já se pronunciou um Painel da OMC: “In short, art. 1.1 of the SCM Agreement provides that a subsidy exists if a ‘financial contribution’ by a government or public body confers a ‘benefit’”. Em seguida, afirmou que “the notion of ‘subsidy’ comprises two elements: (1) ‘financial contribution’, and (2) ‘benefit’”. As noted above, ‘benefit’ is determined by reference to the terms on which a ‘financial contribution’ would have been available to a particular legal or natural person, or group of persons, in the market” (WTO, *US – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/R, §§ 6.58 e 6.69, respectivamente).

O art. 1, § 1 (a) (2), faz menção à expressão “forma de receita ou sustentação de preços” como hipótese de ocorrência de subsídio. Deve-se entender, contudo, que não se trata de nova hipótese de subsídio. A expressão “forma de receita ou sustentação de preços” deve ser considerada como um meio de contribuição financeira – esta, sim, tendo uma interpretação extensiva. Na verdade, as partes quiseram apenas ter o cuidado de explicitar que tal hipótese caracterizaria o subsídio, afastando, por conseguinte, qualquer dúvida que pudesse surgir em relação ao assunto. Nesta linha de raciocínio, vale frisar que a doutrina assim já se manifestou, como Flavio Floreal González (2001:77).

Outro ponto digno de análise é o de se saber se o subsídio está caracterizado quando é concedido, recebido ou usado. A questão é pertinente, porquanto o Acordo de Subsídios, em diversas passagens, emprega expressões que podem ensejar dúvidas. Assim, logo no art. 1, estipula que “existe subsídio (...) quando haja uma contribuição financeira por um governo ou órgão

público (...) ou quando haja qualquer forma de receita ou sustentação de preços (...) e com isso se confira uma vantagem”. Neste quadro, pode-se ter a impressão de que o subsídio existe quando a vantagem tiver sido concedida. Por outro turno, o art. 2, § 1 (c), faz menção à expressão “uso predominante de um programa de subsídios”. Já, o título do art. 14 dispõe acerca do “cálculo do valor de um subsídio em termos da vantagem percebida pelo beneficiário”, enquanto a cabeça do artigo menciona “(...) qualquer método utilizado pela autoridade investigadora para calcular a vantagem percebida pelo beneficiário (...)”. Neste caso, o título do artigo em comento poderia estar se referindo às vantagens recebidas, enquanto o *caput*, às subvenções concedidas.

A melhor exegese para se deslindar a questão acima proposta é entender que o fito precípuo do Acordo de Subsídios é o de evitar distorções nos mercados, mantendo a igualdade de armas entre seus atores. Sendo assim, o conceito de “subsídio” abarca tanto a concessão como o recebimento do mesmo, bem como a fruição das suas vantagens. Pouco importa que, em determinadas passagens, o Acordo em tela faça referência ao ato de conceder ou receber as subvenções ou, ainda, de usufruir seus benefícios. O que se deve ter em mente é a supressão dos efeitos deletérios na sadia competição entre as empresas, o que proporcionaria também outras melhorias, como a qualidade dos bens para os consumidores. Neste tópico, é útil trazer à baila os ensinamentos de González (2001:78): “Por lo tanto, el ASMC apunta a prohibir la *concesión* de determinados subsidios y a neutralizar el potencial daño que puedan producir otros tipos de ayuda que han sido *recibidas* y *utilizadas* por unas empresas en desmedro de otras ubicadas en el país importador”.

Para se ter uma compreensão mais exata do raciocínio exposto, pode-se citar o caso dos subsídios proibidos, eis que o art. 4, § 1, do Acordo de Subsídios estipula que, quando um Estado mantém ou conce-

de tal tipo de auxílio, estará sujeito ao mecanismo de consultas com vistas a eliminar possível efeito danoso a um outro Estado. *In casu*, pode-se vislumbrar que o país já estará sujeito a certos deveres tão-somente com a outorga de dita maneira de ajuda. Pode-se mencionar também o art. 7, § 1, do Acordo de Subsídios, que preceitua que, em caso de concessão ou manutenção de subvenção, sendo esta responsável por alguma conseqüência prejudicial a um Estado-membro, igualmente será viável a abertura do sistema de consultas visando a uma composição amigável entre as partes.

Quanto à prática governamental que implicar transferência direta de fundos, prevista no art. 1, § 1 (a) (1) (i), o Órgão Permanente de Apelação já teve oportunidade de reconhecer tal prática como forma de contribuição financeira para a caracterização de subsídio: “An evaluation of the existence of a financial contribution involves consideration of the nature of the transaction through which something of economic value is transferred by a government. A wide range of transactions falls within the meaning of ‘financial contribution’ in art. 1.1 (a) (1). According to paragraphs (i) and (iii) of art. 1.1 (a) (1), a financial contribution may be made through a direct transfer of funds by a government (...)” (WTO, *US – Softwood Lumber IV*, WT/DS257/AB/R, § 52).

No que tange ao art. 1, § 1 (a) (1) (ii), é mister observar que, para se saber se a receita pública era devida, deveria haver legislação de sorte a permitir um grau de comparação entre a receita efetivamente devida aos cofres públicos e aquela que poderia ter sido arrecadada se não tivesse havido o perdão da mesma. Ademais, a legislação a servir de base de comparação seria a do país tido como reclamado. Neste sentido já se pronunciou o Órgão Permanente de Apelação: “In our view, the ‘foregoing’ of revenue ‘otherwise due’ implies that less revenue has been raised by the government than would have been raised in a different situation, or, that is,

'otherwise'. Moreover, the word 'foregone' suggests that the Government has given up an entitlement to raise revenue that it could 'otherwise' have raised. This cannot, however, be an entitlement in the abstract, because governments, in theory, could tax *all* revenues. There must, therefore, be some defined, normative benchmark against which a comparison can be made between the revenue actually raised and the revenue that would have been raised 'otherwise'. We, therefore, agree with the Panel that the term 'otherwise due' implies some kind of comparison between the revenues due under the contested measure and revenues that would be due in some other situation. We also agree with the Panel that the basis of comparison must be the tax rules applied by the Member in question (...) (WTO, *US - FSC*, § 90).

Igualmente relevante asseverar que, por força da nota de rodapé I do Acordo de Subsídios, "não serão consideradas como subsídios as isenções, em favor de produtos destinados à exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados sobre o produto similar quando destinado ao consumo interno, nem a remissão de tais impostos ou taxas em valor que não exceda os totais devidos ou abonados". Duas observações são pertinentes. Apesar de a nota de rodapé em comento se referir somente a "isenções", deve-se dar ao instituto uma interpretação extensiva, de modo a abranger as imunidades. Conforme Carvalho (1997:116), pode-se conceituar a imunidade como "a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas". Ao se referir a isenções, o Acordo de Subvenções poderia dar margem à seguinte dúvida: estar-se-ia se referindo somente à legislação infraconstitucional? Sabe-se que a imunidade é instituto previs-

to, no ordenamento jurídico brasileiro, somente na Constituição Federal. Deixá-la de fora do campo de incidência da nota de rodapé ora focada equivaleria a assumir o risco de não se atingir o real objetivo do Acordo de Subsídios, que é o de manter o equilíbrio de mercado entre os Estados. A outra observação a ser feita é que a concepção que se deve possuir da expressão "produto similar" é aquela que considera não só os produtos que detêm todas (ou quase todas) as mesmas características físicas, mas também os bens que são diretamente concorrentes entre si, conforme já abordado no tópico dedicado ao estudo do produto similar.

A contribuição financeira aludida pela cabeça do art. 1 do Acordo de Subvenções não engloba somente transferência monetária de fundos. Caso fosse assim, poderia haver muitos subsídios concedidos por outras formas. Portanto, para evitar essas distorções, prevê-se que, quando do fornecimento, por parte do governo, de produtos ou serviços, que são destinados para além da infra-estrutura geral, está presente a prática subvencionista. Neste caso, o termo "bens" deve ser interpretado de maneira ampla, sendo que, adotando-se posição diversa, poderia haver uma "circumvention of subsidy disciplines in cases of financial contributions granted in a form other than money, such as through the provision of standing timber for the sole purpose of severing it from land and processing it" (WTO, *US - Softwood Lumber IV*, WT/DS257/AB/R, § 64).

A decisão acima mencionada faz referência ao instituto da *circunvenção*. A definição desta não é tarefa fácil, tendo em vista que há considerável divergência entre os países-membros da OMC sobre seu conteúdo. Ademais, a circunvenção está presente em outros campos do comércio internacional, como o *dumping*. Entretanto, apesar dessa dificuldade, pode-se conceituar "circunvenção", *grosso modo*, como a prática que, por meio de brechas na legislação, visa a burlar o acordo de subsídios a

fim de impor uma subvenção a um grupo de empresas. Urge, pois, que na atual Rodada Doha o tema seja aprofundado. Neste ponto, pertinente o comentário de Barros (2004:154) no sentido de que “é preciso, portanto, ter cuidado em não deixar que a *circumvention* seja usada como mais uma arma protecionista da indústria doméstica, e, para tanto, mister se faz definir claramente o que constitui a *circumvention*”.

A aquisição onerosa, pelo governo, pode implicar subvenção. Na verdade, trata-se de aquisição num patamar capaz de causar prejuízo para os concorrentes do beneficiário da compra governamental. O escopo, nesta hipótese, é o de impedir que operações desse jaez tenham a capacidade potencial de majorar, de maneira artificial, a receita da empresa adquirida por meio da venda dos bens.

O subsídio pode ser também concedido por um órgão privado ou sistema de fundos, desde que haja orientações por parte do governo no sentido de que sejam executadas funções habitualmente a cargo do governo, sendo que tais orientações devem corresponder a práticas frequentemente realizadas pelo ente governamental. A idéia foi a de ampliar ao máximo as hipóteses de subsídio sem a participação direta estatal. Se assim não fosse, seria muito fácil ludibriar as intenções do Acordo, favorecendo a indústria nacional de um dado membro.

Analisando-se os conceitos de “governo” e “órgão público”, mencionados no *caput* do art. 1, deve-se considerar tanto a Administração direta como a indireta. Na Administração direta os órgãos que compõem o governo não têm personalidade jurídica, ou seja, fazem parte de todo o arcabouço governamental, mas não agem em nome próprio. Podem-se citar como exemplos os diversos ministérios, secretarias, seções, repartições, departamentos etc. Já, na administração indireta estão presentes entidades que estão revestidas de personalidade jurídica. São diretamente responsáveis pelos seus atos, podendo ser aciona-

das judicialmente. Nesta seara estão incluídas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. A finalidade é a de abranger toda a Administração Pública, fechando as portas para qualquer tentativa de um ente público conceder subvenção.

Questão de extremo relevo é aquela que se reporta à responsabilidade internacional do Estado em decorrência de atos praticados por outros entes federados, como Estados Federados, Municípios, Distritos Federais, Províncias etc. Com efeito, dispõe o art. XXIX, § 12, do GATT/1947: “Cada Parte Contratante deve tomar medidas razoáveis que lhe sejam pertinentes para assegurar a observância das provisões deste Acordo pelos governos regionais e locais e autoridades no interior de seus territórios”.

“Nos primeiros tempos do GATT esta provisão foi interpretada pelos Estados Federais como uma exceção substantiva ao GATT. Especialmente os Estados Unidos e o Canadá expressaram a opinião de que o GATT não poderia vincular as Províncias e os Estados da Federação, ou apenas à medida que o governo central fosse capaz de convencer as autoridades estaduais e locais a se vincularem” (Kuyper, 1998:33-34).

Este entendimento colidia frontalmente com o ideal de efetividade das normas do GATT. Felizmente, no decorrer dos anos, o art. XXIV, § 12, passa a ter interpretação mais consentânea com os princípios do Direito Internacional. Vários relatórios de Painéis passaram a reconhecer a responsabilidade do Estado por atos de seus entes internos. Ademais, durante a Rodada Uruguai foi negociada uma declaração interpretativa do art. XXIV, que abordava o § 12 desse artigo, enfatizando a necessária responsabilização dos Estados em face de medidas tomadas por entidades internas suas.

Anteriormente fora afirmado que, para existir um subsídio, é preciso haver o binômio contribuição financeira/vantagem

auferida pelo beneficiário. Desse modo, resta saber quando realmente surge a vantagem, isto é, a partir de qual momento ela está caracterizada. E isso acontecerá quando o respectivo beneficiário estiver, na prática, em posição mais privilegiada que aquela que deveria estar caso inexistisse o subsídio. O fator mais contundente para se determinar qual a posição que teria o beneficiário, não havendo a subvenção, é a pesquisa do mercado. Este é efetivamente capaz de indicar tal posição, eis que engloba todos os personagens que devem ser considerados quando da análise da posição.

“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” (WTO, *Canada – Aircraft*, WT/DS70/AB/R, § 157).

Aspecto fundamental ainda a ser abordado é o de saber se a enumeração prevista no art. 1, § 1 (a), é taxativa ou *numerus apertus*. Apesar de respeitáveis opiniões em sentido contrário, levando-se em conta a segurança jurídica, deve-se entender que referida enumeração é taxativa. A uma, porque as hipóteses contidas na enumeração estão descritas de modo assaz vasto, que seria praticamente impossível cogitar-se de uma situação de contribuição financeira além do seu limite. A duas, posto que o emprego da expressão “isto é” sinaliza na direção de que se trata de um rol *numerus clausus*. Por fim, investigando-se o desenrolar das tratativas na Rodada Uruguai, percebe-se que a intenção dos Estados-Partes era o de considerar a enumeração como taxativa (Desta, 2002:162).

Um subsídio, para ser contrário às normas da OMC, deve ser, ainda, específico, a teor do contido no art. 1, § 2. Destarte, o art. 2 define as hipóteses que determinam quando há especificidade. Assim, quando

a entidade que concede o subsídio, ou a legislação que norteia a atuação de tal entidade, impuser, de forma explícita, limites à obtenção da subvenção a determinadas pessoas jurídicas, há o caráter da especificidade. 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 tenham 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 especificidade.

Todavia, se há motivos para crer que o subsídio pode, na realidade, ser tido como específico, apesar do que foi exposto no parágrafo acima, poderão ser considerados outros fatores, previstos no art. 2, § 1 (c), para a caracterização da especificidade, como o emprego de um programa de subsídios por uma quantidade reduzida de certas empresas ou o modo com que a autoridade que outorgou o benefício tenha exercido faculdades discricionárias quando da concessão do mesmo. Trata-se, portanto, de verdadeira fórmula antielisão, que tem o escopo de bloquear qualquer tentativa de escape da especificidade do subsídio.

Por ser traço fundamental da subvenção, a especificidade deve estar comprovada em provas robustas e contundentes. Deste modo, meros indícios ou suposições da parte reclamante não são suficientes para dar ensejo a uma condenação pela prática de subsídio.

Ainda no que concerne à especificidade, é útil frisar dois pontos. Primeiro, o Acordo de Subsídios não traz uma definição específica de beneficiário da concessão da subvenção. Em diversas passagens do citado Acordo são encontradas expressões como “empresa ou indústria ou grupo de empresas ou indústrias” (art. 2), “indústria” (art. 6, § 1 (b)), “subsídio concedido

direta ou indiretamente ao fabrico, à produção ou à exportação de qualquer mercadoria” (nota de rodapé 36 referente ao art. 10) – entre outras. Por fim, uma transferência de fundos pode ser realizada diretamente do governo para o fabricante do bem subsidiado ou indiretamente, como, por exemplo, uma isenção tributária para os proprietários de determinada empresa (na medida em que os mesmos investem na produção dessa empresa). Nota-se que em ambos os casos o custo final da produção para a empresa será diminuído sensivelmente.

Atualmente, a Rodada Doha está sendo desenvolvida a pleno vapor. Diversas propostas estão sendo oferecidas no campo das subvenções. Notadamente no tópico da definição de “subsídio”, há várias propostas, umas no sentido de um maior fortalecimento do Acordo, enquanto outras se direcionam numa linha de mais abrandamento do mesmo. Valem ser citadas a sugestão da Comunidade Européia, que pretende que as disposições acerca dos subsídios industriais sejam mais operacionais, a fim de que subsídios disfarçados para bens industriais sejam mais claramente identificados (WTO, *EC – TN/RL/W/30*), e dos Estados Unidos, que desejam um maior detalhamento da definição de “órgão público” (WTO, *US – TN/RL/W/78*).

4. Tipos de subsídios

4.1 Explicação necessária

Diversamente do Código de Subsídios, da época da Rodada Tóquio, que não conceituava “subvenção”, o Acordo de Subsídios traz uma definição. E, após conceituar “subsídio”, passa a cuidar dos tipos desse – quais sejam: subsídios proibidos, recorríveis e irrecorríveis. Adotou-se, assim, o que ficou conhecido como o “sistema do semáforo”, na medida em que cada um desses tipos de subvenção representa uma das luzes do semáforo. Os subsídios proibidos referem-se à luz vermelha, eis que, em princípio, são sempre inadmissíveis. Já, os

recorríveis são a luz laranja, eis que condenáveis, sob certas condições. Por fim, os irrecorríveis (luz verde) são admitidos, mas em poucas situações, taxativamente enumeradas. A seguir, serão estudados os principais pontos de cada um desses tipos de subsídio.

4.2 Subsídios proibidos

Tais subsídios, que são inadmissíveis, são de duas espécies: (i) “subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo 1”; (ii) subsídios vinculados ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições.

Impende ressaltar, ainda, que os subsídios em comento são considerados específicos, por meio de presunção legal contida no art. 2, § 3, do Acordo de Subsídios.

4.2.1 Subsídios à exportação

Os subsídios vinculados ao desempenho exportador¹ podem implicar desfavorabilidade da posição de exportadores estrangeiros em relação a mercados de terceiros países. A título de exemplo, imagine-se que o Estado “A” introduz um subsídio à exportação que implica menor custo de produção para seus exportadores que exportam para um Estado “C”. Já, os exportadores do Estado “B” também vendem seus bens para o Estado “C”, só que sem o auxílio do subsídio. Diante desse quadro, percebe-se que a participação no mercado do Estado “C” por parte do Estado “A” aumentará significativamente, enquanto que a do Estado “B” deve ser reduzida.

1. Em relação aos subsídios vinculados à exportação, neste tópico, serão abordadas as questões principais. Por ser o tema bem vasto, não é intenção deste trabalho esgotar todas as observações acerca do mesmo.

Os subsídios à exportação podem ter inúmeras formas, desde um singelo pagamento por cada unidade do bem ou serviço que é direcionada ao exterior até formas mais complexas, como financiamento ou seguro à exportação a taxas abaixo das de mercado e benefícios tributários à exportação, entre outros.

Os efeitos econômicos de um subsídio à exportação são, em geral, deletérios. Esses subsídios podem, como acima revelado, prejudicar o acesso de exportadores competitivos a determinados mercados, deteriorando, assim, suas expectativas no tocante a acordos comerciais já negociados. Decorrência disso é que esses acordos serão menos atrativos e que menos acordos desse jaez serão celebrados no futuro. Ademais, é possível que esses exportadores prejudicados em suas aspirações peçam a seus governos que instituíam novos tipos de subvenções a fim de proteger seus interesses, gerando, como conseqüência, uma batalha infundável e perniciosa pela conquista de mercados – situação que o Acordo de Subsídios quis impedir.

Outros custos podem advir da concessão desses subsídios no âmbito interno do país que outorga o benefício. Se concedido mediante um privilégio de ordem tributária, o Estado que assim age perde receitas. Disso decorre que terá de recompô-las de outro modo, geralmente onerando outros setores da economia, que podem até ser produtivos. Tais medidas visando a essa recomposição podem, eventualmente, ser questionadas no Poder Judiciário, gerando insegurança nos investidores em potencial. Podem, ainda, os consumidores e os trabalhadores sair perdendo, eis que os setores afetados com as medidas podem ser compelidos a majorar seus preços ou a despedir parte de sua mão-de-obra, a fim de não diminuir suas margens de lucro. Vê-se, portanto, que se trata de verdadeira “bola-de-neve”, cujos desdobramentos podem ser destrutivos para a saúde de uma economia nacional.

As subvenções ora fulcradas podem estar vinculadas de fato ou de direito ao desempenho exportador. Quanto à vinculação de direito, esta é mais facilmente perceptível. Em princípio, basta a mera leitura da lei, regulamento ou outro ato administrativo que implementa a medida. Entretanto, às vezes, embora presente, a vinculação de direito pode estar implícita.

“The underlying legal instrument does not always have to provide *expressis verbis* that the subsidy is available only upon fulfillment of the condition of export performance. Such conditionality can also be derived by necessary implication from the words actually used in the measure” (WTO, *Canada – Autos*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, § 100).

Por outro lado, a vinculação de fato já é mais complicada de ser vislumbrada. Nesse tema, deve-se considerar a nota de rodapé 4, que dispõe que: “Esta norma [*relativa à vinculação de fato*] 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 a 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 à exportação no sentido definido neste artigo”.

O melhor método já desenvolvido no seio da OMC provém do Relatório do Painel do caso *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather* (WTO, WT/DS126/R). Consoante a conclusão do Painel, a vinculação à exportação e o contido na nota de rodapé 4 ensejam a investigação de todos os fatos que efetivamente permeiam a outorga ou manutenção de um subsídio à exportação, incluindo tanto as expressões e estrutura do mesmo, bem como as circunstâncias sob as quais ele foi concedido ou mantido. Prossequindo, asseverou o Painel que: “A determination whether a subsidy is in fact contingent upon export performance cannot, in

our view, be limited to an examination of the terms of the legal instruments or the administrative arrangements providing for the granting or maintenance of the subsidy in question. Such a determination would leave wide open the possibility of evasion of the prohibition of art. 3.1 (a), and render meaningless the distinction between 'in fact' and 'in law' contingency".

4.2.2 *Subvenções vinculadas ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros*

No que tange aos subsídios vinculados ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, importante, inicialmente, ressaltar um problema de tradução. Na versão em Língua Inglesa a redação do art. 3, § 1 (b), é a seguinte: "subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods". Já, na versão em Língua Portuguesa, acolhida pelo Brasil, consta o que segue: "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". Com efeito, nota-se que a versão em Língua Inglesa não faz menção à expressão "de fato ou de direito", como o faz a outra versão. Na versão em Língua Espanhola, por seu turno, a redação é a seguinte: "las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones". Sucede que tanto a versão em Língua Inglesa como a em Língua Espanhola são autênticas, conforme dispõe a Ata Final em que se incorporam os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais; mas não a versão em Língua Portuguesa. De rigor, *in casu*, a aplicação do art. 33, § 2, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que preceitua que "uma versão do tratado em Língua diversa daquelas em que

o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem". Assim, em caso de conflito, a versão em Língua Portuguesa deve ser afastada, neste ponto.

Ato contínuo, surge a seguinte indagação: afinal de contas, o subsídio em debate pode ser reconhecido se houver vinculação de fato? A resposta é afirmativa. A uma, posto que se deve observar que o art. III, § 4, do GATT/1947 também aborda a questão de medidas que favorecem o emprego de produtos domésticos em desfavor de similares importados, referindo-se a situações de fato ou de direito, apesar de o fazer em um contexto diverso. Dessa forma, seria estranho imaginar que uma disposição semelhante prevista no Acordo de Subsídios não contemplaria também a hipótese de fato, mas somente a de direito. A duas, porque, embora não faça menção explícita à expressão "de fato", também não a exclui de modo claro e preciso. Por fim, ao utilizar a expressão "whether solely or as one of several other conditions", o Acordo de Subsídios inclui, implicitamente, a vinculação de fato. Caso contrário seria muito fácil haver a circunvenção do acordo em tela, outorgando-se um subsídio ilícito.

4.3 *Subsídios recorríveis*

Prosseguindo-se na análise dos subsídios que fazem parte do "sistema do semáforo", agora é o momento de tecer algumas considerações sobre os subsídios recorríveis. Estes, como já frisado anteriormente, correspondem à luz laranja do semáforo, ou seja, são subsídios que passam a ser inadmissíveis se causarem efeitos danosos aos interesses de outros países-membros. Esses efeitos danosos, por sua vez, são de três espécies: (i) dano à indústria nacional de outro membro; (ii) anulação ou prejuízo de vantagens resultantes, para outras partes contratantes, direta ou indiretamente, do GATT/1947, notadamente aquelas decorrentes de concessões consolidadas sob o art.

II do GATT/1947; (iii) dano grave aos interesses de outro membro.

Percebe-se que o Acordo de Subsídios vai mais longe que o antigo Código de Subsídios da Rodada Tóquio, na medida em que ditas subvenções, além de poderem estar sujeitas à imposição de medidas compensatórias no caso de dano a uma indústria concorrente de outro país, causado em decorrência de importações nesse país, podem ser objeto de discussão no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, mesmo se elas não causam prejuízo nas expectativas de acesso a mercados associadas com concessões tarifárias. A parte que outorgar os subsídios em questão poderá ser acionada na OMC quando os mesmos implicarem dano a uma indústria concorrente de outro membro por meio de importação que ingressa nesse mesmo membro, ou deslocarem as exportações anteriormente direcionadas ao país que está a subsidiar ou a terceiros mercados.

A possibilidade de se acionar na OMC a parte que concede tais subsídios é importante, por duas razões. A primeira refere-se ao fato de que na legislação mais antiga as subvenções que eram responsáveis por prejuízos impostos a uma indústria concorrente no estrangeiro em razão de importação somente poderiam ser objeto de investigação e, posteriormente, de aplicação de medidas compensatórias, que são uma via menos atrativa, pois elas podem, em muitas situações, não eliminar os subsídios perniciosos, podendo, simplesmente, deslocar os produtos subsidiados para outros mercados. Dessa forma, o estrago causado pela subvenção permanece, impedindo que a renda econômica global melhore. Já, a segunda consiste no seguinte: a legislação do finado GATT não previa proteção aos exportadores no caso de um subsídio doméstico aos seus concorrentes que lhes causasse a diminuição de suas exportações em direção a terceiros países. Exemplificando: o Estado "X", por meio de uma lei, contemplava com um subsídio doméstico as indústrias exportadoras do ramo automo-

bilístico, sendo que tal subsídio acabava fazendo com que esses exportadores aumentassem suas vendas ao Estado "Z" em detrimento dos exportadores do Estado "Y", sendo que esses não tinham auxílio da legislação do GATT. Descartava-se a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias, porquanto o dano era em um mercado estrangeiro. Também não se poderia cogitar do emprego da teoria da *non-violation nullification or impairment* (que será estudada logo mais em breve), pelo singelo motivo de que a perda de mercado ocorria em terceiro Estado, e não no mercado do Estado que concedia a subvenção.

O primeiro dos efeitos danosos enumerado pelo art. 5, que aborda os subsídios recorríveis, é o dano à indústria nacional de outro Estado-membro. Neste tópico, insta aduzir que, por força da nota de rodapé 11 do Acordo de Subsídios, a expressão "dano à indústria nacional" é utilizada com o mesmo significado em que é empregada na Parte V do Acordo em tela. Tal advertência é feita pela aludida nota de rodapé para evitar que haja descompasso, eis que os subsídios que causam estes danos à indústria nacional são investigados pelas autoridades administrativas nacionais, que podem, no final do procedimento administrativo, decidir impor medidas compensatórias.

Quando se cogita de dano à indústria doméstica, surge a dificuldade de se saber qual é o melhor critério para aferir se há o dito dano. Mais uma vez é mister socorrer-se da Economia² para deslindar a questão

2. Não custa, nesta quadra, realçar a importância da análise econômica do Direito. O jurista que lida com a legislação da OMC deve ter o cuidado de ter conhecimentos mínimos de Economia. Verifica-se que diversos dos fenômenos que são investigados na legislação em comento têm índole econômica. Assim sendo, ao se proceder à análise exegética de uma norma de algum acordo da Rodada Uruguai, deve ser perseguidos os efeitos econômicos que gravitam em torno da questão, sob pena de se perder o objetivo maior de todo o sistema, que é a liberalização progressiva e gradual do comércio internacional.

ora posta. Destarte, atenção especial deve ser dada aos lucros das empresas.

"The extent to which subsidies have led to reductions in profits in the affected industry below what may be considered normal profits can be examined. An adjustment would then need to be made for changes in business conditions" (Balassa, 1989:71).

O segundo dos efeitos danosos mencionados corresponde à anulação ou prejuízo de vantagens resultantes, para outras partes, direta ou indiretamente, do GATT/1947, em especial as vantagens de concessões consolidadas sob o art. II – efeito, esse, previsto no art. 5 (b). Uma dos maiores problemas enfrentados pelas nações que redigiram o Acordo de Subsídios reside no fato de que as subvenções podem ofuscar as expectativas de acesso a mercados associadas com os compromissos que as partes assumiram umas com as outras. Saliente-se que nem todas as subvenções são indesejadas, mas tão-somente aquelas que rompem o necessário equilíbrio de competição entre os exportadores e seus concorrentes domésticos de um modo que não era possível ser antecipado pelas partes contratantes na época das negociações.

O problema acima suscitado é combatido com a doutrina da *nonviolation nullification or impairment*, que está contida justamente no art. 5 (b). Após a implementação das medidas acertadas na rodada de negociações, os membros que dela participaram esperam obter as almejadas vantagens. Todavia, se advier alguma mudança na política comercial ou tarifária de algum dos Estados-membros que implique rejeição ou diminuição dos benefícios acima desejados, a parte afetada terá o direito de exigir a supressão da medida causadora do problema ou uma compensação comercial. Isto sendo feito, o poder de barganha entre os participantes da OMC é mantido.

De acordo com a doutrina em comento, um subsídio não precisa ser mensurado. Basta que a parte afetada comprove que

alguma medida governamental, que não podia ter seus efeitos previstos na época da conclusão das negociações, foi responsável pela melhoria do desempenho das indústrias domésticas do Estado que concede o subsídio às custas dos seus exportadores. O ponto nevrálgico passa a ser, portanto, se a medida governamental foi ou podia ser antecipada pelos Estados que estavam negociando. Por conseguinte, há uma presunção relativa de que as medidas adotadas posteriormente à rodada de negociações não podiam ser previstas pelas nações. Por outro viés, as políticas em curso ao tempo das tratativas implicam uma presunção relativa de que suas conseqüências no mercado poderiam ser previstas.

O último dos efeitos danosos equivale ao dano grave aos interesses de outra parte contratante. Todo o art. 6 do Acordo de Subsídios cuida do dano grave, enumerando, no seu § 1 (que não está mais em vigor, em razão do art. 31 do Acordo em comento), as situações que o prevêm. Estas ocorrerão quando: (i) o subsídio total, calculado *ad valorem*, ultrapassar 5%; (ii) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma indústria; (iii) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma empresa, exceto se for o caso de medida isolada, não recorrente, que não possa ser repetida para aquela empresa e que seja concedida apenas para dar-lhe o tempo necessário para desenvolver soluções de longo prazo e evitar graves problemas sociais; (iv) ocorrer perdão direto de dívida, isto é, perdão de dívida existente com o governo, ou ocorrer doação para cobrir o reembolso de dívidas.

Caso ocorra o subsídio, a parte que o outorga poderá ver-se livre de uma acusação de violação do Acordo de Subsídios se lograr demonstrar que a subvenção não ocasionou qualquer dos seguintes efeitos: (i) deslocamento ou impedimento de importação de produto similar produzido por um membro no mercado da parte que concede a subvenção; (ii) deslocamento ou

impedimento da exportação de produto similar produzido por um membro no mercado de terceiro país; (iii) significativa redução do preço do produto subsidiado em relação ao preço do produto similar de outro membro no mesmo mercado, ou significativa contenção de aumento de preços, redução de preços ou perda de vendas no mesmo mercado; (iv) aumento da participação no mercado mundial de determinado produto primário ou de base subsidiado pela parte outorgante, quando se compara com a participação média que a parte detinha no período de três anos anteriores e quando tal aumento se mantém como firme tendência durante algum tempo após a concessão dos subsídios.

Percebe-se, então, que o Estado ao qual o subsídio é nocivo tem o ônus de provar apenas uma das situações previstas no § 1 do art. 6, ao passo que o Estado autor da prática subvencionista, para se livrar de uma possível condenação, tem um ônus bem maior, qual seja, o de provar a inexistência de todos os efeitos contidos no § 3 do mesmo art. 6.

Interessante questão que recai sobre o dano grave é se a nacionalidade dos fabricantes dos bens é essencial para se verificar a ocorrência do mesmo. No caso *Indonésia – Autos*, os Estados Unidos alegaram que haviam sofrido dano grave previsto no art. 6, § 3 (a), posto que bens não produzidos nos Estados Unidos, mas em terceiro país, por empresas norte-americanas, estavam sendo vítimas de subvenção.

O Painel assim se pronunciou: “We see nothing in art. XVI or in Part III [of the *SCM Agreement*] that would suggest that the United States may claim that it has suffered adverse effects merely because it believes that the interests of US companies have been harmed where US products are not involved. The United States has cited no language in art. XVI:1 or Part III suggesting that the nationality of producers is relevant to establishing the existence of serious prejudice” (WTO, *Indonésia – Au-*

tos, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, § 14.206).

A introdução do sistema de dano grave na legislação da OMC tem o escopo de fazer com que os Estados procurem acionar mais o mecanismo de solução de controvérsias ao invés de utilizar o procedimento das medidas compensatórias. Essa missão somente dará certo se as decisões oriundas dos Painéis ou do Órgão Permanente de Apelação forem fundadas nas razões econômicas que gravitam em torno do problema. Claro que isso não significa não levar em consideração os argumentos de conteúdo unicamente jurídico suscitados pelos Estados envolvidos no litígio.

“The credibility of the mechanism, and its effectiveness as a subsidy discipline, will depend on whether it can produce decisions that deal in an analytically sound fashion with the effects that one government’s subsidies have on economic agents in other jurisdictions” (Collins-Williams e Salembier, 1996:15).

4.4 Subsídios irrecorríveis

Os subsídios irrecorríveis são aqueles permitidos. Nesta esteira, são permitidos todos os subsídios que não são específicos, bem como os previstos no § 2 do art. 8. Estes podem ser assim enunciados: (i) assistência para atividades de pesquisa realizadas por empresas ou estabelecimentos de pesquisa ou de educação superior vinculados por relação contratual; (ii) assistência a uma região economicamente desfavorecida dentro do território de uma parte contratante; (iii) auxílio a fim de fomentar a adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientalistas exigidas por lei e/ou regulamentos, de que resultem maiores obrigações ou carga financeira sobre as empresas.

Essas exceções contempladas no Acordo de Subsídios têm dado margem a grandes discussões. Alguns entendem que elas não são saudáveis para o comércio internacional. O principal argumento neste

sentido repousa no fato de que poderá haver abusos, cujo controle será bem difícil. Por exemplo: determinada empresa recebe certa verba financeira para investir em pesquisa e tecnologia. Quem garante que o numerário que foi destinado a pesquisa não será desviado para o aperfeiçoamento do seu parque industrial, aumentado, por conseguinte, sua produção? Por outro turno, há aqueles que sustentam a necessidade dessas exceções, porquanto fundamentais para o desenvolvimento dos Estados-membros, notadamente em termos econômicos e sociais.

A primeira das exceções refere-se à ajuda à pesquisa ou educação superior. O auxílio à pesquisa tem despertado enorme interesse dos países, em especial dos mais desenvolvidos. Conforme asseveram Kleinfeld e Kaye (1994:62), a Rodada Uruguaí tem coincidido, bem ou mal, com uma fase "of increased emphasis on economic, as opposed to military or 'geo-strategic', security. This new focus has led to increased government support in most industrialized nations for the development of technologies deemed critical to future economic success". Por essas razões, pode-se crer que a exceção em comento tenha sido inserida no Acordo de Subsídios. À medida que os países em desenvolvimento fossem dando mais atenção à importância da pesquisa séria como forma de desenvolvimento, esta exceção seria de maior valia para os mesmos.

Já, os subsídios destinados a prestar assistência a regiões economicamente desfavorecidas são mais úteis aos Estados que ainda têm um grau elevado de pobreza. A atração de indústrias para se instalarem nessas regiões é perfeitamente aceitável, vez que podem gerar emprego e distribuição de renda nessas áreas, diminuindo a exclusão social. Obviamente, abusos e fraudes poderão ocorrer, mas estes infelizes acontecimentos não poderão ser capazes de impedir a concessão dos subsídios. Deve-se, sim, buscar mecanismos aperfeiçoados que sejam idôneos para verificar se houve desvio de finalidade, transformando o au-

xílio dado em vantagem indevida para essas empresas, de forma a desequilibrar o comércio internacional.

No tocante à assistência ambiental, vale frisar que a poluição é um dos clássicos exemplos, fornecido pelos economistas, de uma externalidade negativa. A partir de uma perspectiva econômica, o ideal seria fazer com que a parte que desse azo à externalidade a internalizasse. Assim, na seara ambiental, a consequência seria a aplicação do princípio do poluidor-pagador – vigente já há um tempo razoável no ordenamento jurídico da Comunidade Européia, diga-se de passagem.

Por fim, é mister constatar que, por força do art. 31, as disposições relativas aos subsídios irrecorríveis deixaram de ser aplicadas após o período de cinco anos a contar da data da entrada em vigor do acordo constitutivo da OMC.

5. Medidas compensatórias

5.1 Introdução

O art. VI do GATT/1947, além de permitir a aplicação de medidas *antidumping*, também possibilita a aplicação de medidas visando a obter compensação por subvenções outorgadas ao fabrico, à produção ou à exportação de qualquer bem. Estas são as denominadas *medidas compensatórias*.

Como visto anteriormente, o Acordo de Subsídios conceitua "subvenção" como uma contribuição financeira por parte de um governo que confere uma vantagem. A partir do momento em que o subsídio passa a ser específico para uma indústria ou grupo de indústrias, ele viola as normas da OMC. Por seu turno, vale repetir que uma contribuição de cunho financeiro pode estar revestida de muitas formas: uma transferência direta de fundos, como um empréstimo de um banco estatal; uma potencial transferência direta de fundos, como uma garantia de empréstimo; isenções tributá-

rias; fornecimento, por parte de algum ente governamental, de bens ou serviços além daqueles destinados à infra-estrutura geral; ou o apoio governamental a uma entidade privada que desempenhe as funções acima descritas.

Impende observar que as medidas compensatórias são apenas uma das alternativas das quais dispõem os Estados que são afetados por alguma prática subvencionista. Note-se que eles também podem se socorrer do sistema de solução de controvérsias da OMC. No que diz respeito aos subsídios vinculados à exportação e ao uso de produtos nacionais em detrimento dos estrangeiros, estes correspondem à luz vermelha do “sistema do semáforo” acolhido pelo Acordo de Subsídios, ou seja, são terminantemente proibidos, somente podendo ser questionados perante a OMC. Não se tratando de subvenções proibidas, mas causando efeitos danosos aos interesses de outras partes contratantes, podem ser considerados recorríveis. Por conseqüência, se houver um subsídio proibido, ele deve ser retirado, ao passo que, havendo a manutenção de um subsídio recorrível, este dever ser suprimido ou ter seus efeitos deletérios afastados.

Uma explicação forte, muitas vezes citada para justificar a instauração de um procedimento administrativo visando à imposição de medidas compensatórias, é o fato de que elas são utilizadas para conferir proteção para a indústria doméstica que está sofrendo dano ocasionado pelo subsídio, oferecendo, desse modo, uma solução em um interstício relativamente breve. Ademais, é o próprio Estado afetado que tem o poder de escolher essa solução, o que, em alguns casos, pode revelar-se importante.

“If a subsidy is successfully challenged at the WTO, and the subsidizing member declines to withdraw it or remove its adverse effects, a successful complaining member may obtain compensation or take countermeasures, but neither of these is likely to inure to the benefit of the injured industry” (Palmer, 2003:153).

Todavia, como será visto adiante, as medidas compensatórias, no geral, são mais prejudiciais que úteis.

A gênese das medidas compensatórias data do final do século XIX e do início do século XX relativamente às questões que versavam sobre monopólios e práticas de ordem predatória que acabaram por criar as primeiras leis *antidumping*.

“Indeed, the two were seen as much the same thing. In Jacob Viner’s words, ‘[d]umping is as likely to result from an official or government export bounty as from a private bounty’. The world’s first broadly-based countervailing duty law seems to have been the US Tariff Act of 1897, which authorized the Secretary of the Treasury to impose countervailing duties equal to the amount of a direct or indirect subsidy (‘bounty or grant’) on otherwise dutiable merchandise” (Palmer, 2003:153).

Naquela época, a grande parte das questões dos subsídios envolvia a produção de bens europeus. Mais tarde, no decorrer do entre-guerras, adveio o *Tariff Act* de 1930, conhecido como a *Lei Smoot-Hawley*, que estava em pleno vigor quando o GATT foi efetivado em 1948.

5.2 Considerações críticas acerca das medidas compensatórias

Os países que importam mercadorias a um preço mais reduzido, em razão de subsídio concedido aos exportadores de outro país, são, em termos econômicos, os respectivos beneficiários, pelas mesmas razões por que qualquer diminuição no custo dos bens que eles (beneficiários) adquirem do exterior é, em si mesma, uma vantagem. Por conseguinte, a partir do momento que os países contra-atacam, impondo medidas compensatórias, eles fazem desaparecer a vantagem que possuíam anteriormente. Muitas vezes as medidas compensatórias são adotadas por influência de setores da economia que são muito bem-organizados e têm fortes interesses em jogo. Esses seto-

res utilizam a desculpa do subsídio a fim de obter proteção contra importações que lhes fazem concorrência, sendo que sem essa desculpa eles não conseguiriam competir em condições de igualdade. Ademais, a simples ameaça da utilização de medidas compensatórias pode dar origem a discussões nada proveitosas em nível governamental, o que pode implicar aumento de preços e, conseqüentemente, efeitos semelhantes a um cartel. Diversos estudos e pesquisas apontam no sentido de que as medidas compensatórias são usadas essencialmente em indústrias já estabelecidas e freqüentemente decadentes, onde o progresso tecnológico é reduzido e os retornos são, na grande maioria das vezes, muito aquém do esperado.

Um argumento geralmente empregado em favor da adoção de medidas compensatórias é o fato de que elas ajudam a preservar a riqueza no Planeta, ao desencorajar subvenções perniciosas. Apesar disso, a atual sistemática da OMC concernente às medidas compensatórias deixa a desejar no que se refere ao fato de desencorajar subsídios. As medidas compensatórias têm sido utilizadas por uma quantidade reduzida de países, sendo que os Estados Unidos detêm o recorde absoluto de aplicação das mesmas. Se as medidas compensatórias forem adotadas de maneira descoordenada, elas podem apenas fazer com que as mercadorias subsidiadas sejam direcionadas para mercados cuja legislação não prevê a utilização dessas medidas, ou seja, não haveria o almejado desencorajamento dos subsídios tidos como prejudiciais.

“Nations without an import-competing industry claiming injury and clamoring for protection might have no incentive to employ countervailing duties even if they could use them legally, but this observation simply underscores the reasons why countervailing duties will be used sporadically and in an uncoordinated fashion that greatly reduces their deterrent value. In addition, countervailing duties will never be employed unless the subsidy program becomes

known to trading partners, and only then after a lag during which the beneficiaries of the subsidy may derive considerable benefit” (Sykes, 2003:24).

Em decorrência dos motivos acima expostos, é melhor que os subsídios nocivos ao sistema de comércio internacional sejam considerados como violações da legislação da OMC, sendo julgados pelo Órgão de Solução de Controvérsias, ao invés de serem combatidos com a imposição de medidas compensatórias por parte dos Estados importadores. Partindo-se do pressuposto de que o Estado perdedor cumprirá as determinações do Órgão de Solução de Controvérsias, a parte vencedora verá a prática subvencionista ser suprimida, conjuntamente com seus efeitos deletérios.

Pensar-se, contudo, que as disposições do Acordo de Subsídios referentes às medidas compensatórias são ineficazes equivale a um exagero. Não se podem perder de vista as dificuldades que a legislação da OMC tem no tocante à identificação e quantificação dos subsídios danosos. Além disso, o próprio sistema de solução de litígios precisa ser aprimorado, notadamente para ser mais eficaz em situações delicadas, como quando a parte perdedora de grande economia recusa-se a cumprir as obrigações impostas, sendo a parte vencedora de porte econômico bem mais simples.

5.3 Pontos polêmicos

5.3.1 A expressão “produto similar”

Na maior parte dos casos, a expressão “produto similar”, no âmbito da legislação da OMC, deveria ter interpretação extensiva, a fim de englobar produtos potencialmente concorrentes entre si, e não apenas bens fisicamente parecidos. Entretanto, o Acordo de Subsídios, por meio da nota de rodapé 46, dispõe de modo contrário: “Ao longo de todo este Acordo, o termo ‘produto similar’ [*like product, produit similaire*] será interpretado como produto idêntico, isto é, igual em todos os aspectos ao

produto em consideração, ou, na ausência de tal produto, outro produto que, embora não igual em todos os aspectos, tenha características muito parecidas àquelas do produto em consideração”.

O Órgão Permanente de Apelação parece enveredar pelo caminho de confirmar o conteúdo dessa disposição, pois no caso *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (relatório de 16.1.1998, § 104) ficou assentado que “o simples fato de se caracterizar uma disposição de um tratado como exceção não basta para justificar uma interpretação mais estrita dessa disposição”. Tal entendimento encontra eco nos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que direcionam no sentido de que não se deve conceder preferência a uma parte do Tratado sobre outras, de sorte a se ter uma exegese mais ampla no que tange à primeira e mais restritiva no que se refere às demais.

Além disso, deve-se aduzir que, atualmente, o aludido Órgão Permanente de Apelação tem dado prioridade à interpretação meramente literal, o que já é objeto de críticas de alguns doutrinadores.

5.3.2 O art. 15, § 5, do Acordo de Subsídios

O art. 15 do Acordo de Subsídios cuida da determinação do dano ao qual alude o art. VI do GATT/1947. Para que se verifique essa determinação, é preciso que se proceda ao exame acurado dos seguintes itens, contidos no § 1 do art. 15: (i) volume das importações subsidiadas e de seu efeito sobre os preços dos produtos similares no mercado nacional; e (ii) o conseqüente impacto dessas importações sobre os produtores nacionais de tais produtos. A seguir, tanto o § 2 como o § 4 do art. 15 prescrevem fatores que as autoridades administrativas deverão levar em consideração quando do exame dos itens acima mencionados.

Já, o § 5 do art. 15 estipula que: “Deverá ser demonstrado que as importações

subsidiadas estão, por via de seus efeitos, causando dano no sentido definido deste Acordo. A demonstração de relação causal entre as importações subsidiadas e o dano causado à produção nacional basear-se-á no exame das provas pertinentes apresentadas às autoridades. As autoridades examinarão também todo e qualquer outro fator conhecido, além das importações subsidiadas, que esteja simultaneamente causando dano à produção nacional, e os danos causados por esses outros fatores não deverá ser atribuído às importações subsidiadas. Fatores que poderão ser importantes nesse sentido são, *inter alia*, os volumes e os preços de importações não-subsidiadas do produto em causa, contração da demanda ou mudanças nos padrões de consumo, práticas comerciais restritivas e competição de produtos estrangeiros e nacionais, desenvolvimento de novas tecnologias, desempenho exportador e produtividade da indústria nacional”.

Após a expressão “por via de seus efeitos” vem uma referência à nota de rodapé 47, que dispõe que os “efeitos” aos quais alude a expressão em tela são aqueles dispostos tanto no § 2 como no § 4 do art. 15.

A redação do § 5 do art. 15 pode dar margem a duas interpretações distintas.

A primeira delas prega que, por força do contido na aludida nota de rodapé 47 e no estabelecimento dos efeitos das importações subsidiadas (previstos no § 1 do art. 15), é viável estabelecer tanto a presença de um dano como o fato de que esse dano é originado pelas importações agraciadas com o subsídio por meio dos efeitos deste. Em outras palavras: a idéia é a de que uma exegese meramente literal dos fatores enunciados nos §§ 2 e 4 do art. 15 conduzirá à caracterização do dano e, concomitantemente, do fato de que esse dano foi ocasionado pelas mercadorias importadas subsidiadas mediante os efeitos da subvenção. Isto posto, percebe-se que a exigência de causa prevista na primeira sentença do § 5 é redundante e, portanto, desnecessária. Insta observar que, ante o teor da nota de roda-

pé 47, a caracterização do dano, conforme prevista tanto no § 2 como no § 4, é, simultaneamente, uma comprovação do nexos causal entre, de um lado, as importações subsidiadas e, de outro, o mencionado dano, por meio dos efeitos das subvenções.

Já, a segunda corrente de interpretação está ciente de que a primeira versão interpretativa está baseada exclusivamente na nota de rodapé 47. Desse modo, resta demonstrar que os fatores previstos nos §§ 2 e 4 não são suficientes para dar cabal cumprimento à obrigação contida na primeira sentença do § 5.

Para suplantar a dificuldade em questão, é mister ter em mente que os fatores enunciados nos §§ 2 e 4 estão em relação direta com os efeitos dos subsídios. A partir dessa premissa, é razoável inferir que “the reference to these factors contained in footnote 47 does not mean that only subsidized imports are being dealt with. The theme of the effects of subsidies and, consequently, the causality requirement included in the first sentence of art. 15.5 of the SCM Agreement is therefore not redundant” (Benitah, 1999:90).

Vê-se, pois, que, com essa segunda corrente de interpretação, “the examination of these factors must allow one to apprehend the effects of the subsidy, and this is natural as the effects of the subsidy are *transmitted* through these factors. In the end, it is possible to say that there is a legal obligation to use a methodology based of course on the raw material mentioned in arts. 15.2 and 15.4 of the SCM Agreement, but that must lead to the understanding or feeling that the effect of the subsidy has been captured” (Benitah, 1999:91).

Essa segunda exegese é mais equilibrada, eis que não faz com que a primeira sentença do § 5 seja mera redundância de outro dispositivo; isto é, ela deixa bem claro que a referida nota de rodapé 47 não elimina o fato de que outra exigência é feita em relação ao método de determinação do dano. E essa outra exigência está prevista

na terceira sentença do § 5, ao dispor que “as autoridades examinarão também todo e qualquer outro fator conhecido, além das importações subsidiadas, que esteja simultaneamente causando dano à produção nacional, e os danos causados por esses outros fatores não deverão ser atribuídos às importações subsidiadas”.

Saliente-se que a ocorrência de causas várias que contribuem para a existência do dano é fenômeno provável. Aliás, note-se que o escopo da segunda sentença do aludido § 5 não é o de sinalizar a possível aparição de múltiplas causas. Em momento algum está previsto no art. 15, que trata da determinação do dano, que a causa deste precisa ser única. O contido na primeira sentença do § 5 somente preceitua que o dano material é originado pelas importações subsidiadas. Ademais, percebe-se que o dano material é realçado pelo uso das expressões “aumento significativo nas importações subsidiadas”, “significativa depressão dos preços” e “impedimento de que os mesmos subam significativamente” no § 2 do art. 15. Com efeito, vislumbra-se que a maior preocupação dos Estados signatários era a desconfortável consequência que poderia advir de uma situação onde havia, de acordo com todas as aparências, dano ocasionado pelas importações contempladas com um subsídio, enquanto, na verdade, a única causa do dano perpetrado estava vinculada a fatores outros que não a subvenção.

“The Canadian (...) Tribunal’s findings (...) were themselves largely based on factors other than subsidized imports: in particular, the factor of a dramatic decline in world market prices (...). Clearly, if there is a general and dramatic decline in world market prices for grain corn, this will affect Canadian producers. It will affect Canadian producers *even if Canada does not import any grain corn from the United States (...)*” (WTO, *Panel on Canadian Countervailing Duties on Grain Corn from the United States*, BISD 39S/411) (grifamos).

5.4 Solução alternativa

Uma via importante, que pode ser uma alternativa para as medidas compensatórias, são as reciprocidades alcançadas mediante negociações. Vale dizer: a OMC tem um papel significativo no sentido de facilitar as negociações entre as partes contratantes a fim de reduzir os subsídios. Obviamente que houve uma grande evolução com a chegada do atual Acordo de Subsídios. Pela primeira vez estipulou-se a definição de “subvenção” e se adotou uma classificação como a do “sistema do semáforo”. Não se pode olvidar que foi por intermédio do sistema de reciprocidades obtidas com as negociações que o antigo GATT conseguiu o grande sucesso da redução do nível das tarifas praticadas pelos Estados-membros, lembrando-se que não foi necessário utilizar uma classificação do tipo “proibido”, “recorrível” e “irrecorrível”. Neste ponto, vale realçar a importância dos procedimentos de notificação contidos no Acordo de Subsídios, que podem ajudar a tornar mais fácil a aproximação ao sistema de subvenções.

Uma hipótese que poderia dar ensejo a negociações com arrimo na reciprocidade é o caso onde inúmeros Estados estão sustentando a produção de indústrias decadentes mediante a injeção regular de recursos financeiros nas mesmas ou onde os Estados acabam concedendo subvenções a fim de atrair investimentos e a instalação de indústrias nos seus territórios. Chegará um momento que a situação estará tão delicada que todos os subsídios outorgados equivalerão a um jogo de soma zero, ou seja, ninguém sairá ganhando. Tal situação poderá propiciar o início de uma rodada de negociações com o propósito de que os Estados busquem diminuições nas subvenções.

Oportuna, neste momento, a descrição, ainda que sucinta, da experiência da União Européia. Sabe-se que havia diversas proibições no tocante a subvenções no Tratado de Roma. Entretanto, a visão inicial da Comissão Européia era a de que, apesar das

várias vedações a auxílios estatais, não haveria um impedimento total de não-intervenção nos mercados. Foi somente com o advento das crises dos anos 70 e princípio dos anos 1980 que a Comissão Européia começou a ter uma atuação mais significativa em termos de intervenção nas políticas nacionais de auxílio estatal. Essas se originaram do fato de que os produtores dos países da União Européia estavam com excesso de capacidade em várias áreas estratégicas como têxteis, aço e veículos. Diante dessa situação complicada e assustadora, as práticas subvencionistas passaram a ser vistas como a “luz no fim do túnel”. Dessa forma, os países que concediam os subsídios externalizavam nos demais países-membros da União Européia os custos dos ajustes dos setores que então estavam em declínio. Dada essa gravidade, a Comissão passou a interferir. Em muitas oportunidades a Comissão acabou aceitando o reajustamento do auxílio em comento a fim de se obter uma reestruturação e diminuição da capacidade produtiva. Esta última hipótese tinha o fito de permitir um certo respiro na crise de sobreprodução que permeava a União Européia. Em outras ocasiões a Comissão foi condescendente com subvenções destinadas a ajudar empresas que tinham que arcar com custos em mudanças das suas instalações, em razão de exigências ambientalistas feitas pelas legislações nacionais, bem como em casos onde o aporte estatal era destinado a fomentar o desenvolvimento de regiões menos favorecidas economicamente. Nestes casos a Comissão sempre realçou a legitimidade das ajudas governamentais concedidas, acabando por não aceitar os subsídios concedidos a empresas falidas que não tinham competência para permanecer no mercado, mas que estavam situadas em áreas menos favorecidas. Realçou, ainda, que os auxílios governamentais em tela tinham como missão fomentar a longo prazo a economia local. Nestes casos todos a Comissão Européia sempre estava bem-aparelhada tecnicamente no sentido de supervisionar e

fazer análise criteriosa das políticas governamentais. Desta forma, ela foi capaz de entabular uma conversa saudável – embora às vezes um pouco calorosa – com os Estados que concediam subvenções, esclarecendo que, nos casos de atuações estatais nos seus respectivos mercados com vistas a atingir metas sociais, foi reconhecida a legitimidade dessas interferências, assim como ficou assentado que um Estado-membro não pode impor aos demais o ônus de arcar com os custos dessas metas, ou seja, cada Estado deve arcar com o peso de suas intervenções. Comparando-se as decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia com as das Cortes Norte-Americanas em matéria de subsídios, percebe-se que na Europa havia muito mais tolerância com as interferências governamentais, enquanto do outro lado do Atlântico havia a presunção de que qualquer subvenção feita no exterior que não estivesse revestida de especificidade seria julgada carecedora de legitimidade.

Analisando-se todo o aparato do sistema GATT/OMC, verifica-se que este deveria ter melhores sistemas de negociação e supervisão de temas ligados ao regime de subsídios. A criação de uma infra-estrutura mais bem-equipada é missão bem mais valiosa que simplesmente se tentar criar uma taxonomia de subvenções boas ou más.

“A transparency agency operating under the aegis of the GATT, now to an important extent contemplated in the detailed notification and surveillance mechanisms of the Uruguay Round Subsidies Agreement (arts. 25 and 26), could also play a positive role by monitoring subsidy policies and calculating subsidies in tariff equivalents, or effective rates of protection, thus providing a kind of common bargaining currency. For instance, in the steel sector, the USA might agree to remove some existing voluntary export restraints or contingent protection actions in return for EU commitments to use subsidies to reduce, rather than sustain, excess capacity” (Howse e Trebilcock, 1999:223).

É óbvio que, para que esses compromissos sejam acatados, urge que haja a presença de um sistema de monitoramento totalmente livre e desimpedido, a fim de investigar se todas as condutas dos Estados-membros estão obedecendo às normas estabelecidas. Infelizmente, o finado GATT não tinha um aparato capaz de realizar tal tarefa. A OMC, por sua vez, fica muito a desejar no desempenho dessas funções (como será abordado adiante).

Para finalizar, saliente-se que o ideal (hoje praticamente utópico) seria que a diminuição dos subsídios fosse tratada como eliminação tarifária, como sucedia no antigo GATT; isto é, o objetivo principal seria fazer com que os Estados-membros afeissem riquezas obtidas por meio de barganhas baseadas em um sistema de reciprocidades negociadas.

6. Conclusões

O Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias foi um dos mais debatidos de toda a Rodada Uruguai, podendo-se mencionar como uma das razões a dificuldade na conceituação de “subsídio”, que costuma ter diversos significados, notadamente econômicos e jurídicos.

Importante é a análise dos efeitos das subvenções nos produtores de mercadorias. Em geral, elas reduzem o custo de produção, implicando alargamento da fabricação final, trazendo benefícios tanto a curto como a longo prazo, conforme o caso.

Considerando-se a complexidade de se chegar a um consenso quanto à definição de “subsídio”, bem como o impacto que ele tem nos produtores, deve-se utilizar a análise de custo/benefício para se verificar se é viável a elaboração de uma política direcionada para a outorga de subvenção.

Inúmeras vantagens decorrem do sistema de custo/benefício. Inicialmente, ele viabiliza resposta negativa de um órgão público a um pedido de subsídio. Ademais, possibilita aos ocupantes de cargo no go-

verno a comparação dos diversos instrumentos de que dispõem com a finalidade de realizar suas políticas de regulamentação, levando-se em consideração tanto o contexto administrativo como o social e econômico. Seria, ainda, útil esse sistema ao conferir maior publicidade às decisões governamentais, tornando estas mais legítimas frente à população. Por fim, os vetores da política comercial de um país estariam menos propensos a contestações no Poder Judiciário, reforçando a segurança jurídica.

No que se refere aos subsídios no firmado GATT, poucos dispositivos cuidavam do assunto. A antiga legislação era bem mais descendente com os subsídios, especialmente os domésticos. O Código de Subsídios da Rodada Tóquio, que foi o primeiro diploma no âmbito do GATT a tratar exclusivamente do tema, perdeu grande força em decorrência do fato de que sua adesão era tão-somente facultativa.

Inovando no ordenamento jurídico internacional, a nova legislação da OMC definiu, pela primeira vez, “subvenção”, acolhendo tanto a teoria dos custos como a do benefício. Em outras palavras: a subvenção somente estará caracterizada pela presença de uma contribuição financeira por parte do governo e também pela de um benefício auferido pela parte que recebeu o subsídio.

Tendo-se em mente que o objetivo essencial do Acordo de Subsídios é o de impedir desequilíbrios nos mercados, verificando-se o texto do Acordo em comento, vê-se que o conceito de “subvenção” abrange tanto sua concessão e seu recebimento assim como a fruição das suas vantagens.

Um dos requisitos para a presença de um subsídio é a vantagem desfrutada pelo respectivo beneficiário. Esta, por seu turno, terá surgido quando o aludido beneficiário detiver, na prática, posição mais favorável que aquela que deveria estar recebendo se não existisse a subvenção.

No que toca aos tipos de subsídios, novamente o Acordo em tela inovou. Fo-

ram estipuladas três espécies: subsídios proibidos, recorríveis e irrecorríveis. Nota-se, portanto, que foi acolhido o “sistema do semáforo”, porquanto cada uma dessas espécies equivale a uma das luzes de um semáforo. Dessa forma, os subsídios proibidos fazem alusão à luz vermelha, posto que, em princípio, nunca tolerados. Em seguida, os subsídios recorríveis equivalem à luz laranja, vez que podem ser reprimidos, desde que presentes certas condições. Finalmente, os chamados irrecorríveis, atrelados à luz verde, eram aceitos (atualmente não o são mais, por força do art. 31 do Acordo de Subvenções) em algumas raras hipóteses, taxativamente previstas. As subvenções que não são específicas são permitidas, ou seja, continua a haver luz verde.

Apesar de serem uma opção dos Estados, as medidas compensatórias geralmente têm uso nocivo. Não raras vezes elas são empregadas em razão do jogo de influência de campos da economia – muito organizados, por sinal – que têm grandes interesses na questão. O subsídio é então utilizado como escusa com o escopo de conseguir uma defesa contra importações que lhe são rivais. Ademais, os direitos compensatórios têm sido aplicados por um número limitado de Estados, sendo os Estados Unidos o campeão deles. Se esses direitos forem exercidos de modo desalinhado, eles poderão limitar-se apenas a fazer com que os produtos beneficiados sejam redirecionados para outros mercados cujo sistema jurídico não contém previsão desses mesmos direitos, não havendo, conseqüentemente, o desencorajamento desses subsídios deletérios.

Em razão dos argumentos *supra*, a melhor alternativa é fazer com que os subsídios tidos como prejudiciais sejam tidos como afrontas às regras da OMC, sendo que haveria o julgamento deles por parte do Órgão de Solução de Controvérsias. Deve-se, contudo, aprimorar o atual sistema de resolução de litígios, especialmente na questão do cumprimento das obrigações impostas pelo órgão decisório.

Na verdade, talvez a mais eficaz alternativa para o problema das medidas compensatórias sejam as reciprocidades conseguidas por meio de negociações. E este papel pode e deve ser exercido pela OMC. Deve-se lembrar que foi mediante o esquema de reciprocidades obtidas com as negociações que o falecido GATT alcançou sucesso na diminuição do patamar das tarifas então empregadas pelos países. Sendo firmados os acordos necessários, estes somente serão cumpridos se houver um esquema de supervisão livre e independente a fim de perscrutar se os países estão obedecendo às regras pactuadas.

A Rodada Doha está longe de um final feliz. Muitas matérias são polêmicas, não sendo possível, até o momento, vislumbrar um consenso sobre as mesmas. Em linhas gerais, as propostas defendidas pelos países em desenvolvimento prevêm a flexibilização do Acordo de Subsídios em diversos tópicos, isto é, em direção diametralmente oposta à dos países desenvolvidos. *Grosso modo*, as principais propostas brasileiras referem-se aos subsídios às exportações e, também, às medidas compensatórias, procurando fazer com que estas sejam menos aplicadas, posto que estas como, em muitos casos, instrumentos de distorção do equilíbrio no mercado internacional.

A análise econômica do Direito é assaz relevante para se perscrutar a legislação da OMC, notadamente o Acordo de Subsídios. Não se pode fazer uma exegese sem levar em consideração os aspectos econômicos que circundam a questão, sob pena de se perder de vista o escopo primordial da legislação ora em comento, que é o de liberalizar gradual e progressivamente o comércio internacional, suprimindo os obstáculos ao seu fluxo desimpedido.

O tema de *subsídios e medidas compensatórias* é fascinante e extremamente fértil para análises e estudos. No advento da era GATT ele era fruto de pouca atenção da legislação então vigente. Entretanto, no transcorrer das décadas adquiriu cam-

po próprio, culminando no atual Acordo da Rodada Uruguai. Hoje em dia as negociações dentro da Rodada Doha estão com um futuro incerto, já que não se pode afirmar se o presente Acordo será fortalecido ou enfraquecido em alguns pontos. Independentemente do que venha a ser negociado, o certo é que o tema em tela deverá ser alvo de contínua atenção não só do Governo Brasileiro, mas de toda a sociedade, incluindo economistas, acadêmicos e juristas, a fim de que o Brasil possa, cada vez mais, ter uma maior inserção no cenário internacional.

Bibliografia

- BALASSA, B. (1989). "Subsidies and countervailing measures: economic considerations". *Journal of World Trade* 23(2)/ 63-79. Genebra.
- BARRAL, Welber (1998). "Subsídios e medidas compensatórias na OMC". In: CASSELLA, P. B., e MERCADANTE, A. A. (coords.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo (pp. 371-382).
- BARROS, M. C. M. de (2004). *Antidumping e Protecționismo*. São Paulo, Aduaneiras.
- BENTAH, M. (1999). "From economic complexity to legal indeterminacy: causality between subsidy and injury". *Journal of World Trade* 33(1)/87-106. Genebra.
- (2001). *The Law of Subsidies under the GATT/WTO System*. Londres, Kluwer Law International.
- CARVALHO, P. de B. (1997). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva.
- COLLINS-WILLIAMS, T., e SALEMBIER, G. (1996). "International disciplines on subsidies: the GATT, the WTO and the Future Agenda". *Journal of World Trade* 30(1)/ 5-17. Genebra.
- DESTA, M. (2002). *The Law of International Trade in Agricultural Products: From GATT 1947 to the WTO Agreement on Agriculture*. Haia-Londres/Nova York, Kluwer Law International.

- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). *EC – Refunds on Exports of Sugar – Complaint by Australia*. BISD 26S/290.
- . *EC – Refunds on Exports of Sugar – Complaint by Brazil*. BISD 27S/69.
- . *Panel on Canadian Countervailing Duties on Grain Corn from the United States*. BISD 39S/411.
- GONZÁLEZ, F. F. (2001). “Dumping” y Subsidios en el Comercio Internacional. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- HOWSE, R., e TREBILCOCK, M. J. (1999). *The Regulation of International Trade*. Londres, Routledge.
- KLEINFELD, G., e KAYE, D. (1994). “Red light, green light? The 1994 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Research and Development Assistance, and U.S. policy”. *Journal of World Trade* 28(6)/43-63. Genebra.
- KUYPER, P. J. (1998). “O Direito do GATT como um campo especial do Direito Internacional: ignorância, refinamentos posteriores ou um sistema autocontinente de Direito Internacional?”. In: CASELLA, P. B., e MERCADANTE, A. A. (coords.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo (pp. 15-49).
- PALMETER, D. Safeguard (2003). “Anti-dumping, and countervailing duty disputes in the transatlantic partnership: how to control ‘contingency protection’ more effectively”. In: PETERSMANN, E.-U., e POLLACK, M. (eds.). *Transatlantic Economic Disputes. The EU, the US, and the WTO*. Oxford (pp. 141-173).
- SYKES, A. O. (2003). “The economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures”. *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 186 (2^d series). The Law School/The University of Chicago (disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=415780, acesso em 1.4.2005).
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*. WT/DS126/R.
- . *Canada – Aircraft*. WT/DS70/AB/R.
- . *Canada – Autos*. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R.
- . *European Community, TN/RL/W/30*.
- . *Indonesia – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R.
- . *United States – FSC*, WT/DS108/AB/R.
- . *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*. WT/DS138/R.
- . *United States – Softwood Lumber IV*. WT/DS257/AB/R.
- . *United States, TN/RL/W/78*.