

ANAIS DA CONFERÊNCIA ANUAL DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CACI) CÁTEDRA DA OMC NO BRASIL

Vera Thorstensen

Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

Organizadores

I CACI: O BRASIL NOS 20 ANOS DA OMC



02 e 03 de setembro de 2015
Auditório Itaú – FGV-SP

Volume 1

ANAIS DA CONFERÊNCIA ANNUAL DE COMÉRCIO INTERNACIONAL DA CÁTEDRA OMC NO BRASIL

Volume 1

I CACI – 02 e 03 de setembro de 2015

Vera Thorstensen

Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

Organizadores



*CENTRO DE ESTUDOS
DO COMÉRCIO GLOBAL
E INVESTIMENTO*



**WTO CHAIRS
PROGRAMME**

**VT
São Paulo
2015**

T522 Thorstensen, Vera Helena. Nogueira, Thiago Rodrigues São Marcos.

Anais da Conferência Anual de Comércio Internacional da Cátedra OMC no Brasil = Brazil's WTO Chair Annual International Trade Conference Proceedings / Organizadores: Vera Helena Thorstensen; Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira. / I CACI – 02 e 03 de setembro de 2015 / São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2015.

175p.

ISBN: 978-85-66977-01-1

1. Organização Mundial do Comércio. 2. Regulação do Comércio Internacional. I. Título

Comissão Científica

Coordenadora: Vera Thorstensen

Membros: Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Alebe Linhares Mesquita

Capa, Edição e Diagramação:

Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

© desta edição [2015]

VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda.

Tel.: (11) 3799-7926

<http://ccgi.fgv.br>

ccgi@fgv.br

Sobre os Organizadores

Vera Thorstensen

Professora da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP-FGV) e Coordenadora do Centro de Estudos do Comércio Global e do Investimento (CCGI). Presidente do Comitê de Coordenação de Barreiras Técnicas ao Comércio (CBTC) do Conmetro desde 2014. Foi assessora econômica da Missão do Brasil na OMC de 1995 a 2010, editora da Carta de Genebra, publicada pela Missão do Brasil (2001 a 2008), Presidente do Comitê sobre Regras de Origem da OMC de 2004 a 2010 e Professora Titular da Cátedra OMC no Brasil desde 2014.

Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

Professor de Direito Internacional Público na Escola Paulista de Direito (EPD); doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e Universidade de Maastricht; Coordenador Jurídico e Pesquisador do Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e da Cátedra da OMC no Brasil. Foi pesquisador visitante na *Georgetown University Law Center* e é Pesquisador do *Centre for International Governance and Innovation*. Advogado.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
BANCOS DE DESENVOLVIMENTO, AGÊNCIAS DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO: NOVOS DESAFIOS PARA OS REGIMES INTERNACIONAIS	8
SILVIA MARINA PINHEIRO	
A SISTEMÁTICA JURÍDICA DE IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS PELO BRASIL À LUZ DO ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO	27
JAHYR-PHILIPPE BICHARA E MARIANNA PERANTONI	
O PAPEL DA OMC NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	41
LUCIANA DUTRA DE OLIVEIRA SILVEIRA	
INCENTIVOS FISCAIS NO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO: <i>ANÁLISE DOS SUBSÍDIOS ÀS EXPORTAÇÕES</i>	59
LUCAS BEVILACQUA	
SUBSÍDIOS TRIBUTÁRIOS E O PROGRAMA INOVAR-AUTO: ANÁLISE COM BASE NO ASMC E NA JURISPRUDÊNCIA DA OMC	75
ERIC CASTRO E SILVA	
A SOBERANIA TRIBUTÁRIA DOS PAÍSES MEMBROS DA OMC: CONTROLE SOBRE POLÍTICAS INDUSTRIAIS EM UM AMBIENTE MULTILATERAL	90
GUSTAVO HENRIQUE SPERANDIO ROXO	
O IMPACTO DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS AMERICANOS NA PRODUÇÃO AGRÍCOLA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E MENOS DESENVOLVIDOS	103
BRUNA MARONESI	
RETALIAÇÃO, COMPENSAÇÃO, CUMPRIMENTO: O USO DOS REMÉDIOS DA OMC PELO BRASIL NO CASO <i>EUA – ALGODÃO</i>	118
GERALDO VIDIGAL	
THE DEVELOPMENT OF THE PUBLIC MORAL EXCEPTION IN THE GATT/WTO SYSTEM	134
ALEXANDRE MARQUES DA SILVA MARTINS	
THE REFORM OF THE MECHANISM AS AN INSTRUMENT FOR FOSTERING DEVELOPMENT AND STRENGTHENING THE MULTILATERAL TRADE	149
LETÍCIA DE SOUZA DAIBERTE ANA LUÍSA SOARES PERES	

Apresentação

A Conferência Anual de Comércio Internacional é o evento de encerramento do ano acadêmico da Cátedra da OMC no Brasil. O Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP-FGV) é o responsável pelas atividades do Programa das Cátedras da OMC no Brasil desde 2014, que tem o objetivo de disseminar o conhecimento sobre comércio internacional e sobre a OMC pelo Brasil e na região.

Em seu primeiro ano de atuação, a Cátedra da OMC no Brasil realizou diversas conferências e também contou com a presença de funcionários da OMC para realizar curso sobre solução de controvérsias em comemoração aos 20 anos da instituição.

Os 20 anos da OMC são dignos de nota. A primeira organização internacional de vocação universal a surgir no pós-Guerra Fria contou com os mecanismos mais modernos da regulação internacional de comércio e uma estrutura para a solução de controvérsias que é considerada a mais eficaz dentre seus pares. O sucesso da OMC é reconhecido amplamente.

Esse volume conta com os trabalhos desenvolvidos pela nova geração de estudiosos e pesquisadores em Comércio Internacional, seja da área do direito, da administração, da economia, das relações internacionais, da gestão pública e de muitas outras áreas relacionadas. É fato que o comércio internacional se expandiu de forma a não ser mais possível ignorar os tratados e seus efeitos sobre as regras domésticas.

O Brasil sempre foi um grande defensor das negociações multilaterais de comércio e da importância do sucesso da Organização Mundial do Comércio para a liberalização do comércio internacional. Os movimentos recentes, contudo, mostram que a crise financeira internacional levou os principais atores do comércio internacional a apostarem também em saídas bilaterais e regionais, fazendo surgir uma nova onda de acordos preferenciais de comércio e os chamados mega-acordos.

Por estar em constante mudança, conferir espaço para que a nova geração possa publicar suas pesquisas e seus artigos é essencial para não apenas disseminar o conhecimento sobre comércio internacional em nosso país, mas, também, para incentivar o surgimento de mais estudos e debates nessa área, tão importante para o desenvolvimento do Brasil.

O leitor encontrará neste volume textos sobre temas atuais, extremamente relevantes para aprofundar seus conhecimentos na área.

São Paulo, setembro de 2015.

Vera Thorstensen

Bancos de Desenvolvimento, Agências de Crédito à Exportação, Comércio e Desenvolvimento: Novos Desafios para os Regimes Internacionais

Silvia Marina Pinheiro¹

Resumo: Bancos de Desenvolvimento assumem gradativamente papel fundamental na viabilização de investimentos em obras de infraestrutura que contam com uso intensivo de capital, grande número de trabalhadores, impactos socioambientais em modelos societários de parcerias público-privada. As operações de empréstimo podem trazer insegurança jurídica e riscos agravados pelo fato de serem realizadas, em sua maior parte, entre países em desenvolvimento, envolvendo montantes significativos de recursos do tesouro público e orçamento. Na primeira parte do artigo, é realizada uma breve análise da atuação e evolução dos bancos de desenvolvimento, com destaque para o BNDES. Na segunda parte, as agências de crédito à exportação e o papel da OCDE e OMC são destacados; a terceira parte trata das negociações na OMC sobre o tema dos serviços, subsídios e compras governamentais, enquanto a última apresenta as conclusões, aonde é destacada a importância de se conectar os regimes de ajuda internacional com os de comércio e desenvolvimento sendo esse um papel das agências multilaterais, visando imprimir maior transparência e legitimidade as operações e ações.

Palavras-Chave: Bancos de Desenvolvimento, Agências de Crédito à Exportação, Serviços, OMC e OCDE.

I. Introdução

8

Bancos de Desenvolvimento assumem gradativamente papel fundamental na viabilização de investimentos em obras de infraestrutura que contam com uso intensivo de capital, grande número de trabalhadores, impactos socioambientais em modelos societários de parcerias público privada. As operações de empréstimo, se por um lado, guardam proximidade com mecanismos de ajuda internacional ao envolverem governos de países em desenvolvimento, obras de infraestrutura essenciais e investimentos de longo prazo, por outro, recaem na categoria de subsídios à exportação de serviços, compras governamentais e investimentos.

Os bancos de desenvolvimento, nas últimas décadas, vêm se destacando enquanto promotores às exportações e na internacionalização de empresas em diversos setores. No caso do Brasil destaca-se a forte atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na internacionalização de empresas da construção civil via

¹ Mestre em Relações Internacionais e Doutora em Direito Internacional, foi pesquisadora visitante em The Georgetown University – IIEL. Atualmente, é professora de responsabilidade social corporativa, FGV Direito Rio, consultora externa do Centro de Direitos Humanos e Empresas na Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, e pesquisadora visitante na Universidade de Essex, UK, The Essex Business and Human Rights Project. E-mail: silvia.pinheiro@fgv.br.

empréstimos e acordos de cooperação técnica e econômica. Deste modo, os bancos de desenvolvimento assumem lugar de destaque no contexto das chamadas agências de crédito à exportação. Observa-se, no entanto, que os regimes de crédito à exportação de tais agências funcionam como corpo de regras e de procedimentos autônomo desvinculado das regras internacionais do comércio, serviços, investimentos e à margem dos princípios do desenvolvimento sustentável.

Os empréstimos promovem a internacionalização de empresas via contratação por governos estrangeiros, vinculados à exportação de serviços, sob o véu da cooperação econômica entre Estados. Desvinculadas as referidas operações dos princípios gerais do Direito Internacional e de regimes específicos de normas e padrões de conduta, estes trazem insegurança jurídica e riscos agravados pelo fato de serem realizadas, em sua maior parte, entre países menos desenvolvidos, via transferência de montantes significativos de recursos do tesouro público.

O presente trabalho destaca a insegurança jurídica gerada pela falta de arcabouço legal multilateral que regule e confira maior transparência às operações de exportação de serviços financiadas por bancos de desenvolvimento, objetivando a internacionalização de empresas e promoção da cooperação e o desenvolvimento.

Deste modo, o trabalho é dividido em três partes. Na primeira parte do artigo é realizada uma breve análise da atuação dos bancos de desenvolvimento e o surgimento do que se vem denominando de um novo capitalismo de Estado, quando os bancos oficiais detêm papel determinante neste novo contexto. Na segunda parte, as agências de crédito à exportação serão analisadas à luz da regulação existente no âmbito da OCDE, a terceira parte trata das negociações na OMC sobre o tema dos serviços, subsídios e compras governamentais, para ao final serem tecidas conclusões com destaque para a necessidade de aprimoramento das regras multilaterais de comércio sobre subsídios, serviços e investimentos ressaltando o trabalho conjunto das organizações internacionais OCDE e OMC, visando a maior transparência e legitimidade das políticas de cooperação para o desenvolvimento.

II. A evolução do papel dos Bancos de Desenvolvimento

Quando os bancos de desenvolvimento começam a surgir, na década de 40, em um contexto de reconstrução do pós-guerra, entre suas funções originais estava a de prover crédito para as pequenas e médias empresas. Atualmente, além de preencherem lacunas deixadas por falhas de mercado assumem importância em momentos de crise econômica, quando seu papel anticíclico é destacado, ao contribuírem para aumentar a estabilidade sistêmica (BNDES 2014).

A necessidade da reconstrução europeia acendeu intenso debate sobre a melhor estratégia para a retomada da atividade econômica. As discussões sobre a melhor maneira de alocar os recursos do Plano Marshall demandavam esforços teóricos que no limite questionavam a lógica do desenvolvimento, buscava-se determinar se a alocação de recursos deveria acontecer de forma difusa, a todos os setores da economia ou se deveria funcionar somente para determinados setores que funcionassem como locomotivas de todo o conjunto econômico. Assim surge na ciência econômica ramo da economia voltado para o desenvolvimento econômico. (Batista de Castro 2011:61)

10

A teoria do desenvolvimento econômico, surge no pós-guerra, tratando das causas e condicionantes que determinam o enriquecimento dos Estados, sendo seu corolário natural as investigações sobre obstáculos para o enfrentamento do subdesenvolvimento nas regiões periféricas. O baixo grau de diversificação do setor exportador somado ao excedente de mão de obra e à baixa produtividade nas áreas periféricas deviam ser superadas via inversão de capital estrangeiro, aumento da poupança interna e participação ativa do Estado. A contrapartida seria o aumento de exportações via ampliação dos mercados e intensificação dos processos de integração regional.

O endividamento externo passa a ser a forma usual de capitalização para os PEDs a partir dos anos 70, visando a alavancagem do processo de industrialização, que tem no Estado um forte promotor de crescimento econômico. A crise da dívida de 1980 é um ponto de inflexão e mais tarde de intensificação do processo de globalização, na década de 90. Na atualidade, os Bancos de Desenvolvimento especialmente, na América do Sul caracterizam-se, pela flexibilidade em suas missões, permanecendo a racionalidade desenvolvimentista da década de 60, centrada em setores eleitos, na integração regional e não cooperação sul-sul.

A resistência das instituições financeiras privadas em assumirem riscos políticos e socioambientais, apoiando investimentos em países instáveis, com regras pouco claras e alheios aos principais marcos regulatórios internacionais, abriu a partir da década de 90 espaço às instituições de financiamento oficiais, em nichos de mercado “negligenciados”.

Como exemplo desta tendência, no período 2007/2014, foram desembolsados pelo BNDES US\$ 2.8 bilhões em linhas de créditos na área da infraestrutura em obras no continente africano, sendo 96% do total destinado a Angola. Entre 2002/2011 o governo chinês aportou US\$ 12 bilhões em linhas de créditos para este mesmo país. Pode-se dizer que Brasil e China foram responsáveis nos últimos 15 anos pelo financiamento e execução de 100% das obras de infraestrutura em Angola, apoiados por seus respectivos bancos de desenvolvimento (Waldersee 2013).

Tais operações envolvem instrumentos de direito público e privado, traduzidos em contratos e Acordos Bilaterais entre Estados. Nos contratos estão as regras entre investidores, bancos e empresas prestadoras do serviço. Os Acordos Bilaterais de Investimentos (ABIs), garantem os contratos, ou seja, conferindo segurança jurídica ao financiador e à empresa concessionária dos serviços, por meio inclusive, da previsão de flexibilização de algumas regras domésticas. Pelo Acordo Bilateral, o Estado tomador do empréstimo, assume o papel de garantidor da operação financeira e através dos contratos flexibiliza padrões trabalhistas e socioambientais internos, quando existentes. Os ABIs colocam a operação de exportação dos serviços de infraestrutura fora do guarda-chuva dos Acordos de Serviços e de Compras Governamentais da OMC, ao enquadrarem-se no escopo da cooperação para o desenvolvimento. Observa-se, que as operações podem acontecer fora dos marcos domésticos dos países cedente do empréstimo e beneficiário do serviço, bem como, das regras internacionais, regionais e multilaterais, sobre exportações de serviços, compras governamentais e os princípios do desenvolvimento sustentável.

A *Southern African Development Community*, composta de 17 países do sudeste africano, dentre eles, Angola, Moçambique e África do Sul, divulgou em 2012 o *Regional Infrastructure Development Master Plan* (RIDMP), um plano de desenvolvimento² (SADC 201, realizado com o suporte do *Development Bank of Southern Africa* prevendo

² Ver Regional Infrastructure Development Master (RIDMP) http://www.sadc.int/files/7513/5293/3530/Regional_Infrastructure_Development_Master_Plan_Executive_Summary.pdf acesso em agosto de 2015.

crescimento populacional de 1.7% ao ano na região, o que fará a população chegar a 350 milhões em 2027, demandando a continuidade das obras em infraestrutura e fazendo do continente um eldorado para empresas da construção civil, especialmente, chinesas e brasileiras.

Obras de infraestrutura correspondem a aproximadamente 50% dos gastos governamentais em construção civil, nos países em desenvolvimento. Este é um setor com margens reduzidas, alto risco e forte regulação. O setor da construção civil pressupõe mobilidade de fatores de produção, como mão de obra, máquinas e equipamentos e gradativamente, vem incluindo entre seus custos externalidades ambientais e sociais.

É, portanto, um setor reconhecido pela existência de padrões técnicos de saúde, segurança e meio ambiente e obras de alto impacto, que implicam em reassentamentos de comunidades, muitas vezes de populações tradicionais, protegidas pelo Direito Internacional, como é o caso da Convenção 169 sobre Povos Indígenas. Portanto, se por um lado os serviços de infraestrutura promovem integração e crescimento econômico, o desenvolvimento almejado depende de regulamentação interna que direcione os benefícios das obras às áreas empobrecidas e marginalizadas e ao mesmo tempo, permitam a mitigação dos impactos inerentes de atividade de grande impacto socioambiental. (Majluf & Simonetta 2014).

No caso de Angola, por exemplo, objetivando a adequação do marco legal interno à previsão de aumento dos *Foreign Direct Investment* (FDI), legislação sobre parcerias público privadas foi publicada em 2011 (lei n.º 2/2011). A Lei visa o incentivo a promoção de obras na área da infraestrutura por meio de parcerias público privadas e contratos de concessões objetivando: “incentivar o investimento privado em infraestrutura pelo sector privado e a recuperação dos investimentos por parte destes seria a posterior, através da exploração, durante determinado tempo, em regime de concessão”.

No entanto, a lei é pouco clara em relação a compartilhamento de riscos socioambientais, dispondo de cláusula de estabilização que não permite alterações supervenientes de regras domésticas que comprometam o equilíbrio econômico do projeto, salvo em condições que não enumera. Pelo princípio da prevalência, a lei sobre PPPs prevalece sobre toda e qualquer regra interna sobre concessões, abrindo poucas exceções setoriais, não reguladas, com risco de casuísmo e falta de transparência. Os riscos

ambientais e urbanísticos são tratados com base no princípio da responsabilização pelo parceiro com melhores condições para solucionar.

A alocação dos riscos é parte da negociação dos acordos e contratos de empréstimos e de execução dos serviços sendo realizada entre os agentes envolvidos, contratados, contratantes e instituições financeiras nos *Project Finance* (PFs). Ela pode ser feita considerando: a parte que detém maior capacidade de controle do mesmo, ou a com mais recursos para solucionar o problema e, finalmente, sobre aquela que mais lucro irá retirar do projeto. A alocação variará conforme a natureza do serviço e as partes envolvidas no projeto.

Project Finance is a method of funding in which the lender looks primarily to the revenues generated by a single project both as a source of repayment and as a security for the exposure. In such transactions the lender is usually paid solely or almost exclusively from the money generated by the contracts (...) (Duffey & Grieg 2011).

Deste modo, contratos de concessão que envolvem parcerias público-privadas - PPPs, Sociedades de Propósito Específico (SPEs) e PFs, implicam em choque de interesses. Os bancos ao emprestarem a uma SPE, desejam rapidez na execução da obra e o fiel cumprimento do contrato de financiamento no prazo estabelecido, que só inicia com a prestação do serviço de concessão. O Estado receptor do empréstimo almeja benefícios políticos com desenvolvimento econômico pretendido. O consórcio investidor briga por custos mínimos de execução e a construtora por preço e margens elevadas para o serviço de concessão. (Leader 2011)

Para o banco de desenvolvimento público, cedente do crédito no país financiador, a operação estaria inserida em estratégia geopolítica, como a seguir se depreende, no caso do BNDES:

- a) As operações devem ser amparadas em Acordos Governamentais, especialmente com Angola e Cuba;
- b) No caso de países da América do Sul, realizadas na base de co-financiamentos com a CAF – banco de desenvolvimento da América Latina³, na qual o Proex financia 85% das exportações de bens e serviços com garantia da CAF e a própria CAF financiando gastos locais;
- c) Operações de interesse estratégico e político do governo brasileiro, tendo como garantia o aval do governo importador.

³ CAF – Banco de Desarrollo de America Latina. Disponível :< <http://www.caf.com/>>.

Acrescenta o estudo do (IPEA 2006) sobre a necessidade de:

marketing correto na concessão dos financiamentos de serviços pelo BNDES ou Proex, por meio da divulgação das operações para todas as autoridades do governo, para que possam ser citadas nas negociações bilaterais ou multilaterais. Incentivar a participação de autoridades brasileiras nas diversas etapas, tais como: assinatura do contrato de financiamento no país de destino (...). Fazer constar dos contratos de financiamentos a obrigatoriedade de colocação de placa na obra, indicando a origem dos recursos: Banco do Brasil ou BNDES, de forma que dê visibilidade para a população daquele país do apoio brasileiro.

No Brasil, a crise da dívida de 1980 marcou o ponto final de crescimento econômico lastreado em endividamento externo, quando ganha corpo o BNDES, enquanto fonte financiadora de crescimento econômico e de fomento à integração dos mercados regionais. Em um cenário internacional marcado por crescente clivagem Norte-Sul, a crise da dívida reforçaria a percepção de um destino comum para o continente em meio às restrições externas quando as relações intra regionais começam a ganhar densidade. (Batista de Castro 2011).

A partir da década de 90, evoluem os instrumentos de crédito à exportação com fundamento na defesa do comércio exterior como forte propulsor do desenvolvimento econômico, em meio a forte pressão de abertura do mercado nacional e processos de integração regional. A ideia de crescimento econômico pautado em incremento de exportações levou à criação de mecanismos de incentivo a partir da década de 90, findo o período caracterizado como de substituição de importações. Em junho de 1991, foi publicada a Lei nº 8.187, que instituiu o Programa de Financiamento às Exportações (Proex), cujo objetivo é oferecer aos exportadores brasileiros condições de financiamento equivalentes às do mercado internacional, nas modalidades de financiamento e de equalização de taxas de juros às praticadas no mercado internacional. O Proex financia diretamente o exportador ou o importador de bens e serviços brasileiros com recursos do Tesouro Nacional, previstos no Orçamento Geral da União.

O BNDES-Exim, antigo Finamex, instituído em 1990 opera com recursos do próprio Banco. É hoje considerado o maior instrumento público de apoio à exportação. O BNDES-EXIM usa recursos públicos desvinculados do orçamento da União, o que confere maior liberdade à diretoria e conselho de administração à disponibilização dos recursos. (Prates & Rossi 2009)

Os recursos para a concessão do BNDES-Exim nas modalidades pré e pós - embarque são provenientes dos chamados “depósitos em conta vinculados” (Programa de Integração Social – PIS/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep/Finsocial) e FAT (Fundo de Apoio ao Trabalhador). O BNDES, como gestor do FAT, é o único responsável por estabelecer as condições necessárias para a disponibilização dos recursos.

A reação do governo brasileiro à crise financeira internacional de 2008 com a adoção de programas sectoriais impulsionados pela Política de Aceleração do Crescimento alteraram o cenário do início dos anos 90, fazendo dos mecanismos de crédito à exportação do BNDES, fortes instrumentos em favor da internacionalização do setor de serviços. Com isso o banco ocupa espaço deixado pelos bancos privados, ofertando crédito às empresas em momento de falta de liquidez, sob o guarda-chuva de regimes de cooperação e de integração sul-sul no campo da política externa.

Também no mundo, o capitalismo de Estado toma impulso após a crise de 2008, junto ao fenômeno da “financeirização”. O Estado é visto como “entidade territorial que se esforça por impor a sua vontade em um processo fluido e espacialmente aberto de circulação do capital”. No entanto, para que se imponha ante aos desafios desta nova etapa deve formular definição de interesses públicos que esteja acima dos interesses das classes e setores da economia contidos em suas fronteiras, “devendo legitimar-se”. (Harvey 2014).

A “financeirização” é mais ainda impulsionada pela crise financeira global que levou os governos, mesmo no caso dos EUA, ao socorro de empresas e bancos, tornando-se assim, acionista em alguns setores da economia considerados estratégicos. O capitalismo de Estado, “seria a influência difusa do governo na economia, seja mediante participação acionaria minoritária ou majoritária nas empresas, ou por meio do fornecimento de crédito subsidiado e outros privilégios a negócios privados”. (Musacchio & Lazarinni 2015:10) Tais formas polêmicas de expansão dos Estados e a premência em se imporem ante a fluidez dos mercados globalizados estão presentes nos atuais regimes de cooperação.

III. Agências de Crédito a Exportação

Regimes podem ser definidos pelo conjunto de regras, princípios e procedimentos que refletem a expectativa de certo grupo de atores que convergem seus interesses em um ambiente institucional de arranjos e acordos. As normas de um regime expressam padrões de comportamento. As regras seriam previsões específicas de ações concretas e do processo decisório, expressando práticas prevaletentes de implementação, fruto da escolha coletiva dos atores que compõe o regime. Regimes seriam mais do que arranjos governamentais que facilitariam a cooperação em certo tema, mas formas de cooperação que devem ultrapassar interesses de curto prazo (Krasner 1982).

Regimes comerciais, ambientais ou de cooperação, reúnem princípios explícitos e implícitos, normas, regras e procedimentos para solução de controvérsias podendo conflitar entre si. Buscam convergência de interesses e expectativas de certo conjunto de atores sobre certo tema no cenário das relações internacionais. Ou seja, ao contemplarem atividades definidas, setores específicos, áreas geográficas limitadas, envolvem distintos grupos de interesse. Regimes internacionais gravitam em torno de tratados, evoluindo com a interação entre os Estados e atores não estatais, moldando e sendo moldados pelas normas, conhecimento adquirido, práticas e redes de interação (Cordonier 2009). Compatibilizar os instrumentos de financiamento de longo prazo às exportações, com internacionalização de empresas e cooperação internacional, pressupõe convivência entre racionalidades distintas e a intersecção entre regimes.

OCDE e OMC em recente documento conjunto lançado em junho de 2015, *Aid For trade at a Glance 2015*, (WTO & OECD 2015), apresentam estudo sobre meios de inclusão das empresas situadas em países menos desenvolvidos, em cadeias globais de valor, de forma que beneficiem dos objetivos da agenda pós-2015 da ONU⁴, sobre desenvolvimento sustentável e combate a pobreza. Do documento, consta o quinto relatório de monitoramento de políticas de *aid for trade* com avaliações quantitativas e qualitativas de seus impactos sobre o comércio, produtividade e redução da pobreza em PEDs e LDCs. No entanto, a fronteira entre políticas de *aid for trade*, de subsídios a exportação e formas de

⁴ ONU Brasil. *Momento de Ação Global para as Pessoas e o Planeta*, disponível em : <http://nacoesunidas.org/pos2015/> último acesso em agosto de 2015.

cooperação é ténue.

O apoio, na forma de *aid* para o desenvolvimento, como visto no caso africano, é cada vez mais expresso em operações de empréstimos à governos que estabelecem suas próprias estratégias de redução da pobreza, no caso das obras de infraestrutura, quando a execução e prestação do serviço pode ocorrer por meio das PPPs e concessões. Portanto, os novos processos de cooperação internacional evoluíram de grandes projetos elaborados e integralmente apoiados por agências multilaterais, para ações em que os governos beneficiários detém o controle da gestão e execução. As ações de ajuda para o combate à pobreza ocorrem via mecanismos financeiros sofisticados, típicos de mercado:

Instead of funding individual projects donors collaborate (in principle) to make concessional finance available, to assist governments to develop their own overall strategies for economic growth and poverty reduction (Mosse & Lewis 2005:3).

As Agências de Crédito à Exportação, como protagonistas dos processos de internacionalização, multiplicam-se desde a Segunda Guerra Mundial. Os empréstimos das agências de créditos são, da mesma forma que no caso dos bancos, adequados aos grandes projetos industriais e de infraestrutura, uma vez que concedem prazos mais alongados de pagamento e garantias governamentais. Atuando como agentes de crédito as exportações, os bancos de desenvolvimento teriam como propósito, *não intencional*, a expansão e fortalecimento do alcance dos Estados em um contexto neoliberal (Sarfaty 2012).

Estima-se que o mercado total de financiamento às exportações represente, atualmente, cerca de 80% do total do comércio internacional, a cada ano. Tais recursos, na visão de alguns especialistas, não significariam subsídios à exportação, uma vez que o objetivo seria, tão somente, proporcionar aos países em desenvolvimento, custo de crédito equiparado aos dos países desenvolvidos, o que aponta para a confusão entre os regimes do livre comércio e da cooperação. (Catermol & Lauteenschlager 2010).

Entretanto, a sustentação das ECAs, em países em desenvolvimento, pode ser ameaçada pela falta de capacidade de manterem os mesmos níveis de aportes em momentos internos de crises políticas e econômicas. Ademais, argumenta-se ainda, que a falta de transparência e autonomia relativamente às regras internacionais e nacionais, contribui para o mal-uso dos recursos e perda de legitimidade. (Singh 2010).

Atentos a tais distorções, os países membros da Organização para Cooperação e o

Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1978, tornaram público *framework* internacional disciplinando procedimentos para as operações de crédito à exportação: “*Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits*”. A utilização ordenada dos créditos à exportação oferecidos pelas agências oficiais, como os bancos de desenvolvimento, é o foco deste conjunto de normas.

O escopo da aplicação do *Arrangement* são apoios oficiais realizados diretamente pelos governos ou em seu nome, para exportação de bens e/ou serviços com prazos de pagamento superiores a dois anos. Segundo o instrumento, o apoio pode ser dado por meio de garantia das exportações (seguro) ou via financiamento direto ou refinanciamento de exportações, equalização de taxas de juros ou uma combinação dos referidos instrumentos. Os regimes do Proex e Exim estariam na categoria de financiamentos diretos, com o Proex funcionando também como um equalizador das taxas de juros, no entanto, o Brasil não é parte do Grupo de Trabalho voltado para as discussões. O Arranjo da OECD prevê a possibilidade de apoio oficial ao comércio atrelado a mecanismos de ajuda (*aid*), são as operações de *trade-related tied aid*⁵.

18

O objetivo das *tied aids*, segundo as diretrizes da OCDE, seria reduzir as falhas de mercado relativas a falta de acesso a crédito em países cuja escassez de financiamento é notória, contribuindo para seu desenvolvimento e uso apropriado dos recursos, saindo do campo dos subsídios à exportação⁶. As condições financeiras que fazem parte da política de *aid*, sejam elas taxas e/ou sejam prazos de retorno dos empréstimos mais benéficos, podem estar associadas e/ou contidas no pacote financeiro geral do crédito ofertado, atendidos certos pressupostos.

Só é permitida a realização de *tied aid* aos países cuja renda per capita esteja abaixo do limite previsto para as *lower middle income countries*, segundo avaliação periódica do Banco Mundial, com base no *GIN*⁷ do país tomador. O projeto deve ser elegível ao *tied aid* com base nos testes de inviabilidade ou de precificação de serviços em nível incapaz de gerar capital de giro suficiente à remuneração dos custos e demonstrada a impossibilidade de retorno do empréstimo caso concedido nas modalidades normais ofertadas no

⁵ Chapter IV. TAD/PG(2015)1

⁶ General Principles, Chapter III, TAD/PG(2015)1

⁷ GIN per capita (<http://www.org/trade/exportcredits/classification.htm>)

Arrangement da OCDE.

As diretrizes da OCDE sobre Créditos às Exportações, contidas no *Arrangement* sugerem procedimentos transparentes, notificações detalhadas e mensuração do impacto para o desenvolvimento do projeto específico tem o notório objetivo de diferenciá-las dos subsídios à exportação.

Cobertas por Acordos Internacionais de Cooperação e de Investimentos, as operações de empréstimos efetuadas pelos Bancos de Desenvolvimento encontram-se em campo cinzento. Não se enquadrariam nos *trade related tied aids*, dada a ausência dos pressupostos requeridos, mas próximas de incentivos à exportação de serviços e compras governamentais. Tais operações estão para além dos conflitos entre regimes de meio ambiente, comércio e de direitos humanos, que hoje desafiam o sistema internacional, situando-se à margem de todos eles.

The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice and practices. (Koskenniemi 2006).

19

As ECAs são hoje, parte integrante das estratégias de cooperação internacional e das políticas industrial e de comércio dos governos, relacionando-se com diversidade de atores e atendendo a um *mix* de interesses públicos e privados. Expressão da inversão dos papéis público e privado, as operações de empréstimo, podem acarretar em distorção do comércio, concentração de empresas e, no caso de algumas atividades, fortes impactos socioambientais.

Os riscos socioambientais inerentes a projetos de infraestrutura vêm demandando iniciativas no campo voluntário, na área na responsabilidade social. Em 2002, o *International Finance Corporation* (IFC), braço privado do *World Bank Group* (WBG) iniciou processo de consulta para elaboração de Marco Legal na área da Sustentabilidade lançado em 2006 e revisado em 2012. Os *Performance Standards* são dirigidos a seus clientes, empresas e bancos privados e a *Policy on Environmental and Social Sustainability* dirigidos à própria instituição. A cláusula 12 da *Policy on Environmental and Social Sustainability*, destaca:

12. IFC recognizes the responsibility of business to respect human rights, independently of the state duties to respect, protect, and fulfill human rights. (...) Meeting this responsibility also means creating access to an effective grievance mechanism that can facilitate early indication of, and prompt remediation of various project-related grievances. IFC's Performance Standards support this responsibility of the private sector. (IFC 2012)

Os Princípios do Equador encontram-se em sua terceira versão, finalizada em 2013. Constituem um marco regulatório adotado por 79 instituições financeiras que aderiram as suas diretrizes sobre gerenciamento de riscos socioambientais, sendo utilizado em PFs, além de outros tipos de operações que enumera. Sua última versão faz referências sucessivas a riscos decorrentes dos impactos sofridos pelas populações do entorno das atividades das empresas e consórcios, recomendando *assessments* e *due diligence*:

We believe that adoption of and adherence to the Equator Principles offers significant benefits to us, our clients, and local stakeholders through our clients' engagement with locally Affected Communities. (...) including fulfilling our responsibility to respect human rights by undertaking due diligence in accordance do The Equator Principles. (Princípios do Equador 2013)

Relativamente ao Banco Mundial, o IFC encontra-se bem mais avançado no tema da mitigação dos riscos socioambientais, ainda que os dois façam parte do WBG. No âmbito do Banco Mundial, posicionamentos retrógrados ainda ocorrem em decorrência do forte componente político que permeia o processo decisório dependente da composição de países em sua diretoria (Sarfaty 2012). A falta de posicionamento pelo Banco Mundial relativamente aos princípios do Direito Internacional Geral e regimes específicos, incentiva os demais bancos de desenvolvimento, regionais e nacionais a manterem-se em um *selfcontained* regime. No entanto, a revisão de 2012 do marco legal de sustentabilidade do IFC pressionou pela atualização do EHS –*Environmental Health and Safety Guidelines* de 2007, do Banco Mundial. A proposta está em fase de consultas, desde 2013, e a abrangência das agências de crédito à exportação aos novos *standards* está prevista:

*Following the 2012 update of IFC's Policy and Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, it has been decided to revise the 2007 EHS Guidelines. Demand for this revision comes from users of EHS Guidelines and other stakeholders (including Equator Principles Financial Institutions, **Export Credit Agencies**), as well as staff and management within the World Bank Group. (IFC 2012)*

IV. Serviços, Subsídios e Compras Governamentais

A negociação do Acordo de Serviços e sua inclusão após a Rodada do Uruguai foi marcada pela polarização das posições dos países em desenvolvimento e desenvolvidos contra e favor, da inclusão do tema no sistema multilateral de comércio. Entretanto, as discussões sobre a liberação do setor amadureceram desde a criação do acordo. Salvaguardas emergenciais, subsídios e compras governamentais são os temas discutidos. Relativamente ao primeiro tema, cuja regulação está prevista no art. X do GATS, centrou-se na necessidade de sistematização de informações de forma desagregada sobre fluxo do comércio de serviços por país, e na conceituação de indústria doméstica, sério dano e relação de causalidade e, segundo o relatório de 2014, hoje, o foco é o tratamento conferido ao tema das salvaguardas emergenciais em Acordos Bilaterais e regionais. O tema das compras governamentais de serviços vem demandando discussões sobre barreiras à entrada de fornecedores de países em desenvolvimento e sobre a falta de competitividade dos PEDs, enquanto no último relatório de 2014, as discussões destacaram o tratamento do tema nos acordos regionais de comércio e investimentos.

O tema dos subsídios reúne duas posições antagônicas, a dos países que entendem que os efeitos distorcivos comerciais são de difícil demonstração e aqueles que julgam necessária a negociação de regras, que conceituem e classifiquem a prática, nas exportações de serviços. O relatório de 2014 evolui, alinhando os programas de subsídios às exportações de serviços existentes, fruto das informações apresentadas pelos países membros ao *Trade Policy Review*. O mesmo documento aponta para importância de os países membros relatarem suas políticas de subsídios ao comércio de serviços, em atenção ao princípio da transparência. (WTO 2011e 2014)

Não restam dúvidas sobre a contribuição da abertura do mercado de serviços para atrair capital internacional às regiões menos desenvolvidas e em desenvolvimento, caracterizadas por escassez de recursos e de investimentos. Também os consumidores estão usufruindo de oferta de serviços mais diversificada com geração de emprego local. Segundo Comunicação do governo chinês à OMC em 2002, a abertura do mercado de serviços, vem proporcionando maior profissionalização no mercado interno, entrada de tecnologia e desenvolvimento econômico (WTO 2002). A China vem mudando o foco de

sua economia, antes centrada na indústria para o setor dos serviços. Hoje, a participação dos serviços no PIB chinês é de 42%, tal transição já está afetando países como o Brasil, caracterizados como exportadores de commodities para a China. (Valor Econômico 2015).

Entretanto, os benefícios para o desenvolvimento econômico decorrentes da liberação do mercado de serviços não vêm automaticamente, dependendo em larga medida da existência de regulamentação interna que propicie condições adequadas a democratização do acesso, além de políticas de incentivo à capacitação dos fornecedores locais e mitigação dos impactos socioambientais (Majluf & Simonetta 2014). O art. IV do GATS prevê que o fortalecimento do setor de serviços em países em desenvolvimento, depende de compromissos sobre acesso a tecnologia, aprimoramento de canais de distribuição e medidas internas que atribuam maior eficiência e competitividade ao setor.

Os PEDs são desafiados, portanto, a implementarem políticas que propiciem adaptações de suas regras à dinâmica internacional, promovendo a liberalização do setor em ritmo e forma que beneficie a totalidade da população (WTO 2002). No entanto, a carência por investimentos pode, ao contrário, levar à flexibilização de regras internas, assim como, à proliferação dos acordos plurilaterais e regionais visando à atração de investimentos, fortemente ligados à prestação de serviços prejudicando os fornecedores locais. Além disso, políticas internas que levem o provimento do serviço ao alcance das camadas mais carentes, além de voltadas ao fortalecimento dos fornecedores locais, podem ser proteladas por onerarem os investimentos.

O Acordo de Serviços, Art. VI, 1 e 2, na parte sobre “Legislação Nacional”, não veda medidas administrativas que interfiram na prestação do serviço por fornecedor estrangeiro que sejam parte de políticas de interesse público. Estas devem ser razoáveis e a adoção de mecanismos de arbitragem ou de tribunais para avaliação da razoabilidade é recomendada pelo dispositivo. Nada impede os governos dos países receptores adotarem medidas para protegerem interesses coletivos, como o aprimoramento de direitos trabalhistas e ambientais, ou que objetivem estender os benefícios do provimento para toda a população, respeitados os princípios da razoabilidade e da transparência.

Como resultado da escassez de recursos e dos investimentos em tecnologia, a maior parte dos países em desenvolvimento, ainda, apresenta déficit em suas balanças de comércio de serviços, excetuando os setores de transporte e turismo. Contudo, a

dependência dos dois setores revela problema estrutural, ambos pressupõem movimentação física de pessoas e de bens e não de conhecimento e tecnologia (WTO 2001).

O setor de transportes, como na construção de estradas, pontes, aeroportos e portos, pode implicar em movimentação de grande número de trabalhadores sem qualificação à revelia do disposto nas Convenções da OIT, uma vez identificada a precarização das condições de trabalho comprometendo metas e indicadores de desenvolvimento do projeto.

Países emergentes como o Brasil e China, desenvolveram ao longo do tempo, setores provedores de serviços na área da construção civil, hoje atuando em PEDs e LDCs nos continentes africano e sul americano. Por demandarem, tais obras, altos custos, implicam em investimentos elevados que são, hoje, via de regra, financiados por agências multilaterais de empréstimos, como Banco Mundial, bancos de desenvolvimento ou agências de crédito, muitas vezes situadas nos países fornecedores dos serviços.

O tamanho e as dificuldades das empresas locais em adaptarem-se aos requerimentos para pré-qualificação a empréstimos de maior monta, impede a participação nas obras, agravada, no caso de transferência de fundos a taxas diferenciadas às concorrentes internacionais (UNCTAD, 2000).

A complexidade do tema do comércio de serviços em relação ao de bens, começa pela abrangência e as correspondentes implicações de cada uma das quatro modalidades de comércio estabelecidas no Art. 1:

- a) Do território de um Membro ao território de qualquer outro Membro;*
- b) No território de um Membro aos consumidores de serviços de qualquer outro Membro;*
- c) Pelo prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença comercial, no território de qualquer outro Membro;*
- d) Pelo prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença de pessoas naturais de um Membro no território de qualquer outro Membro.*

Ademais, são muitas as exceções a princípios que regem o GATS, como o de Nação Mais Favorecida e Tratamento Nacional. Relativamente ao primeiro, são 500 medidas listadas como exceções a cláusula de nação mais favorecida até 2013, consequência de acordos bilaterais e plurilaterais entre outras medidas domésticas. (Adlung 2014). Serviços supridos no exercício de autoridade governamental e parte de compras governamentais excetuam-se das regras sobre tratamento nacional. Autoridade governamental é termo definido no art. I.3.b do Acordo, “como qualquer serviço que não seja prestado em bases

comerciais, nem em competição com uma ou mais prestadoras de serviços”. Assim como estão fora do escopo das regras do Acordo de Compras Governamentais e seus princípios, as compras realizadas por governos de bens e serviços, quando associados a empréstimos internacionais ou outras formas de apoio financeiro e/ou como parte de políticas de *aid*, art. II 3.b (i) (iii).

V. Conclusão

Ao longo do artigo, foi observado que as ações do Estado empreendedor, quando acumula os papéis de sócio e investidor em empresas, encontram-se à margem dos sistemas de regulação doméstico e internacional, faltando o elemento da transparência, indispensável às políticas de promoção do desenvolvimento. Sabe-se que 80% das exportações mundiais são apoiadas por créditos à exportação no mundo e a linha tênue entre cooperação entre Estados para o desenvolvimento, interesses públicos e privados provoca problemas de legitimidade que são alvo de atenção dos organismos internacionais voltados para as relações entre comércio e desenvolvimento.

Na ausência de regras multilaterais mais consistentes que definam conceitos de subsídios aplicados ao comércio de serviços, compras de governo, cooperação e desenvolvimento, os acordos regionais e plurilaterais vêm adotando regulamentação específica. No entanto, assimetrias econômicas entre países podem levar à proliferação de normas beneficiando de forma desigual a totalidade dos atores envolvidos, estatais e não estatais.

Iniciativa como a que reuniu, recentemente, OCDE e OMC, citada nesse artigo, deve ser aprimorada e estimulada, ao promover mecanismos de monitoramento do impacto sobre o desenvolvimento das chamadas políticas de *aid for trade*, principalmente, quando envolvem exceções às regras comerciais, parceiros em desenvolvimento e/ou menos desenvolvidos.

Como parte integrante das políticas desenvolvimentistas de vertente “keynesiana” e visando a promoção do crescimento econômico nos países subdesenvolvidos, os bancos de desenvolvimento oficiais ocuparam espaço deixado pelas instituições financeiras privadas, na capitalização e internacionalização de empresas e na atuação em regiões negligenciadas.

Combinadas com novas formas de cooperação para o desenvolvimento e políticas de *trade for aid*, as operações de empréstimo oficiais, aproximam-se dos financiamentos concedidos por agências de crédito à exportação, fazendo uso de mecanismos financeiros típicos de mercado. Os Estados tornam-se sócios e investidores em grupos econômicos multinacionais, tendo nos contratos e nos acordos bilaterais seus principais instrumentos jurídicos reguladores e legitimadores.

O Estado sócio empreendedor, característico dos países emergentes, é uma resposta a fluidez do mercado em um sistema neoliberal, entretanto, a autonomia em relação as regras domésticas e internacionais de comércio, investimentos e desenvolvimento sustentável, pode levar a concentração de empresas, distorções comerciais e impactos socioambientais, acarretando em problemas de legitimidade.

VI. Referências Bibliográficas

- “Como Encarar o Gigante Chinês”. VALOR ECONÔMICO. 27/08/2015
- ADLUNG, Rudolf. Export Policies and the General Agreement on Trade in Services. Economic Research and Statistics Division. WTO. 2014
- BATISTA DE CASTRO, Augusto Cesar. Bancos de Desenvolvimento e a Integração da América do Sul. Base para uma Política de Cooperação. Fundação Alexandre de Gusmão. 2011
- CATERMOL, Fabrício; LAUTEENSCHLAGER, Alexandre. O crédito oficial à exportação no contexto de crise: experiências internacionais e o BNDES. Revista do BNDES n. 34. dez 2010
- DUFFEY, Annie; Grieg-Gran, Maryanne. The linkage between project finance and Sustainable Development in Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development. Ed. Sheldon Leader & David Ong. Cambridge. 2011
- HARVEY, David. Condição Pós - moderna. Editora Loyola. 2014
- KOSKENNIEMI, Martti. International Law Commission of Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International law. ILC - Report of the study group. UN/Doc A/CN.4 L/682. 2006
- KRASNER, Stephen D. Structural causes and regimes consequences: regimes as intervene variables. Editora Spring. 1986
- LEADER, Sheldon. Risk Management, Project Finance and Risks-based Development in Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development. Editado por Sheldon Leader & David Ong. Editora Cambridge. 2011
- MAJLUF, Luiz; ZARRILII, Simonetta. Challenging Conventional Wisdom: Development implications of trade in Services liberalization. Division on Trade in Goods and Services and Commodities, UNCTAD. 2007
- MOREIRA, Sérulo; TOMICH, Frederico; RODRIGUES, Maria da Gloria. PROEX e BNDES Exim construindo o futuro. IPEA. Janeiro 2006
- MOSSE, David. Global Governance and the ethonology of Aid in Giving and Governing in International Development: The Aid Effect. Editado por David Mosse & David Lewis. 2005
- MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio. Reinventando Capitalism de Estado. O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. Editora Portfólio Penguin. 2015
- ROSSI, Pedro; PRATES, Daniela. Projeto de Estudos sobre a Perspectiva da Indústria Financeira Brasileira e o Papel dos Bancos Públicos. Crédito à Exportação. FECAMP.2009
- SARFATY, Galit. Values in translation: Human Rights and the culture of the World Bank. Stanford Univesity Press. 2012

SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Effective Implementation of Intersecting Public International Regimes: Environment, Development, and Trade Law *in* Public Interest Rules on International Law: Toward Effective Implementation. Editado por Teruo Komori & Karen Wells. 2009

SINGH, Kavaljit. The Changing Landscape of Export Credit Agencies in the Context of the Global Financial Crisis. Editado por FERN. 2010

WALDERSEE, Victoria. Chinese and Brazilian Private Firms in Sub-Saharan Africa. BRICS Policy Center, 2014

Documentos

Aid for Trade at a Glance. WTO & UNCTAD. Junho 2015. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/development/aid-for-trade-at-a-glance-2015_aid_glance-2015-en>. Acesso em: agosto de 2015.

Annual Report on the Working Party on the GATS Rules. S/WPGR/25, WTO (2014)

Communication from Argentina - Assessment of Trade in Services: The Participation of Developing Countries, S/CSS/W/44, January. WTO (2001)

Communication from Thailand - Assessment of Trade in Services, TN/S/W/4, WTO (2002)

Communication from the People's Republic of China - Assessment of Trade in Services, TN/S/W/9, WTO (2002)

EQUATOR Principles. The Equator Principles. Junho 2013. Disponível em: <http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf> Acesso em: agosto de 2015.

IFC Environmental, Health, and Safety Guidelines. Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/ehsguidelines>. Acesso em: agosto de 2015

Parceria Público Privada em Angola (lei 2/2011, 14 de janeiro) . Disponível em: <<http://www.repcomang.ch/wp-content/uploads/2013/07/Guia-de-Investimento-em-Angola.pdf>>. Acesso em: agosto de 2015

Relatório de Efetividade. A contribuição do BNDES para o Desenvolvimento Nacional. BNDES, 2014.

Report of the expert meeting on national experiences on regulation and liberalization: examples in the construction services sector and its contribution to the development in the developing countries. TD/B/COM.1/32 and TD/B/COM.1/EM 12/03, UNCTAD, 2000.

The Export Credit Arrangement Text - OCDE - TAD/PG(2015)1, Disponível em: <<http://www.oecd.org/tad/xcred/theexportcreditsarrangementtext.htm>>. Acesso: agosto de 2015.

A sistemática jurídica de implementação das medidas compensatórias pelo Brasil à luz do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Organização Mundial do Comércio

Jahyr-Philippe Bichara¹ e Marianna Perantoni²

RESUMO: O Sistema Multilateral do Comércio evoluiu e adveio com normas internacionais de cumprimento obrigatório pelos Estados. Juntamente com o acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio, o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico interno o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). Esse tratado internacional limita a margem de concessão de subsídios pelos governos em razão de a prática poder constituir um mecanismo de deslealdade comercial, afetando o desenvolvimento da indústria nacional do país importador. Ao mesmo tempo, o acordo multilateral outorga aos Estados instrumentos legítimos de defesa, dentre os quais se destaca a aplicação, a nível interno e de maneira unilateral, de medidas compensatórias aos produtos que adentrarem o território nacional com o incentivo das subvenções. O poder regulamentar do Estado brasileiro revela-se fundamental para a internalização dos requisitos do acordo internacional no ordenamento jurídico pátrio, o que, inclusive, representa requisito basilar para a aplicação das medidas compensatórias. Uma vez compreendido todo o arcabouço normativo pertinente, este estudo procurará deslindar os elementos essenciais do processo administrativo de defesa comercial contra subsídios considerados lesivos à economia nacional, como forma de se apreender se a implementação unilateral dos direitos compensatórios pelo Estado brasileiro ocorre, como deve ser, de maneira legítima.

Palavras-chave: Subsídios, Medidas Compensatórias, Regulamentação

I. Introdução

Os subsídios, também usualmente chamados de subvenções, constituem uma das questões focais no desenvolvimento do comércio internacional, pois concretizam ferramentas pelas quais os governos, ou quaisquer órgãos públicos, realizam políticas com vistas a auxiliar os produtores nacionais diante do contexto de internacionalização econômica (Montoro Filho, 2004:152). Quando utilizados de maneira legítima, os subsídios configuram, muitas vezes, uma garantia de viabilidade de atividades econômicas que acabam se tornando pouco atrativas para o setor produtivo, devido aos altos investimentos iniciais, o custo elevado dos necessários bens de capital e o baixo potencial de retorno no curto prazo.

Dois efeitos danosos, entretanto, podem ser atribuídos às subvenções. O primeiro deles é a limitação do acesso ao mercado interno dos produtos importados que concorrem

¹ Doutor pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne; Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor associado I de Direito Internacional do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro”. E-mail: bichara.ufrn@gmail.com.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Advogada, Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB/RN. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro” (Cnpq). Professora de Direito Internacional Público no Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACEX. E-mail: marianna.perantoni@ufersa.edu.br.

com produtos similares nacionais sustentados pelo auxílio estatal. Essa situação foi bem ilustrada pelo contencioso, iniciado em 2002, que contrapôs o Brasil e os Estados Unidos em razão da existência de subsídios norte-americanos ao setor algodoeiro nacional. Ao término da disputa, ficou sedimentado que um Estado deve garantir o acesso ao seu mercado em condições de disputa justa entre produtos estrangeiros e produtos nacionais³. A segunda consequência danosa das subvenções decorre de quando estas visam, inversamente, a promover o acesso ao mercado nacional de um Estado em condições vantajosas, de maneira a criar uma distorção na disputa econômica entre os agentes de um mesmo segmento. Nessa situação, o direito internacional permite que um Estado recorra à medida defensiva em consonância com as normas do sistema OMC.

As medidas defensivas previstas pelos acordos da OMC, qualificadas de “compensatórias”, apresentam-se, então, como o meio legítimo, unilateral e mais célere de defesa comercial utilizado para evitar que a queda nos preços dos produtos importados, resultante dos incentivos recebidos pelo exportador, ocasionem danos ao parque industrial, aos empregos e aos recursos do orçamento do país importador. Diante desse panorama, opta-se aqui por analisar como o Estado brasileiro atua e na garantia da livre concorrência e na preservação de seu mercado interno quando sofre uma prática potencialmente desleal. Essa reflexão implica na análise de como foi recepcionado o ASMC na ordem jurídica brasileira, levando-se em consideração a relação existente entre o direito internacional e o direito interno e, de forma mais precisa, o conhecimento da estrutura administrativa e legal pátria responsável por tornar aplicável o conteúdo do regime jurídico internacional dos subsídios e das medidas compensatórias dentro do Sistema Multilateral do Comércio.

Diante disso, a presente pesquisa analisa os mecanismos de defesa a serem implementados pelo Estado em caso de prejuízo sofrido em decorrência de recurso indevido aos subsídios por parte de outros governos, tendo como embasamento jurídico, em primeira mão, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação ao uso dos subsídios no sistema comercial mundial. Uma vez compreendida a sistemática internacional, restará conhecer os instrumentos jurídicos internos que viabilizam a implementação do mecanismo de compensação. Com o deslinde dessas temáticas será possível analisar criticamente como os órgãos da administração pública do país vêm priorizando aspectos basilares dos seus

³ O painel formado pela OMC concluiu seu relatório determinando que os Estados Unidos removessem, sem demora, todos os subsídios proibidos constatados na fase de investigação. WORLD TRADE ORGANIZATION. **United States — Subsidies on Upland Cotton**. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm. Acesso 10 de julho de 2015.

processos administrativo e judicial, de forma a garantir, legitimamente, a defesa de seu mercado e, em última instância, a livre concorrência.

II. O dispositivo do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) alberga disposições inovadoras e deveras importantes para reger a temática das subvenções. A doutrina costuma apontar que suas maiores contribuições incluem a conceituação de subsídios e metodologias para seu cálculo; a proibição, estendida a países em desenvolvimento (PEDs), dos subsídios à exportação; a criação do “subsídio específico” enquanto terminologia jurídica; a classificação dos subsídios em proibidos, recorríveis e irrecorríveis; o aprimoramento dos critérios para a aplicação das medidas compensatórias; o esclarecimento a respeito do que seria um grave dano autorizador de algum tipo de recurso unilateral ou multilateral; a conceituação de indústria doméstica; a criação do Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias (CSMC) para atuar na via multilateral; e, por fim, listas ilustrativas constantes em anexos que auxiliam na avaliação do montante subsidiados, na averiguação do prejuízo grave e no tratamento de PEDs e países com menor desenvolvimento relativo (PMDRs) (Böhlke 2002:223-4; Dantas 2009:102).

29

A. Definição das subvenções

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) evidencia que o subsídio advém de ação notadamente pública, inserindo-se na atuação de um governo ou qualquer órgão estatal sob seu controle. Também é possível que a atuação do Estado ocorra por interposta pessoa, ou seja, quando os pagamentos são feitos pelo governo a um sistema de fundos ou esse confie ou instrua entidade privada para agir dentro de sua competência e âmbito de ingerência. O intuito dessa norma foi ampliar o rol de agentes para que não fosse possível que o Estado incorresse em alguma sistemática ludibriadora das autoridades que conduzem a investigação das subvenções por meio da ação de terceiros. O artigo 1º do acordo, então, esclarece que os mencionados “sujeitos ativos” das subvenções agem por meio de condutas distintas, mas, independentemente de suas peculiaridades, todas caminham igualmente para a concessão de uma vantagem artificial.

Os subsídios objeto da regulamentação internacional do ASMC têm que ser conferidos de maneira diferenciada entre os operadores econômicos, esse é, inclusive, um dos requisitos

do recurso ao viés multilateral e unilateral para a adoção de medidas de represália (Thouvenin 2004:400). Assim sendo, a noção de especificidade, que se encontra mais bem detalhada no artigo 2º do ASMC, implica a noção segundo a qual a autoridade pública que concede a subvenção reserva-a a uma determinada empresa em detrimento de todas as demais que se encontram em sua jurisdição. Configura-se, desse modo, um estímulo exacerbado ao poder discricionário do Estado, que acaba pondo em prática uma política de discriminação, em que a ruptura da ideia de igualdade jurídica perturba as condições de concorrência até então presentes entre os agentes econômicos (Carreau & Juillard 2007:225).

O artigo 2º estatui, dessa forma, que os subsídios considerados “específicos” são aqueles outorgados por uma autoridade, nas condições já expressadas, a determinada empresa ou grupo limitado de empresas em seu território. A *ratio juris* em questão é levar o órgão público concessor a designar condições e critérios claros a serem devidamente respeitados para que se fomentem atividades econômicas, afastando-se, assim, a implementação de subvenções meramente orientada pelos parâmetros de conveniência e oportunidade. O incentivo estatal deve, para tanto, estar devidamente explicitado em normativa oficial, como por exemplo uma lei ou regulamento, que têm por características básicas a abstração e a generalidade. O artigo 2º, 1.(b), encerra essa problemática ao prever que o acesso ao subsídio há de ser automático a partir do momento em que se preencher os requisitos de sua outorga, o que permite que concessões não sejam deferidas a algumas empresas em detrimento das demais que objetivamente também a ela façam jus.

B. Os diferentes tipos de subsídios

A Parte II do Acordo traz os subsídios denominados “proibidos”, que constituem uma espécie dos subsídios específicos e dizem respeito tanto aos subsídios à exportação, quanto àqueles que visem medidas domésticas de substituição de importações (Dantas 2009:106). Assim sendo, o artigo 3º, 1 (a), do ASMC estatui que serão proibidos os subsídios que estejam associados, de fato ou de direito, à performance do exportador ou também a uma série de condicionantes, as quais se encontram previstas no Anexo I do Acordo. Seguindo a tendência do Código sobre Subsídios editado ainda na vigência do GATT, o referido anexo traz uma lista não taxativa de ações estatais que configuram subsídios à exportação, cujas diretrizes encontram-se especificados em oito alíneas.

As ações prescritas na referida listagem incluem desde a concessão de subsídios diretos, até tarifas de transporte interno e de fretes diferenciadas às exportações e mais

vantajosas que as aplicadas para o comércio interno; diferentes níveis de isenção de tributos diretos originalmente incidentes sobre o comércio exterior; programas públicos de garantia ao crédito ou de seguros à exportação; outorga de créditos à exportação com taxas menores que as obtidas pelo próprio governo para realizar tais programas de fomento; estabelecimento de base de cálculo de tributos diretos que acarretem em deduções mais benéficas às exportações que às importações; dentre outros exemplares.

A Parte III do ASMC encarrega-se de reger os subsídios “recorríveis”, também chamados “acionáveis” pela doutrina (Dantas 2009:107), os quais não são proibidos em si, mas poderão ser questionados caso ocasionem, de acordo com o artigo 5º, três tipos de consequências maléficas: prejuízos à indústria nacional do Estado importador; perdas de comércio para membros exportadores que sejam concorrentes em terceiros mercados; e, grave dano aos interesses de Estado exportador ao enfrentar concorrência desleal de produtos subvencionados no mercado que busca adentrar. Desse modo, em se constatando as consequências nocivas evidenciadas, a parte prejudicada pode recorrer ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, que, uma vez reconhecendo a deslealdade comercial, deve determinar a pronta eliminação dos efeitos deletérios ou a cessação do próprio subsídio. Afora essa possibilidade, a imposição de medidas compensatórias também se apresenta como meio útil de cessação do prejuízo (Böhlke 2002:228-9).

Diferentemente, os subsídios irrecorríveis não podem ser enfrentados por uma disputa comercial ou por medidas compensatórias. Esses subsídios não acionáveis foram autorizados pelo Acordo por serem considerados minimamente lesivos ou por permitirem determinadas políticas de estímulo⁴. Englobam atividades relevantes, como a assistência ao desenvolvimento de pesquisas realizadas por entidades tais como empresas, centros especializados e instituições de ensino superior, observado o requisito de que a subvenção não ultrapasse os tetos de 75% dos gastos com pesquisas industriais e de 50% do custo do desenvolvimento de atividades ainda antes de se inserirem no mercado. O ASMC também classificou como irrecorríveis o auxílio a uma região considerada, por parâmetros objetivos e imparciais⁵, economicamente desfavorecida dentro do território governado e a contribuição à adequação e ao cumprimento dos reclamos de sustentabilidade ambiental impostos pela

⁴ O rigor das subvenções proibidas e contestáveis foi considerado excessivo notadamente pelos países europeus e pelo Canadá, os quais passaram a requerer a legitimidade de determinadas formas de ajuda governamental que estivessem imunes contra recursos multilaterais e unilaterais, haja vista a utilização maciça de direitos compensatórios pelos EUA. DANTAS, Adriana. op.cit., p. 108; THOUVENIN, Jean-Marc. op.cit., p. 402.

⁵ Tais como renda per capita inferior a 85% ou taxa de desemprego maior que 110% da média do território, tendo sido ambos aferidos por um período de três anos.

legislação e que representem elevados custos e obrigações com as quais as empresas devem arcar.

O ASMC, em seu artigo 8º, §3º, determina o dever de notificação de uma parte que faça uso de subsídios não acionáveis ao Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias (CSMC) da OMC, indicando de forma clara às demais partes se o programa implementado é consentâneo com os parâmetros jurídicos que conferem legitimidade a essas subvenções autorizadas, havendo a possibilidade de que detalhes sejam requeridos por parte de outros membros. A Parte VII do Acordo estipula como que essa publicização deve ser feita, permitindo amplo acesso às políticas levadas a cabo por produto e por setor, o que até mesmo ressalta o caráter aceitável e legal de determinadas subvenções. Não obstante essa disposição, vários Estados deixam de cumpri-la, ou, se a cumprem, o fazem com dados desatualizados e incompatíveis com a realidade (Dantas 2009:110-1).

III. Fundamento jurídico da aplicação de medidas compensatórias

O ASMC fixa uma série de etapas a serem realizadas no âmbito interno para que uma medida compensatória possa ser aplicada. Inserida na Parte V do tratado, a matéria consolida a via unilateral a que se pode recorrer com vistas a restringir os efeitos distorcivos oriundos de alguns tipos de subsídios, constituindo recurso mais rápido e efetivo que a possibilidade multilateral, mas que constitui tão somente um paliativo não definitivo para seus efeitos. Essas compensações, apesar do tratamento multilateral recente, foram amplamente difundidas durante história do comércio internacional, relevando práticas muitas vezes mais repreensíveis que as próprias subvenções.

Ressalte-se que o artigo 23 do Acordo deixa nítida toda a preocupação existente com relação a uma possível atuação unilateral ilegítima do Estado, determinando, outrossim, que todos os seus membros que legislem sobre direitos compensatórios mantenham instâncias internas competentes para garantir a revisão dos atos administrativos lesivos. Com isso, o ASMC trata de indicar todos os procedimentos que permeiam a investigação, passando pelos requisitos de sua abertura, da utilização de provas, realização de consultas, cálculo do subsídio, determinação do dano, fundamentos para a implementação de medidas provisórias, dentre outros detalhes relevantes e legitimadores do recurso a essa prática, que serão a partir de agora analisados.

A. Os critérios jurídicos multilaterais da investigação contra subsídios ilegais ou recoráveis

O artigo 11 do ASMC elabora os requisitos necessários para que uma investigação sobre a aplicação de subsídios seja instaurada. Desse modo, deverá ser apresentada, ao órgão nacional competente, petição bastante detalhada, contendo todos os elementos reunidos que sirvam como carga probatória da prática. Mesmo que muitas vezes seja reconhecidamente complexo juntar tantas informações, o reclamante deve estar ciente de que sua petição deverá estar calcada na análise de três elementos básicos: o subsídio; o dano; e, onexo causal. Sublinhe-se que a ausência de materialidade desqualifica o início dos procedimentos de investigação, visto prejudicar a admissibilidade da petição.

É preciso arrolar, assim, informações que contenham um detalhamento do produto que se acredita ser subsidiado, acompanhado de provas que permitam concluir pela sua existência, estimar o seu volume e qualificar a natureza do incentivo. O parágrafo 9º do artigo 11 excetua que, restando evidente que o subsídio seja *de minimis*, ou seja, inferior a 1% do valor do bem, e que o dano se configure desprezível, as investigações não serão iniciadas. A petição também deverá conter nome do país ou países de onde o produto ou produção sob enfoque é originário, inclusive com revelação da identidade das entidades exportadoras ou dos produtores estrangeiros, além da exposição dos conhecidos importadores. Além disso, o reclamante deverá identificar-se e, caso represente toda a indústria nacional⁶, haverá de incluir listagem de todos os seus integrantes.

É de fundamental importância, para fins de verificação dos efeitos das subvenções, que o reclamante especifique o volume da produção nacional do produto similar, bem como o valor a ela correspondente. Onexo de causalidade ficará evidenciado a partir da colação dos números da pauta comercial que evidenciam aumento da quantidade importada supostamente em razão das subvenções. Além disso, deverá ser informado o impacto dessas importações sobre os preços praticados com relação ao produto similar no mercado que se busca proteger e também o efeito das importações sobre a indústria nacional, que podem ser evidenciados por dados referentes aos diferentes volumes de produção e consumo, ao lado de alterações no preço praticado.

⁶ O artigo 16 especifica que a expressão indústria nacional “será entendido como o conjunto dos produtores nacionais do produto similar ou como aqueles dentre eles cuja produção conjunta constitua a maior parte da produção nacional total desses produtos, salvo quando os produtores estiverem vinculados aos exportadores ou importadores ou forem eles próprios importadores do produto alegadamente subsidiado ou de produto similar proveniente de outros países, caso em que o termo “indústria nacional” poderá ser entendido como referente aos demais produtores”.

Até que se aceite definitivamente apreciar o pedido, todos os dados apresentados na petição permanecerão em sigilo. Entretanto, em se constatando presentes os requisitos de sua admissibilidade, a parte investigada deverá ser prontamente informada, assim como quaisquer outros terceiros interessados⁷, até mesmo como forma de se assegurar sua ampla defesa. O artigo 22 determina que o aviso público ou informe em separado do início das investigações terá de apresentar a identificação do exportador e do produto em causa; a data em que as investigações foram iniciadas; a descrição dos subsídios alegadamente existentes a serem investigados; compêndio dos elementos probatórios; endereço para que possam ser protocoladas as manifestações de qualquer interessado; e, o prazo para que essas manifestações possam ser submetidas.

Uma vez admitida a petição, antes de as investigações iniciarem-se de fato as partes envolvidas terão a chance de formularem consultas com vistas a esclarecer a situação e, se possível, chegarem a uma solução mutuamente oportuna. O artigo 13 estabelece que as consultas, em verdade, serão oportunizadas durante todo o procedimento investigatório, o que permite que ele seja a qualquer momento encerrado por meio de acordo. Ademais, a parte que deseje realizar investigações ou já o esteja fazendo, não poderá negar pleito de quaisquer membros cujos produtos sejam foco desse procedimento no sentido de ser apresentado às provas arroladas, dentre elas incluem-se os resumos de informações confidenciais necessárias para a existência da própria atividade investigativa.

O artigo 14 do tratado apresenta os critérios legais para que o benefício seja aferido, impondo previamente a obrigação de que o cálculo seja feito de forma transparente e explicativa. A análise do dano deverá pautar-se, como já esposado, nas provas reveladoras da monta das importações subvencionadas juntamente com o seu efeito sobre o preço dos produtos similares nacionais, assim como os seus respectivos efeitos sobre os produtores nacionais de bens equivalentes. O volume de importações subsidiadas deverá ser averiguado a partir de sua evolução numérica, em termos absolutos e relativos, e em comparação com produção e consumo no membro importador. No que concerne especificamente às consequências sobre os preços, as autoridades a cargo do procedimento deverão examinar a

⁷ Consoante o artigo 12, §11, partes interessadas abrangem: “a) exportador, produtor estrangeiro ou importador de produto objeto de investigação ou associação comercial ou empresarial cujos membros em sua maioria sejam produtores, exportadores ou importadores de tal produto; b) Produtor do produto similar no Membro Importador ou associação comercial ou empresarial cujos membros em sua maioria produzam o produto similar no território do Membro importador”.

ocorrência de prática de preços a níveis substancialmente inferiores aos do produto similar no mercado importador⁸.

O artigo 15, §4º, determina que a análise do efeito das importações subvencionadas na produção nacional deverá considerar, outrossim, fatores e índices econômicos que revelem características pertinentes à produção. Nesse sentido, a retração real ou potencial da produção, da comercialização, da parcela de mercado, a lucros, a produtividade, dentre muitas outras consequências, deverá ser integralmente levada em consideração. Ao lado disso, a demonstração do nexo de causalidade entre as importações subsidiadas e o dano decorrente na indústria local encontrará lastro na carga probatória apresentada, assim como em qualquer outro fator conhecido, como, por exemplo, os volumes e os preços de importações livres de subsídios, a diminuição da quantidade demandada, as diferenças nos patamares de consumo, as medidas restritivas ao comércio, o desenvolvimento de novas tecnologias, e outros.

B. A aplicação das normas do ASMC pelos órgãos administrativos brasileiros competentes

Inicialmente, o Brasil relaciona-se internacionalmente de acordo com as determinações constitucionais. Assim, o artigo 21, I da Constituição Federal, fixa que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Concretamente, cabe ao Poder Executivo cumprir os tratados internacionais, com o auxílio do Ministros de Estado, no exercício da direção da administração federal⁹. No que tange ao cumprimento dos acordos da OMC em geral, e do ASMC particularmente, tem-se o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que possui como órgãos competentes em matéria de produtos de importação: a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), criada pelo Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003, e a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX).

A SECEX tem entre suas funções a condução das políticas de comércio exterior e gestão do controle comercial, especificamente referente às atividades de normatizar, supervisionar, orientar, planejar, controlar e avaliar (art. 15, do Decreto 7.096/2010). Integra esta Secretaria, o Departamento de Defesa Comercial (DECOM), criado no Decreto nº

⁸ Na hipótese de um determinado bem oriundo de mais de um membro exportador estar sendo investigado, o cúmulo do exame de efeitos somente poderá se dar quando taxa de subvenção for maior que o limite *de minimis* e quando revelar-se adequado em razão das condições de competitividade entre produtos importados entre si e os similares nacionais.

⁹ Nesse sentido, lembra-se os termos do art. 84, II, da Constituição Federal.

1.757/1995 e já alterado por inúmeros outros decretos e atualmente, regido pelo Decreto 7.096/2010, que tem entre suas atribuições instaurar e processar as investigações sobre dumping e subsídios (art. 18, do Decreto 7.096/2010), sendo suas decisões passíveis de revisão caso cometidos abusos ou desvio de finalidade, respeitado o mérito, dentro da conveniência e oportunidade.

Diante desse quadro administrativo, cumpre enquadrar a Lei nº 9.019 na origem da formação de um aparato estatal brasileiro para a intervenção em medidas de defesa comercial. Essa lei abarca não somente as medidas compensatórias, como também as medidas antidumping, embora confira maior atenção às primeiras. Desse modo, o dispositivo em comento deu os primeiros passos para regulamentar o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, determinando, de antemão, a possibilidade de aplicação provisória das compensações, assim como assegurando que os direitos compensatórios existirão independentemente de quaisquer outras obrigações de natureza tributária.

Além disso, o artigo 5º atribui à SECEX a apuração do valor das subvenções e da existência de dano e nexos causal entre ambos, o que deverá ocorrer por meio de processo administrativo. À CAMEX fica estipulada a competência para fixar os direitos compensatórios, sejam eles definitivos ou provisórios, devendo para tanto indicar expressamente seu prazo de vigência, o bem onerado, o valor referente à medida, o país produtor ou o exportador, a exposição de motivos para a tomada da decisão e, caso seja pertinente, a individualização dos exportadores.

Toda investigação iniciada deverá ter como foco a averiguação da existência de subsídios acionáveis, dano e relação causal. Para que os produtores nacionais ou entidades de classe acionem as autoridades competentes, necessário se faz elaborar uma petição de acordo com os requisitos exigidos na Circular nº 20/96 a ser apresentada em protocolo próprio do DECOM. A Circular, editada no âmbito da SECEX, exige que a mencionada petição seja confeccionada com especial atenção aos elementos pertinentes à existência da subvenção, ao dano por ela causado e ao nexos causal entre ambos. Revela-se, assim, a tarefa de o peticionário incluir o maior número de detalhes possível, o que irá contribuir não somente para a admissibilidade da petição como para a elaboração de parecer favorável ao pleito pelo DECOM¹⁰¹¹.

¹⁰ O item I.2 da Circular evidencia a regra de que as informações concedidas durante o processo administrativo são públicas, e, caso o peticionário deseje que elas sejam tratadas com confidencialidade, deverão fazê-lo justificadamente.

¹¹ De acordo com os Itens 1.4; 1.5; 2.3 e 2.4 da Circular nº 20/96, a petição protocolada deve conter uma análise detalhada do produto que se suspeita que seja subsidiado, explicitando principalmente suas características

O Decreto nº 1.751/95 regulamentou as normas regentes dos procedimentos administrativos necessários para a aplicação das medidas compensatórias. Uma vez protocolada a petição estudada por meio da Circular nº 20/96, caberá ao DECOM realizar uma análise preliminar, na qual se procurará verificar se a mesma fora instruída a contento e se ainda há informações adicionais relevantes para o exame da situação. O peticionário deverá ser informado em até vinte dias sobre o resultado dessa análise. Sendo ela positiva, ainda antes que se iniciem os trâmites da investigação, os governos que podem ter seus produtos objetos de investigação hão de ser convidados para consultas com o fito de esclarecer os indícios de concessão de subsídios acionáveis e, dessa forma, se oportunizar a obtenção de solução satisfatória para ambas as partes envolvidas¹².

As decisões finais somente poderão ter como base registros ínsitos no processo e que tenham sido submetidos ao conhecimento das partes envolvidas, com exceção dos dados sigilosos. O final da fase instrutória, portanto, será marcado pela realização de uma audiência convocada pela SECEX, ocasião em se informará as partes e os governos interessados a respeito dos fatos essenciais sob análise, que formam a base para seu parecer. As partes e os governos interessados terão o prazo de quinze dias, contados da realização dessa última audiência, para se manifestarem a respeito. Após o transcurso desse prazo, a instrução será considerada encerrada, conforme disposição do artigo 43, §2º, do Decreto.

A investigação pode também chegar ao seu encerramento sem a aplicação das medidas compensatórias. As autoridades deverão assim optar quando não restar comprovada suficientemente a existência de subsídio acionável ou de decorrente dano; quando a SECEX deferir pedido de arquivamento formulado pelo peticionário; ou, finalmente, quando o montante do subsídio acionável for inferior a um por cento *ad valorem*¹³ ou o volume de importações reais ou potenciais beneficiadas com subsídios ou o dano causado for inferior a três por cento do total das importações brasileiras de produto similar¹⁴¹⁵.

técnicas, assim como descrevendo detalhadamente o produto similar fabricado no mercado interno, ressaltando qualquer diferença entre ambos. Acompanhando essa descrição minuciosa, requer-se seja anexada a comprovação de tudo o mais que indicar a existência da subvenção e sua natureza, junto com as fontes desses dados, incluindo, se possível, o montante do auxílio concedido pelo governo exportador e a progressão dos preços vigentes nas vendas dos produtos nacionais no mercado interno

¹² É o que prevê o art. 27, *caput*, do Decreto nº 1.751

¹³ Os conforme o disposto nos §§ 7º a 12 do art. 21 do Decreto nº 1.751, para os países em desenvolvimento é válido o percentual de dois por cento *ad valorem*. Para os países em desenvolvimento Membros que tenham eliminado subsídios à exportação antes do período de oito anos contados a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, o valor mencionado no parágrafo anterior será de três por cento *ad valorem*.

¹⁴ Exceto quando os países que, individualmente, respondem por menos de três por cento das importações de produto similar importado pelo Brasil, sejam, coletivamente, responsáveis por mais de sete por cento das importações do produto, consoante determinação §§ 3º e 4º do art. 21 do Decreto nº 1.751.

Um dos aspectos mais relevantes de todo esse processo é o fato de que é possível a aplicação de medidas compensatórias de caráter provisório por meio de resolução da CAMEX a ser publicada no DOU. Elas poderão ocorrer desde que: a investigação tenha sido iniciada em consonância com os procedimentos exigidos pela Circular e pelo Decreto; o ato que autoriza sua abertura tenha sido publicado e tenha sido oportunizada às partes a possibilidade de manifestação; uma demonstração prévia da existência de subsídio acionável causador de dano à indústria doméstica; verificação de que a antecipação de tais medidas é necessária para obstar que a indústria prossiga sofrendo danos durante o período de investigação; e, houver transcorrido ao menos sessenta dias da data da abertura da investigação¹⁶.

Os direitos compensatórios provisórios não poderão ultrapassar o valor referente ao subsídio acionável a princípio determinado, e seu pagamento deverá ser efetivado por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, devendo a Secretaria da Receita Federal dispor sobre a maneira que essa garantia será prestada. Os bens atingidos pelas sanções somente terão seu desembaraço aduaneiro a partir da prestação da garantia mencionada. Ademais, os envolvidos no processo deverão ser notificados da decisão que determina a aplicação provisória de medida compensatória, a qual, sublinhe-se, não poderá durar mais que quatro meses¹⁷.

IV. Conclusão

As medidas compensatórias, que encontram no ASMC suas diretrizes gerais, são, como se viu, meio disponibilizado para fazer cessar os prejuízos da indústria nacional em função da entrada de produtos subvencionados no mercado interno. Por meio desse tipo de defesa comercial o Estado brasileiro pode ultrapassar suas fronteiras e atuar no sentido de restaurar as condições desejáveis da concorrência nacional. Ainda que se discuta os resultados políticos de tal intervenção, o fato é que a imposição unilateral dos direitos compensatórios significa a repressão de um ente soberano a outro de iguais características, de maneira a compeli-lo à observância dos tratados aos quais se vincularam juridicamente.

¹⁵ De acordo com o artigo 45, *caput* e §1 do decreto em estudo, os procedimentos também poderão ser suspensos sem a aplicação de medidas compensatórias definitivas ou provisórias, caso o governo do país exportador comprometa-se a diminuir ou extinguir a subvenção, ou adote outras medidas que extirpem seus efeitos. Outra possibilidade é a efetivação de revisão dos preços dos bens que estão sendo exportados para o Brasil, desde que reste claro para as autoridades que essa medida por si só já elimina o efeito danoso acarretado pelo subsídio. Caso mediante acordo o Brasil seja autorizado a aumentar os preços do produto similar, esse reajuste não poderá ultrapassar o valor suficiente para compensar a subvenção concedida.

¹⁶ Artigo 44, incisos I, II, III e IV do Decreto nº 1.751.

¹⁷ Artigo 44, §1º, §2º, §3º, §4º, §5º e §6º

Conforme ocorre com muitos tratados internacionais, a sistemática de implementação das medidas compensatórias no Brasil teve sua orientação jurídica complementada internamente, permitindo que sua efetivação unilateral ocorra conforme determinação do acordo multilateral. Consagra-se assim, o papel do Estado enquanto regulador econômico, atuando, dentre outras formas, na regulamentação específica da matéria a fim de servir de guia para as autoridades nacionais, de maneira a permitir a legalidade ao deslinde dessas questões.

Diante disso, o Decreto nº 1.751/95 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro os parâmetros para a aplicação dos direitos compensatórios. O dispositivo é reflexo do poder regulamentar do Estado, perfazendo um dos meios de sua intervenção na economia. Conforme já se alinhavou, o decreto delineia o processo administrativo para a implementação das compensações, o qual ocorre sob os auspícios do DECOM, da SECEX e da CAMEX. A criação dessa estrutura interna com competência para agir na matéria representou o cumprimento do requisito básico estabelecido pelo ASMC para que as medidas compensatórias possam ser implementadas pelos países. As autoridades competentes, entretanto, devem respeito às normas, como forma de compatibilizar os anseios nacionais com os compromissos assumidos pelo Brasil no seio da OMC.

A mencionada suplementação de normas de diferentes origens resultou na criação de um sistema complexo de aplicação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e, mais especificamente, de imposição das medidas compensatórias. Esta sistemática é, por conseguinte, notadamente mais garantista, haja vista albergar um conjunto de direitos assegurados por diferentes órbitas. Entende-se, assim, que o Estado brasileiro se aparelhou para respeitar o devido processo legal, e, em última instância, a livre concorrência, aceitando ter seus atos administrativos submetidos a eventual controle jurisdicional, e, inclusive, do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

A política externa brasileira procura fortalecer as regras multilaterais do comércio, criar uma jurisprudência consolidada na matéria e, acima de tudo, integrar-se em um sistema que ofereça e equalize reciprocamente seus benefícios. Para isso, é preciso coerência e atenção para que todas as partes interessadas nos câmbios comerciais tenham a tranquilidade de serem alvos do devido tratamento legal. As formas unilaterais de remediar práticas desleais do comércio, ainda que legítimas, devem pautar-se no tratado que as baliza e adequar-se igualmente às normas de direito interno que lhes tocam. A atuação de órgãos do governo desatenta ao arcabouço normativo internacional, além de poder configurar abuso de direito,

traz insegurança jurídica às negociações internacionais e fere gravemente a credibilidade conquistada pelo Brasil.

V. Referências

- BARRAL, Welber; BROGINI, Gilvan. **Manual prático de defesa comercial**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- BÖHLKE, Marcelo. A regulamentação internacional dos subsídios e o caso Brasil-Aeronaves. In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e o protecionismo**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick, **Droit international économique**. 3ed. Paris: Dalloz, 2007.
- DAILLIER, Patrick, LA PRADELLE, Géraud; GHÉRARI, Habib. **Droit de l'économie internationale**. Paris: A. Pedone, 2004.
- DANTAS, Adriana. **Subsídios agrícolas – regulação internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Alexandre Marques da Silva. **Subsídios e medidas compensatórias na OMC: tendências e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- MONTORO FILHO, André Franco. Teoria Elementar do Funcionamento do Mercado. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antônio S. (orgs.). **Manual de economia**. Cap. 6. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004
- PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antônio S. (orgs.). **Manual de economia**. Cap. 6. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- THOUVENIN, Jean-Marc. Les subventions et les mesures compensatoires. In: DAILLIER, Patrick, LA PRADELLE, Géraud; GHÉRARI, Habib. **Droit de l'économie internationale**. Paris: A. Pedone, 2004, p.400.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. **United States — Subsidies on Upland Cotton**. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm. Acesso 10 de julho de 2015.

O papel da OMC no Combate à Corrupção no Comércio Internacional

Luciana Dutra de Oliveira Silveira¹

Resumo: A corrupção atinge o comércio local e também o comércio internacional, sendo o último regulamentado pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Ainda que a redução da corrupção no comércio internacional seja um tópico de alta relevância, nota-se que os acordos da OMC não possuem regras expressas de combate à corrupção. Sendo assim, o presente artigo analisa a interação entre o comércio internacional e a corrupção, os possíveis impactos que as leis anticorrupção podem ter sobre o comércio internacional e o papel da OMC no combate à corrupção. A partir dessa análise, propõe-se que a principal contribuição da OMC como órgão regulamentador diz respeito à corrupção “pequena”, comum no contato direto entre empresas atuantes no comércio internacional e funcionários públicos. Nessa seara, destacam-se regras de transparência e acesso à informação, bem como o Acordo de Facilitação do Comércio, que visa a redução de burocracias nos procedimentos aduaneiros.

Palavras-chave: OMC; corrupção; comércio internacional; FCPA; UK Bribery Act

I. Introdução

A corrupção remonta aos primórdios da sociedade e não se limita a países menos desenvolvidos. Nos dias de hoje, sobretudo no Brasil, os escândalos de corrupção têm invadido as pautas de noticiários, jornais e revistas. Por outro lado, nunca foi tão evidente a percepção de que a corrupção é um mal a ser erradicado.

Inicialmente, tinha-se que a corrupção eram atos no comércio local com o objetivo de garantir vantagens dentro do próprio território. No entanto, com a expansão da integração econômica entre os países e o desenvolvimento da globalização cada vez mais forte, a corrupção passou a ser um fenômeno também no comércio internacional.

Dito isto, a primeira seção desse artigo será dedicada à análise da interação entre o comércio internacional e a corrupção, com foco nas situações em que as atividades de importação e exportação podem ser alvo da corrupção. A segunda seção abordará os possíveis impactos das leis anticorrupção para o comércio internacional, analisando-se, outrossim, o fluxo de comércio dos Estados Unidos e do Reino Unido após a implementação do FCPA e do *UK Bribery Act*, respectivamente. A terceira seção examinará as normas atualmente em vigor na OMC que possuem viés de combate à corrupção e questionará a necessidade de se tratar o assunto diretamente nos Acordos da OMC. Por fim, a quarta seção trará as considerações finais sobre o papel da OMC no combate à corrupção.

¹ Advogada na área de Comércio Internacional no Inglez, Werneck, Ramos, Cury e Françolin Advogados, doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP, mestre em Direito Econômico Internacional e Política Internacional (IELPO) pela Universidade de Barcelona, graduada em Direito pela PUC-SP. E-mail: ldosilveira@gmail.com.

II. O comércio internacional e a corrupção

De acordo com diversos organismos internacionais² e com a *Transparency International*³, organização não governamental famosa por suas ações de combate à corrupção ao redor do mundo, um ato de corrupção pode ser definido como um *abuso de poder para ganho privado*. Para efeitos do presente artigo, limitar-se-á ao conceito de que a corrupção se caracteriza pelo desvio dos poderes normais de um *agente público* em troca de benefício pecuniário ou de *status* de um ente privado (pessoa física ou jurídica).

A *Transparency International* também explica, a partir de conceitos já amplamente adotados pela doutrina (World Bank 2008; Ala'i 2008; Rose-Ackerman 2006; Nichols 1996; Schefer 2008:16 e outros), que existem três tipos de corrupção: grande e pequena, a depender do nível hierárquico do funcionário público envolvido no ato, e política. A *corrupção grande* consiste em atos praticados em um alto nível do governo, que distorce políticas ou o funcionamento central do Estado, permitindo com que alguns líderes se beneficiem às custas do bem público. A *corrupção pequena* se refere ao abuso do poder confiado ao funcionário público de baixo ou médio nível hierárquico na sua interação de dia-a-dia com cidadãos normais, que frequentemente buscam acesso a bens ou serviços básicos. Por fim, a *corrupção política* se trata de uma manipulação das políticas, instituições e decisões procedimentais na alocação de recursos e financiamentos, envolvendo políticos tomadores de decisões que abusam de suas posições a fim de sustentarem seus poderes, *status* e/ou riquezas.

A corrupção *distorce as condições internacionais da concorrência*⁴, traz sérias consequências para a sociedade, compromete o desenvolvimento do país e gera resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis (Gonçalves 2013:89). De acordo com Philip Nichols, a corrupção afeta o comércio internacional de três maneiras: (i) a corrupção funciona como uma sobretaxa, equivalente a uma tarifa de importação ou exportação, no comércio de bens e serviços, (ii) a corrupção facilita a criação de monopólios e oligopólios que impedem ou dificultam a entrada de novos concorrentes no mercado e (iii) a corrupção distorce o processo decisório da compra e venda de bens e serviços. Ademais, segundo esse autor, a corrupção

² A Organização dos Estados Americanos – OEA, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a Organização das Nações Unidas – ONU e diversas outras normativas domésticas adotam conceitos similares.

³ Vide TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Faqs on Corruption*, disponível em <https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption/9/>, último acesso em 26/08/2015.

⁴ Alínea 1 do preâmbulo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

também afeta o comércio internacional na medida em que prejudica o desenvolvimento e surgimento de novos mercados para bens e serviços (Nichols 1996:67-68).

Tendo em vista as considerações acima, observa-se que a corrupção no comércio internacional pode ocorrer em situações de contato direto ou indireto dos funcionários públicos com a importação e exportação de bens e serviços. O primeiro cenário envolve funcionários públicos cujo exercício de suas funções está direto e intrinsecamente relacionado com o comércio internacional (por exemplo, autoridades aduaneiras) – similar à corrupção pequena. O segundo cenário diz respeito ao funcionário público cujos deveres regulares de atuação causam efeitos sobre o comércio internacional (por exemplo, legisladores) – podendo se enquadrar em corrupção grande ou política.

No primeiro cenário, são inúmeros os casos em que a aplicação de uma medida não tarifária ao comércio internacional pode gerar a oportunidade para atos de corrupção. Licença não automática, quota, medida sanitária e regulamento técnico são alguns exemplos que exigem a atuação de agentes aduaneiros na implementação ou fiscalização da medida. Nessas situações, a oportunidade para a corrupção surge quando o funcionário público tem o poder discricionário de conceder um direito valioso para o ente privado (Schefer 2008:16), por exemplo, a concessão de licenças.

Financeiramente, pagar propina ao agente aduaneiro para que a licença seja liberada com maior rapidez pode significar, dentre outros fatores pecuniários, redução nos custos de armazenagem, *demurrage* e multa junto ao comprador. Com efeito, segundo estudos econômicos de Jong e Bogmans, o pagamento de propina parece compensar a má qualidade das aduanas (medida pelo número de dias para concluir a importação, bem como pelo mau funcionamento dos procedimentos) e aumentar o fluxo de importação (Jong 2011:388-391).

Ademais, segundo estudo realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os agentes aduaneiros foram corrompidos em 11% dos casos analisados e receberam somente 1,14% de toda a propina nos atos de corrupção considerados. Isso sugere que os atos de corrupção em aduanas têm a natureza de “pequenos pagamentos de facilitação” do comércio (OECD 2014:23).

Nesses casos, portanto, conclui-se que a falta de transparência quanto aos procedimentos aduaneiros, a ausência de prazos claros, a não utilização de sistemas eletrônicos e diversas outras exigências conhecidas como *red tape* se posicionam como dificultadores do comércio e facilitadores dos atos de corrupção (Doing Business 2015).

Há de se ter em vista, ainda, o segundo cenário de corrupção no comércio internacional por meio do contato indireto com o poder público. Nesse contexto, é bastante comum a figura

do agente de relações governamentais ou lobista, que leva a conhecimento do poder público os interesses do setor privado⁵. Frise-se que, aqui, o entre privado pode ser tanto a empresa nacional que visa uma proteção frente ao importado, quanto uma empresa estrangeira que visa benefícios no acesso ao mercado doméstico de um determinado país.

Quando uma empresa pensa em expandir sua atuação ou investir em um território novo é natural que ela interaja com o poder público. Porém, no curso dessa interação, a ausência de regulação ou regras de conduta pode gerar oportunidades para atos de corrupção⁶. Por exemplo, abolição de impostos e taxas que deveriam ser pagos, incentivos que podem vir a ser concedidos, infraestrutura para viabilizar o projeto e possibilidades de fechar o mercado para competidores (Layne 1980:29).

Nesse sentido, nota-se que o contato indireto de funcionários públicos com o comércio internacional está, hoje, sujeito a atos de corrupção devido à atividade não regulamentada de lobistas e à falta de transparência no financiamento político por entes privados. Assim sendo, vislumbra-se que a regulação dessas atividades pode diminuir a oportunidade para atos de corrupção, bem como indiretamente promover o livre comércio.

III. O comércio internacional e as leis anticorrupção

44

As leis anticorrupção têm como foco a responsabilização da pessoa física e jurídica pela prática de atos de corrupção. Tendo em vista que os atores do comércio internacional são sobretudo empresas ou indivíduos representantes de pessoas jurídicas, acredita-se que o elo a ser eventualmente impactado com a implementação de leis anticorrupção são as pessoas jurídicas.

Alguns estudiosos argumentam que as normas anticorrupção podem criar barreiras ao comércio internacional na medida em que restringem a livre atuação de empresas.⁷ A fim de

⁵ Segundo o Lobbying Disclosure Act promulgado pelos EUA em 1995, entende-se como atividade do lobista comunicação oral ou escrita para um órgão oficial do Executivo ou do Legislativo, com a finalidade principal de auxiliar ou influenciar na formulação, modificação, administração ou adoção de uma legislação federal, regra, regulação, ordem executiva ou qualquer outro programa, política, ou posição do governo, incluindo a negociação, concessão ou alteração de um contrato, permissão, empréstimo ou licença.

⁶ Segundo Jenkins, a prática de atos de corrupção por parte de lobistas ocorre, principalmente, em setores industriais altamente regulados pelos Estados, como o aeroespacial, o farmacêutico, o tabagista, o petrolífero, o químico e o da borracha. (JENKINS, Rhys. *Transnational Corporations and Uneven Development: the Internationalization of Capital and the Third World*. London: Methuen. 1987. Pg 177.)

⁷ GRAHAM, John L. *The Foreign Corrupt Practices Act: A new perspective*. Journal of International Business Studies, Vol. 15, No. 3 (Winter, 1984), pp. 107-121; BECK, Paul J. Beck et al. *The impact of the foreign corrupt practices act on us exports*. Managerial and Decision Economics, Volume 12, Issue 4, pages 295-303, August 1991.

avaliar esta premissa, é preciso, inicialmente, ventilar quais seriam os possíveis impactos para as empresas atuantes no comércio internacional com a implementação de leis dessa natureza.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a implementar uma legislação doméstica com vistas a criminalizar a corrupção e penalizar pessoas físicas e jurídicas. O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) foi implementado em 1977. Segundo as próprias autoridades norte-americanas, a edição dessa lei incentivou empresas envolvidas no comércio internacional a desenvolverem abrangentes programas de *compliance*, por meio dos quais passaram a ser exigidas investigações internas e procedimentos específicos a fim de prevenir atos de corrupção⁸.

Com efeito, à luz dos diversos instrumentos internacionais adotados ao final da década de 90 e começo dos anos 2000 (Carvalho 2013:122)⁹, bem como inúmeras leis anticorrupção implementadas em âmbito nacional como o *UK Bribery Act* no Reino Unido, observa-se que o cumprimento das leis anticorrupção exige uma mudança de comportamento substancial por parte das empresas atuantes no comércio internacional.

Tal mudança teria de visar, entre outras medidas, a criação e adoção de novas políticas internas de prevenção à corrupção; diligência na atuação de funcionários que possuem interação com o poder público; diligência na contratação de terceiros, sobretudo em consideração ao contato com o poder público, envolvimento do terceiro com possíveis casos de corrupção, país de atuação e regras de conduta do terceiro a ser contratado; implementação de programas de treinamento e monitoramento da pessoa jurídica; rastreabilidade de pagamentos; regularização de toda e qualquer doação e financiamento político; implementação de canais de denúncia que permitam a investigação de casos suspeitos e, eventualmente, delação de atos de corrupção¹⁰.

Diante desse rol de medidas a serem adotadas por empresas atuantes no comércio internacional, entende-se que, de fato, ao menos no curto prazo, as leis anticorrupção impõem um padrão de comportamento e preocupação que podem sim afetar negativamente o comércio internacional. Não obstante isso, caso esse impacto seja confirmado, acredita-se que ele tende

⁸ Relatório de monitoramento da primeira fase de implementação da Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, disponível em <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2390377.pdf>, 28/08/2015.

⁹ Alguns dos instrumentos de maior importância são: a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 (Convenção da OEA), a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 1997 e a Convenção da ONU contra a Corrupção de 2003.

¹⁰ Vide recomendações de comportamento emitidas pela OCDE (<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>), pelos Estados Unidos (<http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>) e pelo Reino Unido (<https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>).

a ser transitório haja vista que, após implementadas todas as medidas necessárias, as empresas ditariam o novo padrão a ser seguido no comércio internacional.

A fim de ratificar esta observação, o presente artigo propõe a análise do fluxo de comércio internacional de dois dos principais países atuantes no combate à corrupção: Estados Unidos e Reino Unido¹¹.

No caso dos EUA, nota-se, inicialmente, que a aplicação do FCPA permaneceu bastante tímida nos primeiros anos. De 1978 a 2000, a Comissão de Valores Mobiliários e Câmbio (*Securities and Exchange Commission* – SEC)¹² aplicou apenas 9 (nove) medidas corretivas com base no FCPA, sendo que de 2001 a 2004 foram aplicadas um total de 12 (doze) medidas. O Departamento de Justiça (*Department of Justice* – DOJ)¹³, por sua vez, teve mais casos que a SEC, provavelmente em função da natureza criminal de suas ações, e aplicou 38 (trinta e oito) sanções no primeiro intervalo de 23 anos e 21 (vinte e uma) medidas no segundo intervalo de 4 anos¹⁴. De toda maneira, o crescimento no número de condenações, tanto da SEC quanto do DOJ, se tornou evidente de 2005 a 2010¹⁵, apresentando tendência regressiva e estática nos anos que se seguiram, conforme demonstra o gráfico abaixo:

¹¹ Tanto os EUA como o Reino Unido figuram entre os 4 países ranqueados com aplicação ativa da Convenção da OCDE.

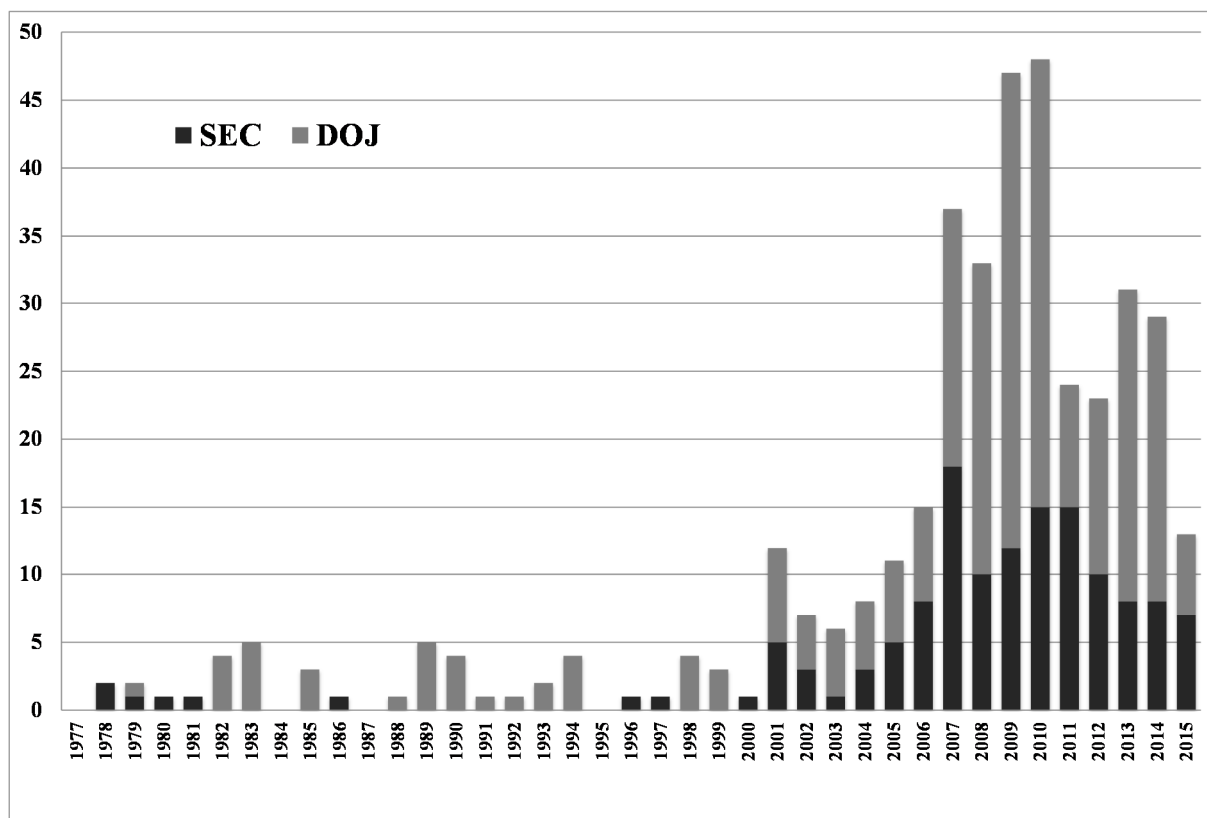
¹² No âmbito do FCPA, a SEC pode iniciar uma ação civil (perante um tribunal judicial) ou um processo administrativo (perante um tribunal administrativo independente da SEC). Dependendo do caso, a SEC pode iniciar ambos os procedimentos.

¹³ No âmbito do FCPA, o DOJ pode iniciar processo criminal ou civil. De uma forma em geral, os processos da SEC têm um caráter mais compensatório e os processos do DOJ mais punitivos.

¹⁴ Para uma lista completa dos casos de FCPA na SEC vide <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> e no DOJ vide <http://www.justice.gov/criminal-fraud/chronological-list>, último acesso em 24/08/2015.

¹⁵ Para maiores detalhes sobre os casos, valores de multas e informações sobre empresas condenadas, vide <http://www.fcpablog.com/>.

Gráfico 1 – Medidas Corretivas / Sanções FCPA

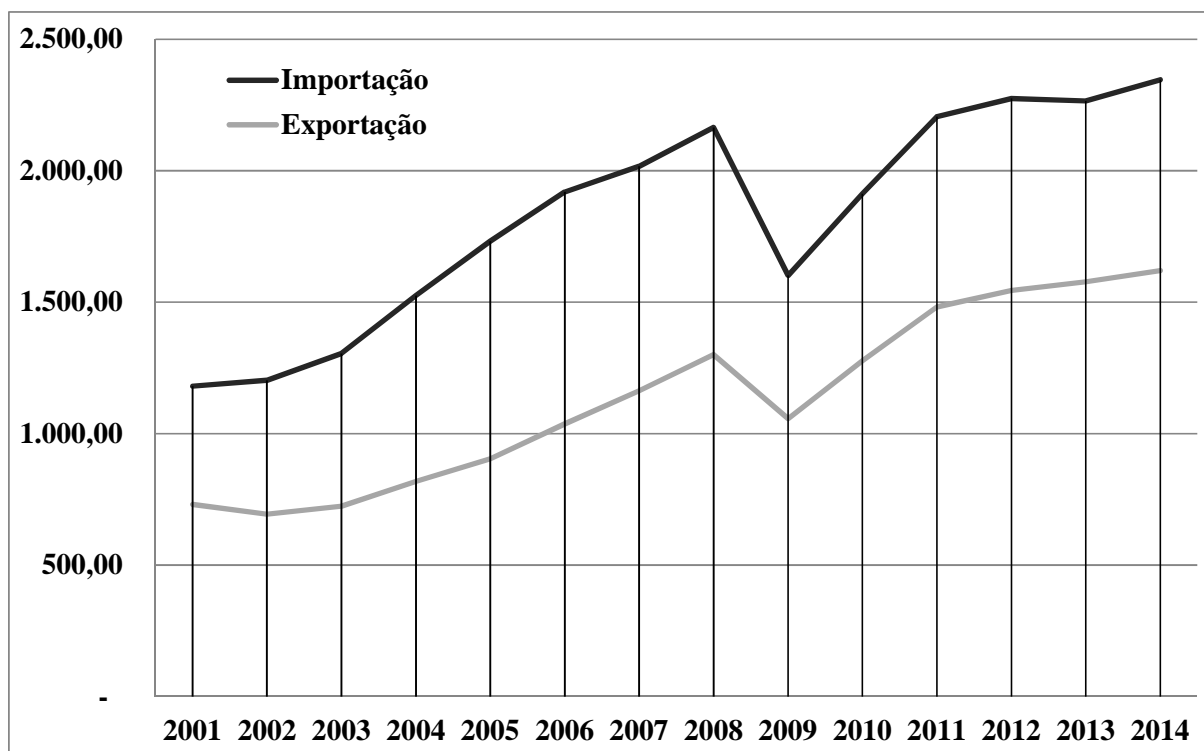


Fonte: FPCA (2015).

Traçando um comparativo com o valor em bens importados e exportados pelos EUA, medido em dólares americanos (US\$), observa-se que na fase em que as autoridades norte-americanas começaram a mostrar maior empenho na aplicação dos dispositivos do FCPA, isto é, de 2001 a 2004, o comércio internacional dos EUA demonstrou crescimento de 29% nas importações e 12% nas exportações. Por fim, no intervalo de crescimento exponencial das condenações, ou seja, de 2005 a 2010, o comércio internacional dos EUA aumentou em 10% suas importações e em 40% suas exportações. Cumpre ressaltar que esse aumento, porém, foi prejudicado pela forte queda no comércio internacional em 2009, ocasionado pela crise financeira mundial¹⁶. Vide gráfico abaixo:

¹⁶ Os valores de comércio internacional foram extraídos da base das Nações Unidas – UN Comtrade <http://comtrade.un.org/labs/BIS-trade-in-goods/?reporter=842&year=2014&flow=2>, último acesso em 28/08/2015.

Gráfico 2 – Comércio Internacional – EUA (US\$ bilhões)

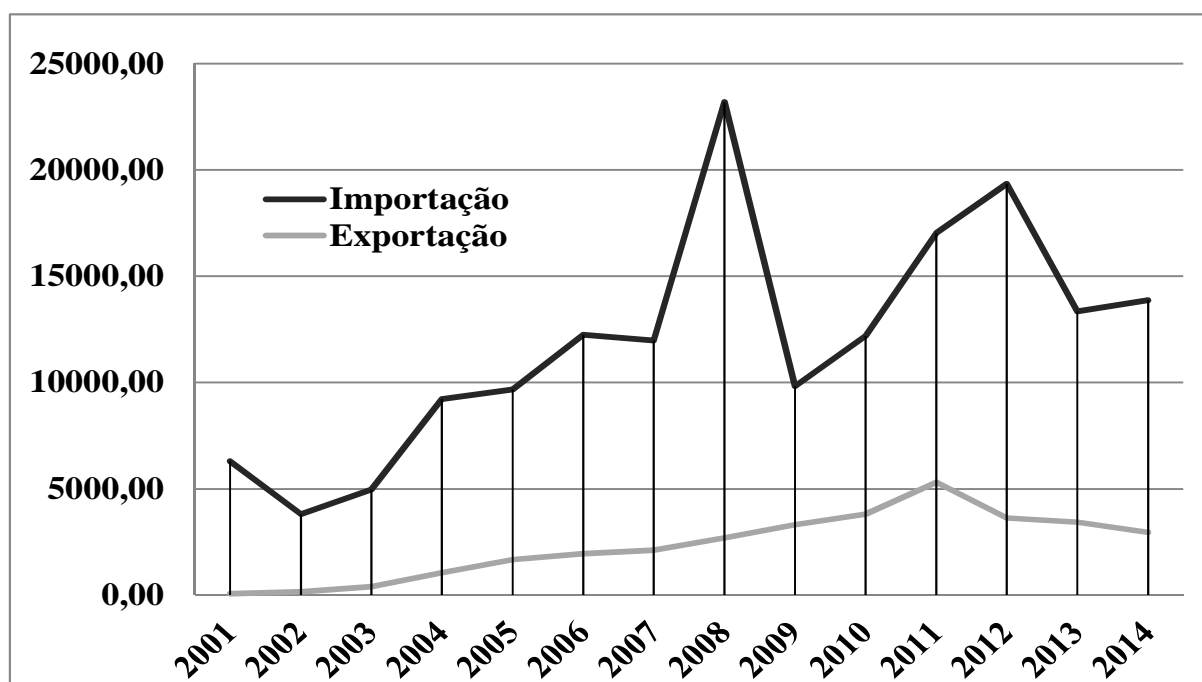


Fonte: UN COMTRADE (2015).

Adicionalmente, no que diz respeito ao comércio bilateral com países cuja percepção de corrupção é bastante alta, no caso Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália¹⁷, as importações originárias desse grupo cresceram 46% e as exportações 1.664% de 2001 a 2004. Além disso, de 2005 a 2010, o comércio internacional dos EUA com esses países teve crescimento muito mais modesto: aumentou 26% nas importações e 14% das exportações. Registre-se que nesse último intervalo, as exportações tiveram saldo positivo de crescimento somente devido ao comércio bilateral com o Iraque e Afeganistão, haja vista que as exportações para a Coreia do Norte e Somália foram negativas. Vide abaixo gráficos com cada uma das tendências mencionadas no comércio bilateral com os EUA:

¹⁷ A escolha desses países foi baseada na existência de comércio bilateral com os EUA e o Reino Unido desde o primeiro ano de análise, bem como na posição dos países no Índice de Percepção de Corrupção da *Transparency International* em 2014, disponível em <http://www.transparency.org/cpi2014/results>, último acesso em 28/08/2015). De acordo com o referido Índice, Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália figuram entre os seis países mais corruptos do mundo.

Gráfico 3 – Comércio EUA e Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália somados (US\$ milhões)

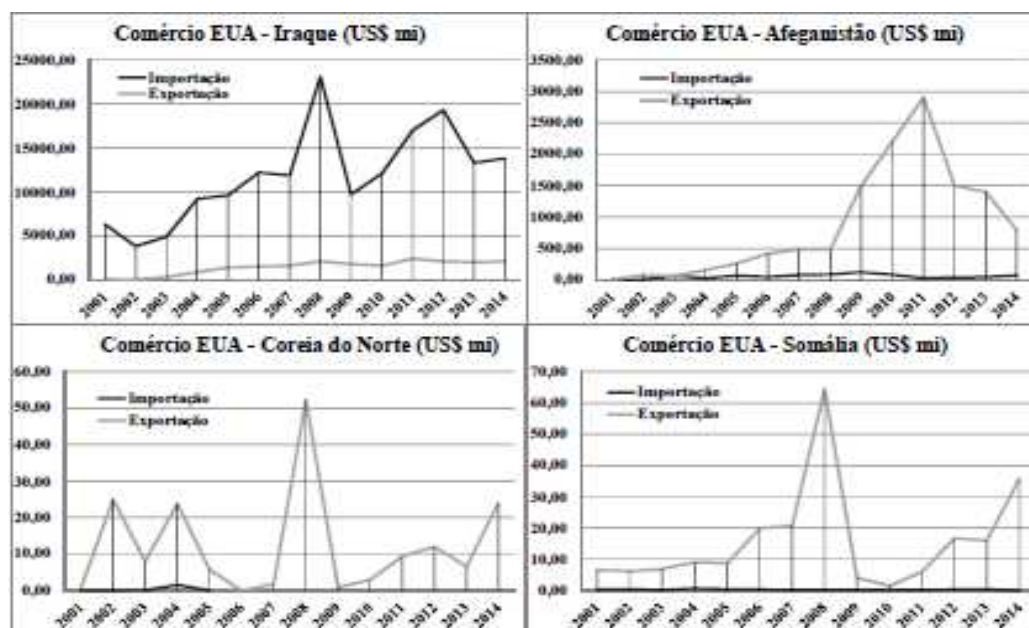


Fonte: UN COMTRADE (2015).

A Figura abaixo mostra o desempenho bilateral dos EUA com cada uma dessas econômicas (Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália), individualmente:

49

Figura 1 – Comércio EUA e Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália



Fonte: UN COMTRADE (2015).

Similar aos EUA, e após forte pressão exercida pela OCDE, o Reino Unido também implementou, em 2010, normativa especial que criminaliza e prevê severas punições pela prática de atos de corrupção para empresas e pessoas físicas – o *UK Bribery Act*. Comparado ao sistema norte-americano, o britânico recebe ainda severas críticas quanto a sua aplicação (*enforcement*). Segundo David Green, Diretor do Departamento de Fraudes Sérias (*Serious Fraud Office* – SFO), a principal razão de o sistema britânico ter menos investigações e medidas corretivas é que o padrão para se provar a responsabilidade jurídica em ofensas de corrupção é mais alto no Reino Unido que nos EUA. No Reino Unido é preciso estabelecer a identidade do corruptor e comprovar que as mentes controladoras da pessoa jurídica estavam coniventes com a corrupção.¹⁸ Soma-se a isso o fato de que o FCPA engloba atos de corrupção e fraudes contábeis, ao passo que o *UK Bribery Act* diz respeito tão somente à corrupção na forma de propina.

Desde a implementação do *UK Bribery Act*, a primeira condenação com base nessa normativa ocorreu em 2014, envolvendo ato de corrupção privada e não pública. Não obstante isso, é importante notar que alguns casos de corrupção ainda estão sendo investigados sob a égide do predecessor da lei anticorrupção atual – o *Prevention of Corruption Act*. Com base nessa normativa mais antiga, e também em 2014, o SFO condenou a empresa Smith & Ouzman Limited e dois de seus executivos por pagamentos ilícitos efetuados a fim de garantir contratos com o governo da Quênia e Mauritânia¹⁹.

Em que pese o pouco número de casos, a fim de observar se a implementação do *UK Bribery Act* teve impacto negativo no comércio internacional do Reino Unido seria ideal avaliar as estatísticas de importação e exportação desse país nos 5 (cinco) anos que antecederam a norma e nos 5 (cinco) anos que a sucederam. O primeiro período, portanto, seria de 2005 a 2009. Nesse intervalo, o Reino Unido teve um crescimento de 4% nas importações e queda de 8% nas exportações. Contudo, acredita-se que esses valores tenham sido prejudicados significativamente pela crise mundial em 2009, visto que as estatísticas de importação e exportação apresentavam tendência crescente até 2008. Ademais, considerando que o *UK Bribery Act* somente entrou em vigor por completo em 2011²⁰, o ideal seria que o

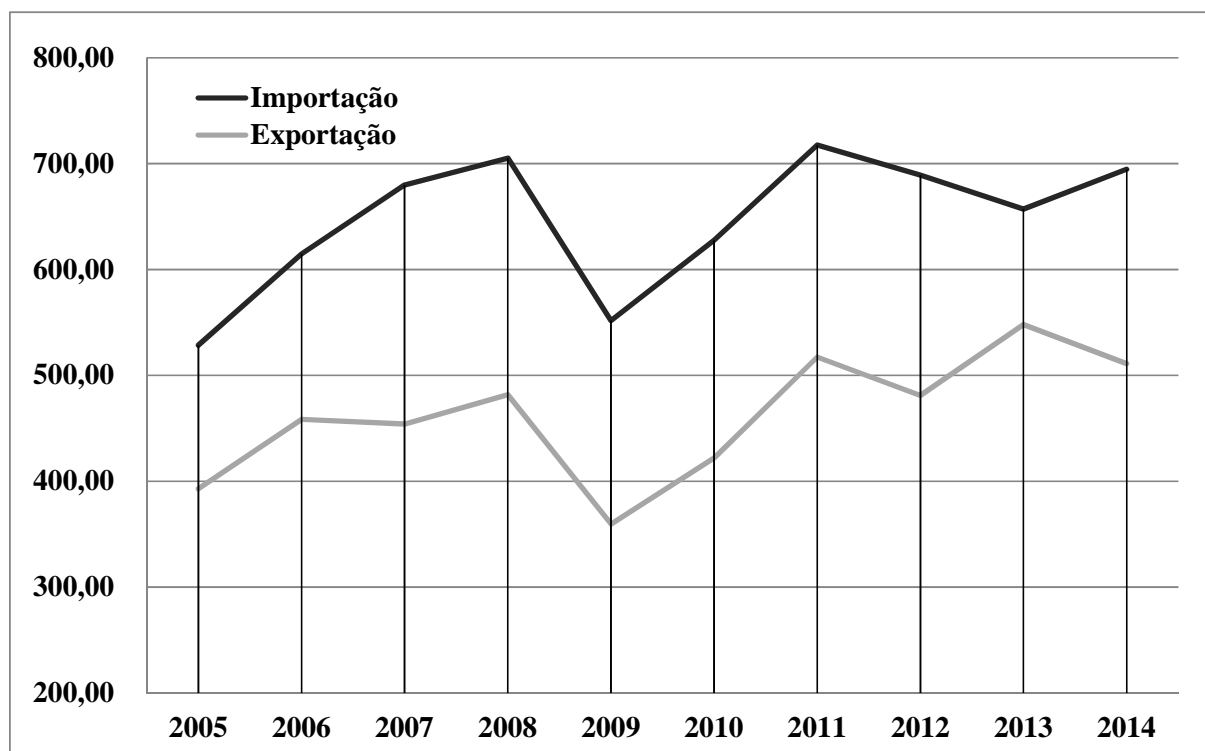
¹⁸ Exposição feita no Business Ethics Debate sobre “Prosecution and Enforcement of the UK Bribery Act”, em outubro de 2013, disponível em <http://goodcorporation.com/business-ethics-debates/prosecution-and-enforcement-of-the-uk-bribery-act/>, último acesso em 27/08/2015.

¹⁹ Vide comentários sobre a aplicação do *UK Bribery Act* em “2014 Year-End FCPA Update”, disponível em <http://www.gibsondunn.com/publications/Pages/2014-Year-End-FCPA-Update.aspx>, último acesso em 30/08/2015.

²⁰ Apesar de introduzido na legislação britânica em 2010, o *UK Bribery Act* somente entrou em vigor por completo em 1 de julho de 2011. Vide <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/19>, último acesso em 27/08/2015.

segundo período considerasse os anos de 2011 a 2014, base mais recente de dados disponível. Nesse sentido, nota-se que de 2011 a 2014 a tendência foi de queda do comércio internacional, com regressão de 3% nas importações e 1% nas exportações²¹. Vide gráfico que reflete esses cenários:

Gráfico 4 – Comércio Internacional – Reino Unido (US\$ bilhões)



Fonte: UN COMTRADE (2015).

Particularmente no que diz respeito ao comércio com países cuja percepção de corrupção é bastante alta, novamente, Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália, tem-se que de 2005 a 2009 tanto as importações como as exportações cresceram na ordem de 12% e 79%, respectivamente. De outra sorte, de 2011 a 2014, após a implementação do *UK Bribery Act*, as importações diminuíram 63% e as exportações 23%. Cabe mencionar que no intervalo anterior à norma somente o comércio bilateral com Iraque e Afeganistão tiveram alta, enquanto que o comércio com Coreia do Norte e Somália tiveram queda. Ainda, no intervalo posterior à norma, o cenário de queda nas importações foi observado somente com Afeganistão e Coreia do Norte, ao passo que nas exportações apenas o Afeganistão foi

²¹ Os valores de comércio internacional foram extraídos da base das Nações Unidas – UN Comtrade (<http://comtrade.un.org/labs/BIS-trade-in-goods/?reporter=842&year=2014&flow=2>, 28/08/2015)

responsável pela queda do grupo com retratação de 91%. Vide abaixo gráficos comparativos dessas tendências no comércio bilateral com o Reino Unido:

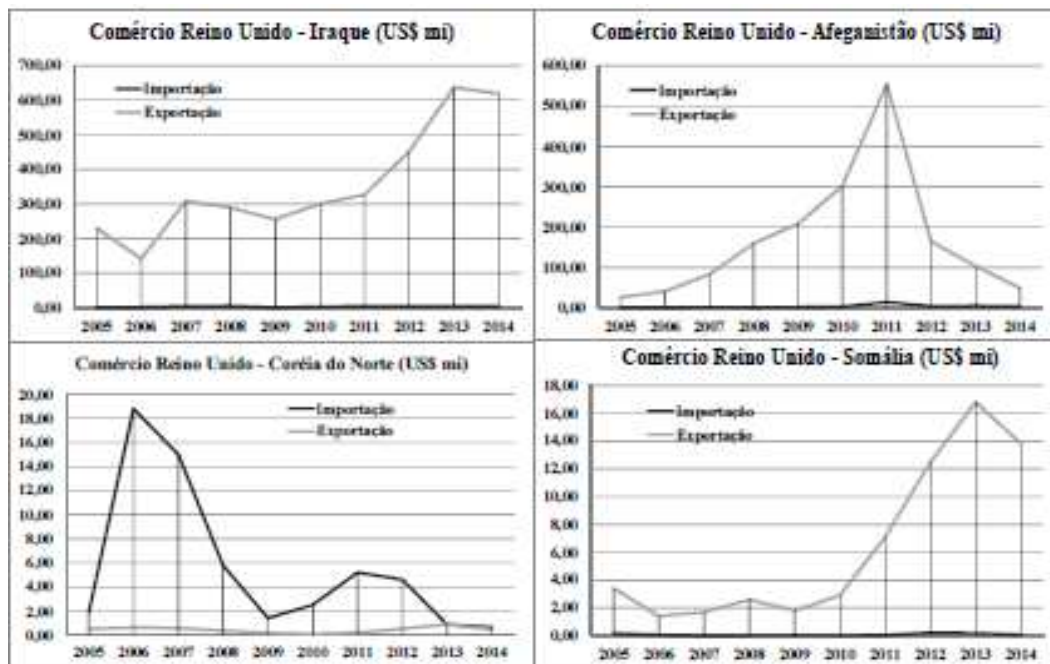
Gráfico 5 – Comércio Reino Unido e Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália somados (US\$ mi)



Fonte: UN COMTRADE (2015).

A Figura abaixo mostra o desempenho bilateral do Reino Unido com cada uma dessas econômicas (Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália), individualmente:

Figura 2 – Comércio Reino Unido e Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália



Fonte: UN COMTRADE (2015).

Em resumo, acredita-se que os dados de comércio global dos EUA parecem não refletir qualquer impacto negativo com a aplicação do FCPA. Já no caso do Reino Unido, o comércio internacional vinha seguindo tendência crescente até a implementação do *UK Bribery Act* e passou a seguir tendência inversa nos anos que seguiram, o que poderia ser sugestivo de um impacto negativo da legislação anticorrupção no comércio internacional do Reino Unido. No entanto, os dados globais de comércio desses dois países podem estar significativamente afetados pela crise financeira mundial de 2009 e, no caso do Reino Unido, soma-se a esse fator a crise político-econômica que alguns países da União Europeia vêm enfrentando nos últimos anos.

Ademais, observa-se que o comércio bilateral com Iraque, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália cresceu nos anos de maior implementação do FCPA, ainda que de forma mais modesta que nos anos anteriores. Inclusive, o resultado positivo nas exportações foi atrelado apenas a dois países do grupo. Nesse sentido, concluiu-se que a aplicação da legislação anticorrupção nos EUA pode ter impactado negativamente o comércio internacional com países cuja percepção de corrupção é bastante alta, mas que o balanço de qualquer impacto foi, no grupo, positivo. Cenário contrário foi observado no caso da implementação do *UK Bribery Act*, vez que o comércio internacional do Reino Unido com

países cuja percepção de corrupção é bastante alta caiu no período após a implementação do *UK Bribery Act*. Assim, entende-se que a queda é sugestiva de um impacto negativo no comércio internacional ainda que os dados individualizados por parceiro comercial não sejam idênticos.

Faz-se mister ressaltar, no entanto, que os dados de comércio bilateral ora analisados não são, por si só, conclusivos do efeito líquido que a implementação do FCPA e do *UK Bribery Act* tiveram para o comércio internacional dos seus respectivos países. A fim de traçar conclusões mais precisas do impacto das leis anticorrupção para o comércio internacional, entende-se necessário o aprofundamento da análise do fluxo de comércio internacional dos EUA e do Reino Unido com outros países cuja percepção de corrupção também é alta, bem como desenvolvimento da análise com base nos setores onde a prática de atos de corrupção é tida mais comum, quais sejam, nessa ordem, extração, construção, transporte e armazenagem, informação e comunicação (OECD 2014:21).

IV. O Papel da OMC no combate à corrupção

Joost Pawelyn afirma que as leis anticorrupção e as leis de comércio internacional buscam o mesmo fim, porém por meios diversos:

“Anti-corruption policies protect ‘public authorities’ against corruption by local and foreign ‘firms’ through predominantly ‘domestic’ criminal sanctions and fines; in contrast, trade [...] treaties protect ‘foreign firms’ (e.g. Market access for imports or protection of foreign investors) against restrictions or abuse by ‘public authorities’ through ‘international’ state-to-state [...] dispute settlement. However, all [two] regimes do so in the hope that reducing corruption or protecting foreign trade [...] will ultimately also benefit domestic consumers and citizens through cheaper goods and services, a more efficient economy and better governance.”

A Organização Mundial do Comércio (OMC) estabelece direitos e obrigações para liberalização do comércio internacional. Tendo em vista que tanto a corrupção quanto as normas anticorrupção podem se tornar uma restrição governamental ao comércio, poder-se-ia admitir que a OMC tem jurisdição sobre o assunto. No entanto, os Acordos da OMC pouco falam sobre corrupção.

Com efeito, a OMC só abordou explicitamente o tema em 2012 com a revisão do Acordo sobre Compras Governamentais (Schefer 2013), o qual é plurilateral e não faz parte do grupo de acordos válidos para todos os Membros da OMC (o Brasil, por exemplo, não é signatário). Ainda assim, dentre as regras de comércio internacional aplicáveis multilateralmente a todos os Membros estão inúmeros dispositivos que possuem o condão de

tornar o comércio mais transparente e previsível, o que, indiretamente, tem o efeito de reduzir o espaço e a oportunidade para atos de corrupção.

O Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações, por exemplo, exige procedimentos imediatos para licenças automáticas (artigo 2.2), prazos máximos para licenças não automáticas (artigo 3.5, f), instância revisional no caso de negativa na concessão de licenças (artigo 3.5, e) e notificação prévia dos procedimentos a serem exigidos (artigo 5). O Acordo de Agricultura, por sua vez, proíbe a aplicação de medidas banidas no processo de tarifificação, entre elas, restrições quantitativas, preços mínimo, licenciamento de importação discricionário e restrições voluntárias à exportação (artigo 4.2 e nota de rodapé n. 1). Em realidade, desde a era GATT, a preferência por tarifas ficou registrada como uma proibição geral a medidas não tarifárias (Artigo XI) e o sistema de solução de controvérsias da OMC interpretou tal dispositivo como um dos pilares do sistema multilateral do comércio²².

Note que tais medidas não tarifárias são exatamente aquelas descritas no cenário de contato direto entre funcionário público e comércio internacional (vide seção II). Conforme ressaltado por Van den Bossche, a preferência por tarifas deriva tanto de razões políticas quanto econômicas e, dentre os motivos para essa preferência, o referido autor ressalta que a administração de medidas não tarifárias é mais suscetível à corrupção que a administração de tarifas (Van den Bossche 2008:445-446).

Nessa mesma linha de raciocínio, a exigência por transparência e harmonização nas regras aplicáveis ao comércio internacional permite aos entes privados o conhecimento de seus direitos e limita a livre interferência de funcionários públicos na administração das medidas não tarifárias.

Ainda que os Membros da OMC não tenham negociado e acordado com os diversos dispositivos de transparência e harmonização com o objetivo de reduzir a corrupção, esse é certamente um dos seus efeitos. A título exemplificativo, destacam-se as exigências relativas ao comércio de bens em geral (Artigos VIII, X e XIII do GATT), comércio de serviços (Artigos III e VI do GATS), aspectos de propriedade intelectual (Parte III e Artigo 63 do TRIPS), medidas sanitárias (Artigos 3 e 7, Anexos B e C do Acordo sobre SPS, medidas técnicas (Artigos 2 e 4 do Acordo sobre TBT), medidas de investimento (Artigo 6 do TRIMs), regras de origem (Artigo 3 e Parte IV do Acordo sobre Regras de Origem) e valoração aduaneira (Acordo VII do GATT e o Acordo sobre Valoração Aduaneira).

²² Relatório do Painel, Turquia – Têxteis, WT/DS34/R, para. 9.63.

Além disso, cabe notar a importância do Acordo de Facilitação do Comércio, assinado pelos membros da OMC em dezembro de 2013, como parte do Pacote de Bali. Este acordo contém disposições que combatem a corrupção de forma até mais direta que qualquer outro acordo da OMC. Nele se prevê a simplificação dos procedimentos aduaneiros, cooperação eficaz entre as autoridades e questões de *compliance*. Por meio da facilitação do comércio, a OMC reduz consideravelmente a discricionariedade dos agentes aduaneiros e, conseqüentemente, diminui as margens de oportunidade para atos de corrupção nas aduanas.

Todas essas normativas são, de fato, um grande passo no combate à corrupção, ainda que indiretamente. O ente privado munido de informações claras e precisas poderá encontrar saídas legais para eventuais barreiras ao comércio sem vislumbrar, na corrupção, uma forma mais rentável de resolver o problema. Ainda, o funcionário público, com menos influência sobre a administração ou os resultados de medidas aplicáveis ao comércio internacional, perderá seu valor em ser corrompido.

Permanece, porém, o questionamento: poderia a OMC fazer mais pelo combate à corrupção no comércio internacional? Ou ainda, deveria a OMC estabelecer normas relativas ao combate à corrupção?

A OMC é tida pela comunidade internacional como uma organização sólida, respeitável e bem-sucedida. Além disso, muito em função da *quasi*-judicialidade do sistema de solução de controvérsias da OMC, os países Membros têm incentivado o debate de diversos temas originalmente alheios a essa instituição²³. Tomando tais debates como exemplo, e considerando que a corrupção tem impactos visíveis para o comércio internacional conforme discutido na seção II e III, poder-se-ia incentivar a discussão aberta do tema nas rodadas de negociação multilaterais.

Ademais, de acordo com Philip Nichols, a OMC é uma organização capaz de se fazer cumprir a exigência de que cada Membro criminalize a corrupção e implemente medidas de combate a essa prática (Nichols 1996:75-82). Complementa o autor que o combate à corrupção carece de uma coordenação internacional ótima e que a OMC poderia viabilizar essa coordenação²⁴. No entanto, ao fim e ao cabo, conclui que “na medida que o assunto tem alguma interseção com o comércio, a voz da Organização Mundial do Comércio deve ser ouvida, mas a Organização em si não deve ser convocada para ser o árbitro final” (Nichols 1996: 87).

²³ Alguns exemplos são meio ambiente, direitos humanos, bem-estar animal, concorrência e câmbio.

²⁴ O autor menciona que a OCDE, que mantém hoje um dos tratados internacionais mais relevante no combate à corrupção, infelizmente restringe sua filiação e que isso limita seu poder de atuação. Há de se acrescentar que a OCDE também não possui um sistema de solução de controvérsias como o da OMC.

O Banco Mundial nota que, no combate à corrupção, as oportunidades para práticas dessa natureza serão reduzidas substancialmente quando houver o esforço de se aumentar a capacidade de monitoramento por parte dos cidadãos, bem como de contestar abusos do sistema, ambos por meio da informação sobre seus direitos e prerrogativas (World Bank 2008:64). Em outras palavras, medidas que busquem a transparência e acesso à informação são chaves para o combate à corrupção.

Nesse sentido, concorda-se com o posicionamento de que a OMC não deveria abordar o tema da corrupção de forma direta em seus acordos (Ala'i 2008 e Shefer 2008:41-44)²⁵, pois isso poderia sobrecarregar o sistema e prejudicar o debate de temas efetivamente sob a jurisdição da OMC.

V. Considerações finais

Conforme analisado ao longo do presente artigo, resta claro que a corrupção está presente no comércio internacional devido ao contato direto e indireto de empresas atuantes nesse contexto com funcionários públicos. Nessas relações, podem-se observar situações típicas de corrupção grande, pequena e política. Considerando que os casos de corrupção grande e política a OMC poderia exercer pouca ou nenhuma influência, acredita-se que a efetiva contribuição que a OMC pode oferecer é em relação ao combate da corrupção pequena (contato direto).

Além disso, notou-se que a implementação de legislações anticorrupção pode afetar negativamente o comércio internacional, ainda que de forma temporária, devido à imposição de um novo padrão de comportamento e fiscalização. No caso dos EUA e do Reino Unido, os dados de importação e exportação de bens parecem confirmar essa premissa, porém a avaliação apropriada do efeito líquido que a implementação do FCPA e do *UK Bribery Act* tiveram para o comércio internacional dos seus respectivos países requer aprofundamento.

Sendo assim, acredita-se que os dispositivos dos acordos da OMC atualmente em vigor que preconizam a transparência, o devido processo legal, os princípios da boa governança, a harmonização de procedimentos, o acesso a mercados e o acesso à informação são importantes passos no combate, ainda que indireto, da corrupção. Ademais, entende-se que a efetiva implementação do Acordo de Facilitação do Comércio é de grande importância

²⁵ Shefer sugere, ainda, que a Conferência Ministerial e o Secretariado da OMC deveriam emitir declaração condenando a corrupção no comércio internacional de forma inequívoca.

para a sedimentação de diversos desses dispositivos no que diz respeito a procedimentos aduaneiros, um dos graves focos de corrupção no comércio internacional.

VI. Referências Bibliográficas

- ABBOT, Kenneth. *Rule-making in the WTO: lessons from the case of bribery and corruption*. *J Int Economic Law* (2001) 4 (2): 275-296.
- ALA'I, Padideh. *The WTO and the Anti-Corruption Movement*. American University Washington College of Law, 2008.
- BECK, Paul J. Beck et al. The impact of the foreign corrupt practices act on US exports. *Managerial and Decision Economics* (1991), Volume 12, Issue 4, pages 295–303.
- BECK, Paul J. Beck et al. The impact of the foreign corrupt practices act on us exports. *Managerial and Decision Economics*, Volume 12, Issue 4, pages 295–303, August 1991.
- CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. *Corrupção e Direito Internacional: O Combate Internacional à Corrupção e a Regulação do Lobby Praticado por Empresas Transnacionais*. In LAUFER, Daniel. *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013. Pg 122.
- Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency, disponível em <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>, ultimo acesso em 22/08/2015.
- GONÇALVES, Oksandro. *Corrupção e Direito Comercial: A corrupção sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. In *Corrupção – Uma Perspectiva entre as Diversas Áreas do Direito*, Coord. Daniel Laufer. Editora Juruá: Curitiba, 2013.
- GRAHAM, John L. The Foreign Corrupt Practices Act: A new perspective. *Journal of International Business Studies*, Vol. 15, No. 3 (Winter, 1984), pp. 107-121
- GRAHAM, John L. The Foreign Corrupt Practices Act: A new perspective. *Journal of International Business Studies*, Vol. 15, No. 3 (Winter, 1984), pp. 107-121;
- JENKINS, Rhys. *Transnational Corporations and Uneven Development: the Internationalization of Capital and the Third World*. London: Methuen. 1987. Pg 177.
- JONG, Eelke; BOGMANS, Christian. *Does corruption discourage international trade?* *European Journal of Political Economy* (2011), Volume 27, Issue 2, Pages 385-398.
- KNACK, Stephen; AZFAR, Omar. *Trade intensity, country size and corruption*. *Economics of Governance* (2003) 4: 1–18.
- LAUFER, Daniel. *Corrupção – Uma Perspectiva entre as Diversas Áreas do Direito*. Editora Juruá: Curitiba, 2013.
- LAYNE, Christopher. *The Multinational Enterprise in the International Political System: a Theoretical Consideration*. *New York University Journal of International Law and Politics*, 13, 27-61. 1980. Pg 29.
- NICHOLS, Philip M. *Corruption in the WTO: Discerning the limits of the WTO's authority*. 28 *NYU J. International Law & Politics* 711, 1996.
- OECD Foreign Bribery Report - An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials
- ROSE-ACKERMAN, Susan (ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar: 2006
- SANDHOLTZ, Wayne; KOETZLE, William. *Accounting for Corruption: Economic Structure, Democracy, and Trade*. *International Studies Quarterly* (2000), Volume 44, Issue 1, pages 31–50.
- SAYED, Abdulhay. *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2004.
- SCHEFER, Krista Nadakavukare. *Corruption and the WTO Legal system*. NCCR Trade Regulation. Working Paper No. 2008/15. June 2008.
- SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *Will the WTO Finally Tackle Corruption in Public Purchasing? The Revised Agreement on Government Procurement*. *American Society of International Law*, Volume: 17, Issue: 11, 2013.
- THEDE, Susanna; GUSTAFSON, Nils-Åke. *The Multifaceted Impact of Corruption on International Trade*. *The World Economy* (2012), Volume 35, Issue 5, pages 651–666.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2d ed., Cambridge U. Press, 2008, p. 445-446.
- World Bank, *Public Sector Reform: What Works and Why? An IEG Evaluation of World Bank Support*, Washington D.C.: World Bank, disponível em http://ieg.worldbank.org/Data/reports/psr_eval.pdf, ultimo acesso em 30/08/2015.
- ZELEKHA, Yaron; SHARABI, Eyal. *Corruption, institutions and trade*. *Economics Governance* (2012), Volume 13, Issue 2, pp 169-192.

INCENTIVOS FISCAIS NO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO: ANÁLISE DOS SUBSÍDIOS ÀS EXPORTAÇÕES

Lucas Bevilacqua¹

Resumo: O presente artigo analisa a conformidade do RECAP com o ASMC a partir da perspectiva do princípio do país do destino a determinar a completa desoneração das exportações com vistas a propiciar neutralidade da tributação no Comércio Internacional. A partir do método dedutivo o trabalho empreende análise geral do ASMC que prevê tratamento específico aos subsídios às exportações veiculando, inclusive, lista ilustrativa de incentivos fiscais nas exportações considerados subsídios proibidos (Anexo I). Em interpretação do artigo XVI do GATT combinada com a *footnote 1* do ASMC se alcança a compreensão da legitimidade da desoneração das exportações como medida de neutralidade da tributação no fluxo internacional de mercadorias. A imputação da prática de subsídios proibidos macula a política brasileira de comércio exterior o que opera como fator de fuga de capitais e desestímulo à indústria nacional, já com baixa competitividade no atual cenário do comércio internacional. Eventual conclusão pela ilegitimidade do RECAP representaria ofensa de morte à neutralidade tributária. A partir da análise da tributação sobre o valor agregado conclui-se, ao final, pela legitimidade do RECAP com o SMC.

Palavras-chaves: Subsídios às exportações- princípio do país do destino- RECAP

I. Introdução

O painel (DS) n.472 na Organização Mundial do Comércio (OMC) em face dos regimes especiais tributários do Plano Brasil Maior (PBM) editado no ano de 2011, muito embora, já vigentes há alguns anos parte desses regimes - a exemplo do Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP) - recomenda cautela da indústria nacional e do Governo Federal.

No ano de 2014 a União Europeia (UE), após procedimento de consulta, requereu a instalação de painel perante a OMC quanto aos seguintes incentivos fiscais no Plano Brasil Maior: (i) tratamento tributário do setor automotivo (INOVAR-AUTO); (ii) tratamento tributário do setor de eletrônicos (PADIS e PATVD); (iii) regime tributário especial aos exportadores (RECAP e regime para empresas predominantemente exportadoras-PEP)²; o que recentemente reiterado por pedido de consulta pelo Japão³.

Entre os principais fundamentos jurídicos para hostilização dos incentivos brasileiros constam os artigos dos acordos GATT/OMC relativos ao princípio da nação mais favorecida (MFN) (Artigo I:1 do GATT 1994), ao princípio do tratamento nacional (TN) (Artigo III:2 e 4 do GATT 1994), a subsídios proibidos por exigência de conteúdo

¹ Doutorando e Mestre em Direito Tributário (USP) com formação complementar em Comércio Internacional pela *Mission of Brazil to the World Trade Organization (WTO) in Geneva*, associado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e Procurador do Estado (GO) em Brasília. E-mail: lucas.bevilacqua@fgv.br.

² OMC. Brazil- Certain Measures Concerning Taxation and Charges (DS 472).

³ OMC. Brazil- Certain Measures Concerning Taxation and Charges (DS 497).

local (LCR) (Hestermeyer & Nielsen 2014)⁴ e desempenho de exportação e a medidas proibidas para a atração de investimento (artigos 2.1 e 22 do TRIMs).

Os países-membros demandantes entendem que o PBM está em desacordo com as regras do Comércio Internacional o que poderá resultar não só na revogação de tais desonerações tributárias, mas, também, na imposição de retaliações cruzadas ao Brasil em prejuízo às exportações brasileiras.

Para o Governo Federal os programas brasileiros desenvolvem papel importante no desenvolvimento econômico e tecnológico do País, bem como para a promoção da preservação do meio ambiente e da integração nacional se encontrando, assim, de acordo com as regras do Comércio Internacional.

Ante aos vários questionamentos formulados pelos países-membros procede-se no presente trabalho um recorte temático para analisar, exclusivamente, a compatibilidade do Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP)⁵ com as regras do sistema multilateral de comércio (SMC).

A competitividade nas exportações está diretamente atrelada à carga tributária que incorre a indústria nacional, sobretudo, diante da incidência de tributos indiretos (ICMS, IPI, PIS/ COFINS) nas etapas anteriores à operação de exportação.

Ainda que mitigado o ônus tributário pela opção ao regime não cumulativo no PIS/COFINS, exclusiva àqueles contribuintes sob o regime do lucro real (IRPJ), tem-se que a cumulatividade continua na medida em que “não há como fazer com que contribuintes sujeitos ao regime não-cumulativo transacionem apenas entre si e, como nos antigos regimes, continuem sem direito a creditar-se da COFINS cobrada dos insumos e bens de capital que adquirem” (Belluzzo *et al* 2005:726).

Além dessa falha o regime não cumulativo ainda apresenta outras distorções, a exemplo, do acúmulo de créditos por exportadores, resíduos tributários e a dificuldade de ressarcimento; o que ensejou a criação do RECAP. Editado, inicialmente, através da *MP do bem* (Medida Provisória n. 252, de 15 de junho de 2005), dado que veiculava outras *bondades* (Benício & Barreto 2006:168) além do tratamento diferenciado às exportações com valor agregado, se cogita, desde então, eventual violação de regras da OMC (Balassiano & Monteiro 2005) com fulcro em julgados do Órgão de Solução de

⁴ Artigo 3.1(b) ASMC.

⁵ OMC. Brazil- Certain Measures Concerning Taxation and Charges (DS 472).

Controvérsias (OSC) (Benjamin 2013) que consideraram a prática de subvenções à exportadores como subsídios proibidos⁶.

Julgado perante o OSC⁷ demonstra que a prática de subvenções creditícias nas exportações não é exclusiva de países em desenvolvimento tratando-se de prática antiga no Comércio Internacional. A Itália, por exemplo, ainda na década de 50 já previa institucionalmente a concessão de subvenções às exportações com vistas a alcançar competitividade no comércio exterior (Mignolli 1996:491).

A concessão de subsídios às exportações adquiriu um colorido especial quando do julgamento do painel DS 108 no qual a União Europeia insurgiu-se em face do regime tributário especial *Foreign Sales Corporate (FSC)*; o que impôs aos Estados Unidos alteração de seu sistema tributário dado que o *FSC* configurava prática de subsídios proibidos⁸.

O método a ser empreendido com vistas a alcançar o objetivo proposto será dedutivo partindo-se da análise geral do tratamento conferido aos subsídios às exportações no SMC e a orientação jurisprudencial vigente no *Appellate Body (AB)* do OSC a fim de se verificar a compatibilidade do RECAP com o SMC.

II. Subsídios tributários às exportações perante a Organização Mundial do Comércio

No atual cenário do comércio internacional de constante atração de capitais o fator tributário desempenha papel decisivo na alocação de investimentos estrangeiros diretos (IED). Para Reuven Avi-ionah (2002), em iguais condições de regulação de mercado, a tributação opera como fator determinante na tomada de decisão empresarial.

Reuven Avi-Yonah, em trabalho dedicado a análise dos subsídios às exportações e competição tributária perante a OMC, conclui que países em desenvolvimento precisam oferecer incentivos fiscais para serem competitivos no Comércio Internacional. A partir de vastos estudos (Bond 1981; Boskin & Gale 1987; Hines Jr 1999) conclui o professor de *Michigan* que restou demonstrado que os incentivos fiscais têm uma função crucial na alocação de IED.

⁶ WTO. BRAZIL - EXPORT FINANCING PROGRAMME FOR AIRCRAFT (DS 46) E ARGENTINA-HIDES AND LEATHER (DS 155).

⁷ Canada – Measures affecting the export of civilian aircraft (DS 70)

⁸ United States- Tax treatment “Foreign Sales Corporations” (DS 108)

O IED ocasiona toda uma série de externalidades positivas para os países receptores (*host countries*) além do incremento imediato para o balanço de pagamentos: estímulo à transferência de tecnologia, às exportações e importações, à criação de vagas de trabalho, inserção nas cadeias globais de valor (CGVs) e na produção de *spillovers* locais; *o que pode ocorrer por efeitos de competitividade, demonstração e criação de clusters de atividade econômica* (Costa 2010:36).

Considerando que a tributação opera como fator determinante na alocação do IED e no equilíbrio no balanço de pagamentos mediante incremento das exportações tem-se que os regimes tributários especiais veiculadores de diferentes técnicas de desoneração representam competitividade para indústria nacional, sobretudo, àquela voltada para o mercado externo; o que demanda percutiente investigação de seus limites e balizas no SMC que apresenta regulação específica aos subsídios à exportação.

Desde o princípio da OMC com o GATT (*General Agreement of Tariff and Trade*, 1947) a prática dos subsídios já era controlada no Comércio Internacional com vistas ao rompimento do *proteccionismo* dos mercados prevendo-se a imposição de medidas compensatórias (Zampetti 1996:3-88). Muito antes da estruturação de qualquer foro internacional de repressão a práticas desleais do comércio internacional a Convenção de Paris, de 20 de março de 1883, previu a prática de concorrência desleal (art.10). Com a II Revolução Industrial houve um aumento do protecionismo de mercados tornando-se mais incisiva sua repressão com a criação e aplicação de contramedidas; o que já era praticado pelos Estados Unidos da América (EUA) desde 1897 (Bliacheriene 2003:288).

No ano de 1979 realizou-se a Rodada de Tóquio quando editado o Código de Subsídios com forte inspiração na legislação de defesa comercial dos EUA. O Código de Subsídios previa um alargamento do conceito de subsídio, a adesão ao teste da especificidade, a composição de uma lista exemplificativa de condutas ilícitas, e a adoção de um sistema de consultas e resolução de controvérsias. O conceito original de subsídio limitava-se a contemplar práticas governamentais de auxílio à indústria doméstica com vistas a introdução de seus produtos em outros países com preços mais baixos que praticados no mercado internacional; exclusivamente subsídios à exportação.

No entanto, foi na Rodada Uruguai (1993) que houve os principais avanços na definição do termo *subsídio*, o conceito de especificidade, extensão da disciplina do GATT para definição de subsídios domésticos injustos e a criação de um órgão de solução de controvérsias.

A pedra-de-toque dos subsídios, conforme nos indica Barral (1998:371), *reside fundamentalmente numa questão política-filosófica: quais são o papel e os limites da atuação do Estado na economia?*

Interessante notar, conforme observa Schoueri (2004), que o potencial conflito entre o princípio da liberdade nas transações comerciais e as normas tributárias internas encontra-se justamente na noção de subsídio adotada pela OMC daí a importância de verificar-se o próprio conceito de subsídios e uma classificação definitiva a permitir a verificação de sua legitimidade.

O ASMC ao tratar acerca do conceito de subsídio prevê (art.3.1) entre as diversas modalidades de “contribuição governamental”, exemplificativamente, os incentivos fiscais praticados sob diferentes técnicas de tributação. O ASMC é categórico ao taxar os auxílios de estado vinculados a desempenho exportador como subsídios proibidos.

A atual definição de subsídios (art.1º, ASMC)⁹ considera haver tal prática, inclusive, quando *receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações)*.

A partir da definição estabelecida no ASMC doutrina define subsídios como *uma forma de auxílio governamental concedido às empresas instaladas em seu território* (Dantas, Sanchez & Nasser 2005:188). Além dos elementos caracterizadores indicados o ASMC prescreve que tal medida estatal para que seja caracterizada como subsídio relevante para a OMC deve igualmente ser dotado de *especificidade*.

Portanto, em síntese são os seguintes os caracteres conceituais dos subsídios: (i) contribuição financeira ou sustentação de renda ou de preços; (ii) governamental ou pública; (iii) no território de um membro; (iv) com benefício outorgado e (v) específico.

A OMC, servindo-se da legislação de defesa comercial norte-americana, adotou o conceito do *teste de especificidade (but for test)* a fim de caracterizar um subsídio como repreensível/ilegítimo ou legítimo. A vantagem é considerada específica para empresa ou

⁹ 1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as ‘government’), i.e. where: (i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees); (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits);¹² (iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods; (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; or (a) (2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994; And (b) a benefit is thereby conferred.

ramo industrial quando se faz uma comparação entre a situação da empresa com a aplicação da medida contestada e sem sua aplicação.

O art.2º do ASMC indica requisitos objetivos que devem ser analisados no teste de especificidade do subsídio. Considera-se subsídio específico quando a legislação vigente, explicitamente, limite o acesso à contribuição financeira estatal à empresa ou indústria ou a um grupo destas; a ramos de produção e a regiões geográficas¹⁰.

A importância do elemento caracterizador especificidade reside no fato de que somente legitimar-se-á a adoção de medidas compensatórias se for específico, ou seja: se limitar-se a certas empresas, indústrias ou regiões.

Também são considerados subsídios específicos aqueles que enquadrarem-se na definição de subsídio proibido (art.3º do ASMC), quais sejam: (i) subsídios vinculados, de fato ou de direito, exclusivamente ou dentre outras condições, ao desempenho exportador e (ii) subsídios vinculados exclusivamente ou dentre outras condições, ao uso preferencial de produtos domésticos em detrimento de produtos estrangeiros, desde que devidamente fundamentados em provas positivas¹¹.

Os subsídios à exportação são aqueles que visam beneficiar a produção destinada ao mercado externo sendo proibidos ao que, logo, encontram-se sujeitos à aplicação de medidas compensatórias pelo país importador depois de realizada investigação doméstica, ou medidas retaliatórias depois de autorizadas pela OMC.

Os subsídios proibidos (art.3:1, ASCM), conforme visto antes, são aqueles vinculados a desempenho exportador, de fato ou de direito, exclusivamente ou a partir de uma entre várias condições. A vinculação de fato é caracterizada quando demonstrado que a sua concessão, ainda que não vinculada de direito ao desempenho exportador, esteja efetivamente vinculada a exportações ou a ganhos com exportações, reais ou previstos. O simples fato de que subsídios sejam concedidos a empresas exportadoras não deverá ser considerado como subsídio à exportação.

Nos subsídios proibidos há uma presunção *iuris tantum* de dano à livre concorrência no Comércio Internacional. Considerando a premissa que “toda presunção

¹⁰ O Departamento do Comércio dos Estados Unidos da América (USTR) definiram três regras para determinação da especificidade: limitação jurídica ao acesso aos subsídios; b) poucos beneficiários indica especificidade de fato; c) discricionariedade na concessão dos benefícios.

¹¹ Esclarece-nos Biancheriene (2003) que não ocorrerá especificidade quando a autoridade outorgante ou a legislação vigente estabelecer condições ou critérios objetivos que disponham sobre o direito de acesso ao subsídio e sobre o respectivo montante a ser concedido, desde que este direito seja automático e que as condições e critérios sejam estritamente respeitados e se possa proceder à sua verificação (art.2:1 ASMC e art.6, §§1 e 2 do Decreto 1751/95).

gera uma inversão”, incumbe ao país que concedeu a contribuição financeira estatal o ônus da prova quanto à legitimidade de tal prática.

Além dos subsídios creditícios têm-se os subsídios tributários concedidos através de variadas técnicas de desoneração: isenção, não-incidência, créditos presumidos, redução de alíquota e da base de cálculo, suspensão, alíquota zero, remissão, anistia, abatimento, reembolso, diferimento do pagamento, entre outros.

A partir da redução das barreiras tarifárias (BT's) o impacto dos subsídios no comércio internacional ganhou destaque (Zampetti 1995), sobretudo, diante da polêmica dos subsídios constituírem legítimos mecanismos governamentais de política pública de desenvolvimento e, de outro lado, práticas desleais de mercado a perpetuar protecionismo em detrimento da liberalização do comércio internacional.

Preferencialmente, os países-membros têm se utilizado da prática de subsídios mediante benefícios tributários já que são mais facilmente defensáveis. Conforme Barral “na busca por brechas nos acordos internacionais que tratam de subsídios, os Estados não tem hesitado em justificar benefícios tributários concedidos, por via da afirmação de sua soberania tributária” (Barral & Michelis 2005:30); o que revela a importância da OMC na análise de questões tributárias (Hofbauer & Herdin-Winter 2014) e o desafio da neutralidade (Neumark 1974).

O Anexo I do ASMC enuncia exemplificativamente os subsídios à exportação:

(e) Isenção, remissão ou diferimento, total ou parcial, concedido especificamente em função de exportações, de impostos diretos ou impostos sociais pagos ou pagáveis por empresas industriais ou comerciais.

(f) A concessão, no cálculo da base sobre a qual impostos diretos são aplicados, de deduções especiais diretamente relacionadas com as exportações ou com o desempenho exportador, superiores àquelas concedidas à produção para consumo interno.

(g) A isenção ou remissão de impostos indiretos sobre a produção e a distribuição de produtos exportados, para além daqueles aplicados sobre a produção e a distribuição de produto similar vendido para consumo interno.

(h) A isenção, remissão ou diferimento de impostos indiretos sobre etapas anteriores de bens ou serviços utilizados no fabrico de produtos exportados, para além da isenção, remissão ou diferimento de impostos indiretos equivalentes sobre etapas anteriores de bens ou serviços utilizados no fabrico de produto similar destinado ao mercado interno; desde que, porém, impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores possam ser objeto de isenção, remissão ou diferimento sobre produtos destinados à exportação mesmo quando tal não se aplique a produtos similares destinados ao consumo interno, se os impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores são aplicados aos insumos consumidos no fabrico do produto de exportação (levando-se em devida conta os desperdícios). Este item será interpretado de acordo com as diretrizes sobre consumo de insumos no processo de produção contidas no Anexo II. (grifo nosso)

A partir do transcrito tem-se que a prática de incentivos tributários, conseqüência da soberania tributária, encontra balizas no SMC na medida em que desonerações tributárias podem configurar subsídios (Van den Bossche 2005).

No julgamento do FSC o AB entendeu que o tratamento tributário diferenciado dispensado na tributação dos lucros decorrentes de exportações de coligadas sediadas em outros países quando internalizados nos EUA representaria subsídios proibido (art.3.1, ASMC) ainda que tratasse de técnica própria do princípio da universalidade- tributação sobre a renda em bases universais- demandando-se, assim, ajustes na base do sistema tributário daquele país.

Oportuno observar que, diferentemente da alínea “e” que considera subsídio proibido a isenção, remissão ou diferimento concedido especificamente em função de exportações, de impostos diretos independentemente de qualquer comparação com a tributação no mercado interno, as alíneas “g” e “h” consideram prática abusiva no comércio internacional não a concessão de todos e quaisquer subsídios na exportação de mercadorias, mas sim a concessão excessiva na medida em que ressalva a prática de isenção ou remissão de impostos indiretos desde que aquém ou equivalente à carga suportada pelas mercadorias em seu processo produtivo (Uchoa Filho 2011:308).

66

Tal conclusão é alcançada a partir da interpretação conjunta do artigo XVI do GATT¹² com a *footnote* 1 do ASMC¹³ que dispõem que não serão considerados subsídios as isenções em favor de produtos destinados a exportação, de impostos ou taxas usualmente aplicados sobre o produto similar quando destinado ao mercado interno, nem a remissão de tais impostos em valor que não exceda os totais devidos.

Considerando o tratamento conferido aos subsídios às exportações pelo GATT/OMC, aliado à posição do OSC e ao fato de vigorar no Brasil a aplicação do princípio do país do destino na tributação indireta a determinar a desoneração das exportações impende verificar a conformidade do RECAP no SMC:

¹² Article XVI. The exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.

¹³ In accordance with the provisions of Article XVI of the GATT 1994 and the provisions of Annexes I through III of this agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.

III. Tributação sobre o valor agregado (IVA) no Brasil e o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP)

Uma das severas críticas atribuídas ao sistema tributário brasileiro é o fato de privilegiar-se a tributação indireta (consumo) em detrimento da tributação direta (renda e propriedade); dada a dificuldade de apuração naquela da efetiva capacidade econômica dos contribuintes na medida em que na tributação indireta a gradação do ônus tributário realiza-se de acordo com a capacidade contributiva de terceiros.

Com vistas a propiciar neutralidade na tributação indireta a Constituição Federal de 1988 prevê a técnica da seletividade e da não-cumulatividade ambas com *status* constitucional no caso do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS) e imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Às contribuições sociais ao Programa de Integração Social (PIS)¹⁴ e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)¹⁵, embora apresente a controvérsia se de fato são tributos indiretos, a Constituição também prevê aplicação da técnica da não-cumulatividade nos termos em que previsto em lei¹⁶; o que enseja uma série de debates (Maris de Oliveira 2005).

No entanto, não é a aplicação da técnica da não-cumulatividade que as qualifica como tributos indiretos e sim o fato de que, muito embora incidentes sobre a receita e o valor aduaneiro (PIS/COFINS Importação), seu ônus tributário é indiretamente suportado pelos consumidores quando da aquisição de mercadorias e serviços prestados pelos contribuintes de direito, portanto, presente o fenômeno da repercussão econômica do tributo.

Com vistas a evitar a tributação em cascata nas sucessivas etapas da cadeia produtiva o legislador federal confere ao contribuinte a opção pelo regime não cumulativo de modo que as operações anteriores geram crédito a ser compensado pelo contribuinte nas etapas posteriores ou mesmo ressarcido em espécie.

A aquisição de *máquinas e equipamentos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem assim a outros bens incorporados ao ativo imobilizado* (art.3º, V, Lei n.10.637/2002) conferem crédito, bem como, operações de exportação

¹⁴ BRASIL, Lei n.10.637, de 30 de dezembro de 2002 e Instrução Normativa n.209, de 27 de setembro de 2002.

¹⁵ Lei n. 10.833 de 29 de dezembro de 2013.

¹⁶ Art.195§12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, “b”; e IV do *caput* serão não-cumulativas.

quando o contribuinte poderá utilizá-los para fins de: (i) dedução do valor da contribuição a recolher, decorrente das demais operações no mercado interno; e (ii) compensação com débitos próprios relativos a tributos e contribuições federais. Porventura não utilizado o crédito até o final de cada trimestre civil poderá o contribuinte solicitar seu ressarcimento (Melo 2004:215).

Neste cenário legislativo naturalmente a empresa preponderantemente exportadora tenderá a acumular créditos culminando em sucessivos pedidos de ressarcimento não satisfeitos em curto prazo, incorrendo, assim, no ônus tributário em suas operações de exportação.

Com vistas a corrigir tal distorção foi criado o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP) que suspende a incidência de PIS/COFINS ao longo da cadeia produtiva para empresas que exportem mais de 50% de sua receita bruta total de venda de bens e serviços decorrentes de exportações.

Originalmente quando editado o RECAP previa-se como requisito para fruição da suspensão e, posterior, alíquota zero, que a sociedade empresária detivesse no mínimo 80% de sua receita bruta total de venda de bens e serviços decorrentes de exportações no ano-calendário imediatamente anterior à adesão com o compromisso de manutenção desse percentual de exportação durante os próximos dois anos-calendário.

A partir da Lei n. 12.715, de 2012, dispôs-se que para habilitação como beneficiárias do RECAP basta 50% (cinquenta por cento) de receita bruta decorrente de venda de bens e serviços decorrentes de exportações em igual período.

Tal requisito de habilitação foi identificado pela União Europeia como indiciário de subsídio à exportação na medida em que estaria a vincular o gozo do benefício à situação contingente à *performance* exportadora.

No entanto, o estabelecimento de tal critério de habilitação não corresponde a fixação de uma *performance* exportadora trata-se tão apenas de um razoável pressuposto decorrente da aplicação de sistemática de cálculo aritmético correspondente a categoria de contribuintes tendentes a maior acúmulo de créditos ante a natureza e destino de suas operações.

Ademais, oportuno registrar que a aplicação do método do crédito é consectário imediato da adoção do princípio do país do destino¹⁷, adotado pelo Brasil justamente com o propósito de incrementar o fluxo de mercadorias e serviços no comércio internacional.

¹⁷ Footnote 1 SCM & art. XVI, GATT

Luiz Olavo Baptista e Rodrigo Maito da Silveira são perspicazes ao concluir que *Ainda sob as normas da OMC, não são considerados subsídios fiscais proibidos os abatimentos, restituições ou reduções do imposto sobre valor agregado (imposto sobre o consumo) incidente na exportação* (Batista & Silveira 2013:86).

No RECAP, transcorrido o prazo de suspensão, há a conversão em alíquota zero, justamente, com vistas a propiciar desoneração das exportações de modo que o industrial brasileiro não incorra no ônus financeiro de não auferir em curto prazo o ressarcimento dos créditos gerados.

A melhor compreensão da técnica da suspensão e, ao final, alíquota zero demanda antes análise da tributação sobre o valor agregado no Brasil e do princípio da não-cumulatividade que, nos termos, da Constituição Federal tem aplicação também ao PIS e a COFINS, muito embora, através de sistemática diversa que do ICMS e IPI (Lobo Torres 2005:56), conforme já reconhecido pelos Tribunais Superiores e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

A tributação indireta no Brasil teve início, no ano de 1922, atendendo aos reclamos dos próprios contribuintes com o “imposto de vendas mercantis”. Isso em função de que até 1908 as faturas tinham efeito de título executivo, mas com a lei reguladora de notas promissórias e letras de câmbio aquelas faturas deixaram de ter tal exequibilidade.

Insatisfeitos com a inovação legislativa os comerciantes seduziram o Governo Federal para criação de um título que seriam as duplicatas-fatura mediante a instituição simultânea do imposto de vendas mercantis à vista ou a prazo em todas as vendas.

Conforme nos relata Alcides Jorge Costa (2005:98):

Mal eles sabiam o que estavam criando, porque este imposto era cobrado em todas as vendas, um imposto em cascata, que começou a ser cobrado a 0,25% e, quando terminou o velho imposto de vendas e consignações, substituído pelo ICM no Estado de São Paulo, já era de 6,6%.

Somente com a Constituição de 1934 tal tributo passou a competência dos Estados.

Diante dos problemas surgidos nas transações interestaduais e a cumulatividade do então Imposto de Vendas e Consignações (IVC) - que se caracterizava por ser um imposto plurifásico “em cascata” - foi substituído, com a Emenda Constitucional nº18/65, pelo Imposto de Circulação de Mercadorias (ICM) adotando-se a técnica da não cumulatividade que já vigorava no imposto sobre consumo, hoje IPI, desde 1958 sob inspiração do IVA Francês (Estrella 2003).

De acordo com Ricardo Lobo Torres (2005) o Imposto de Valor Agregado (IVA) ingressou pela primeira vez no ordenamento jurídico na França (Tôrres 2005), em 1954, país esse organizado sob a forma de Estado Unitário, visando a desoneração da produção pela incidência anterior dos impostos “em cascata”.

Para aceitação do ICM foram expendidos argumentos judiciosos dentre os quais a verticalização das empresas que conduziria a descentralização e à especialização na atividade econômica e a alavancagem das exportações pelo sepultamento do regime do imposto “em cascata”.

Na circulação internacional de bens e mercadorias vigora princípio do país do destino que determina desoneração integral das exportações mediante aplicação do método da isenção aliado ao método do crédito, a fim de ressarcir eventuais resíduos tributários nas etapas anteriores da cadeia produtiva e, de outro lado, tributam-se as importações.

De acordo com John Due (1974:179; 202-3) a desoneração das exportações realiza-se num contexto de integração mundial de mercados de modo que *caso as exportações não sejam isentas, a posição dos produtores nacionais no mercado internacional será desfavorecida em relação à das firmas de países que não impõem tributos equivalentes*.

Em contraponto ao princípio do país do destino há o princípio da origem a prever a tributação das exportações no país produtor e isenção das importações. No empenho dos países em desenvolvimento na atração de IED a adoção do princípio do país do destino, mediante desoneração integral das exportações, consubstancia medida de igualdade a conferir condições de competitividade ao exportador doméstico no Comércio Internacional.

Oportuno registrar que a adoção do princípio do país do destino por meio da imunidade do PIS/COFINS (art. 149, §2º, Constituição Federal) nas exportações não é o bastante para conferir competitividade ao produtor nacional na medida em que há resíduos tributários ao longo da cadeia produtiva não ressarcidos ao contribuinte.

Deve vigorar um regime de desoneração total da exportação por meio da restituição integral de eventual tributo anteriormente incidente em etapa produtiva anterior ao longo da cadeia. Tal reembolso não se confunde com qualquer espécie de incentivo fiscal protecionista ou similar em função de tratar-se de mera providência consecutória da adoção do princípio do país do destino; tanto que ressalvado pelo anexo I, alíneas “g” e “h”, do ASMC e artigo XVI do GATT.

Compreendida a sistemática do princípio do país do destino importante compreender-se simultaneamente o regime não cumulativo do PIS e da COFINS de modo

que ao final reste por evidente a relevância da desoneração total das exportações como medida de neutralidade concorrencial a garantir competitividade no Comércio Internacional.

Os impostos sobre valor agregado (IVA) apresentam-se tipologicamente sob três espécies: IVA-bruto, IVA sobre consumo/vendas e IVA-renda. Nos impostos sobre valor agregado bruto vigora o regime do crédito físico por meio do qual basicamente o contribuinte é aquinhado tão somente de crédito na aquisição de insumos a integrar o produto final. No IVA sobre consumo vigora o regime de crédito financeiro por meio do qual o contribuinte credita-se de todas as operações anteriores seja de insumo, bens de capital (ativo imobilizado/permanente) e bens de uso e consumo (ativo circulante). Já sob a modalidade de IVA-renda o contribuinte credita-se parceladamente das operações anteriores referentes à aquisição de bens de capital a integrar o ativo permanente.

Conforme antes visto por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 2013, foi introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil o § 12º ao art. 195 que prevê que a possibilidade da não-cumulatividade ao PIS /COFINS conforme disposto na legislação ordinária ao alvedrio do legislador (Fischer 2003:190).

No PIS e na COFINS, sob o regime não cumulativo, adota-se o sistema de “base sobre base” por meio do qual o montante devido resulta de uma operação de compensação a partir da subtração da base de cálculo do imposto devido na fase posterior do que foi base cálculo na fase anterior apurando-se o valor agregado em cada operação (*base to base*).

Considerando a *plurifasia* do IVA e a fim de evitar-se a “tributação em cascata” vigora no PIS/COFINS um regime especial que autoriza a dedução consubstanciada em créditos físicos, financeiros e presumidos conforme previsto em lei; o que evidencia a dificuldade de implantar a não-cumulatividade no PIS/COFINS a justificar, assim, a criação de regimes especiais, a exemplo do RECAP, com vistas a propiciar efetiva neutralidade na tributação.

Ante a ineficiência do sistema alguns dos contribuintes, sobretudo, aqueles dedicados a produção ao mercado externo, acumulam grande parcela de créditos na medida em que com a exportação há uma interrupção do ciclo produtivo doméstico não havendo etapas posteriores para compensação de seus créditos o que gera a nefasta distorção econômica do acúmulo de créditos.

Com vistas a sanear tal ineficiência do sistema o Governo Federal concebeu o RECAP que é um regime especial tributário que prevê suspensão do PIS/COFINS e, ao

final, alíquota zero de modo que o industrial exportador não incorra em ônus financeiro que não lhe será ressarcido a curto prazo; o que representaria ofensa direta ao princípio do país do destino que está a determinar a completa desoneração das exportações.

Conforme antes visto o ASMC, ao tratar dos subsídios às exportações, ressalva expressamente a concessão de isenções e remissões de impostos indiretos nas operações de exportação de modo que não há que cogitar-se em subsídios proibidos, dado tratar-se de mera aplicação do princípio do país do destino, justamente, com vistas a propiciar neutralidade na tributação e, por conseguinte, incremento do livre fluxo internacional de mercadorias; objetivo maior do SMC.

IV. Conclusão

A partir do estudo empreendido conclui-se pela compatibilidade do RECAP com as regras do sistema multilateral do comércio o que, no entanto, não justifica a manutenção de tal regime especial na medida em que a completa desoneração das exportações em prol da neutralidade concorrencial no Comércio Internacional somente se realizará com a implementação ampla e irrestrita do crédito financeiro ao PIS/COFINS com imediato ressarcimento conferindo-se, assim, racionalidade ao sistema tributário brasileiro; o que representará eficiência econômica e segurança jurídica à indústria nacional no atual cenário do Comércio Internacional.

V. Referências bibliográficas

- AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven. The WTO, export subsidies and tax competition. In: LANG, Michael;HERDIN, Judith; HOFBAUER, Ines (Ed.). *WTO and direct taxation* . Wien: Linde Verlag, 2005.
- BALASSIANO, Andrea Weiss e Carolina Monteiro. A MP do bem diante das regras da OMC. Valor Econômico, de 25 de julho de 2005. Disponível em <www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/legislacaotributos/leslacaoetri> acesso em: 16/11/2006.
- BARRAL & MICHELIS, Welber e Gilson Wessler. Sistema Tributário e Normas da OMC: Lições do Caso Foreign Sales Corporation. in TORRES, Heleno Taveira (coord). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo. Quartir Latin, 2005, p.29-54.
- BARRAL, Welber, “Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC”, in CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo, LTr, 1998, pp. 371-382.
- BATISTA & SILVEIRA, Luiz Olavo e Rodrigo Maito da. A imunidade da CSLL sobre as receitas de exportação das empresas prestadoras de serviço à luz das normas do Comércio Internacional. *Revista Dialética Direito Tributário*. n.217, 2013, p.79-91.
- BENJAMIN, Daniela Arruda (Org.). *O sistema de solução de controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.
- BLIACHERIENE, Ana Carla. “Subsídios: Efeitos, Contramedidas e Regulamentação- Uma Análise das

Normas Nacionais e das Normas da OMC”, *Direito Tributário Internacional Aplicado*, São Paulo, Quartier Latin, 2003.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Defesa Comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOND, Eric. Tax holidays and Industry Behavior. *Review of Economics and Statistics* 63:88(1981)

BOSKIN & GALE, Michael J. and William G., New Results on the Effects on Tax Policy on the international location of investment, in Feldtein (ed.), *The Effects of taxation on capital accumulation* (1987)

BRAUNER, Yariv. “An International Tax Regime in Crystallization – Realities, Experiences, and Opportunities”. In: *Public Law and Legal Theory Working Papers Series, Research Paper n. 43*. NYU School of Law – Working Draft, 2002.

BRAUNER, Yariv. Direito do comércio internacional e acordos tributários. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, v. 23, p. 11-40, 2009.

CASTRO, UCHOA FILHO e MONTEIRO, Leonardo Freitas de Moraes e, Sérgio Papini de Mendonça e Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro (Coord). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil. In FERRAZ, Roberto (Coord). *Princípios e limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010

DANTAS, SANCHEZ e NASSER, Adriana, Michelle e Rabihi. Subsídios e Medidas Compensatórias. In THORSTENSEN & JANK, Vera e Marcos (Coord.) *O Brasil e os grandes temas no Comércio Internacional*. São Paulo: Aduneiras, 2005, p.187-208.

DUE, John F. *Tributação Indireta nas Economias em Desenvolvimento*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho, *O Crédito Financeiro do ICMS. Art. 20 § 1º da LC 87/96 – Bens de Uso, Consumo e Ativo Permanente e o seu Regime no IVA do Mercado Comum Europeu*, in *Caderno Tributário e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 50, 2003, pp. 41 - 65

FISCHER, Otávio Campos. PIS-COFINS, não-cumulatividade e a Emenda Constitucional n.42/2003. In: PEIXOTO&FISCHER, Marcelo e Otávio Campos. *PIS-COFINS questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.175-198.

HESTERMEYER&NIELSEN, Holger e Laura. The legality of local content measures under WTO Law. In: *Journal of World Trade*. V.48, Issue 3, June 2014. Netherlands: Kluwer, 2014, p.553-591.

HINES, James R, Jr. Lessons from Behavioural Responses to International Taxation, *National Tax Journal* 52:305 (1999).

HOFBAUER & HERDIN-WINTER, Ines e Judith. *The relevance of WTO Law for tax matters*. Amsterdam: Linde, 2014.

LOBO TORRES, Ricardo. A não-cumulatividade no PIS/COFINS. In: PEIXOTO&FISCHER, Marcelo e Otávio Campos. *PIS-COFINS questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.53-74.

LOBO TORRES, Ricardo. É possível a criação do IVA no Brasil?, in *Revista Fórum de Direito Tributário*, nº 15, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005. p9-25.

MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo, Aspectos relacionados à “não-cumulatividade” da COFINS e da Contribuição ao PIS. In: PEIXOTO&FISCHER, Marcelo e Otávio Campos. *PIS-COFINS questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.17-52.

MELO, José Eduardo Soares de. Limites constitucionais face à legislação ordinária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O princípio da não cumulatividade*. Pesquisas Tributárias v.10. São Paulo: RT, 2004, p.199-224.

MIGNOLLI, Alessandra. La legge italiana sui crediti all’esportazione. In: In: GIARDINA & TOSATO, Andrea e Gian Luigi. *Diritto del commercio Internazionale: testi di base e note introduttive*. Milano: Giuffrè, 1996, p.491-512, p.491.

NEUMARK, Fritz. *Princípios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Cooperação Internacional. *Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*, Belo Horizonte, n. 7, jan./fev. 2004, p. 25 - 54. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=13471>. Acesso em: 19 set. 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Cooperação Internacional. *Revista Fórum de Direito Tributário*. v. 7, Belo Horizonte, 2004.

THORSTENSEN & JANK, Vera e Marcos (Coord.) *O Brasil e os grandes temas no Comércio Internacional*. São Paulo: Aduneiras, 2005.

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

THORSTENSEN, Vera. *Regras do Comércio Internacional e a Rodada do Uruguai*. Capítulo III. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Comércio Internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. O IVA na Experiência Estrangeira e a Tributação das Exportações no Direito Brasileiro. *Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*, Belo Horizonte, n. 16, jul./ago. 2005, pag.43- 62.

UCHOA FILHO, Sergio Papini de Mendonça. A função da OMC na harmonização tributária internacional. In: CASTRO, UCHOA FILHO e MONTEIRO, Leonardo Freitas de Moraes e, Sérgio Papini de Mendonça e Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro (Coord). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.279-329.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and the policy at world trade organization*. Lodon: Cambridge, 2005.

ZAMPETTI, Americo Beviglia. Dall'accordo generale sulle tariffe ed il commercio all'organizzazione mondiale del commercio. In: GIARDINA & TOSATO, Andrea e Gian Luigi. *Diritto del commercio Internazionale: testi di base e note introduttive*. Milano: Giuffrè, 1996, p.3-88.

ZAMPETTI, Americo Beviglia. The Uruguay Round Agreement on Subsidies: A Forward-Looking Assesment. *Journal of World Trade*, v.29, n.6, p.5-29, 1995.

SUBSÍDIOS TRIBUTÁRIOS E O PROGRAMA INOVAR-AUTO: ANÁLISE COM BASE NO ASMC E NA JURISPRUDÊNCIA DA OMC

Eric Castro e Silva¹

Resumo: Este artigo pretende aferir a consistência dos incentivos tributários previstos no programa Inovar-Auto do Governo Federal brasileiro com as regras e a jurisprudência da OMC que disciplinam a concessão de subsídios no âmbito do sistema multilateral do comércio. A matéria é de forte premência por ser objeto de contestação atualmente em curso perante o Órgão de Solução de Controvérsias daquela organização internacional.

Palavras-chave: OMC. ASMC. Inovar-Auto.

I. Introdução

A finalidade do presente artigo é analisar as regras do sistema multilateral do comércio que disciplinam a concessão de subsídios pela via tributária, contidas no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), e como as mesmas são interpretadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Com base nas regras do ASMC e na jurisprudência da OMC, o artigo passa a analisar o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, conhecido como Inovar-Auto, que concede incentivos tributários com o objetivo [de] apoiar o desenvolvimento tecnológico, a inovação, a segurança, a proteção ao meio ambiente, a eficiência energética e a qualidade dos veículos e das autopeças (art 1º, Decreto n.º 7.819/12) da indústria automobilística nacional.

O referido programa, dentre outros que compõem o Plano Brasil Maior do Governo Federal, é objeto de Painel estabelecido em 26/03/2015 perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, a pedido da União Europeia, em face de alegadas incompatibilidades da política de incentivos tributários do Brasil com as normas e princípios do sistema multilateral.

A mesma insatisfação com a política de incentivos fiscais brasileira foi demonstrada pelo Japão no último dia 09/07/2015, que nesta data iniciou perante a OMC Consulta sobre o Plano

¹ Mestre em Direito pela universidade de Cambridge. Doutor em Direito pela USP. Professor da UFPE. Advogado no Recife. E-mail: ericcastroesilva@gmail.com.

Brasil Maior, nele fazendo referência expressa a supostas inconsistências do Inovar-Auto com a regulamentação dos subsídios prevista no ASMC.

Diante da importância e atualidade do tema, o presente trabalho pretende dar a sua contribuição para a discussão da política de incentivos fiscais nacional, que vem sendo objeto de forte insatisfação dos parceiros comerciais do Brasil.

II. Subsídios Tributários

A concessão de subsídios no sistema multilateral do comércio é regulamentada pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), que no seu art. 1º estabelece uma definição do instituto que, junto com a definição de especificidade, é requisito para o enquadramento do benefício governamental nas disposições daquele Acordo².

Para o ASMC há subsídio pela via tributária quando caracterizada uma contribuição financeira governamental concretizada por uma medida fiscal que implica perdão ou não recolhimento de receitas públicas, que de outro modo seriam devidas, conferindo-se, assim, vantagem ao contribuinte.

Percebem-se, então, dois elementos essenciais para a configuração de um subsídio pela via tributária: a) indicar quando há “perdão de receitas públicas que de outro modo seriam devidas” (*foregone of revenue otherwise due*) e b) quando se configura uma vantagem (*benefit*).

O *leading case* para a interpretação do dispositivo supra é o caso *US – FSC* e seus desdobramentos³, quando o Órgão de Solução de Controvérsias analisou os incentivos tributários concedidos pelos Estados Unidos em relação à tributação sobre a renda obtida pelas empresas americanas no exterior.

O Painel daquele caso inicialmente estabeleceu um teste de exclusão para constatar quando a receita pública que seria normalmente devida o deixou de ser em razão do subsídio. É o chamado *but for test*, que consiste em analisar a relação tributária que existiria em

² O art. 1º do ASMC estabelece a *definição de subsídio*:

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

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

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

e (b) com isso se confira uma vantagem

³ Cf. Relatório em *United States – Tax Treatment of “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/R.

situações normais, mas que (*but for*) em razão da medida tributária em questão deixa de concretizar-se⁴.

O referido teste de exclusão consiste em analisar a regra geral de tributação (*normative benchmark*) de um ordenamento tributário e a respectiva exceção introduzida pela medida tributária apontada como subsídio. Confrontando-se a regra geral com a exceção, consegue-se aferir qual a receita que normalmente seria devida, mas que foi perdoadada, configurando a contribuição financeira governamental para o contribuinte.

A regra geral de tributação (*normative benchmark*), contra a qual a exceção introduzida pela medida tributária contestada é avaliada, deve ser buscada com cautela em cada caso concreto, principalmente ao interpretar as palavras *foregone* (perdão) e *otherwise* (de outro modo), que sugerem que o Fisco abriu mão de uma receita pública que normalmente seria devida, já que, teoricamente, os governos podem tributar (ou não tributar) qualquer receita⁵.

Por tais razões, o *but for test* não é possível de ser aplicado em todas as situações, pois poderá haver casos em que a medida tributária contestada não será exceção à regra geral e, mesmo assim, poderá ser identificada como subsídio⁶,

Em tais situações em que não é possível classificar a medida tributária contestada como exceção à regra geral, o Órgão de Apelação, ao analisar a legislação americana *Extraterritorial Income Exclusion Act (ETI)*, que sucedeu a legislação FSC, decidiu que deve haver uma *comparação* das formas como os signos econômicos equivalentes são tributados no mesmo ordenamento jurídico. Institui-se, assim, um *teste de comparabilidade* para fins de caracterizar a definição de subsídios.

Pelo teste de comparabilidade, deve-se confrontar o tratamento tributário incidente sobre materialidades equivalentes para aferir se a medida contestada implica perdão de receita pública normalmente devida. Nesse sentido, o Órgão de Apelação expressou que

(...) a tributação padrão [*normative benchmark*] para determinar se receitas públicas perdoadas seriam normalmente devidas deve permitir a comparação do tratamento tributário de receitas [*income*] comparáveis, titularizadas por contribuintes em situações semelhantes (tradução livre)⁷.

⁴ *Ibidem*, parágrafo 7.45, p. 258.

⁵ Cf. Relatório do Órgão de Apelação em *United States – Tax Treatment of Foreign Sales Corporations*, WT/DS108/AB/R, parágrafo 90, p. 30.

⁶ *Ibidem*, parágrafos 90 e 91, p. 30.

⁷ No original: “The normative benchmark for determining whether revenue foregone is otherwise due must allow a comparison of the fiscal treatment of comparable income, in the hands of taxpayers in similar situations.” Relatório do Órgão de Apelação em *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities)*, WT/DS108/AB/RW, parágrafo 98, p. 30.

Consequentemente hoje, quando da análise se uma medida tributária se enquadra na definição de subsídio do ASMC, estabelece-se, primeiro, a regra geral de tributação (*normative benchmark*) e se a mesma é excepcionada pela medida contestada (*but for test*). Havendo insucesso nessa tentativa, a medida deve ser comparada ao tratamento tributário dispensado a receitas comparáveis, titularizadas por contribuintes em situações equivalentes na jurisdição em questão (teste de comparabilidade)⁸.

A diferença entre o *but for test*, instituído pelo Painel, e o teste de comparabilidade, acrescentado pelo Órgão de Apelação no caso *US-FSC*, é que aquele focaliza o tratamento tributário sobre determinada riqueza na *ausência* da medida contestada. Já no teste de comparabilidade a análise é feita pela comparação das duas medidas existentes, isto é, em vez de excluir a medida tributária apontada como subsídio, faz-se a comparação dela com o padrão geral de tributação do ordenamento para verificar a diferença de tratamentos tributários existentes naquela jurisdição para riquezas e contribuintes em situações equivalentes.

Ambos os testes necessariamente possuem como pressuposto as regras gerais de tributação do país que concede a medida contestada. É justamente na necessidade da identificação de uma regra geral de tributação ou parâmetro de tributação (*normative benchmark*), para ambos os testes, que se situam as principais críticas à definição de subsídios tributários como construída pelo caso *US – FSC*, que se estaria baseando no conceito de subvenção tributária (*tax expenditures*) para definir o que seria subsídio.

Conforme definição de Vettori (2011:6-7), (...) *tax expenditures* são concessões desenhadas para prover um benefício a uma atividade específica ou a um grupo de contribuintes, podendo assumir diversas formas, como isenções, deduções, reduções de alíquotas e diferimentos.

Confrontando o precedente *US – FSC* com a teoria das *tax expenditures*, a regra geral de tributação (*normative benchmark*) seria a forma *normal* de tributação; e seus desvios, apurados pelo teste de comparabilidade ou pelo *but for test*, indicariam a existência de uma *tax expenditure* que seria um subsídio para fins do ASMC.

Com base na teoria das *taxes expenditures*, Paul McDaniel chegou a defender uma segmentação entre as medidas tributárias que ficariam ao alcance das regras do sistema multilateral do comércio, que seriam as *tax expenditures*/subsídios, e as demais regras do

⁸ Cf. Relatório do Painel em *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/R, parágrafo 7.120, p. 221.

Direito Tributário, que resguardariam independência em relação ao ASMC (McDaniel 2002:166-71; 2004).

Tal ideia é fortemente combatida por Yariv Brauner (2005) e Gustavo Vettori (2011), que entendem ser extremamente difícil identificar, para cada país, uma tributação normal (*normative benchmark*) e, mais complexo ainda, os *desvios*, que revelariam as *tax expenditures* a ser equiparadas aos subsídios.

Críticas à parte, o fato é que o teste de comparabilidade e o *but for test* introduzidos pelo caso *US – FSC* se sedimentaram na jurisprudência da OMC e são utilizados sempre que um subsídio é concedido pela via tributária⁹.

Por fim, prevista na definição de subsídio do ASMC está a necessidade de que a contribuição financeira concedida por meio de medidas tributárias confira vantagem (*benefit*) para a empresa que a recebe.

O critério de comparação para definir se o destinatário da medida está auferindo vantagem é o mercado. A vantagem configura-se quando o produtor recebe contribuição financeira em termos mais favoráveis do que aquelas disponíveis para o destinatário no mercado¹⁰.

A jurisprudência da OMC indica de forma reiterada que quando o subsídio é concedido pela via tributária a vantagem é facilmente aferível, já que o contribuinte sempre fica numa situação mais vantajosa pelo fato de ser dispensado da obrigação tributária que existiria não fosse a medida contestada¹¹.

Constatada a existência de subsídio, este apenas está sujeito às demais disposições do ASMC se for considerado específico (art. 1, § 2º). Um subsídio é específico quando não está disponível para todos os agentes do mercado, ou, nas palavras da alínea “a”, § 1º do art. 2 do ASMC, (...) *quando a autoridade outorgante, ou a legislação pela qual essa autoridade deve reger-se, explicitamente limitar o acesso ao subsídio a apenas determinadas empresas* (tradução livre)¹².

⁹ Cf. Relatório do Painel em *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/R parágrafo 7.120, p. 221

¹⁰ Cf. Relatório do Órgão de Apelação em *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, parágrafo 158, p. 40.

¹¹ Cf. Relatório do Órgão de Apelação em *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R parágrafo 10.165, pp. 388; Cf. *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, parágrafo 7.170, p. 235; Cf. Relatório do Painel em *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities)*, WT/DS108/RW, parágrafo 8.46, p. 29.

¹² Na versão oficial em inglês: “Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises”.

A. Subsídios proibidos

Um subsídio é classificado como proibido quando é vinculado à exportação ou é vinculado à substituição de produtos importados por nacionais, de acordo com as alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 3 do ASMC¹³.

O § 3º do art. 2 do ASMC estabelece a presunção absoluta de que os subsídios proibidos são específicos, razão pela qual o membro que se sente prejudicado com tal prática precisa apenas demonstrar a existência do subsídio, de acordo com o art. 1º do Acordo, e que o incentivo é condicionado à exportação ou a substituição de produtos importados por similares nacionais.

O *caput* do § 1º do art. 3º do ASMC determina que, antes de ser qualificado como proibido, é necessário definir se a medida tributária se enquadra no conceito de subsídio fixado no já analisado art. 1 do ASMC. Tal procedimento prévio é adotado como padrão pela jurisprudência da OMC¹⁴.

A qualificação de proibido deriva do fato de o subsídio ser vinculado (*contingent*) ao desempenho exportador ou à substituição de produtos importados por nacionais. Assim, como decidido no caso *Canada – Aircraft*, a palavra “vinculado” (*contingent*) é “palavra-chave” na definição de um subsídio proibido, e significa “condicional” ou *dependente da sua existência em relação a outra coisa* (tradução livre)¹⁵.

Consequentemente um subsídio é proibido quando sua concessão é vinculada ao desempenho do exportador ou quando exige que o produtor substitua produtos importados por nacionais. Exportar ou substituir o produto importado pelo nacional passam a ser condição essencial para que o produtor receba o benefício tributário; sem a venda para o exterior ou sem a substituição do produto estrangeiro pelo doméstico, o produtor não se qualifica para auferir aquela benesse governamental¹⁶.

¹³ Art. 3º do ASMC estabelece a definição de subsídios proibidos:

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

(a) 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 I;

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

¹⁴ Cf. Relatório do Painel em *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, parágrafo 10.155, p. 286.

¹⁵ No original: “dependent for its existence on something else”. Relatório do Órgão de Apelação em *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R parágrafo 166, p. 43.

¹⁶ Cf. Relatório do Painel em *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities)*, WT/DS108/RW, parágrafo 8.72, p. 35.

III. O Inovar-Auto: Aspectos Gerais

O Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, conhecido como Inovar-Auto, foi introduzido pela MP nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/2012, sendo regulamentado pelo Decreto nº 7.819/2012 e várias Portarias do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

O Inovar-Auto tem como beneficiários três contribuintes do IPI, quais sejam: os que produzem veículos no Brasil; os que não produzem, mas importam e comercializam veículos no mercado interno; e os contribuintes que tenham projeto de investimentos aprovado para instalação ou ampliação, no Brasil, de fábrica daqueles veículos.

Os benefícios tributários do Inovar-Auto consistem em crédito presumido do IPI na fabricação e na importação de automóveis, bem como na redução da alíquota ou suspensão daquele imposto na importação de veículos, desde que os beneficiários previamente se habilitem no MDIC, sendo a habilitação concedida pelo prazo de 12 meses, renovável até o prazo final de vigência do Programa.

O Decreto nº 7.819/2012 estabelece condições gerais e específicas para a habilitação pelos três possíveis beneficiários do Inovar-Auto. As condições gerais exigem a regularidade fiscal do contribuinte e o compromisso de atingir níveis mínimos de eficiência energética em relação aos produtos comercializados no Brasil.

As condições específicas para os contribuintes que produzem veículos no Brasil exigem que a empresa realize uma quantidade mínima de atividades fabris e de infraestrutura de engenharia em pelo menos 80% dos veículos aqui fabricados. Tais atividades são descritas no anexo III do Regulamento e compreendem.

Além daquelas atividades fabris e de infraestrutura, os contribuintes que já produzem no Brasil também são obrigados a realizar no mínimo dois dos seguintes requisitos estabelecidos no art. 7º do Decreto nº 7.819/12:

(...) art. 7º (...).

II – realizar, no País, dispêndios em pesquisa e desenvolvimento correspondentes, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados [0,15% em 2013; 0,30% em 2014; 0,50% de 2015 a 2017], incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.¹⁷

III – realizar, no País, dispêndios em engenharia, tecnologia industrial básica e capacitação, de fornecedores correspondentes, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados [0,5% em 2013; 0,75% em 2014 e 1% em 2015/2017], incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

¹⁷ Regulamentação complementar pela Portaria Interministerial MDIC/MCT nº 772, de 12.08.2013.

*IV – aderir ao Programa de Etiquetagem Veicular definido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e estabelecido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia-INMETRO, com eventual participação de outras entidades públicas, com os seguintes percentuais mínimos dos modelos [36% em 2013; 49% em 2014; 64% em 2015; 81% em 2016 e 100% em 2017], conforme definido no Programa de Etiquetagem Veicular do INMETRO, de produtos classificados nos códigos TIPI relacionados no Anexo I, comercializados pela empresa, a serem etiquetados no âmbito do referido Programa*¹⁸

Para os contribuintes que não produzem no Brasil, mas aqui comercializam os veículos, é exigida a satisfação dos três requisitos acima transcritos para que possam habilitar-se no Programa.

Por fim, os contribuintes que pretendem a instalação de fábrica ou de nova planta ou projeto industrial no país deverão apresentar projeto que satisfaça aos termos estabelecidos pelo MDIC e aos critérios para a determinação da capacidade anual de produção¹⁹.

Uma vez habilitados²⁰, os contribuintes passam a fazer jus aos benefícios tributários instituídos pelo Programa. O que interessa para fins deste estudo é o crédito presumido do IPI, que pode ser concedido em duas operações distintas: na fabricação local e/ou na importação de veículos.

Na fabricação local dos veículos, o crédito presumido do IPI será apurado com base nos dispêndios realizados em cada mês relativos a: insumos estratégicos, ferramentaria, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica, recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), capacitação de fornecedores, e engenharia e tecnologia industrial básica.

Em relação aos insumos estratégicos e ferramentaria, o art. 41-A da Lei nº 12.715/2012 obriga que fornecedores de tais produtos informem aos clientes (i.e. os contribuintes habilitados no Inovar-Auto que produzem localmente) os valores e demais características dos produtos fornecidos, nos termos, limites e condições definidos pelo MDIC, sob pena de multa.

O § 6º do art. 32-B do Decreto nº 7.819/12, ao seu turno, impede que o contribuinte habilitado no Inovar-Auto apure crédito presumido do IPI nas aquisições de insumos estratégicos e ferramentaria se os fornecedores não prestarem aquelas informações exigidas pelo art. 41-A da Lei e que foram regulamentadas pela Portaria MDIC nº 257/14.

Apurado o crédito presumido com base nos dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria, o benefício poderá ser utilizado para o pagamento do IPI devido na saída dos

¹⁸ Regulamentação complementar pela Portaria MDIC nº 113 de 15.04.2013.

¹⁹ Regulamentação complementar pela Portaria MDIC nº 297 de 30.09.2013.

²⁰ Verificar relação de empresas habilitadas na Portaria MDIC nº 106, de 11.04.2013.

veículos fabricados ou comercializados no país. Contudo, a utilização nestas duas hipóteses fica limitada ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI.

Na hipótese de, em razão da limitação acima, restar saldo do crédito presumido, este poderá ser utilizado para o pagamento do IPI devido na importação de veículos feita pelo mesmo contribuinte. Ainda assim, duas limitações adicionais aplicam-se: o valor do crédito presumido a ser utilizado na importação fica limitado ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI e a utilização estará limitada a 4.800 veículos por ano.

O crédito presumido apurado sobre dispêndios incorridos com pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica e recolhimento ao FNDCT corresponde a 50% desses dispêndios, limitados ao valor que corresponder à aplicação de 2% da receita bruta total de vendas de bens e serviços do segundo mês anterior ao da apuração do crédito, excluídos impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

O crédito presumido sobre dispêndios incorridos com recolhimento ao FNDCT, capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica corresponde a 50% do valor dos dispêndios que excederem a 75%, limitados a 2,75% da receita bruta total de venda de bens e serviços do segundo mês anterior ao do mês de apuração do crédito, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

O crédito presumido relativo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica, recolhimento ao FNDCT, capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica deve primeiramente ser utilizado para a dedução do valor do IPI devido nas operações no mercado interno da matriz do contribuinte. Havendo saldo, este poderá ser transferido para as filiais do contribuinte ou ser solicitado o ressarcimento ou compensação com outros tributos federais.

A segunda modalidade de crédito presumido do IPI, apurado na importação de veículos, é concedida exclusivamente para empresas que tenham projeto de instalação de fábrica ou de nova planta ou projeto industrial no Brasil. Assim, tais empresas poderão apurar crédito presumido do imposto tanto na produção nas já existentes unidades fabris, quanto na importação de veículos em razão da aprovação de um novo projeto.

Para os importadores que se comprometem a implantar ou ampliar um fábrica, o Inovar-Auto garante crédito presumido do IPI correspondente ao resultado da aplicação da

alíquota de 30% sobre a base de cálculo do mesmo imposto na saída dos produtos do estabelecimento importador.

É em relação aos requisitos da habilitação no Programa e na forma de apuração e utilização dos benefícios tributários acima descritos que a UE demonstra receio de possível inadequação do Inovar-Auto com o art. 3, § 1º, “b” do ASMC²¹.

A. O Inovar-Auto e o ASMC

Como analisados nos tópicos anteriores, deve-se inicialmente verificar-se se a medida tributária doméstica se enquadra no conceito de subsídio e, sendo positiva a constatação, se a mesma é específica para fins do ASMC. Para tanto, aplica-se à medida tributária doméstica o *but for test* ou o teste de comparação formulados no caso *US – FSC*, que tem a finalidade de apurar se receitas governamentais normalmente devidas foram perdoadas em razão da medida tributária contestada, resultando em benefício para o contribuinte.

Pelo *but for test* apura-se a forma geral de tributação (*normative benchmark*) e se a medida tributária contestada a excepciona. Já o teste de comparação confronta o tratamento tributário sofrido por determinada riqueza de acordo com a tributação geral, ou seja, também com base na *normative benchmark*, com a tributação incidente sobre riqueza similar, titularizada por contribuinte em situação equivalente, introduzida pela norma tributária contestada.

Como visto no tópico anterior, o crédito presumido do IPI concedido pelo Inovar-Auto implica, na prática, majoração geral de 30% do IPI sobre veículos comercializados no Brasil, percentual este que pode ser afastado em razão do benefício previsto no Programa.

Isso porque, relembre-se, o crédito presumido do IPI, seja o obtido em razão de dispêndios incorridos na fabricação, seja na importação de veículos, é limitado ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI.

Consequentemente, a regra tributária geral para tributação de veículos pelo IPI no Brasil (*normative benchmark*) passou a ser a incidência majorada daquele imposto em 30%. Apenas para os contribuintes que se habilitam no Inovar-Auto e conseguem satisfazer os

²¹ Cf. Pedido de Consulta da União Europeia em *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/1, G/L/1061, G/SCM/D100/1, G/TRIMS/D/39, p. 1.

requisitos para usufruir dos benefícios, é possível reduzir a incidência do IPI naquela mesma proporção.

Daí resulta que o Inovar-Auto não introduz exceção à regra geral de tributação do IPI. Pelo contrário, o Inovar-Auto introduz um novo padrão de tributação pelo IPI para veículos no Brasil, cuja incidência é superior em 30% ao regime anterior.

Em razão dos benefícios previstos no Inovar-Auto não implicar necessariamente exclusão do novo padrão de tributação (*normative benchmark*) do IPI, podendo conviver no ordenamento brasileiro contribuintes aos quais se aplica o novo (e majorado) regime geral de tributação do IPI, com contribuintes que satisfazem os requisitos para auferir os benefícios tributários com a tributação reduzida em 30%, este trabalho entende que, para verificar se o Programa constitui um subsídio, faz-se mais apropriado a aplicação do teste de comparabilidade ao invés do *but for test*.

Para ilustrar a comparação de incidência tributária entre contribuintes que estão em situação equivalente, este trabalho se vale do caso concreto da montadora chinesa JAC Motors, que havia se habilitado no Inovar-Auto por meio da Portaria Interministerial de habilitação nº 18, de 22.01.2013, mas, conforme noticiado na mídia nacional (Agostini & Costa 2014), teve a habilitação cancelada em 31.05.2014 por não ter cumprido o cronograma físico-financeiro estabelecido no projeto de instalação de unidade fabril no País.

Assim, visto que a JAC Motors não está mais habilitada no Programa, a importação de veículos por ela fabricados na China não mais dá direito a obtenção de crédito presumido do IPI na importação. Consequentemente, para aqueles veículos chineses se aplica a regra geral de tributação do IPI vigente no Brasil, qual seja, até 30% superior comparativamente àquela incidente sobre veículos importados por empresas que estão habilitadas no Inovar-Auto.

A comparação acima demonstra que há efetivamente uma receita governamental que seria devida, mas que o deixa de ser para empresas que conseguem utilizar os benefícios do Inovar-Auto. No caso da JAC Motors, a importação de veículos é tributada pelo padrão geral de incidência do IPI. Já sua concorrente habilitada no Inovar-Auto, que realiza operação idêntica, tem o IPI incidente na importação reduzido em até 30%, ou seja, há o perdão de receita que normalmente seria devida.

O mesmo ocorre para contribuintes que produzem localmente veículos e, por essa razão, têm condições de acumular crédito presumido do IPI em razão dos dispêndios incorridos no processo produtivo, que podem ser utilizados para reduzir a tributação dos veículos nacionais em até 30%.

A redução do IPI em até 30% evidencia a vantagem da medida tributária concedida para os contribuintes que usufruem do Programa, que restam em uma situação econômica mais vantajosa pelo fato de estar dispensados da obrigação tributária que existiria não fossem os benefícios do Inovar-Auto.

Assim, resta demonstrado que o Inovar-Auto constitui um subsídio pela via tributária, já que os benefícios tributários nele constantes resultam no perdão de uma receita pública que normalmente seria devida, do que resulta uma vantagem para o contribuinte.

Definido que o Inovar-Auto se subsuma ao conceito de subsídio previsto no ASMC, resta verificar-se se o mesmo é específico, já que o mero fato da existência de um subsídio não o torna proscrito pelo sistema mundial do comércio.

Como visto nos itens 2.3.3 e 2.3.4, há a presunção de especificidade quando um subsídio é vinculado à exportação ou a substituição de produtos importados por nacionais, o que o enquadra como proibido. No caso do Inovar-Auto há elementos para concluir que os subsídios previstos no Programa são concedidos para substituir produtos importados por nacionais.

O já analisado *adensamento* da cadeia produtiva nacional implica que apenas insumos estratégicos e ferramentaria adquiridos nacionalmente dão direito ao subsídio do crédito presumido do IPI, vez que somente os fornecedores nacionais têm condições de satisfazer às exigências impostas pelo MDIC para que as vendas gerem crédito presumido para as montadoras.

Consequentemente, o crédito presumido do IPI apurado com base nos dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria induz a que toda a cadeia produtiva do setor automotivo seja realizada localmente com insumos locais em detrimento dos importados, concretizando-se, assim, o proclamado objetivo do *adensamento* da cadeia produtiva de veículos automotores.

Por outro lado, o crédito presumido do IPI apurado na importação de veículos, que somente pode ser obtido por contribuintes que têm projeto de instalação de fábrica no Brasil, também implica incentivo à substituição de produtos importados por nacionais, já que impele o importador a fabricar nacionalmente.

Em suma, o crédito presumido do IPI introduzido pelo Inovar-Auto, seja o apurado na fabricação local de veículos, seja o apurado na importação, configura um subsídio proibido para fins do ASMC, já que configura o perdão de receitas governamentais que normalmente seriam devidas, conferindo vantagem aos recipientes, contingente ao uso de produtos domésticos em detrimento de bens importados.

IV. Conclusão

O Inovar-Auto é apenas um dos vários programas que vêm sendo implementados desde de 2011 no contexto do Plano Brasil Maior. Todos têm em comum o viés protecionista à indústria brasileira, que caracteriza um retorno a uma política industrial isolacionista que parecia abandonada a partir do início da década de noventa do século passado.

Apesar do protecionismo comercial não ser uma novidade no Brasil, o que se percebe é que o principal instrumento para se implantar esta "nova" política é a utilização do Poder de Tributar estatal que, pela sua complexidade e, principalmente, por ser expressão máxima de soberania, dá a falsa impressão de não ser passível de contestações internacionais.

A evolução das normas da OMC, principalmente da sua jurisprudência, demonstra que a tributação hoje é vista apenas como mais uma barreira comercial não tarifária, sujeitando-se aos ditames do sistema multilateral quando violar os seus princípios e regras.

Tal evolução deve ser levada em consideração pelo Legislador brasileiro e pelo meio acadêmico, que devem unir esforços para coadunar ramos do conhecimento que hoje no Brasil são estudados de forma estanque: o Direito Comercial Internacional e o Direito Tributário.

87

V. Referências Bibliográficas

- AGOSTINI, Renata; COSTA, Machado da. Governo suspende benefícios a JAC Motors. *Folha de S. Paulo* de 18.09.2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/186220-governo-suspende-beneficio-a-jac-motors.shtml>>. Acesso em: 20 set. 2014.
- ANDRADE, J.M.A.; BARROS, M.A *Figura dos tributos indiretos e a aplicabilidade do Art. 166 do Código Tributário Nacional*. No prelo.
- AVI-YONAH, Reuven S. Between formulary apportionment and the OECD Guidelines: a proposal for reconciliation. Disponível em <<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2179&context=articles>>.
- AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax Competition and the fiscal crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, v. 113, nº 7, maio de 2000.
- AVI-YONAH, Reuven S. Treating tax issues through trade regimes. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova York, v. 26, n. 4, 2001.
- AVI-YONAH, Reuven S., SARTORI, Nicola. International taxation and competitiveness: introduction and overview. Disponível em <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=law_econ_current>. Acesso em: 27 out. 2014.
- AVI-YONAH, Reuven S., SLEMROD, Joel. (How) should trade agreements deal with income tax issues? Disponível em <www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers.htm> e <<http://papers.ssrn.com/abstract=285345>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- AVI-YONAH, Reuven S., CLAUSING, Kimberley. Reforming corporate taxation in a global economy: a proposal to adopt formulary apportionment. Disponível em <<http://www.brookings.edu/research/papers/2007/06/corporatetaxes-clausing>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- BENK, R.T.J. Ensaio sobre a valoração aduaneira no Brasil. In: TÔRRES, H.T. (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- BRASIL. PPB. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=1103>>. Acesso em: 20 ago. 2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 564.413/SC. Recorrente: União Federal. Recorrido: INCASA S/A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-209 DIVULG 28-10-2010 PUBLIC 03-11-2010. REPUBLICAÇÃO: DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010. EMENT VOL-02445-01 PP-00137.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 564.413/SC. Ibid, voto Ministro Gilmar Mendes.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273 e 390.840. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ de 15.08.2006, p. 25. Recurso Extraordinário nº 346.084. Recorrente/Recorrida: União Federal. Recorrida/Recorrente: Divesa Distrib. Curitibana de Veículos Ltda. Relator: Min. Ilmar Galvão.
- BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. *Virginia Law Review* (2005).
- BREDERODE, R.F.V. The metamorphosis of US corporate income tax into a value added income tax. *International VAT Monitor*, Amsterdã, v. 19, n. 4, 2008b.
- CORDES, Joseph J.; EBEL, Robert D.; GRAVELLE, Jane G. *The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy*. 2ed. Washington: The Urban Institute Press, 2005.
- DALY, Michael. *The WTO and direct taxation*, 2005. Disponível em <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers9_e.pdf>. Acesso em: 27 out. 2014.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Distorções do princípio da não-cumulatividade no ICMS – Comparação com o IVA Europeu. *Temas de Direito Tributário*. I CONGRESSO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Belo Horizonte: Livraria Del Rey. 1998, pp. 107-51.
- DURRSCHIMIDT, D. Tax treaties and most-favoured-nation treatment, particularly within the European Union. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, p. 203, maio 2006.
- ENGLISCH, J. VAT/GST and Direct taxes: different purposes In: LANG, M.; MELZ, P.; KRISTOFFERSSON, E. (orgs.). *Value added tax and direct taxation: similarities and differences*. Amsterdã: BIFD, 2009, p. 1-32.
- FARRELL, J. E. *The interface of international trade law and taxation: defining the role of the World Trade Organization in the field of international taxation*. 2011. 369 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centre for Commercial Law Studies, Universidade de Londres, Londres, 2011.
- GOODSPEED, Timothy. *J. International Taxation*. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/6080book.pdf>>. Acesso em 27 out. 2014, p. 257.
- GREEN, Robert. A. *The interaction of tax and non-tax treaties*, in BIFD, v. 56, 2002, nº 6.
- GREGORIO, Ricardo Marozzi. Um regime para a tributação internacional: perspectivas para o Brasil. *Direito Tributário atual*, vol. 24. São Paulo: IBDT; Dialética, 2010, p. 465-87.
- HAIG, R. M. The concept of income – economics and legal aspects. *The Federal Income Tax*. Nova Iorque, 1921.
- HILU NETO, M. Preços de transferência e valor aduaneiro – a questão da vinculação à luz dos princípios tributários. In: SCHOUERI, L.E.; ROCHA, V.O. (coords.). *Tributos e preços de transferência*, v. II, São Paulo: Dialética, 1999.
- HOBBS, T. *Do cidadão*. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- HOEKMAN, B.M.; KOSTECKI, M.M. *The political economy of the world trade system*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- HOFBAUER, G. Most favored nation clause in double taxation convention – a worldwide overview. *Intertax*, Londres, v. 33, n. 10, p. 445-53, 2005.
- HOFBAUER, G.; SHELTON, J. *Subsidies in international trade*. Washington: Institute for International Economics, 1984, p. 51.
- HOLMES, K. *The concept of income: A multi-disciplinary analysis*. Amsterdã: IBFD, 2000.
- JACKSON, J. H.; DAVEY, W. J.; SKYKES, A. J. *Legal problems of international economic relations, cases, materials and text*, 3. ed. Saint Paul: West Group, 1995.
- JELSMA, Phillip L. The making of a subsidy, 1984: The tax and international trade implications of the Foreign Sales Corporation legislation. *Stanford Law Review*, v. 38, n. 5, 1986, p. 1.327-62.
- KNOLL, Michael S. The Connection Between Competitiveness and International Taxation, 65 Tax Law Review, 2012, apud AVI-YONAH, Reuven S., SARTORI, Nicola. International taxation and competitiveness: introduction and overview. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=law_econ_current>. Acesso em 27 out. 2014.
- LAVEZ, Raphael Assef. A regra brasileira de transparência fiscal sob a perspectiva da indução econômica. *Direito Tributário Atual*, vol. 29. São Paulo: IBDT; Dialética, 2013, p. 293-305.

LEMGRUBER, A. A tributação do capital: o imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto sobre operações financeiras. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P. (orgs.). *Economia do setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MCDANIEL, Paul. The impact of trade agreements on tax systems. *Intertax*, v. 30, issue 5, 2002, pp. 166-171; e Trade agreements and income taxation: interactions, conflicts, and resolutions, Boston, 2004. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=499284>. Acesso em 30 out. 2014.

MUSGRAVE, Richard A. *A criteria for foreign tax credit*. Taxation and operations abroad. Princeton: The Institute, 1960.

RUPEREZ, J. S.-B. Non-fiscal discrimination in the WTO and EC Law: relations and solutions. *The EC Tax Journal*, v. 4, n. 2, p. 105-110, 2000.

SAMUELSON, Paul A. *Economics*. 9ª ed. Nova York, McGraw-Hill, 1973.

SCHÖN, W. World Trade Organization law and tax law. *IBFD Bulletin*, Amsterdã, v. 58, n. 7, p. 283-296, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ed. São Paulo: Dialética, 2013 p. 11.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tax sparing: uma reconsideração da reconsideração*. *Revista Direito Tributário Atual*, vol. 26. São Paulo: IBDT; Dialética, 2011.

TRANSFER pricing e guidelines for multinational enterprises and tax administrations. Paris: OECD Publishing, 2010.

UNITED NATIONS. *UN Practical Manual for Developing Countries*. Disponível em <http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Contribuição ao estudo sobre as influências recíprocas entre a tributação da renda e o comércio internacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

VIMERCATE, P. VAT/GST and Direct taxes: how can we distinguish them? In: LANG, M.; MELZ, P.; KRISTOFFERSSON, E. (orgs.). *Value added tax and direct taxation: similarities and differences*. Amsterdã: IBFD, 2009, p. 151-168.

VOGEL, Klaus. Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation? *Bulletin for International Fiscal Documentation*. Amsterdã: IBFD, 2002.

WHALLEY, John. Taxes and trade. Disponível em <<http://www1.worldbank.org>>. Acesso em: 29 out. 2014.

WORLD TRADE REPORT 2006: exploring the links between subsidies, trade and the WTO. 266p. Disponível em <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report06_e.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

WTO. *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*, March 24, 1948. Disponível em <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional. *Direito Tributário Atual*, vol. 19. São Paulo: IBDT/Dialética, 2005, p. 24-40.

A SOBERANIA TRIBUTÁRIA DOS PAÍSES MEMBROS DA OMC: CONTROLE SOBRE POLÍTICAS INDUSTRIAIS EM UM AMBIENTE MULTILATERAL

Gustavo Henrique Sperandio Roxo¹

Resumo: A elaboração de políticas industriais ativas depende da concessão de incentivos fiscais à iniciativa privada, especialmente para que sejam conferidos sinais eficientes que guiarão os agentes do mercado rumo a estratégias previamente estabelecidas pelo governo. Ocorre que os Membros da OMC não são completamente livres para exercer a sua soberania tributária, em razão da necessária restrição a práticas distorcivas do comércio internacional. Determinadas medidas discriminatórias que podem caracterizar violações às regras contratadas no ambiente multilateral devem ser necessariamente controladas. No presente trabalho, identifica-se – mesmo que brevemente – as principais formas de controle relativas à averiguação de eventual violação das obrigações multilaterais, assim como os acordos contratados no âmbito da OMC que mais de perto se relacionam com a disciplina tributária. Pretendeu-se, em linhas gerais, analisar como os países Membros podem ter restringida a sua autonomia para o exercício do poder de tributar, considerando logicamente o regramento previsto no âmbito multilateral.

Palavras-chave: soberania tributária; política industrial; regras multilaterais.

I. Introdução

90

Não há desenvolvimento sem um Estado desenvolvimentista (Evans 2012). Esta afirmação peremptória de Peter Evans resume bem as conclusões a que chegaram diversos autores que analisaram o processo de desenvolvimento econômico de países não pertencentes ao eixo central da divisão centro-periferia. De fato, Robert Wade e Alice Amsden, que estudaram a recente industrialização do leste asiático, chegaram basicamente à conclusão de que o desenvolvimento é um fenômeno dependente de estratégias traçadas previamente por Estados desenvolvimentistas, que deixam de lado muitas das orientações impostas por órgãos do *mainstream* (Amsden 2009; Wade 2009). Essencialmente, afasta-se da visão neoutilitarista de que o aparato público é caracterizado como um elemento eminentemente predatório, incapaz de coordenar a mudança estrutural rumo a uma estratégia bem definida de desenvolvimento econômico e social que atenda primordialmente aos interesses nacionais (Evans 1998).

A análise comparativa institucional demonstrou que alguns Estados foram capazes de se engajar em um projeto de desenvolvimento de longo prazo, conseguindo promover

¹ Advogado, mestrando junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Sócio do escritório Medaglia & Roxo Advogados – Endereço para contato: Avenida Sete de Setembro, n.º 4214, conj. 505 – Curitiba – Paraná. E-mail: gustavoroxo@yahoo.com.br.

transformações estruturais em sua dinâmica econômica para alcançar posições mais favoráveis na divisão internacional do trabalho. Neste sentido, Evans cita que a *autonomia inserida (embedded autonomy)* de projetos desenvolvimentistas dos países do leste asiático dependeu da existência de *projetos compartilhados* que envolviam uma burocracia bem estruturada, aliada a uma iniciativa privada capaz de promover inovações tecnológicas (Evans 1998). Para o referido autor, a existência de projetos desenvolvimentistas bem-sucedidos depende da adoção de aparatos institucionais aptos a incentivar e direcionar de forma eficiente os empresários privados (Evans 1998).

As políticas industriais deste novo paradigma estatista demonstram a alteração do perfil das políticas públicas: em vez de apostar em um deliberado protecionismo, o Estado se utiliza de instrumentos indiretos que induzem a iniciativa privada a caminhar em direção a trajetórias específicas, que melhor condizem com os interesses nacionais (Evans 1998)². Isto se dá preponderantemente a partir de incentivos fiscais e financeiros, além de créditos subsidiados fornecidos por bancos públicos de fomento. A promoção da indústria nacional não se estriba em uma estratégia protetiva que exclui as empresas internacionais (a partir da não concessão de licenças, por exemplo), mas projeta a partir de incentivos uma *trilha a ser seguida* pela iniciativa privada.

Neste contexto, os governos possuem funções estratégicas na coordenação dos elementos privados, direcionando a alocação dos recursos no sentido de promoverem uma agenda de desenvolvimento econômico e social (Rodrik [s.d.]). Para Dani Rodrik, o essencial para pensar as políticas industriais é desenhar estratégias nas quais os atores públicos e privados resolvam conjuntamente os problemas que maculam o processo produtivo de determinado país, aprendendo e cooperando um com o outro a partir dos custos e oportunidades existentes.

Resta ao Estado, em tal dinâmica, a função de introduzir assimetrias e gerar incentivos ao desenvolvimento de inovações tecnológicas, além de fortalecer os mecanismos de mercado em direção a uma inserção estratégica no âmbito internacional (Peres 2009). A capacidade de criação de potencialidades econômicas por parte dos governos é que definirá o sucesso das economias nacionais (Rodrik [s.d.]).

² Peter Evans bem demonstra a insatisfação dos teóricos da abordagem institucional comparada com relação à perspectiva de um estatismo exacerbado: “Primeiro, eu gostaria de declarar explicitamente minha falta de simpatia pelo “estatismo”, entendido como uma fé utópica na beneficência e na eficácia do Estado. Reviver uma crença cega no Estado como uma solução ao problema do subdesenvolvimento não é possível nem desejável”.

Analizadas de forma ampla, as políticas industriais podem ser instrumentalizadas a partir de diversos mecanismos, ora envolvendo práticas horizontais, ora estratégias verticais e setoriais. Neste sentido, os governos podem adotar instrumentos diferentes para o manejo de políticas industriais, como medidas: *(i)* relacionadas à criação de infraestrutura (estruturas de transporte, comunicação, etc); *(ii)* formadoras de capital intelectual e humano voltado à elaboração de novas tecnologias; *(iii)* atreladas à cooperação entre os setores público e privado a partir da criação de *campeões nacionais*; e *(iv)* voltadas à proteção de indústrias nascentes por meio de incentivos fiscais e financeiros (Peres 2009).

Em tal contexto, os incentivos fiscais aparecem como *sinais* eficientes transmitidos à iniciativa privada para que essa direcione suas ações no sentido desejado pelos órgãos públicos, atendendo aos objetivos plasmados em uma estratégia de promoção industrial.

Ocorre que esta *construção de vantagens comparativas* pode infringir alguma das regras que estruturam o chamado Sistema Multilateral de Comércio (SMC), um ambiente fortemente baseado no princípio do livre comércio internacional. Neste contexto, há uma série de acordos que afetam direta ou indiretamente o *poder de tributar* (de *exonerar*, no caso), já que a utilização de incentivos fiscais pode, como visto, interferir no livre jogo do mercado e do comércio internacional. A afetação tributária da normatização da OMC se justifica, assim, na medida em que os governos podem fazer uso de instrumentos tributários para adotar práticas protecionistas.

A integração comercial exige, assim, que os Estados restrinjam parte de sua soberania quando da elaboração de políticas tributárias e industriais, na medida em que esses instrumentos fiscais confrontem os princípios e regramentos contratados multilateralmente. Considere-se ainda que os princípios que estruturam o SMC de alguma forma impedem que os países adotem práticas tributárias discriminatórias, estabelecendo que o mesmo tratamento deva ser adjudicado a produtos de origem nacional e internacional.

É quase intuitivo concluir que a concessão de benefícios fiscais, ao fazer parte de uma estratégia industrializante de fundo evolucionário, pode romper com alguns dos compromissos assumidos em sede multilateral pelos países membros da OMC. Parece relevante, então, estudar os limites que engessam o *espaço de livre conformação tributária* dos países menos desenvolvidos, tanto no que se refere às formas de controle a respeito da compatibilidade de medidas tributárias, quanto à própria disciplina material constante nos acordos comerciais.

II. A Soberania Tributária dos Membros da OMC

Inicialmente, deve-se ressaltar que a Organização Mundial do Comércio não é propriamente uma instituição tributária ou uma organização que tenha como fim a harmonização dos sistemas tributários nacionais. Não é disto que tratamos quando nos referimos à necessária flexibilização do conceito de soberania tributária estatal e da mitigação do *espaço político* dos governos nacionais diante da normatização multilateral. Apenas quando do exercício do poder de tributar (aí incluído o *poder de exonerar*) sobressair uma ofensa ao teor de algum dos regramentos contratados no âmbito da OMC, é que se pode identificar a necessidade de adequação de determinada política interna.

Assim, as repercussões tributárias eventualmente decorrentes dos acordos contratados no ambiente da OMC e da jurisprudência de seus órgãos decisórios não concretizam uma imposição definitiva a respeito de uma determinada *estrutura padrão* a ser necessariamente seguida por todos os sistemas tributários nacionais (Michels 2009). Em princípio, todos os Estados-Membros são livres para exercer a sua soberania tributária de forma autônoma, desde que o façam sem qualquer finalidade protecionista. Ou seja, deve-se deixar claro que os Estados logicamente não perderam sua liberdade de conformação política, econômica e tributária, mas cederam voluntariamente parte de sua autonomia na medida em que o seu exercício possa significar alguma restrição aos objetivos que moldam o regimento contratado multilateralmente.

Em breve resumo, o princípio da livre conformação da política tributária doméstica somente poderá ser atenuado ou restringido diante de uma possível violação às obrigações contratadas perante a OMC, principalmente na medida em que haja uma barreira ao livre comércio. Este entendimento é ressaltado inclusive pelo Órgão de Apelação (OA), em caso paradigmático a respeito da interpretação do art. III do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT)³.

Note-se ainda o OA bem ressalta um elemento essencial para a análise da relativa *perda de soberania tributária* dos Estados Membros: tratar-se-ia de uma relação de *trade off*,

³ Confira-se: “os membros da OMC são livres para perseguir seus próprios objetivos nacionais mediante a tributação ou a regulamentação interna sempre e quando o façam de maneira a não infringir o disposto no art. III ou qualquer outro compromisso contratado no âmbito do Acordo Constitutivo da OMC”. World Trade Organization. **Japón Impuestos sobre las bebidas alcohólicas**. Reporte do Órgão de Apelação. WT/DS11/AB/R, de 04 de outubro de 1996; pg. 20, tradução livre; redação original: “*Los Miembros de la OMC son libres de perseguir sus propios objetivos nacionales mediante la tributación o la reglamentación interiores siempre y cuando no lo hagan de manera que infrinjan lo dispuesto en el artículo III o cualquier otro compromiso contraído en el marco del Acuerdo sobre la OMC*”.

na qual os países voluntariamente teriam cedido parte de sua *potestade tributária* para se beneficiarem das vantagens que esperam obter com a implementação dos compromissos contraídos no âmbito da OMC. Ou seja, os próprios países contratantes teriam julgado válida a relativização de sua soberania nacional com o objetivo de angariar vantagens superiores relacionadas à implementação do livre comércio, evitando o *proteccionismo de todos* a partir da proibição do uso de medidas tributárias discriminatórias (Elali 2010).

Seja como for, parece relevante considerar que a redução de barreiras tarifárias e não-tarifárias foi uma das principais formas de promover a liberalização do comércio internacional pós-segunda guerra, sendo impositiva aos países Membros a adoção de uma *lista de concessões* relacionada aos encargos aduaneiros máximos cobrados quando da entrada de produtos em território nacional (Art. II do GATT). Em tal contexto, com a contínua redução das tarifas promovida sucessivamente por meio das Rodadas de Negociação, ganharam relevo outras formas de exercício do poder discriminatório no ambiente de trocas comerciais, havendo especial ênfase da OMC no controle das práticas e políticas tributárias que eventualmente possam distorcer o mercado internacional.

Para Michael Daily, pode-se perceber que a OMC vem atribuindo especial importância aos potenciais efeitos da tributação no que concerne ao fluxo de investimentos e ao comércio internacional a partir de vários acordos contratados no âmbito da Rodada Uruguai, em especial o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), o Acordo sobre Agricultura, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS) e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) (Daily 2005).

A crescente importância da matéria tributária e a expansão da regulação multilateral naturalmente levaram a um incremento significativo de disputas quanto à consistência da política tributária de determinados países Membros com relação aos acordos contratados junto à OMC. De tal modo, parece-nos relevante compreender como efetivamente as regras multilaterais podem influenciar a elaboração de políticas tributárias domésticas, mesmo que fora do aparato institucional de controle da OMC.

A. As formas de controle incidentes sobre a livre conformação tributária dos países Membros

Localizamos – neste sentido – ao menos três mecanismos de controle diretamente oriundos dos compromissos contratados multilateralmente que podem reduzir a autonomia

dos países Membros no que se refere à elaboração e implementação de políticas industriais instrumentalizadas a partir da concessão de incentivos fiscais.

Em primeiro lugar, deve-se destacar a existência de uma atuação preventiva por parte da OMC, especialmente destinada a conferir aplicabilidade a um dos princípios estruturantes do comércio internacional, o *princípio da transparência*. Em tal contexto, os países Membros instituíram um Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (TPRM), com caráter evidentemente *preventivo*, relacionado à imposição de que todos os membros da OMC enviem relatórios periódicos para análise da política comercial aplicada no plano doméstico, o que evidentemente inclui as medidas tributárias eventualmente pertinentes. Um exame anual das principais questões atinentes às políticas comerciais dos países Membros é publicado pela organização. Além disso, saliente-se que ao aderir aos acordos da OMC, os países Membros têm de submeter suas normas internas à análise de conformidade com relação às regras contratas multilateralmente, sendo necessária a adequação das políticas comerciais eventualmente incongruentes (Michels 2009).

Mais importante, porém, é considerar a existência de **mecanismos corretivos e sancionatórios**, que podem significar logicamente maiores restrições ao exercício da soberania tributária por parte dos países Membros. Em tal contexto, vale destacar inicialmente a existência de um mecanismo de solução de controvérsias estruturado para a implementação das regras contratadas.

Para que qualquer demanda seja analisada no âmbito do sistema de solução de controvérsias, é necessário que haja um questionamento realizado por algum país Membro (particulares não são legitimados para participar do procedimento). Em tal sentido, inicialmente devem ser elaborados pedidos de consulta posteriormente notificados ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e aos respectivos Comitês, sendo que apenas caso não seja possível resolver a controvérsia a partir de uma solução conciliatória, será possível o estabelecimento de um painel, dando início à segunda fase do procedimento (art. IV-7 do Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias).

Somente não será estabelecido um painel se o OSC entender por consenso a respeito de sua desnecessidade, o que obviamente parece muito improvável em face da necessidade de negativa mesmo da parte reclamante. Trata-se de um procedimento *quase automático*, portanto, nitidamente diverso do previsto no âmbito do GATT (Amaral Júnior 2008; Cretella Netto 2003; Thorstensen 2001).

Elaborado e publicado o relatório final dos painelistas, os países interessados podem notificar o OSC a respeito de seu interesse em apelar, sendo que apenas questões de direito e de interpretação jurídica podem ser formuladas nesta fase. A decisão exarada pelo Órgão de Apelação não comporta recursos, sendo que de nenhuma forma poderá ser bloqueada por qualquer das partes interessadas, a menos que haja improvável consenso a respeito de sua não adoção por parte do OSC.

Após a adoção do relatório elaborado pelo painel responsável ou da decisão exarada pelo OA, o país Membro respondente tem o prazo de trinta dias para informar ao OSC como pretende implementar as decisões e recomendações exaradas. Dá-se início, aqui, à fase de implementação e supervisão das decisões adotadas pelo OSC, cujo principal objetivo é corrigir as inconsistências de políticas domésticas e reequilibrar as relações comerciais de acordo com as regras acordadas no âmbito da OMC (Amaral Júnior 2008). Note-se que a fase de implementação está orientada ao voluntário cumprimento das medidas necessárias por parte do país respondente, havendo, porém, verdadeiras sanções ao Estado que não tome as adequadas providências de cumprimento, tais como a possibilidade de suspensão de concessões ou outras obrigações, em conformidade com o art. XXII-1 do ESC.

As contramedidas, em tal sentido, são autorizadas apenas quando o país Membro respondente é incapaz de suprimir as medidas incompatíveis com as obrigações contratadas, tendo caráter nitidamente temporário e dependendo da autorização do OSC.

A contramedida mais relevante prevista pelo ESC é claramente a possibilidade de retaliação por meio da suspensão de concessões ou de outras obrigações pelo país demandante, prevista no art. XXII-2. Trata-se, segundo Alberto do Amaral Júnior, de mecanismo sancionatório, vez que permitida a utilização de instrumento coercitivo capaz de privar temporariamente os direitos concedidos e resguardados pelos acordos contratados no âmbito da OMC (Amaral Júnior 2008). Para aplicar a referida retaliação, o país demandante deverá solicitar autorização ao OSC, que apenas não chancelará a sua adoção se houver consenso que rejeite o pedido. Após a aprovação pelo OSC, logicamente a aplicação da medida retaliatória independe de qualquer consentimento por parte do Membro respondente, o que deixa evidenciado o caráter de obrigatoriedade e vinculação das decisões exaradas em âmbito multilateral (Amaral 2012).

Parece relevante destacar que o mecanismo sancionatório previsto no ESC não se estrutura a partir de uma imposição direta de adequação das políticas domésticas, já que a autonomia dos Estados Membros deve ser respeitada. O que se busca com a possibilidade de retaliação é erigir mecanismos coercitivos que pressupõem a perda de direitos já conquistados

e estabelecidos pelos tratados da OMC (Amaral Júnior 2008). Em outras palavras, o OSC logicamente não tem legitimidade para determinar unilateralmente a alteração de determinadas políticas comerciais domésticas que eventualmente sejam incompatíveis com as regras da OMC, não intervindo de forma imediata na autonomia dos países Membros. A solução encontrada para conferir obrigatoriedade aos acordos contratados multilateralmente foi possibilitar a suspensão de determinadas vantagens e direitos, o que pode significar um instrumento efetivo de indução ao cumprimento das decisões exaradas pelo OSC e de punição do Membro respondente.

Para além da existência do mecanismo de solução de controvérsias inerente ao sistema multilateral de comércio (que, reitere-se, somente pode ser acionado por países Membros, e não por particulares eventualmente prejudicados), não se pode deixar de mencionar que os acordos contratados no âmbito da OMC possuem clara e direta aplicabilidade no direito interno, sendo inclusive passíveis de apreciação pelos tribunais nacionais. Neste sentido, note-se que os resultados da Rodada Uruguai foram devidamente internalizados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 1.355/94, conferindo o direito de acesso ao Poder Judiciário a qualquer indivíduo que alegue inconsistência de medidas tributárias domésticas em relação ao regramento da OMC.

Em tal sentido, é nítido que os próprios tribunais nacionais podem utilizar as regras contratadas no âmbito da OMC para afastar medidas tributárias com elas eventualmente incompatíveis ou estender determinados benefícios a sujeitos e produtos inicialmente não atingidos pela norma de beneficiamento. Assim, as políticas domésticas de cunho tributário podem ser efetivamente controladas pelo Poder Judiciário, sendo que medidas que instituem tratamento incompatível com as regras contratadas no ambiente multilateral podem ser afastadas a pedido de particulares prejudicados, ou mesmo pode ser imediatamente ampliada a extensão do tratamento mais benéfico, tudo com vistas a conferir eficácia às normas da OMC.

B. A disciplina tributária nos acordos da OMC

Analisadas as formas de controle incidentes sobre o exercício da soberania tributária por parte dos países Membros, cumpre destacar os acordos contratados no ambiente multilateral que possuem maior relevância no que se refere à disciplina tributária. Trata-se, agora, de evidenciar como as regras contratadas no âmbito internacional se referem *materialmente* à disciplina tributária, afetando basicamente a possibilidade da utilização de

instrumentos extrafiscais destinados a consubstanciar políticas industriais mais ativistas, que possivelmente podem distorcer o comércio internacional. Em tal contexto, o mais relevante parece ser considerar que ao menos dois acordos regulam diretamente os instrumentos tributários potencialmente distorcivos, especialmente tendo em conta o *princípio da não discriminação tributária*.

Em primeiro lugar, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), logo nos seus primeiros artigos, faz expressa menção à impossibilidade do manejo de tributos internos e direitos aduaneiros com vistas a conferir tratamento discriminatório, seja com relação ao tratamento conferido a produtos *oriundos de* ou *destinados a* qualquer outro país-Membro, seja com relação à proteção de produtos nacionais. De fato, o *princípio da não-discriminação tributária* se expressa nas regras da OMC a partir de dois princípios básicos, previstos já nos artigos iniciais do GATT, quais sejam: a **Cláusula da Nação Mais Favorecida – CNMF** (artigo I do Acordo Geral) e a **Cláusula do Tratamento Nacional** (artigo III do Acordo Geral). Em brevíssimas palavras, a primeira delas se relaciona à impossibilidade de discriminação entre produtos *não nacionais entre si* (envolvendo ou não membros da OMC), ao passo que a segunda veda medidas discriminatórias entre o produto nacional e o não-nacional. O intento claro da previsão e aplicação das referidas cláusulas estruturantes da OMC é vedar o tratamento discriminatório baseado exclusivamente no critério da nacionalidade, especialmente no que se refere a questões tributárias ou regulatórias (Brito Filho 2011; Cartier [s.d.]; Mota 2006).

Diante do amplo escopo de abrangência das medidas que são consideradas atentatórias à CNMF, Peter Van Den Bossche as sintetiza e aglutina em três grupos: (i) direitos aduaneiros e outros encargos relacionados à importação ou exportação; (ii) tributos internos; e (iii) regulação interna incidente sobre a venda, distribuição e utilização de produtos (Van den Bossche 2005). Como se pode notar, adota-se uma interpretação extensiva que torna inconsistente qualquer ato do qual decorram efeitos discriminatórios a produtos *oriundos de* ou *destinados a* países Membros (Cartier [s.d.]). Evidentemente, tributos internos ou aduaneiros não podem ser livremente manejados de forma a conceder vantagens tributárias não extensíveis imediata e incondicionalmente a todos aqueles produtos similares originários de outros territórios pertencentes países Membros da OMC.

Aqui já se nota que é possível o acionamento do mecanismo de solução de controvérsias da OMC por parte do país Membro que se julgue prejudicado por determinada prática adotada por outro governo nacional, especialmente quando não conferido tratamento equivalente aos seus produtos tendo como parâmetro o tratamento conferido a produtos

originários de outros países, em desatenção à CNMF. Além disso, é evidentemente possível a propositura de demanda judicial por parte de um particular destinada à ampliação do âmbito de aplicação da medida discriminatória, vez que as normas do GATT se encontram regularmente internalizadas no direito nacional, e são – assim – diretamente aplicáveis.

Além da obrigação de conferir tratamento não menos favorável a quaisquer produtos estrangeiros, os países Membros da OMC estão proibidos de discriminar produtos importados tendo como base de comparação os produtos nacionais similares (Van den Bossche 2005). Trata-se da dimensão interna do *princípio da não discriminação*, especialmente porque se relaciona à averiguação do tratamento disponibilizado a produtos importados que já se encontrem internalizados no mercado doméstico, impossibilitado que práticas protecionistas sejam legitimadas a partir do tratamento diferenciado entre produtos nacionais e estrangeiros similares (Michels 2009).

Em consonância com a literalidade do Artigo III-1, os *impostos e outros tributos internos*, assim como as leis, regulamentos e exigências atinentes à utilização dos produtos no mercado interno, não poderão ser aplicados a produtos nacionais ou importados de modo a proteger a produção nacional. Essencialmente, o referido parágrafo estabelece que os produtos importados, assim que internalizados no mercado doméstico, não poderão receber tratamento menos favorável do que o produto nacional similar (Mota 2006).

Por evidente, a restrição literal a respeito da abrangência do princípio do tratamento nacional (*impostos e outros tributos internos*) se relaciona à não aplicação da referida norma a impostos e tributos aduaneiros ou regras e formalidades alfandegários, vez que tais incidências são logicamente discriminatórias, e estão reguladas pelos artigos II e XII do GATT (Brito Filho 2011).

Em consonância com o Órgão de Apelação, o objetivo geral e fundamental do *princípio do tratamento nacional* é evitar o protecionismo no que se refere à aplicação de impostos e regulamentos internos, ou seja, que não sejam levadas a cabo políticas domésticas que prevejam tratamento mais benéfico a produtos nacionais com relação a produtos importados⁴. Ainda, deve-se ressaltar que o Artigo III-5 veda o estabelecimento de regulamentação quantitativa interna que se relacione com o fornecimento de produto em quantidades ou proporções determinadas por fontes produtoras nacionais, o que evidentemente cerceia a possibilidade do manejo de políticas industriais de conteúdo local.

⁴ World Trade Organization. **Japón Impuestos sobre las bebidas alcohólicas**. Reporte do Órgão de Apelação. WT/DS11/AB/R, de 04 de outubro de 1996.

Por fim, cabe salientar que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) também possui aplicação imediata no que concerne à utilização de medidas tributárias por parte dos países Membros, vez que seu objetivo principal não é outro que não restringir a manipulação e distorção do comércio internacional efetuada por meio da concessão de benefícios fiscais ou ajudas financeiras por parte dos governos. Limita-se, como é evidente, a possibilidade de livre manejo de políticas industriais baseadas na proteção de indústrias nascentes ou na concessão de auxílio ao desenvolvimento de componentes de conteúdo nacional, em especial porque o auxílio pecuniário – direto ou indireto – representa fomento incongruente com o princípio da liberdade comercial internacional (Magalhães 2007). Considere-se, em tal sentido, que o núcleo duro da definição de *subsídio* constante no primeiro artigo do ASMC corresponde à existência (i) de uma *contribuição financeira concedida por um governo ou órgão público*; (ii) da qual decorre *uma vantagem gratuita a um ou mais sujeitos, tendo como referência as condições normais do mercado*⁵.

III. Conclusão

Como se pode notar, mesmo que se considere a relevância de estratégias e políticas industriais ativistas, que se estruturam a partir da concessão deliberada de incentivos fiscais a determinados produtores com vistas a direcionar o mercado para que sejam criadas novas vantagens comparativas, há uma evidente restrição no *espaço de livre conformação tributária* dos países Membros oriunda dos acordos contratados multilateralmente (no âmbito da OMC). Em tal contexto, parece evidente que mesmo não havendo uma imposição no sentido de que todos os membros harmonizem os seus sistemas tributários e os concebam de modo uniforme, admite-se ao menos indiretamente que a soberania tributária dos países seja influenciada por obrigações contratadas no ambiente do sistema multilateral de comércio, essencialmente quando se constata que determinadas medidas tributárias podem afetar o livre comércio internacional.

Considere-se ainda que a disciplina tributária é normatizada por alguns acordos contratados no âmbito da OMC, vez que evidentemente é vedada a discriminação que constitua tratamento mais favorecido a determinados produtos *oriundos de* ou *destinados a* determinado país Membro, ou mesmo a produtos nacionais com relação aos seus similares importados. Tem-se por certo que também a regulamentação dos subsídios parece essencial ao

⁵ World Trade Organization. **Canada – Measures affecting the export of civilian aircraft**. Informe do Grupo Especial adotado em 14 de abril de 1999.

controle de medidas tributárias de incentivo que conferem contribuição financeira da qual decorra vantagem a um sujeito específico (havendo proibição expressa à concessão de subsídios vinculados ao desempenho exportador ou ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de estrangeiros).

Para que sejam eficazes as proibições concernentes ao tratamento discriminatório, erigiu-se um sólido sistema de resolução de controvérsias, que – no limite – pode resultar na aplicação de sanções aos países Membros que não adéquem suas políticas tributárias à normatização acordada no âmbito multilateral, essencialmente a partir de mecanismos coercitivos (tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações). Ainda, é admitido o controle judicial interno daquelas medidas tributárias que eventualmente possam ser incompatíveis com as regras multilaterais, restando obviamente restringido o espaço de livre conformação das políticas tributárias.

Por fim, insta salientar que a OMC também atua preventivamente para que sejam obedecidos os princípios e regras constantes nos acordos comerciais, em especial a partir do envio de relatórios periódicos para a análise da compatibilidade das políticas comerciais domésticas levadas a cabo pelos países Membros.

IV. Referências Bibliográficas

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008;
- AMARAL, Renata Vargas. **Retaliação Cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio**. Tese de Doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.
- AMSDEN, Alice. **A ascensão do resto: os desafios ao Ocidente de economias com industrialização tardia**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- BRITO FILHO, Washington Juarez de. **O princípio da não-discriminação tributária no comércio internacional de bens**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- CARTIER, Stephanie. **Módulo 3.5 do Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual**. Trad. Rabih Ali Nasser, disponível no sítio eletrônico da UNCTAD (www.unctad.org);
- CRETELLA NETTO, José. **Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- Daily, Michael. **The WTO and Direct Taxation**. Discussion Paper, n.º 9, World Trade Organization, Junho de 2005.
- ELALI, André. **Incentivos Fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- EVANS, Peter. **Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa**. In: Revista de Economia Contemporânea, num. 4, jul – dez de 1998. pp. 51 – 85.
- EVANS, Peter. **Construção do Estado desenvolvimentista do século XXI: possibilidades e armadilhas**. In: Saúde, desenvolvimento, ciência, tecnologia e inovação. São Paulo: Hucitec, 2012.
- EVANS, Peter. **Predatory, Developmental, and other Apparatuses: a comparative political economy perspective on the third world state**. In: Sociological Forum, v. 4, no. 4, 1989. pp. 561 – 587.

MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos. **Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

MICHELS, Gilson Wessler. **O papel da Organização Mundial do Comércio no processo de aproximação das ordens tributárias nacionais**. Tese de Doutorado apresentada junto ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

MOTA, Pedro Infante. **O princípio da não discriminação no sistema GATT/OMC**. IN: Revisa Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 4, n. 24, nov/dez 2006.

PERES, Wilson; PRIMI, Annalisa. **Theory and practice of industrial policy. Evidence from the Latin America Experience**. In: CEPAL – Serie Desarrollo productivo, n. 187, Santiago, 2009. pp. 3 – 51.

RODRIK, Dani. **Industrial Policy for the twent-first century**. Disponível no site: <http://myweb.rollins.edu/tlairson/pek/rodrickindpolicy.pdf>

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. **The Law and Policy of the World Trade Organization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WADE, Robert H. **Rethinking Industrial Policy for Low Income Countries**. In: Journal Compilation of the African Development Bank, Blackwell Publishing, 2009. pp. 352 – 366.

World Trade Organization. **Canada – Measures affecting the export of civilian aircraft**. Informe do Grupo Especial adotado em 14 de abril de 1999.

World Trade Organization. **Japón Impuestos sobre las bebidas alcohólicas**. Reporte do Órgão de Apelação. WT/DS11/AB/R, de 04 de outubro de 1996.

O IMPACTO DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS AMERICANOS NA PRODUÇÃO AGRÍCOLA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E MENOS DESENVOLVIDOS

Bruna Maronesi¹

Resumo: O presente artigo tem como objeto o impacto dos subsídios agrícolas nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. O objetivo foi o de analisar como os subsídios agrícolas afetam o comércio internacional de *commodities* e identificar seus impactos nos países que não possuem condições de subsidiar suas produções agrícolas. Para isso, foi utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e levantamento de dados de estudos de impactos econômicos. O artigo explica como o setor agrícola foi regulamentado nas normas multilaterais de comércio, apresentando as falhas que resultaram desse processo. O resultado do trabalho é a sugestão da revisão das normas multilaterais de comércio que permitem a prática dos subsídios a fim de se por um fim nessa prática prejudicial ao comércio internacional agrícola. Por fim, o artigo oferece algumas propostas para mudar o *status quo*.

Palavras-chave: subsídios, agricultura, desenvolvimento.

I. Introdução

É notório que os subsídios, tanto à produção quanto à exportação, são capazes de distorcer o mercado internacional de *commodities* por meios diversos: regulamentação de preços; complementação de renda dos produtores rurais por meio de pagamentos vinculados à produção, dentre outros. Desta sorte, causam benefícios somente para aqueles que recebem esse incentivo governamental em detrimento dos produtores de países que não dispõem desse tipo de apoio, ao arrepio da livre regulamentação do mercado. Nos dizeres de Gomes:

Os subsídios distorcem os preços, alteram a quantidade de produtos produzidos e consumidos, realocam recursos e privilegiam determinados grupos em detrimento de outros, causando distorções comerciais que extrapolam o âmbito interno e atingem as relações estabelecidas multilateralmente (Gomes 2013:44).

Os subsídios da produção agrícola concedidos em países desenvolvidos causam vários problemas econômicos, como estes acima mencionados, dentro do espectro do comércio nesse setor. Em razão de se tratar de bens de consumo para alimentação da população, estes problemas econômicos gerados acabam por dificultar o acesso a esses produtos, tanto pela dificuldade de se competir na produção dos mesmos, quanto pela

¹ Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Miami, especialista em Relações Internacionais pela UnB, Bruna atua como advogada na área do agronegócio. E-mail: brunamaronesi@gmail.com.

alteração forçada dos preços. Instaura-se, dessa forma, também um problema social, quando países menos favorecidos não dispõem de condições de participar do consumo dessas mercadorias.

O objetivo desse artigo é analisar como esses subsídios afetam o comércio internacional de *commodities* e identificar seus impactos nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Para isso, em um primeiro momento, esse trabalho irá contextualizar o início dos programas de subsídio do governo americano. Aqui, os Estados Unidos foram escolhidos a título de exemplo de país desenvolvido com fortes programas de apoio agrícola (subsídios). Para poder analisar os impactos dos subsídios de países desenvolvidos nos países em desenvolvimento, foi necessário eleger um país desenvolvido com uma forte política de incentivos agrícolas, bem como um país em desenvolvimento cuja pauta exportadora é focada em agricultura e, neste caso, foi eleito o Brasil.

Em seguida, faz-se necessário entender como os três pilares do mercado agrícola internacional (acesso a mercados, apoio doméstico e subsídios à exportação) foram regulamentados multilateralmente pelo Acordo de Agricultura (AAG), pós-Rodada Uruguai, criando uma dualidade no comércio internacional: protecionismo para os países ricos e liberalismo para os pobres.

Após estabelecer que os subsídios, de certa forma, foram institucionalizados e permitidos pelo Acordo de Agricultura, pretende-se identificar o impacto dos mesmos na produção agrícola dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Para tal, serão utilizados estudos já realizados que avaliaram o impacto econômico desse apoio doméstico, e como, apesar de danosa, essa prática é permissiva mediante as normas de comércio internacional.

Como conclusão, sugere-se a revisão dessa prática nas normas de comércio internacional. E, por fim, algumas propostas serão oferecidas para uma tentativa de se alinhar o comércio agrícola mundial.

II. A origem dos subsídios agrícolas norte-americanos

Como explicado acima, foi necessário eleger um país desenvolvido com políticas institucionalizadas e de magnitude expressiva, capazes de provocar alterações no mercado

agrícola, para poder analisar os impactos desses incentivos nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Para esse fim, os Estados Unidos foram escolhidos. Sendo assim, faz-se necessário contextualizar a origem desses incentivos neste país para a análise posterior.

A crise conhecida como a *Grande Depressão*, que atingiu os Estados Unidos durante o governo de Hoover², foi um divisor de águas para a política de subsídios agrícolas daquele país. Até então, a política norte-americana era desfavorável a esse tipo de suporte doméstico. A filosofia era de que o poder de tributar não tinha sido concedido ao governo para o propósito de elevar uma classe a expensas de outra. Mesmo após a I Guerra Mundial, quando muitos fazendeiros tiveram que se readequar aos altos preços agrícolas estabelecidos durante a guerra, os norte-americanos ainda mantinham a determinação de não tributar um grupo econômico para conceder apoio a outro.

Contudo, mediante a crise, Hoover instituiu um programa chamado *Farm Board* que fixava preços mínimos para o trigo e o algodão. De acordo com o novo programa, caso os preços dessas *commodities* caíssem abaixo do preço mínimo, o governo compraria as produções e pagaria pelo seu armazenamento na tentativa de revender as produções depois por um preço melhor.

105

As consequências desse programa foram desastrosas. Produtores de outras culturas passaram a produzir somente trigo e algodão, tendo em vista a segurança e estabilidade dessas colheitas. Isso gerou uma superprodução levando os preços a caírem drasticamente. Assim, o governo teve que comprar o excedente e armazená-lo por conta própria. Após dois anos, essa política se tornou inviável e o governo vendeu o excedente arcando com altíssimos prejuízos.

Quando Roosevelt³ se tornou presidente, ele continuou com a política de intervir no setor agrícola. Ele apoiou o *Agricultural Adjustment Act* (AAA), que visava resolver o problema do excedente de produção pagando os produtores para que eles não produzissem. Pela primeira vez, o Congresso norte-americano declarou que era *política do Congresso* balancear a oferta e demanda de commodities agrícolas para que seus preços gerassem um poder de compra dentro do desejável aos fazendeiros. O AAA controlava a oferta de sete culturas básicas: milho, trigo, algodão, arroz, amendoim, tabaco e leite, oferecendo pagamentos aos fazendeiros se eles se comprometessem a não produzir em parte da sua

² Hobert Clark Hoover foi o 31º presidente dos Estados Unidos entre 1929 e 1933.

³ Franklin Delano Roosevelt foi o 32º presidente dos Estados Unidos entre 1933 e 1945.

terra.

A indústria agrícola americana passou, então, a ser dominada pela ideia de apoio doméstico (pagamentos) para reduzir a produção das lavouras, e de fixação de preços a níveis maiores do que os praticados no mercado. Uma vez que os produtores rurais conseguiram seus subsídios, esse apoio passou a ser visto como um direito adquirido, dificultando sua remoção, mesmo após o término da crise agrícola.

Hoje, os Estados Unidos continuam a subsidiar a sua produção agrícola, gastando anualmente US\$ 20 bilhões⁴ por meio da *Farm Bill* para financiar a sua produção agrícola, contribuindo para a distorção do mercado de *commodities* internacional.

III. A institucionalização dos subsídios nas regras de comércio internacional

Os subsídios surgiram para remediar as disfunções e os danos causados por uma crise. Entretanto, mesmo depois de sanados os efeitos prejudiciais da referida crise, os subsídios se mantiveram como direito adquirido, sendo difícil a sua retirada. A pergunta que se faz, então, é como esses programas de incentivo se enraizaram nos hábitos comerciais do setor agrícola. Para responder a essa pergunta, é necessário estudar o histórico das regras comerciais agrícolas desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947 (GATT 47) até o cenário pós-Rodada Uruguai, que resultou no AAG da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O setor agrícola não era subordinado às regras de comércio internacional do GATT 47. Foi no contexto pós-Rodada Uruguai, com a criação do AAG, que esse ramo do comércio internacional passou a ser regulamentado. Até então, *as políticas agrícolas dos países desenvolvidos eram marcadas por altos níveis de protecionismo e por transferência de renda dos consumidores urbanos para os produtores rurais* (Gonzalez 2002:440). D'Ávila explica muito bem o Acordo Agrícola:

O Acordo Agrícola (AAG) é resultado das negociações desenvolvidas durante a Rodada Uruguai, quando os países definiram as regras de condução do comércio agrícola internacional. O AAG entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, juntamente com a criação da OMC. Ele é composto por vinte e um artigos e cinco anexos, que regulam três grandes “pilares”: acesso a mercados, apoio interno e subsídios às exportações (D'Ávila, 2009:60).

⁴ USDA. Disponível em <<http://www.usda.gov/wps/portal/usda/usdahome>>. Acesso em: 28 de agosto de 2015.

Ainda, segundo o mesmo autor, *pela primeira vez, o comércio de produtos agrícolas foi alvo de normas multilaterais, ainda que com muitas exceções e condicionamentos* (D'Ávila 2009:61). De acordo com o preâmbulo do texto do AAG, o seu objetivo a longo-prazo é estabelecer um sistema de mercado justo e com orientação de mercado. E foi seguindo esse raciocínio que o AAG passou a regulamentar multilateralmente o comércio das *commodities* agrícolas.

A realidade pré-Rodada Uruguai era outra para o setor agrícola, não existia regulamentação para os três pilares do setor: acesso a mercados (estando tarifas e limitações quantitativas incluídas aqui), apoio doméstico e subsídios à exportação. Assim, houve a necessidade de instituição de regras balizadoras para estes entes fundamentais, a fim de se defender o livre comércio. Vejamos.

IV. Acesso a mercados – tarifas e limitações quantitativas

Introduzindo o conceito, nas palavras de D'Ávila (2009:67),

Tarifas são direitos aduaneiros sobre mercadorias importadas. As tarifas dão uma vantagem de preços a mercadorias produzidas localmente em relação a mercadorias similares que são importadas, aumentando rendimentos para os governos. Os compromissos atingidos na Rodada Uruguai para vincular alíquotas tarifárias um nível máximo (consolidação) e para reduzir tarifas norteiam a disciplina sobre acesso a mercados no AAG.

107

Adiante, produtos agrícolas eram isentos da regra geral do GATT 47 de limitar tarifas até um valor máximo, ou seja, as tarifas de produtos agrícolas eram muito mais altas do que as de produtos manufaturados. E, historicamente, os países desenvolvidos aplicavam altas tarifas nos produtos rurais para limitar o acesso a mercado dos países em desenvolvimento e restringir a competição.

Além das proibições às tarifas, outra regra importante do GATT 47 se dava conquanto às limitações quantitativas. Esta regra vedava a instituição de proibições ou restrições feitas por cotas, licenças de importação ou de exportação. Contudo, produtos agrícolas eram sujeito a várias exceções⁵ à essa regra.

⁵ As exceções estão previstas no artigo XI:2 do GATT 47. O artigo XI:2(a) permitia proibições ou restrições aplicadas temporariamente à exportação para prevenir ou remediar uma situação crítica, devido a uma penúria de produtos alimentares ou de outros produtos essenciais para a parte contratante exportadora; enquanto o artigo XI:2(b) permitia proibições ou restrições à importação e à exportação necessárias à aplicação de normas ou regulamentações referentes à classificação, controle da qualidade ou venda de produtos destinados ao comércio internacional.

O AAG alterou essa realidade. O Acordo prevê a expansão de acesso a mercados por meio da conversão de barreiras não-tarifárias em tarifas condizentes com o nível de proteção pretendido (esse processo ficou conhecido como *tarifificação*), e a consequente redução dessas tarifas ao longo de um determinado período de tempo. Segundo D'Ávila (2009:67):

O AAG resultou numa relevante mudança sistêmica: o deslocamento de uma situação em que uma miríade de medidas não-tarifárias impediam os fluxos de comércio agrícola para um regime de proteção exclusiva de tarifas vinculantes e compromissos de redução.

Contudo, essa nova ferramenta do AAG não melhorou o acesso a mercados no setor agrícola. Segundo o mesmo autor:

O processo de tarifificação produziu efeito reverso ao inicialmente pretendido. Ao invés de reduzir o protecionismo ao comércio agrícola mediante a retirada de barreiras não-tarifárias, a tarifificação criou “picos e escaladas tarifárias”, já que muitos membros da OMC alteraram suas barreiras não-tarifárias para para tarifas equivalentes muito elevadas. A permanência das tarifas em nível elevado inviabilizou o fluxo de alguns produtos em seus mercados, mesmo após a Rodada Uruguai (D'Ávila 2009:71).

A. Apoio Doméstico

O GATT 47 não instituíra regulamentação, diretamente, ao uso de apoio doméstico ou de subsídios à produção do setor agrícola, como apoio à renda e fixação de preços. Como explica D'Ávila (2009:75):

O objetivo do AAG foi disciplinar e reduzir os subsídios à produção, estabelecendo níveis de proteção contra a criação de excedentes agrícolas e, conseqüentemente, a depreciação artificial dos preços, no sentido de anular a concorrência internacional.

Para se entender melhor a regulamentação do apoio doméstico, é preciso entender a classificação dos subsídios segundo a terminologia da Organização Mundial do Comércio. A Organização categoriza os subsídios utilizando as cores de um semáforo: verde (permitidos), amarelo (reduza a velocidade, ou, reduza os subsídios) e vermelho (proibidos). Além dessas três cores, acrescentam-se também os subsídios azuis, que são definidos como *subsídios amarelos com condições*. É importante ressaltar que para o AAG não existe a caixa vermelha, ou seja, não existem subsídios proibidos, apesar de que subsídios acima dos níveis de compromisso de redução da caixa amarela não são

permitidos.

A caixa verde está definida no Anexo 2 do Acordo de Agricultura. Subsídios da caixa verde não podem distorcer o comércio, no máximo podem causar distorções mínimas. Eles devem ser financiados pelo governo (com fundos públicos) e não podem envolver regulamentação de preço.

Normalmente esses subsídios são programas que não são direcionados a bens específicos, e incluem apoio à renda aos produtores, não podendo estar relacionados com níveis de produção ou preços. Programas de treinamento, pesquisa em agricultura, e de proteção ao meio ambiente fornecidos pelo governo são exemplos de subsídio de caixa verde. Esses subsídios são permitidos sem limites impostos, desde que cumpram com os critérios do Anexo 2.

A caixa amarela inclui todas as medidas de apoio doméstico consideradas capazes de distorcer a produção e o comércio. Esses subsídios estão definidos no Artigo 6 do AAG como todo tipo de apoio doméstico, exceto aqueles de caixa azul e verde. Medidas para regulamentar preços ou subsídios concedidos baseados no nível de produção são exemplos de subsídios de caixa amarela.

Subsídios de caixa azul são conhecidos como *subsídios de caixa amarela com condições*. Qualquer apoio que se enquadraria na caixa amarela é colocado na caixa azul se o apoio requerer que os produtores rurais limitem a sua produção. Atualmente, não há limites de gastos em subsídios de caixa azul.

Subsídios à produção em favor de produtores rurais que não pertencem às caixas verde e azul estão sujeitos a compromissos de redução pelo AAG. O Acordo requer que os membros reduzam os subsídios à produção baseado na *Medida Agregada de Apoio* (MAA⁶).⁷ Trata-se da *quantificação de todo o apoio governamental concedido por um Membro ao seu setor agrícola, baseado em um produto específico ou não, desde que não contemplado como uma das exceções do Acordo* (Bhala 2003:74).

O MMA global ficou sujeito à redução de 20% em comparação aos níveis de 1968-

⁶ A Medida Agregada de Apoio está definida no artigo 1 do AAG e referida em seus Anexos 3 e 4.

⁷ Artigo 6:1 do AAG: “Os compromissos de redução do apoio interno de cada membro contidos na Parte IV de sua Lista serão aplicados à totalidade de suas medidas de apoio interno em favor de produtores agrícolas, com exceção das medidas internas que não estejam sujeitas a redução nos termos dos critérios estabelecidos no presente Artigo e no Anexo 2 do presente Acordo. Os compromissos são expressos em termos da Medida Agregada de Apoio Total e dos “Níveis de Compromisso Anual e Final Consolidados.”.

1988 até o término do período de implementação⁸. A MMA dos países em desenvolvimento ficou sujeita à diminuição de 13,3%. Os países menos desenvolvidos ficaram isentos dessa obrigação.

B. Subsídios à exportação

Apesar da proibição a subsídios à exportação existente no GATT 47, o artigo XVI:3⁹ permitia a concessão de subsídios à exportação contanto que o país provedor dos subsídios não detivesse uma parte *mais do que razoável do comércio mundial de exportação* do mesmo produto. Nesse contexto, as Partes Contratantes do GATT 47 raramente obtinham sucesso em disputas sobre essa regra, pois provar que o subsídio em questão era responsável para que o país Contratante detivesse parte mais do que razoável do comércio mundial do produto era tarefa muito difícil.

O AAG tentou quantificar o problema e determinou que os países desenvolvidos reduzissem os gastos com esse tipo de subsídio para 36% e diminuíssem seus volumes de exportações subsidiadas para 21% ao longo do período de implementação (baseado no período entre 1986-1990). Já os países em desenvolvimento deveriam reduzir seus gastos para 24% e o volume de exportações para 14%.

Contudo, para alguns autores como Gonzalez *os objetivos desse acordo falharam* (Gonzalez 2002:460). As regras que governam o comércio agrícola, consubstanciadas no AAG, são vistas como permissivas aos EUA e União Europeia para continuar a subsidiar suas produções agrícolas e a despejar o excedente em outros mercados a preços artificialmente depreciados, enquanto requerendo a abertura de mercado de países em desenvolvimento para esse comércio injusto. Tanto os subsídios à produção quanto à exportação contribuem significativamente para o quadro de desequilíbrio predominante no comércio agrícola mundial.

⁸ O período de implementação dos compromissos específicos de cada país é o período de seis anos, com início em 1995. No entanto, os países em desenvolvimento têm a flexibilidade para implementar sua redução e outros compromissos específicos durante um período de até 10 anos.

⁹ Artigo XVI:3 do GATT 47: *Em consequências, as Partes Contratantes deveriam se esforçar no sentido de enviar a concessão de subsídios à exportação de produtos base. Contudo, se uma Parte Contratante consegue diretamente ou indiretamente, sub uma forma qualquer, um subsídio que tenha por efeito aumentar a exportação de um produto de base originária de seu território, este subsídio não será concedido de tal maneira que a mencionada Parte Contratante detenha então uma parte mais do que razoável do comércio mundial de exportação do mesmo produto, tendo em vista a participação das Partes Contratantes no comércio deste produto durante um período de referência anterior, assim como todos os fatores especiais que possam ter afetado ou que possam afetar o comércio em questão.*

V. Consequências dos subsídios para os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento

Mesmo com o novo acordo multilateral, a figura dos subsídios não deixou de existir. Pelo contrário, o Acordo de Agricultura não proibiu o uso de subsídios à exportação no setor, somente previu a redução dos níveis de subsídios concedidos. Assim, o AAG, em vez de promover a liberalização do comércio, simplesmente estabeleceu níveis permissíveis suficientes para haver distorção de mercado.

Ainda, o Acordo contribuiu para agravar as desigualdades entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no que se refere à disponibilidade de concessão de subsídios como ferramenta da política agrícola. Como explica Gonzalez (2002:464):

Países desenvolvidos, historicamente, subsidiavam suas produções agrícolas, enquanto países em desenvolvimento precisavam tributar o setor agrícola. Ao permitir que os usuários desses subsídios mantivessem essa prática, mesmo que sujeitos à reduções obrigatórias, e ao proibir a introdução de novos subsídios, o Acordo institucionalizou a injusta vantagem competitiva detida pelos países produtores desenvolvidos.

Assim, ao estabelecer que países que concediam subsídios às suas produções e às suas exportações somente deveriam reduzir o valor desses apoios, o Acordo tornou legal, no sentido jurídico da palavra, a ferramenta mais poderosa para distorcer mercado. Ou seja, criou-se a legitimação expressa da presença dos subsídios no mercado agrícola.

Alguns podem argumentar que a obrigação também vale para os países em desenvolvimento, que também concediam subsídios. O problema aqui é que, são os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos os que mais tirariam proveito dessa ferramenta, logo são esses países que deveriam ter níveis mais altos de subsídios permitidos, porém estes Estados não têm os meios para prover este incentivo em iguais proporções que seus competidores desenvolvidos para seus produtores domésticos.

O AAG foi moldado de maneira que os países que já concediam subsídios ainda podem concedê-los e, conseqüentemente, distorcer o mercado sem que isso esteja em desacordo com as regras multilaterais de comércio, ao passo que os países que não dispunham à época de fundos para subsidiar suas produções, ou que dispunham de poucos recursos, ficaram impedidos de conceder apoios no mesmo patamar dos desenvolvidos. Ou seja, mesmo que os países em desenvolvimento passem a dispor dos recursos, esses países

não podem lançar mão dessa ferramenta, já que não o faziam no momento da legitimação dos subsídios.

Dessa forma, baseado simplesmente no fato de que os países em desenvolvimento também concediam subsídios, mesmo que em proporções muito menores, tanto os países desenvolvidos como os em desenvolvimento foram colocados em patamar de igualdade no que se refere às suas obrigações: diminuir os incentivos. Sendo que, para se atingir o mesmo patamar de igualdade nesse setor, teria sido melhor igualar os níveis permissivos para ambos os países (desenvolvidos e em desenvolvimento), ou simplesmente proibir a prática.

Além dessa institucionalização dos subsídios, o Acordo tornou permissivas outras práticas que também distorcem o comércio internacional de produtos agrícolas. Gonzalez cita algumas dessas práticas utilizadas pelos Estados Unidos:

Os EUA têm respondido ao declínio nos preços mundiais das commodities, fornecendo ajuda direta aos produtores que não está subordinada aos resultados das exportações e, portanto, permitida pelo Acordo de Agricultura da OMC.

Os Estados Unidos também promoveram as exportações, oferecendo crédito governamental em termos concessionais, e têm resistido a qualquer esforço para alcançar um acordo sobre a taxa mínima de juros e comprimento máximo de condições de crédito, na forma prevista pelo artigo 10:2 do Acordo de Agricultura da OMC (Gonzalez 2002:465).

Outro tipo de apoio que o AAG institucionalizou foram os pagamentos compensatórios utilizados pelos Estados Unidos para ressarcir os agricultores a diferença entre o preço de mercado atual para um determinado produto e o preço-alvo superior estabelecido pelo governo. Ainda, como explica Gonzalez (2002:467):

A isenção dos subsídios da caixa verde excluiu das obrigações de redução de subsídios do Acordo uma série de medidas comumente utilizadas pelos países desenvolvidos que podem ter efeito significativo sobre a produção e o comércio. Estes incluem os pagamentos diretos aos agricultores que estão desvinculados da produção, programas de segurança de renda e programas de seguro de colheitas. Embora esses programas não estão diretamente ligados aos preços agrícolas, eles fornecem aos agricultores receitas adicionais, e assim subsidiam a produção agrícola.

O Acordo sobre Agricultura da OMC permitiu que países desenvolvidos mantivessem os subsídios e restrições às importações que distorcem o comércio, deixando de atingir o seu objetivo declarado de criar um sistema de comércio justo e orientado pelo mercado. Como Watkins (1996:245) observou:

No mundo real (...) produção agrícola e comércio não são determinados pela vantagem comparativa, mas sim pelo acesso comparativo aos subsídios - uma área que os produtores de alimentos do mundo industrializado desfrutam de vantagens incomparáveis sobre aqueles em países em desenvolvimento.

Para ilustrar em dados desses incentivos, de acordo com Figueiredo *as concessões norte-americanas quase triplicaram de 1995 para 2001, passando de um valor aproximado de US\$ 7,7 bilhões, em 1995, para pouco mais de US\$ 21 bilhões em 2001* (Figueiredo 2010:447).

Os gastos médios previstos com subsídios nos EUA, para os anos compreendidos entre 2002 e 2011, são de US\$ 41 bilhões:

Apenas com pagamentos extras autorizados pelo Congresso, os agricultores dos EUA receberam cerca de US\$ 20 bilhões de pagamentos diretos do governo em 2002, ou seja, aproximadamente 40% da renda líquida desses agricultores advieram de recursos governamentais. Em 2004, os subsídios totais dos EUA atingiram US\$ 43,45 bilhões (BEA, 2005 apud Figueiredo 2002:447).

A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) desenvolveu um estudo em 2014 expondo os principais impactos dos subsídios americanos, previstos na *Farm Bill* de 2014 (FB2014) na produção agrícola brasileira em números. Citam-se, a seguir, algumas conclusões do estudo que demonstram que produtos de interesse do Brasil sofrerão os seguintes impactos dos subsídios (CNA 2014):

- *Algodão: a FB2014 prevê parcela de renda de 19% em média no período de 2014 a 2018 (algo entre US\$900 milhões e US\$1 bilhão de subsídios). Em 2004, dispêndios de US\$4,6 bilhões, representaram 49% da renda total dos cotonicultores norte-americanos. Dez anos depois, o pagamento total de subsídios caiu, mas continuou alto: fechou 2013 em de 17%.*
- *Milho: a FB2014 prevê parcela de renda entre 10% e 17% no período de 2014 a 2018 (entre US\$5 bilhões e US\$10 bilhões). O subsídio recorde foi em 2005 – US\$10,5 bilhões, representando 32% da renda dos produtores.*
- *Soja: a FB2014 prevê parcela de renda também recorde, entre 9% e 15% no período de 2014 a 2018 (entre US\$3,2 bilhões e US\$5,5 bilhões). Em 2004, esses subsídios foram de 8% da renda dos produtores (US\$1,8 bilhão).*

O mesmo estudo prevê que os programas norte-americanos vão reduzir preços internacionais de *commodities* agrícolas na vigência da FB2014 (2014 a 2018), nas seguintes proporções: milho: -3% a -5% de redução; soja: -2% a -4% de redução; algodão: -3,7% a -4,3% de redução.

A CNA concluiu, por meio desse trabalho, que a distorção no mercado mundial ocorrerá por duas razões, a primeira é que os subsídios estimulam aumento de produção

empurrando os preços para baixo; e a segunda é que os subsídios reduzem o risco do produtor que vai responder com aumento de área, mesmo em situações de preços remuneradores.

Se for utilizado o Brasil como exemplo de país em desenvolvimento cujo comércio de *commodities* agrícolas é o foco da balança comercial, advindo daí sua principal fonte de renda, pode-se aferir que os subsídios agrícolas americanos impedem a expansão do agronegócio brasileiro, acarretando graves prejuízos econômicos para o Brasil.

Há que se levar em consideração que o Brasil é um país altamente competitivo nesse setor, ou seja, se os programas de subsídios norte-americanos são capazes de desequilibrar o comércio brasileiro de *commodities*, os prejuízos econômicos para outros países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, que não possuem o mesmo grau de competitividade que o brasileiro, são ainda maiores.

Ainda, alguns estudiosos defendem que os programas de subsídios e apoio doméstico à agricultura podem ser apontados como principais causadores da fome e desnutrição mundial, uma vez que o aumento da pobreza causado por prejuízos econômicos gera a fome e a desnutrição. Para Gonzalez (2002:476):

114

O Acordo da OMC sobre agricultura afeta a segurança alimentar nos países em desenvolvimento de duas maneiras distintas. Primeiro, o Acordo aumenta a insegurança alimentar, agravando a pobreza e a desigualdade rural. Em segundo lugar, o acordo dificulta a capacidade dos países em desenvolvimento em adotar medidas que promovam a segurança alimentar.

O argumento dos autores que defendem essa posição é o de que o livre comércio de produtos agrícolas produziu uma enxurrada de importações de alimentos baratos depreciando os preços dos alimentos no comércio internacional, o que ameaçou os meios de subsistência dos pequenos produtores em países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Segundo os mesmos estudiosos, a liberalização do comércio também levou a crescente ênfase na produção agrícola para exportação. Na medida em que mais terra e mais recursos eram dedicados à produção e exportação de culturas, a produção nacional de alimentos nos países em desenvolvimento diminuía e a insegurança alimentar crescia. No entanto, devido à diminuição dos preços mundiais de muitos produtos agrícolas, pequenos agricultores dos países em desenvolvimento não necessariamente recebiam melhores preços para as *commodities* de exportação. Isso aumentava a pobreza e, conseqüentemente, a fome

e desnutrição nesses países.

Contudo, mesmo em face de programas que só beneficiam os receptores do apoio governamental, o que causa graves prejuízos econômicos para o comércio agrícola mundial, não se pode afirmar que esses mesmos programas são a causa de problemas sociais tão graves da nossa atualidade. Mas, certo é que esses subsídios podem agravar o problema.

VI. Conclusão

O Acordo Agrícola da OMC institucionalizou práticas comerciais que distorcem e atrapalham a economia do setor agrícola, como por exemplo, as práticas de apoio doméstico e os subsídios à exportação.

Assim, as regras que governam o comércio agrícola são vistas como permissivas aos países desenvolvidos para continuar incentivando suas produções, enquanto *impondo* a abertura dos mercados de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos para esse comércio injusto.

Ainda, estatisticamente falando, as concessões de subsídios têm aumentado ao longo dos anos, causando a depreciação artificial dos preços das *commodities* agrícolas, impedindo a expansão do agronegócio dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, e conseqüentemente, impedindo o desenvolvimento econômico desses países.

Nesse raciocínio, ao atrapalhar o desenvolvimento econômico e agravar a pobreza nos países menos desenvolvidos que dependem do comércio agrícola como fonte de renda, os subsídios acabam por agravar o problema social da fome e desnutrição.

A questão que fica é de como resolver esses problemas sendo que, como demonstrado acima, o Acordo de Agricultura da OMC institucionalizou os subsídios que distorcem o comércio agrícola mundial. Como nos lembra D'Avila (2009:66),

Para sanar distorções que persistem no comércio agrícola, o artigo 20 do AAG destaca a continuidade do processo de negociações agrícolas com a finalidade de reduções progressivas e substanciais em apoio e proteção”.

O Acordo sobre Agricultura da OMC foi o primeiro passo em direção a um setor agrícola regulamentado por regras multilaterais de comércio, é preciso continuar

caminhando para que novas regras mais equilibradas sejam alcançadas a fim de sanar os problemas que o setor enfrenta atualmente. Além de ser necessário manter o objetivo inicial dessas regras: criar um sistema de comércio justo e orientado pelo próprio mercado.

Contudo, as negociações do sistema multilateral de comércio estão emperradas desde 2001, ou seja, desde o lançamento da Rodada Doha de negociações. Essa rodada tem em sua pauta rever as regras dos três pilares agrícolas mencionados ao longo desse trabalho, mas já se passaram quase quinze anos e, infelizmente, nenhum acordo nesse setor foi alcançado.

Alguns autores defendem que é hora de mudar a abordagem para se conseguir um avanço no setor. Lima-Campos, por exemplo, argumenta que:

Com o aumento sem controle dos subsídios agrícolas nos países desenvolvidos, suas posições de negociação em nível multilateral se tornam mais resistentes à mudança e menos propícias a um acordo multilateral na Rodada de Doha (Lima-Campos 2014).

Para esse economista, os países que precisam de regras mais efetivas para regulamentar o setor agrícola deveriam negociar um acordo plurilateral¹⁰, removendo todas as barreiras do setor e reduzindo o apoio agrícola a um valor mínimo. Mas, segundo o próprio, essa solução só seria viável se fosse obtida a renúncia (*waiver*) da cláusula da Nação Mais Favorecida, prevista no artigo IX:3 do GATT 1994,¹¹ evitando assim os chamados *free-riders*.

Certo é que as negociações no setor precisam continuar e precisam avançar, seja no nível multilateral, seja no nível plurilateral, para que se possa ter um livre comércio agrícola, livre também de distorções que impedem o avanço econômico dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

VII. Referências Bibliográficas

BARTELS, Lorand. **The Relationship between the WTO Agreement on Agriculture and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures**. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 38/2015 (2015).

BEA – BUREAU ECONOMIC ANALYSIS. **Annual industry accounts**. BEA, 2005. Disponível em: <<http://www.bea.gov/>>.

¹⁰ Acordos plurilaterais só criam direitos e obrigações para os seus signatários.

¹¹ Artigo IX:3 do GATT 1994: *Em circunstâncias excepcionais a Conferência Ministerial poderá decidir a derrogação de uma obrigação de um Membro em virtude do presente Acordo ou de quaisquer dos Acordos Multilaterais de Comércio desde que tal decisão seja tomada por três quartos dos Membros, salvo disposição em contrário no presente parágrafo.*

BHALA, Raj. **World agricultural trade in purgatory: the Uruguay Round Agriculture Agreement and its implications for the Doha Round**. North Dakota Law Review, 2003, p. 74.

BOSSCHE, Peter Van den; ZDOUC, Werner. **The Law and Policy of the World Trade Organization**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL. **Seminário Política Agrícola dos Estados Unidos e da União Europeia: Impacto no Agronegócio Brasileiro**, 2014. Disponível em: <<http://www.canaldoprodutor.com.br/sites/default/files/apresentacao.pdf>>

D'ÁVILA, André Luiz Bettega. **O Direito do Comércio Internacional no Setor Agrícola: os subsídios à exportação**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FIGUEIREDO, Adelson Martins et al. **Impactos dos subsídios agrícolas dos Estados Unidos na expansão do agronegócio brasileiro**. Estud. Econ., São Paulo, v. 40, n. 2, p. 445-467, June 2010.

GOMES, Natália Fernanda. **A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente**. Revista de Direito Internacional, v. 10, n.1 2013 p. 43-55.

GONZALEZ, Carmen G. **The Global Food System, Environmental Protection, and Human Rights**. Natural Resources & Environment, Vol. 26, No. 3, Winter 2012; Seattle University School of Law Research Paper No. 12-12.

_____, Carmen G. **Trade Liberalization, Food Security and the Environment: The Neoliberal Threat to Sustainable Rural Development**. 14 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 419 (2004).

_____, Carmen G. **The Global Food Crisis: Law, Policy, and the Elusive Quest for Justice**. Yale Human Rights and Development Journal: Vol. 13: Iss. 2, Article 4 (2010).

_____, Carmen G. **Institutionalizing Inequality: The WTO Agreement on Agriculture, Food Security, and Developing Countries**. 27 COLUM. J. ENVTL. L. 433 (2002).

KILMAN, Scott; THURLOW, Roger. **ENOUGH: Why the World's Poorest Starve in an Age of Plenty**. New York: Public Affairs, 2009.

LIMA-CAMPOS, Alufio Gomien, **In Agriculture it is Time to Act With Plurilaterals**. TheTradeBeat.com, 2014. Disponível em: <<http://www.thetradebeat.com/opinion-analysis/in-agriculture-it-is-time-to-act-with-plurilaterals>>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Addressing the global food crises: key trade, investment and commodity policies in ensuring sustainable food security and alleviating poverty**. New York and Geneva, 2008.

WATKINS, Kevin. **Free Trade and Farm Fallacies: From the Uruguay Round to the World Food Summit**, 26 The Ecologist 244, 1996.

RETALIAÇÃO, COMPENSAÇÃO, CUMPRIMENTO: O Uso dos Remédios da OMC pelo Brasil no caso *EUA – Algodão*

Geraldo Vidigal¹

Resumo: Disputas entre países em tribunais internacionais tendem a gerar manchetes e interesse público durante a fase de litigância e até o momento em que o tribunal emite uma decisão. A questão do pós-adjudicação, e a questão fundamental dos resultados práticos da decisão de litigar para a parte demandante, tendem a receber menos atenção. Na Organização Mundial do Comércio (OMC), o efeito midiático é prolongado pela chamada fase de implementação, mas os casos tendem a desaparecer do noticiário e das preocupações dos acadêmicos durante aquela que possivelmente é a fase mais importante para as partes envolvidas – a da resposta concreta da parte demandada às determinações do órgão adjudicante.

Palavras-Chave: OMC, Retaliação, algodão, Brasil.

I. Introdução

Disputas entre países em tribunais internacionais tendem a gerar manchetes e interesse público durante a fase de litigância e até o momento em que o tribunal emite uma decisão. A questão do pós-adjudicação, e a questão fundamental dos resultados práticos da decisão de litigar para a parte demandante, tendem a receber menos atenção. Na Organização Mundial do Comércio (OMC), o efeito midiático é prolongado pela chamada fase de implementação, mas os casos tendem a desaparecer do noticiário e das preocupações dos acadêmicos durante aquela que possivelmente é a fase mais importante para as partes envolvidas – a da resposta concreta da parte demandada às determinações do órgão adjudicante.

O caso *EUA – Algodão* é um dos mais conhecidos casos de sucesso brasileiro no uso do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC para obter a condenação de políticas danosas para sua economia. O Brasil contestou perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) os subsídios ao algodão americano, os quais deprimem o preço mundial do produto, afetando não apenas os produtores brasileiros mas também aqueles em diversos países extremamente pobres da África.

Muito se falou no caso do algodão quando os painéis e o Órgão de Apelação deram sucessivos ganhos de causa ao Brasil, e até o momento em que este ameaçava retaliar os EUA pelo descumprimento da decisão, suspendendo no Brasil direitos de propriedade

¹ Doutor em Direito, Universidade de Cambridge; Senior Research Fellow, Departamento de Direito Internacional e Resolução de Controvérsias, Instituto Max Planck de Luxemburgo. E-mail: geraldovn@gmail.com.

intelectual de empresas norte-americanas. Desde então, o caso tem recebido pouca atenção. Entretanto, tanto a fase de compensação quanto a de implementação constituem casos de relativo sucesso, e de uso de técnicas jurídicas e negociais, que merecem análise e oferecem lições para o futuro acerca dos possíveis usos, e dos limites, da adjudicação perante a OMC em litígios comerciais.

Este artigo examina a fase de implementação do caso *EUA – Algodão*, o qual percorreu todas as etapas previstas no Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC (ESC) e, se não levou ao cumprimento integral da decisão pelos EUA, resultou em benefícios diretos para o setor algodoeiro brasileiro e em ganhos para o setor pecuário. Integrando análise dos instrumentos jurídicos empregados pelas duas partes e exame dos efeitos da política americana e dos acordos sobre o setor algodoeiro, o artigo extrai conclusões sobre a utilidade que o patrocínio de um contencioso da OMC pode trazer para a indústria afetada.

A Parte 1 analisa o uso bem-sucedido pelo Brasil, em 2009 e 2010, do ‘último recurso’ da OMC – a ameaça de retaliação – para obter dos EUA um acordo envolvendo compensações financeiras e comerciais. Pela primeira vez, um país conseguiu com sucesso ameaçar a aplicação da chamada retaliação cruzada, ameaçando suspender direitos de propriedade intelectual do país violador. Para produzir uma ameaça crível, a legislação brasileira resolveu alguns problemas jurídicos significativos encontrados por outros países para implementar a suspensão de direitos de propriedade intelectual.

A Parte 2 examina o acordo de compensação vigente entre 2010 e 2014, o qual beneficiou diretamente a cotonicultura brasileira, com financiamento de projetos destinados a aprimorar a produtividade da indústria e as condições ambientais e laborais da produção. Esse financiamento, em valor igual ao valor de dano causado pelos subsídios americanos à exportação (147,3 milhões de dólares anuais), é gerido por um instituto público-privado brasileiro especialmente criado para esse fim (o Instituto Brasileiro do Algodão – IBA), fiscalizado pelo governo norte-americano. O acordo de 2010 incluiu também a solução de algumas questões pendentes entre os países, assegurando a remoção de algumas barreiras não-tarifárias a produtos oriundos da pecuária brasileira. Finalmente, os EUA se comprometeram a remover imediatamente alguns dos subsídios mais danosos identificados pelos órgãos judicantes da OMC.

A Parte 3 discute a nova ofensiva brasileira, em 2013 e 2014, pelo cumprimento das recomendações da OMC, e o insucesso dessa ofensiva em afastar a concessão de novos subsídios. A nova legislação americana, promulgada em 2014, alterou alguns programas mas manteve e até majorou as distorções causadas pelos subsídios americanos ao algodão. Após

ameaças de reinício do caso, Brasil e EUA chegaram a um acordo, pelo qual os EUA fizeram um pagamento único de 300 milhões de dólares ao IBA, em troca de uma “cláusula de paz”, válida até 2018, com relação a aos subsídios norte-americanos.

Finalmente, a Conclusão discute, de um lado, o potencial e os limites do uso da OMC para eliminação de políticas que distorcem o comércio internacional, e, de outro, as possibilidades para obtenção de vantagens na ausência de cumprimento integral das decisões tomadas pela organização.

II. A Vitória Brasileira e a Implementação das Retaliações

A. Os remédios da OMC

Como se sabe, o sistema de solução de controvérsias da OMC é puramente intergovernamental, não permitindo a participação de entidades privadas como partes. De maneira atípica entre os sistemas de adjudicação internacionais, o ESC não prevê a possibilidade de determinação de que um Membro violador dos Acordos pague indenização financeira ao membro prejudicado. Em vez disso, há um sistema de remédios jurídicos ‘puramente prospectivos’, que enfatiza a pressão para o cumprimento futuro (Vidigal 2013).

Embora o remédio prospectivo mais discutido seja a retaliação autorizada pelo OSC, esse instrumento constitui um ‘último recurso’ não apenas por ser assim descrito pelo ESC, mas por efetivamente ser um instrumento de utilização custosa para a parte retaliante. A retaliação se concretiza com o membro retaliante suspendendo o cumprimento de suas obrigações comerciais perante o membro retaliado, aumentando tarifas aos bens importados, restringindo a operação de prestadores de serviço estrangeiros e suspendendo direitos de propriedade intelectual de nacionais da parte violadora.

Embora possa haver certa percepção de que a parte retaliante tem um *ganho* ao faltar com suas obrigações e proteger sua economia, na prática a retaliação introduz custos adicionais e desorganiza a economia da parte retaliante. Por isso se diz que, para retaliar, é necessário *dar um tiro no próprio pé*. Por isso, é importante que a retaliação seja vista não como um fim em si, mas como um instrumento de pressão, que idealmente não será aplicado, mas servirá para induzir a parte violadora a cumprir as suas obrigações comerciais ou, ao menos, a pagar compensação para a parte reclamante. Em outras palavras, a retaliação é mais útil na fase de ameaça do que na fase de aplicação.

Além da pressão concentrada advinda da ameaça de retaliação, há uma pressão difusa exercida pela própria comunidade de Membros da OMC. Embora haja algumas dificuldades metodológicas envolvidas, pode-se argumentar que a pressão coletiva tem papel importante. Um primeiro dado a respeito são as 497 controvérsias até agora levadas ao sistema, numa média de 25 por ano, o que indica confiança dos membros no papel do sistema.

Mais significativo para a questão do valor da pressão coletiva talvez seja o fato de a grande maioria das controvérsias ser solucionada muito antes de se chegar ao ‘último recurso’ das retaliações. Tomando-se como base as 419 controvérsias iniciadas até o final de 2010, nota-se que houve até a metade de 2015 apenas 180 painéis originais, ou seja, mais de 50% das controvérsias se resolvem ainda no estágio de consultas ou antes de o painel emitir um relatório. O Órgão de Apelação emitiu apenas 101 relatórios originais, o que significa que as partes aceitam 40% dos relatórios de painéis. No total, portanto, apenas ¼ das controvérsias formalmente iniciadas – isto é, aquelas que a diplomacia a princípio falhou em solucionar – chegam ao Órgão de Apelação.

Ainda menos casos chegam à fase de implementação, regida pelos Artigos 21.5 e 22.6 do ESC. Apenas 34 painéis de implementação chegaram a emitir relatórios, e o Órgão de Apelação emitiu apenas 19 relatórios nessa fase. Quando examinamos o estágio final, verificamos que em apenas 9 controvérsias foi necessária arbitragem de retaliação. Ainda que consideremos apenas as 305 controvérsias iniciadas até 2003 – último ano em que foi iniciada uma controvérsia que levou a autorização para retaliação – trata-se de menos de 3% dos casos.

O fato de a retaliação ser relativamente rara indica que mais energia deve ser despendida para compreender em que medida os outros remédios da OMC – cumprimento e compensação – efetivamente são utilizados, e resultam em benefícios para a parte reclamante. É a isto que este artigo se propões, utilizando como base um caso em que as várias fases de negociação, se não produziram como resultado a eliminação da violação, permitiram à parte reclamante (e à indústria prejudicada) obter alguns benefícios significativos. É o caso da controvérsia *EUA – Algodão*, iniciada pelo Brasil em 2002.

A controvérsia percorreu todo o procedimento previsto no ESC. Entre 2003 e 2005, foi examinada por um Painel e pelo Órgão de Apelação, que concluíram que os EUA praticavam subsídios ilegais ao algodão de dois tipos: subsídios à exportação, que são absolutamente ilegais, e subsídios domésticos distorcivos do comércio, que são ilegais na medida em que causam efeitos adversos sobre produtores em outros países. A fase de exame de implementação ocorreu entre 2006 e 2008, com o painel e o Órgão de Apelação

avertindo o descumprimento pelos EUA da recomendação de retirar os subsídios proibidos e remover os efeitos adversos dos subsídios domésticos. E, em 2009, determinou-se em arbitragem que o Brasil poderia retaliar num valor total de 394.7 milhões de dólares anuais. Este artigo se concentra no que ocorreu após a controvérsia, e no que isso pode nos dizer sobre as possibilidades concretas de uso da autorização de retaliação para obtenção de cumprimento ou compensações financeiras.

B. A vitória brasileira no mérito

Os subsídios concedidos pelos EUA à agricultura não são estabelecidos em uma única legislação de aplicação contínua. Em vez disso, o Congresso norte-americano rediscute periodicamente a quantidade desses subsídios, e aprova leis conhecidas como ‘*Farm Bills*’, provendo fundos para os anos subsequentes. O Brasil iniciou consultas para o caso do algodão em 2002, após a falha dos canais diplomáticos em obter uma redução dos subsídios americanos ao algodão, estabelecidos na *Farm Bill 2002*². O Brasil obteve ganho de causa tanto no Painel quanto no Órgão de Apelação da OMC. Em 21 de março de 2005, o OSC adotou os relatórios, reconhecendo que os EUA praticavam tanto subsídios à exportação, terminantemente proibidos, quanto de subsídios domésticos que causavam distorção no preço do algodão e geravam efeitos adversos sobre os produtores dos demais países³.

O prazo para cumprimento das decisões, remoção dos subsídios à exportação e eliminação dos efeitos adversos dos subsídios distorcivos de comércio, encerrou-se ainda em 2005. Embora houvesse pouca perspectiva de cumprimento até 2008 – data em que a *Farm Bill 2002* expiraria – o Brasil adiantou-se e iniciou a litigância sobre implementação já em 2006. O Painel reafirmou a ilegalidade dos subsídios e, em 14 de maio de 2008, o Órgão de Apelação confirmou o descumprimento pelos EUA do relatório original⁴. Em 18 de junho, dias depois de o Órgão de Apelação apontar o descumprimento dos EUA aos limites de subsídios, o Congresso americano aprovou a *Farm Bill 2008*⁵. O Presidente George W. Bush vetou a legislação, mas o veto foi derrubado pelo Congresso antes mesmo de o OSC adotar os

² Farm Security and Rural Investment Act of 2002 (H.R. 2646).

³ Relatório do Órgão de Apelação, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 3 de março de 2005 (WT/DS267/AB/R). Relatório do Painel, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 8 de setembro de 2004 (WT/DS267/R).

⁴ Relatório do Órgão de Apelação, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland (21.5)*, 14 de maio de 2008 (WT/DS267/AB/RW).

⁵ The Food, Conservation, and Energy Act of 2008 (Pub.L. 110–234, H.R. 2419, 122 Stat. 923, datada de 22 de maio de 2008).

relatórios. O Brasil solicitou retaliação e, em 31 de agosto de 2009, o árbitro do Artigo 22.6 circulou suas decisões acerca da retaliação autorizada.

C. A decisão dos árbitros

A autorização ao Brasil para retaliação no caso *EUA – Algodão* teve dois aspectos dignos de nota. Um deles relacionou-se à chamada dimensão quantitativa da retaliação, relativa ao nível de retaliação permitida, que deve ser equivalente à anulação ou prejuízo causados pela violação. O outro aspecto relevante ocorreu na determinação pelos árbitros da chamada dimensão qualitativa da retaliação, a qual determina as obrigações comerciais que se pode suspender como retaliação, produzindo tipos diferentes de retaliação⁶.

Em particular, há um interesse de países em desenvolvimento, que têm dificuldade de retaliar eficazmente aumentando tarifas alfandegárias, de recorrer à chamada ‘retaliação cruzada’, realiando contra uma violação que afeta sua exportação de bens por meio da suspensão de direitos de propriedade intelectual de empresas de países desenvolvidos. Enquanto que em regra exportadores de países desenvolvidos podem perder sem grande prejuízo um mercado de um país em desenvolvimento e redirecionar suas exportações, a perda de direitos de propriedade intelectual representa uma ameaça menos facilmente contornável e que atinge indústrias poderosas, como a farmacêutica, a de softwares e a do entretenimento.

No aspecto quantitativo, o cálculo da retaliação feito pelos árbitros não resultou num número determinado aplicável anualmente, como havia sido a praxe até então. Houve, na realidade, duas arbitragens. Numa delas, os árbitros determinaram o montante de anulação ou prejuízo causado pelos subsídios proibidos à exportação, e chegaram a um número fixo: 147,3 milhões de dólares anuais.⁷ Na outra, os árbitros estabeleceram os efeitos adversos dos subsídios domésticos americanos. Neste último caso, o resultado não foi um número fixo, mas uma fórmula, pela qual a anulação ou prejuízo – à qual deve corresponder a retaliação – dependeria do valor das transferências realizadas pelo programa norte-americano de subsídios domésticos a cada ano. Embora calculada em 147,4 milhões de dólares para o ano de 2006,

⁶ ESC, Artigo 22(3).

⁷ Decisão do Árbitro (Artigo 22.6, 7.10), *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 31 de agosto de 2009 (WT/DS26/ARB/2), para. 6.1.

esse valor aumentaria ou diminuiria conforme aumentasse ou diminuísse o montante de subsídios concedidos pelos EUA a seus agricultores⁸.

No aspecto qualitativo, o árbitro acolheu o argumento do Brasil de que, dadas as características do comércio bilateral, havia um limite acima do qual a retaliação apenas pelo aumento de tarifas sobre bens seria *impraticável ou ineficaz*⁹. Esse limite, entretanto, foi calculado em 409,7 milhões de dólares para o ano de 2007, acima dos 294,7 milhões de dólares autorizados como retaliação para aquele ano¹⁰. Portanto, apenas se o valor dos subsídios domésticos americanos aumentasse a ponto de gerar efeitos adversos bem mais significativos do que aqueles então existentes seria permitida retaliação em serviços ou propriedade intelectual.

Embora parecessem uma vitória apenas parcial, as decisões arbitrais já antecipavam o que ocorreria em seguida, já que os próprios árbitros tomaram nota do aumento significativo nas transações subsidiadas previstas para o ano de 2009¹¹. Assim, quando o Brasil efetivamente solicitou a aplicação de retaliações em março de 2010, o montante de retaliação autorizada, recalculado de acordo com a fórmula estabelecida pelos árbitros, era de 682 milhões de dólares. Somados aos 147,3 milhões autorizados para subsídios proibidos, esse valor era de 829 milhões de dólares¹².

Embora o comércio bilateral também tivesse crescido na mesma época, permitindo ao Brasil retaliar mais fortemente em bens, a fórmula dos árbitros ainda autorizava o Brasil a retaliar em serviços ou propriedade intelectual para valores acima de 591 milhões de dólares. O Brasil podia, portanto, suspender concessões em serviços ou em propriedade intelectual no valor de até 238 milhões de dólares¹³.

D. Implementação da retaliação

Autorização para suspender direitos de propriedade intelectual (DPIs) tenha sido uma vitória importante. Contudo, o histórico de Membros autorizados a retaliar dessa forma não era dos melhores. Nem o Equador, autorizado a retaliar em DPIs em 2000¹⁴, nem Antígua e

⁸ Decisão do Árbitro (Artigo 22.6, 4.11), *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 31 de agosto de 2009 (WT/DS26/ARB/1), para. 6.5.

⁹ Entendimento sobre Solução de Controvérsias, Artigo 22(3)(c).

¹⁰ WT/DS267/ARB/1, para. 5.201

¹¹ Ibid, para. 5.216.

¹² Comunicação do Brasil, 12 de março de 2010 (WT/DS267/43).

¹³ Ibid.

¹⁴ Decisão do Árbitro, *CE – Bananas (22.6)*, 24 de março de 2000 (WT/DS27/ARB/ECU).

Barbuda, autorizada a suspender DPIs em 2007, foram capazes de implementar essa forma de retaliação¹⁵. Diversos elementos tornavam a suspensão problemática: o impacto gerado sobre outros acordos internacionais, a dificuldade de coaduná-la com direitos adquiridos no plano interno, e a questão de como limitar o uso desses direitos aos valores autorizados, impediram que esses países fizessem uso bem-sucedido da autorização para retaliação.

Sobre Equador e Antígua, o Brasil possuía duas vantagens evidentes. A primeira, ser uma economia centenas ou milhares de vezes maior, o que dava ao país tanto a escala econômica para produzir bens violando os DPIs em larga escala quanto a capacidade de resistir politicamente a eventuais ameaças de grandes detentores de propriedade intelectual. Ainda assim, era um desafio operacionalizar a suspensão de DPIs juridicamente.

A saída encontrada foi realizar a implementação da retaliação em etapas. A Medida Provisória 482/2010 estabeleceu legislação-quadro, permitindo a suspensão de DPIs nos casos em que o OSC a autorizasse¹⁶. A Camex então emitiu resolução iniciando consulta pública sobre uma série de DPIs detidos por companhias norte-americanas a serem suspensos como retaliação. Medidas potenciais incluíam desde aumentar as taxas de registro de DPIs no Brasil a retirar a proteção de DPIs de certos produtos, incluindo patentes de medicamentos, produtos químicos para a agricultura e processos de biotecnologia, além de direitos de autor sobre execução pública musical¹⁷.

Além da retaliação em DPIs, a Camex emitiu resolução estabelecendo os produtos que seriam os alvos da retaliação em bens. Estes eram constituídos sobretudo de tecidos de algodão, veículos automotores, produtos da linha branca, produtos agropecuários, cosméticos, e veículos automotores¹⁸. Esta resolução previa entrada em vigor das tarifas majoradas em 7 de abril de 2010.

Intensas negociações se seguiram e, em uma troca de cartas em 5 e 6 de abril de 2010, Brasil e EUA estabeleceram os termos de um acordo para evitar a retaliação. A Camex então suspendeu as resoluções que a previam, a princípio por 60 dias¹⁹. Após assinatura de um Acordo-Quadro para a Solução Mutuamente Acordada para a controvérsia, suspendeu-as

¹⁵ Decisão do Árbitro, *EUA – Jogos e Apostas* (22.6), 21 de dezembro de 2000 (WT/DS285/ARB). Antígua só solicitou concretamente o direito de aplicar retaliações em dezembro de 2012. A autorização foi concedida em janeiro de 2013 (WT/DSB/M/328).

¹⁶ Medida Provisória número 482, de 10 de fevereiro de 2010, convertida em Lei 12.270, de 24 de junho de 2010.

¹⁷ Resolução Camex 16/2010, de 12 de março de 2010.

¹⁸ Resolução Camex 15/2010, de 12 de março de 2010.

¹⁹ Resolução Camex 20/2010, de 20 de abril de 2010.

definitivamente²⁰. A ameaça de retaliação não foi concretizada, mas levou a uma solução acordada com uma série de vantagens para o Brasil.

III. A Solução do Conflito 2010-2014

A. O Acordo-Quadro de 2010: Uma Solução Intermediária

O acordo entre Brasil e EUA de 6 de abril de 2010, seguido de um Memorando de Entendimento assinado em 20 de abril, levou à assinatura de um Acordo-Quadro, datado de 25 de junho e comunicado à OMC em 25 de agosto de 2010. Conforme reportado, o acordo original previa três ações dos EUA: (i) a constituição de um fundo para assistência técnica, financiado pelos EUA com 147,3 milhões de dólares anuais; (ii) a reforma do programa de subsídios domésticos para redução de seus efeitos adversos; e (iii) o reconhecimento do Estado de Santa Catarina como livre da febre aftosa e das pestes bovina e porcina²¹.

Um Memorando de Entendimentos assinado em 20 de abril consolidou a primeira parte desse acordo, determinando que o Brasil deveria criar uma entidade para receber os fundos, posteriormente batizada de Instituto Brasileiro do Algodão (IBA)²². O IBA, administrado pelo governo brasileiro em parceria com a indústria do algodão, seria auditado pelo governo dos EUA. Deveria exercer apenas atividades de assistência técnica e capacitação no setor cotonicultor, no Brasil, países do Mercosul, Haiti, e países da África subsaariana.

A segunda parte do acordo foi consolidada em um Acordo-Quadro datado de 25 de junho e comunicado à OMC em 25 de agosto. Este acordo previa limites para o programa de subsídios domésticos à agricultura, e consultas trimestrais entre as partes acerca do respeito aos limites impostos, até a emissão de legislação sucessora da *Farm Bill 2008*.

A terceira parte do acordo não foi oficializada pelas partes. Entretanto, em abril de 2010 as autoridades norte-americanas propuseram mudança no status do Estado de Santa

²⁰ Resolução Camex 43/3010, de 17 de junho de 2010.

²¹ USTR, Nota à Imprensa, 'U.S., Brazil Agree on Framework Regarding WTO Cotton Dispute', disponível em <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2010/june/us-brazil-agree-framework-regarding-wto-cotton-disput>.

²² Memorando de Entendimento sobre um Fundo de Assistência Técnica e Fortalecimento da Capacitação Relativo ao Contencioso do Algodão (DS267) na OMC, 25 de junho de 2010, disponível em http://www.iba-br.com/documents/10180/13185/MOU_final.pdf/e48dee13-5a16-4417-95cd-64db7e34a5bb.

Catarina com relação à febre aftosa. A mudança foi aprovada em 16 de novembro de 2010 e entrou em vigor em 1º de dezembro de 2010²³.

Inicialmente, o acordo foi implementado corretamente pelos EUA, garantindo tanto a limitação aos subsídios americanos quanto o financiamento ao Instituto Brasileiro do Algodão. Embora o IBA tenha sido experiência extremamente bem sucedida, nos anos subsequentes houve grande pressão no Congresso americano para aumento de subsídios, que superaram os limites estabelecidos no Acordo-Quadro.²⁴ A deterioração do cumprimento culminou na discussão pelo Congresso americano, e posterior aprovação, da *Farm Bill 2014*²⁵, contendo novos subsídios à agricultura contrários às regras da OMC. A reação brasileira foi de reativar os mecanismos permitidos pela OMC, tanto de adjudicação quanto de retaliação, com a finalidade de pressionar por cumprimento.

B. A *Farm Bill 2014* e a Solução Mutuamente Acordada: ‘Rendição Incondicional’?

A *Farm Bill 2014* começou a ser discutida em meados de 2013, após a expiração da *Farm Bill 2008*. Em outubro de 2013, o Senado aprovou a *Farm Bill* e a enviou à Câmara dos Deputados. No mesmo mês, os EUA anunciaram que, tendo expirado o acordo, não mais pagariam as parcelas mensais estabelecidas no Memorando de Entendimentos de 2010. Esse anúncio gerou temores no Brasil de que os EUA fossem cessar o cumprimento do acordo e reverter as medidas tomadas na direção do cumprimento das recomendações do OSC. As dificuldades culminaram numa retomada da ameaça de retaliação em DPI. Em 18 de dezembro de 2013, a Resolução Camex 105/2013 retomou os procedimentos para aplicar retaliações comerciais em DPIs²⁶.

Em fevereiro de 2014, a Câmara aprovou e o Presidente americano sancionou a *Farm Bill 2014*. Essa *Farm Bill* eliminou alguns subsídios não-distorcivos do comércio, como aquele em que o governo pagava ao agricultor em função do tamanho de sua terra, quer este produzisse ou não. Por outro lado, criou um programa de seguro – o Stacked Income Protection Plan (STAX) – pelo qual, em caso de prejuízo, o governo norte-americano paga ao produtor de 70% a 90% das suas perdas. Além disso, pela nova *Farm Bill 2014* o governo cobre até 80% dos custos de um seguro para o restante das perdas. Essa combinação de

²³ *Changes in the Disease Status of the Brazilian State of Santa Catarina with Regard to Certain Ruminant and Swine Diseases*, 75 Fed. Reg. 69851 (USDA/APHIS November 16, 2010) (Final Rule)

²⁴ Jeanne J. Grimmett, ‘WTO Dispute Settlement: Status of U.S. Compliance in Pending Cases’, *Congressional Research Service*, 23 de abril de 2012.

²⁵ Agricultural Act of 2014 (H.R. 2642; Pub.L. 113–79).

²⁶ Resolução Camex 105/2013, de 18 de dezembro de 2013.

programas cria um incentivo para que produtores norte-americanos plantem algodão mesmo que o resultado esperado seja prejuízo, o que resulta em alta da oferta e preços internacionais deprimidos. A desconformidade desses programas com as regras da OMC em geral e com as recomendações do OSC no caso *EUA – Algodão* são reconhecidas pelo próprio serviço de pesquisa do Congresso americano²⁷.

Restava ao Brasil ou seguir adiante e implementar a retaliação em DPIs ou recuar dessa estratégia. O Brasil escolheu a segunda opção, e meramente ameaçou solicitar novo painel de implementação para verificar o cumprimento das recomendações do OSC. Nem mesmo essa atitude, já ela apontada como um retrocesso e uma postura conservadora demais²⁸, foi tomada: o Brasil nem mesmo mencionou a questão perante o OSC.

A questão ressurgiu perante o OSC apenas em 20 de outubro de 2014, quando as partes comunicaram a assinatura de uma Solução Mutuamente Acordada datada de 16 de outubro de 2014. A Solução Mutuamente Acordada encerrou oficialmente a controvérsia, especificamente proibindo tanto a aplicação de retaliações quanto a solicitação de painéis de implementação na controvérsia DS267. O Brasil não reconheceu a conformidade da nova *Farm Bill* com as regras da OMC, mas formalmente desistiu do caso.

128

Em retorno pela desistência do caso, o Brasil recebeu dos EUA o pagamento atrasado devido pelo ano anterior, entre outubro de 2013 e setembro de 2014 (147,3 milhões), mais um valor equivalente (152,7 milhões), num total de 300 milhões de dólares. Esse valor foi direcionado na integralidade ao IBA, para aplicação nas mesmas atividades autorizadas em 2010. Além de realizar esse pagamento, os EUA se comprometeram a manter um de seus programas de auxílio doméstico (aquele antigo e já condenado pelo OSC em 2005) dentro de alguns parâmetros, e semestralmente informar o Brasil do desenvolvimento desse programa.

Desde que os parâmetros estabelecidos no Memorando de 2014 para o programa já considerado ilegal sejam respeitados, o Brasil não poderá contestar esse programa perante o OSC. Além disso, até 30 de setembro de 2018 o Brasil compromete-se a não contestar uma série de programas de subsídio agrícola previstos na *Farm Bill* 2014, além de informar os EUA com antecedência caso considere contestar qualquer outro programa de subsídio agrícola.

²⁷ Randy Schnepf, '2014 *Farm Bill* Provisions and WTO Compliance', Congressional Research Service, R43817, p. 19.

²⁸ Mariana Branco, 'Decisão no caso do algodão é política e cautelosa, dizem especialistas', Agência Brasil, 22 de fevereiro de 2014 (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-02/decisao-do-brasil-no-caso-do-algodao-epolitica-e-cautelosa-dizem>).

Embora vendido por ambas as partes como uma vitória das negociações, o Memorando de 2014 foi considerado uma ‘rendição incondicional’²⁹ do Brasil, que aceitou os termos ditados unilateralmente pelos EUA ao adotarem a *Farm Bill* 2014 e renunciou temporariamente ao seu direito de contestar os subsídios americanos, tudo em troca de um valor total equivalente ao valor que, nos termos do Acordo-Quadro de 2010, o país teria direito a receber anualmente.

IV. Resultado e especulações

A. Resultados concretos para o Brasil da controvérsia EUA – Algodão

O resultado da litigância do Brasil pode ser pensado, por um lado, do ponto de vista do cumprimento e, por outro, do ponto de vista da compensação.

Do ponto de vista do cumprimento, há poucas razões para otimismo. Seria exagero dizer que a *Farm Bill* 2014 ignora as regras da OMC. Em razão da litigância do Brasil, a legislação expressamente exclui o algodão de uma série de incentivos, e concede autorização específica para o Departamento de Agricultura negociar com o Brasil a implementação do Programa de Garantias de Crédito à Exportação de forma a cumprir a solução negociada e as regras da OMC³⁰. Entretanto, essas poucas limitações não impediram que com a *Farm Bill* 2014 os EUA desrespeitassem flagrantemente as decisões da OMC.

Nesse sentido, é relevante notar que há uma divisão de competências que dificulta as negociações. Embora estas sejam feitas pelos Executivos dos dois países, é o Legislativo americano quem determina o nível de subsídios a cada ano. Enquanto o Executivo possui uma visão global e maior compromisso com acordos internacionais, o Congresso responde mais fortemente a interesses setoriais e tem menor sensibilidade às implicações internacionais de seus atos. Em particular em temas de agricultura, o descompasso é amplificado pelo fato de que a legislação é discutida e minutada não nas Comissões de Comércio Exterior mas nas Comissões de Agricultura das casas legislativas, desproporcionalmente compostas por deputados e senadores interessados em ampliar apoios financeiros ao eleitorado rural, que tende a ser o eleitorado dos parlamentares que compõem as Comissões de Agricultura. A

²⁹ Steve Suppan, ‘Unconditional surrender: The U.S.-Brazil deal to end WTO-authorized retaliation’, Institute for Agriculture and Trade Policy, 9 de outubro de 2014, acessível em <http://www.iatp.org/blog/201410/unconditional-surrender-the-us-brazil-deal-to-end-wto-authorized-retaliation>.

³⁰ *Farm Bill* 2014, Seção d3101(a)(5)(e).

margem de manobra do Executivo é portanto reduzida: a *Farm Bill* 2008 chegou a ser vetada pelo Presidente Bush, mas o veto foi derrubado pelo Congresso em menos de um mês.

Por essas razões, a eliminação do subsídio à agricultura distorcivo de comércio é politicamente extremamente difícil. Na realidade, a *Farm Bill* 2014 eliminou o principal subsídio não-distorcivo do comércio, um pagamento aos proprietários de terra vinculado não à produção, mas à mera propriedade da terra. Embora conforme às regras da OMC, esse subsídio era politicamente inviável, já que na prática consistia em transferência de dinheiro público sem contrapartida a proprietários de terra já relativamente abastados.

Quanto à compensação, a primeira coisa a se notar é que o financiamento ao IBA é inédito na história das compensações oferecidas na OMC. Outras soluções envolvendo transferência de recursos envolveram sempre valores muito mais baixos que os quase 750 milhões de dólares transferido pelos EUA ao IBA. No outro único caso de compensação financeira, a controvérsia *EUA – Direitos de Autor*, a compensação oferecida pelos EUA à Comunidade Europeia foi de 3,3 milhões de dólares pelo período de três anos³¹.

Por outro lado, o reconhecimento de Santa Catarina como área livre de febre aftosa não levou até agora a um nível significativo de exportação de carne bovina para os EUA, dada a pouca expressividade desse Estado como exportador de carne bovina quando comparado a Estados da região Centro-Oeste e Norte do Brasil.³² A abertura do mercado de carne dos EUA ao Brasil vem ocorrendo progressivamente, com avanços pontuais nos últimos anos, em carne suína³³ e bovina³⁴, que alguns caracterizam como uma parte não-escrita da solução mutuamente acordada adotada em 2014³⁵.

V. Conclusão: A função e os limites da retaliação para obtenção de cumprimento na OMC

A resposta à questão de saber se o recurso do Brasil à litigância foi bem-sucedido ou não depende em parte da alternativa com a qual se contrasta o resultado da controvérsia. Caso se tenha como parâmetro o cenário de total cumprimento exigido pelo Artigo 22.8 do ESC, é

³¹ Notificação de Arranjo Temporário Mutuamente Satisfatório, *EUA – Seção 110(5) da Lei de Direitos de Autor*, 26 de junho de 2003 (WT/DS160/23).

³² Priscila Moribe, 'Carne brasileira deve conquistar o mercado americano', 21 de dezembro de 2013, acessível em <http://www.brasil.rfi.fr/geral/20131221-carne-brasileira-deve-conquistar-o-mercado-americano>.

³³ Sociedade Nacional de Agricultura, 'Exportar carne suína para os EUA é um bom aval para negociar com outros mercados', diz Rui Vargas', 26 de novembro de 2014, acessível em <http://sna.agr.br/exportar-carne-suina-para-os-eua-e-um-bom-aval-para-negociar-com-outros-mercados-diz-rui-vargas/>

³⁴ 'Brasil e EUA avançam em negociações e abertura para carne bovina deve ocorrer até fim do ano', ABIEC, 7 de abril de 2015, disponível em http://www.abiec.com.br/noticia.asp?id=1267#.VeWup_QgQoY.

³⁵ Suppan, nota 30 acima.

evidente que a solução negociada fica bastante aquém do ideal. Em 2010, ao menos o Brasil obteve substancial compensação temporária pelo descumprimento continuado. Em 2014, o Brasil não apenas aceitou a cessação dos pagamentos, mas renunciou a retomar a controvérsia durante toda a duração da *Farm Bill* 2014. Mais que isso, caso deseje contestar os subsídios da *Farm Bill* 2018, o Brasil deverá ingressar com nova demanda e passar novamente por todo o procedimento de solução de controvérsias.

Por outro lado, se a base de comparação for um cenário de ausência de qualquer instituição para adjudicar os acordos da OMC, conclui-se que a instituição permitiu ao Brasil obter benefícios significativos com o uso da estratégia de litigância seguida e ameaça de retaliação. Caso o país tivesse se contentado com uma estratégia de negociação política, como fizeram os países africanos exportadores de algodão conhecidos por C-4 (Benin, Burkina Faso, Chade, e Mali), as demandas brasileiras possivelmente teriam desaparecido em meio às negociações da Rodada Doha, como ocorreu com a demanda dos C-4³⁶. Não haveria razão para o foco dos EUA numa solução para os problemas específicos do algodão, provavelmente o Brasil teria tido que oferecer uma vantagem comercial em troca da abertura do mercado de carnes norte-americano, e certamente não haveria base jurídica para os EUA financiarem o IBA.

Em outras palavras, a adjudicação, os remédios jurídicos e a ameaça de retaliação não atuam como uma alternativa à pressão política, mas como uma forma de exercer essa pressão por meios institucionais, num ambiente juridicamente regulado que estimula a argumentação por meio de regras e a transparência. Se o parâmetro de comparação for um cenário em que a política desaparece para dar lugar a soluções jurídicas, certamente esse cenário aparece como insatisfatório. Se, por outro lado, a base de comparação for um cenário de pura *realpolitik*, em que o direito aparece como supérfluo e incapaz de restringir a conduta dos Estados – um *epifenômeno*³⁷ –, a negociação mediada por instituições de adjudicação que caracteriza a OMC contrasta nitidamente com esse cenário.

Como costuma acontecer em direito internacional, a parte titular do direito (o Brasil) certamente não tem garantia de receber o que lhe é devido (o cumprimento) como consequência automática da vitória na litigância. Tem, contudo, um conjunto de instrumentos à disposição para aumentar seu poder de negociação. O OSC, por um lado, confere

³⁶ Matthew Eagleton-Pierce, 'The Competing Kings of Cotton: (Re)framing the WTO African Cotton Initiative', 17 *New Political Economy* (2012), 313-337.

³⁷ Erick L. Goldsmith e Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press 2005), 13 (negando essa caracterização mas desenvolvendo uma teoria que nega a relevância do direito internacional para o cumprimento dos acordos).

publicidade à medida incompatível com as regras acordadas, gerando certa pressão multilateral sobre a parte em desconformidade com suas obrigações. Caso essa pressão se revele insuficiente, o OSC oferece à parte prejudicada um instrumento adicional de pressão concentrada – a retaliação –, com o qual é possível pressionar interesses econômicos específicos.

Seria tentador atribuir o relativo insucesso do Brasil do caso *EUA – Algodão*, ao seu caráter de país em desenvolvimento, incapaz de dobrar a potência hegemônica. Entretanto, um olhar mais cuidadoso notará que o sistema de solução de controvérsias da OMC encontra sempre obstáculos para lidar com políticas que, embora produzam efeitos na esfera comercial, têm objetivos não-comerciais. É assim que, no caso *CE – Hormônios*, uma retaliação de dez anos dos EUA sobre a União Europeia não foi suficiente para que esta alterasse sua proibição à importação de carne tratada com hormônios; aqui também o resultado foi uma solução negociada. Em outras palavras, o sistema de solução de controvérsias da OMC é um excelente mecanismo de resolução de disputas comerciais, mas não se deve esperar que ele resolva questões políticas internas dos membros. Para estas, é preciso encontrar soluções efetivamente negociadas e que apresentem vantagens para todas as partes.

VI. Referências Bibliográficas

- ‘Brasil e EUA avançam em negociações e abertura para carne bovina deve ocorrer até fim do ano’, ABIEC, 7 de abril de 2015, disponível em http://www.abiec.com.br/noticia.asp?id=1267#.VeWup_QgQoY.
- Agricultural Act of 2014 (H.R. 2642; Pub.L. 113–79).
- Changes in the Disease Status of the Brazilian State of Santa Catarina with Regard to Certain Ruminant and Swine Diseases*, 75 Fed. Reg. 69851 (USDA/APHIS November 16, 2010) (Final Rule)
- Comunicação do Brasil, 12 de março de 2010 (WT/DS267/43).
- Decisão do Árbitro (Artigo 22.6, 4.11), *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 31 de agosto de 2009 (WT/DS26/ARB/1), para. 6.5.
- Decisão do Árbitro (Artigo 22.6, 7.10), *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 31 de agosto de 2009 (WT/DS26/ARB/2), para. 6.1.
- Decisão do Árbitro, *CE – Bananas (22.6)*, 24 de março de 2000 (WT/DS27/ARB/ECU).
- Decisão do Árbitro, *EUA – Jogos e Apostas (22.6)*, 21 de dezembro de 2000 (WT/DS285/ARB). Antigua só solicitou concretamente o direito de aplicar retaliações em dezembro de 2012. A autorização foi concedida em janeiro de 2013 (WT/DSB/M/328).
- Erick L. Goldsmith e Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press 2005), 13 (negando essa caracterização mas desenvolvendo uma teoria que nega a relevância do direito internacional para o cumprimento dos acordos).
- Farm Security and Rural Investment Act of 2002 (H.R. 2646).
- Geraldo Vidigal, ‘Re-Assessing WTO Remedies: The Prospective and the Retrospective’, 16 *Journal of International Economic Law* (2013) 505-534.
- Jeanne J. Grimmett, ‘WTO Dispute Settlement: Status of U.S. Compliance in Pending Cases’, *Congressional Research Service*, 23 de abril de 2012.

Mariana Branco, 'Decisão no caso do algodão é política e cautelosa, dizem especialistas', Agência Brasil, 22 de fevereiro de 2014 (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-02/decisao-do-brasil-no-caso-do-algodao-epolitica-e-cautelosa-dizem>).

Matthew Eagleton-Pierce, 'The Competing Kings of Cotton: (Re)framing the WTO African Cotton Initiative', 17 New Political Economy (2012), 313-337.

Medida Provisória número 482, de 10 de fevereiro de 2010, convertida em Lei 12.270, de 24 de junho de 2010. Memorando de Entendimento sobre um Fundo de Assistência Técnica e Fortalecimento da Capacitação Relativo ao Contencioso do Algodão (DS267) na OMC, 25 de junho de 2010, disponível em http://www.iba-br.com/documents/10180/13185/MOU_final.pdf/e48dee13-5a16-4417-95cd-64db7e34a5bb.

Notificação de Arranjo Temporário Mutuamente Satisfatório, *EUA – Seção 110(5) da Lei de Direitos de Autor*, 26 de junho de 2003 (WT/DS160/23).

Priscila Moribe, 'Carne brasileira deve conquistar o mercado americano', 21 de dezembro de 2013, acessível em <http://www.brasil.rfi.fr/geral/20131221-carne-brasileira-deve-conquistar-o-mercado-americano>.

Randy Schnepf, '2014 Farm Bill Provisions and WTO Compliance', Congressional Research Service, R43817, p. 19.

Relatório do Órgão de Apelação, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 3 de março de 2005 (WT/DS267/AB/R). Relatório do Painel, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland*, 8 de setembro de 2004 (WT/DS267/R).

Relatório do Órgão de Apelação, *EUA – Subsídios ao Algodão Upland (21.5)*, 14 de maio de 2008 (WT/DS267/AB/RW).

Resolução Camex 105/2013, de 18 de dezembro de 2013.

Resolução Camex 15/2010, de 12 de março de 2010.

Resolução Camex 16/2010, de 12 de março de 2010.

Resolução Camex 20/2010, de 20 de abril de 2010.

Resolução Camex 43/2010, de 17 de junho de 2010.

Sociedade Nacional de Agricultura, 'Exportar carne suína para os EUA é um bom aval para negociar com outros mercados', diz Rui Vargas', 26 de novembro de 2014, acessível em <http://sna.agr.br/exportar-carne-suina-para-os-eua-e-um-bom-aval-para-negociar-com-outros-mercados-diz-rui-vargas/>

Steve Suppan, 'Unconditional surrender: The U.S.-Brazil deal to end WTO-authorized retaliation', Institute for Agriculture and Trade Policy, 9 de outubro de 2014, acessível em <http://www.iatp.org/blog/201410/unconditional-surrender-the-us-brazil-deal-to-end-wto-authorized-retaliation>.

The Food, Conservation, and Energy Act of 2008 (Pub.L. 110–234, H.R. 2419, 122 Stat. 923, datada de 22 de maio de 2008).

USTR, Nota à Imprensa, 'U.S., Brazil Agree on Framework Regarding WTO Cotton Dispute', disponível em <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2010/june/us-brazil-agree-framework-regarding-wto-cotton-disput>.

WT/DS267/ARB/1, para. 5.201

THE DEVELOPMENT OF THE PUBLIC MORAL EXCEPTION IN THE GATT/WTO SYSTEM

Alexandre Marques da Silva Martins¹

Abstract: In order to be permitted to impose a trade restriction, WTO members are guided by GATT article XX, which enumerates the exceptions that are possible against the trade liberalization rules. One of these exceptions is the public moral exception. The definition of this exception depends on what states think it encompasses. This process may be complicated, thus leading to abuse, at least in theory. This Note analyses the legislative history of the public moral exception and how adjudicators decided the existing three cases grappling with the exception at hand. Although the fear of misuse of the public moral exception may be possible in practice, panels and the WTO Appellate Body have seemed to attain a balance between non-discrimination and the fulfillment of WTO members' public policies.

Keywords: WTO, seals, public moral.

I. Introduction

The *Seal Products* was the first case to pose the following question to adjudicators: is it possible for a WTO member to impose trade restrictions based upon the moral beliefs of its society and that are embedded in non-instrumental ethics? The WTO legislation and jurisprudence have already grappled with the domestic regulation of animals. However, it is worthwhile mentioning that countries that were involved in these disputes tried to pass bills notably for reasons of environmental protection and animal life and health care. These bills are often scrutinized under articles XX(b) and XX(g) of GATT/94 and referred to the level of hormones in dairy cows and to the protection of endangered species, for instance (Thomas 2007:619).

The present Note will thus provide readers with a brief explanation of the functioning of article XX of GATT/94, namely its public moral exception [article XX(a)] and its *chapeau*. Then, it will explain the legislative history of the public moral exception. After that, the Note will analyze the three cases dealing with the public moral exception so far: *Gambling*, *Audiovisuals* and *Seal Products*. The last one will be investigated in-depth because it is the central point of this Note. Finally, some concluding remarks will be made.

¹ Expert in business law (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), economic integration and international tax law (Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro), and economics (George Washington University, Washington/DC/USA). Master in international law and economics (World Trade Institute, Switzerland). Official in the Office of the Attorney-General of the Ministry of Finance, Branch of São Paulo, Brazil. E-mail: alexandre.martins@pgfn.gov.br.

II. The architecture of article XX of GATT/94 and the public moral exception

Once the adjudicators have found that a certain measure violates a provision of the General Agreement, the respondent is entitled to try to justify such a violation by invoking one of the exceptions of article XX of GATT/94. In this vein, the panel in *Section 337 Tariff Act (1989)* noted regarding the nature of article XX:

that Article XX is entitled 'General Exceptions' and that the central phrase in the introductory clause reads: 'nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement ... of measures ...'. Article XX(d) thus provides for a limited and conditional exception from obligations under other provisions. The Panel therefore concluded that Article XX(d) applies only to measures inconsistent with another provision of the General Agreement, and that, consequently, the application of Section 337 has to be examined first in the light of Article III:4. If any inconsistencies with Article III:4 were found, the Panel would then examine whether they could be justified under Article XX(d).²

When students learn the general theory of law at the college, they are told to interpret exceptions narrowly. Nonetheless, the Appellate Body (AB) of the WTO appears to indicate that the essence of article XX is of a balance between market access/trade liberalization and other interests. In fact, the AB stipulated the following:

The relationship between the affirmative commitments set out in, e.g., Articles I, III and XI, and the policies and interests embodied in the 'General Exceptions' listed in Article XX, can be given meaning within the framework of the General Agreement and its object and purpose by a treaty interpreter only on a case-by-case basis, by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute, without disregarding the words actually used by the WTO members themselves to express their intent and purpose.³

In order to be successful when invoking article XX, the respondent has to pass a two-tier test. First, it has to fulfill the conditions of at least one of the exceptions contained in article XX. Subsequently, it has to meet the requirements of the *chapeau* of article XX. It is important to note that, when examining the exception, the adjudicator will initially check the measure itself and then, when analyzing the requirements of the *chapeau*, he/she will investigate the measure in practice, that is, the application of the measure. The panel in *Retreated Tyres (2007)* highlighted this differentiation:

[In its analysis under Article XX(b)] [t]he Panel will not ... examine ... the manner in which the measure is implemented in practice, including any elements extraneous to the measure itself that could affect its ability to perform its function ... or consider situations in which the ban does not apply ... These elements will, however, be relevant to later parts of the Panel's assessment, especially under the chapeau of Article XX, where the focus will be, by contrast, primarily on the manner in which the measure is applied.⁴

² GATT Panel Report, *Section 337 Tariff Act (1989)*, para. 5.9.

³ WTO Appellate Body Report, *Gasoline (1996)*, para. 18.

⁴ WTO Panel Report, *Retreated Tyres (2007)*, para. 7.107. Emphasis added.

One of the exceptions of article XX regards public moral [article XX(a)]. Hence, for a measure to be justified under the exception at hand it has to be formulated to protect public morals, that is, the protection of public morals is the policy objective aimed by the measure. It has also to be necessary to materialize the policy goals.⁵

As mentioned above, if the adjudicators rule that the measures meet the conditions of article XX(a), they will check the requirements of the *chapeau*, which imposes “the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade.”

The object and purpose of the *chapeau* is to avoid misuse and abuse of the exceptions contained in article XX. Indeed, the absence of the *chapeau* would likely render useless the non-discrimination principle enshrined by the General Agreement as one of the pillars of the GATT system. In *Shrimp (1998)*, the AB held as regards to the *chapeau* that:

[W]e consider that it embodies the recognition on the part of WTO members of the need to maintain a balance of rights and obligations between the right of a Member to invoke one or another of the exceptions of Article XX, specified in paragraphs (a) to (j), on the one hand, and the substantive rights of the other Members under GATT 1994, on the other hand. Exercise by one Member of its right to invoke an exception, such as Article XX(g), if abused or misused, will, to that extent, erode or render naught the substantive treaty rights in, for example, Article XI:1, of other Members. Similarly, because the GATT 1994 itself makes available the exceptions of Article XX, in recognition of the legitimate nature of the policies and interests there embodied, the right to invoke one of those exceptions is not to be rendered illusory.⁶

According to the AB in *Shrimp (1998)*, in order for a measure to be deemed an “arbitrary or unjustifiable discrimination”, three conditions must be met: a) the measure in practice has to be a discrimination; b) the discrimination has to be arbitrary or unjustifiable; and c) the discrimination at hand has to be present between states where identical conditions prevail.⁷

As to whether the measure is found to be a “disguised restriction on international trade”, in *Asbestos (2001)*, the panel stated that:

⁵ The details regarding the complete development of these two requirements will be addressed when the Note examines the background of the three cases in which the adjudicators actually analyzed the exception in question.

⁶ WTO Appellate Body Report, *Shrimp (1998)*, para. 156. The AB made a reference, in a footnote to the following paragraph, to GATT Panel Report, *Section 337 Tariff Act (1989)*, para. 5.9.

⁷ WTO Appellate Body Report, *Shrimp (1998)*, para. 150. See also WTO Panel Report, *Retreated Tyres (2007)*, paras. 7.226-7.251.

[A] restriction which formally meets the requirements of Article XX(b) will constitute an abuse if such compliance is in fact only a disguise to conceal the pursuit of trade-restrictive objectives. However, as the Appellate Body acknowledged in Japan – Alcoholic Beverages, the aim of a measure may not be easily ascertained. Nevertheless, we note that, in the same case, the Appellate Body suggested that the protective application of a measure can most often be discerned from its design, architecture and revealing structure.⁸

III. The legislative history of the public moral exception

It was the US delegation who drafted the original version of the public moral exception in 1945. There was not much debate about the drafting of the clause in reference. It is said that Washington drafted the exception so as to protect some restrictions that had been imposed on certain domestic goods. There was only one remark made by a member of the Norwegian delegation in a meeting of the drafting commission. He stressed that his country imposed restriction on the importation, sale and production of alcohol based upon the public moral exception. The drafting commission did not deliberate further about this exception and the preliminary version offered by the US was simply accepted and inserted into the Havana Charter and the GATT (Charnovitz 2013:9).

The public moral exception clause remained dormant for almost fifty years until the advent of the WTO and all the agreements signed in the Uruguay Round. One of these treaties, the GATS – General Agreement on Trade in Services-, also contains a public moral exception clause. Still, this new clause was drafted slightly differently. The negotiators added the expression *public order* in a new sub-paragraph and a footnote stipulating that the existence of a *serious threat* is necessary when the exception is invoked. Although the definition of *public order* is somewhat open, it appears to imply the idea of public security. Hence, an example of *public order* could refer to turmoil or an uncontrolled wave of criminality.

Despite the fact that the first case actually dealing with the public moral exception only appeared in the WTO era, it does not mean that the exception at hand remained out of use. Some WTO members have decided to impose a ban or restrictions on a wide range of goods based on the public moral exception. Saudi Arabia mentions article XX(a) to justify the importation ban of the Holy Quran; alcoholic beverages; all inks of machines, equipment and tools for gambling or games of chance; live swine, meat, fat, hair, blood, guts, limbs and all other goods of swine; and mummified animals, for instance⁹. Bangladesh, on its turn, makes

⁸ WTO Panel Report, *Asbestos* (2001), para. 8.236.

⁹ WTO, Report of the Working Party on the Accession of the Kingdom of Saudi Arabia to the World Trade Organization, WT/ACC/SAU/61, dated November 1, 2005, Annex F, List of Banned Products.

use of article XX(a) to ban the import of horror comics, obscene and subversive literature and “maps, charts and geographical globes which indicate the territory of Bangladesh but do not do so in accordance with the maps published by the Department of Survey, Government of the People’s Republic of Bangladesh”¹⁰.

IV. The jurisprudence regarding the public moral exception

A. The Gambling case

The case at issue is quite a good example of how power matters in international affairs. Although the complainant, Antigua and Barbuda, a very small country in the Caribbean, won the dispute, it has never managed to implement the decision rendered by the adjudicators.

In March 2003, the plaintiff brought the case before the Dispute Settlement Body (DSU) stating that various US national and states bills proscribed the cross-border provision of Internet gambling services, hence breaching numerous American duties under the GATS. The bills mentioned by Antigua and Barbuda in its written submissions included the federal Wire Act, the Travel Act, the Illegal Gambling Business Act and also several state laws in Colorado, Louisiana, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, New York, South Dakota, and Utah¹¹.

When it offered its defense, Washington alleged that the laws mentioned in the previous paragraph were measures justified under the public moral exception of GATS article XIV. The US stressed that organized crime faces low costs when setting up the remote supply of gambling services. Moreover, the activity at issue is of ease provision and offers flexibility in terms of geography. Washington also alleged that the absence of in-home controls could deteriorate individuals in homes and schools; children and compulsive gamblers would then become easy targets for organized crime¹².

When initiating its analysis, the panel made out the textual definition of public morals: *standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation*¹³. In order to ascertain whether gambling respects the definition mentioned above, the panel

¹⁰ WTO, Report by the Secretariat, *Trade Policy Review: Bangladesh*, WT/TPR/S/168, dated August 9, 2006, Appendix, Table AIII.3.

¹¹ WTO Appellate Body Report, *Gambling* (2005), para. 4.

¹² WTO Panel Report, *Gambling* (2005), paras. 3.189-192, 3.279-281, 6.506-507, 3.211 and 6.511, respectively.

¹³ *Id.* Para. 6.465.

investigated the domestic regulation of other nations¹⁴, regional practice as that of the decisions of the European Court of Justice¹⁵, and the agreement about gambling and morality under the auspices of the League of Nations¹⁶. Based upon the evidence collected, the panel concluded that gambling could be considered a topic of public morality¹⁷.

After that, the panel started checking whether the US laws aimed at defending public morals¹⁸. With a view to executing that task, the panel then investigated the development of the history of the US laws, thus concluding that their architecture was created to protect public morals under the definition of GATS article XIV(a).

The next step in the panel's analysis was the *necessity* test. The panel checked whether the measures were necessary to protect the public moral. In order to do so, the panel evaluated the importance of the interests that the US laws aimed to protect; the contribution of these laws to the realization of the objectives pursued by the laws and, finally, the commerce impact caused by the laws¹⁹.

The panel ascertained that the values Washington wanted to protect were very important; consequently, the laws made a substantial contribution to the targets pursued. Still, the adjudicators highlighted that the measures possessed a *significant restrictive trade impact*²⁰. They thus ruled that the final balance was against the US²¹.

Washington appealed and the AB rejected the panel's finding that the laws were not deemed necessary²²; however, it judged against the US mentioning that the measures had not been shown not to discriminate against foreign betting service providers²³. The Interstate Horseracing Act could potentially exempt American enterprises that supplied remote betting services from the measures at hand²⁴. The AB ultimately confirmed that the laws in question fell under the spirit of GATS article XIV(a)²⁵.

¹⁴ *Id.* Para. 6.471.

¹⁵ *Id.* Para. 6.473.

¹⁶ *Id.* Para. 6.472.

¹⁷ *Id.* Para. 6.474.

¹⁸ *Id.* Paras. 6.487, 6.482-483, 6.485 and 6.487.

¹⁹ WTO Panel Report, *Gambling (2005)*, para. 6.488.

²⁰ *Id.* Para. 6.495.

²¹ *Id.* Para. 6.535.

²² WTO Appellate Body Report, *Gambling (2005)*, para. 327.

²³ *Id.* Para. 372.

²⁴ *Id.* Para. 371.

²⁵ *Id.* Para. 299.

B. The Audiovisuals case

In October 2007, Washington brought a case against China requesting that the DSB assess some Chinese measures affecting audiovisual entertainment goods which diminished commerce rights in breach of China's WTO duties.

The US alleged that there were breaches regarding

*Chinese measures that are alleged to unjustifiably restrict the right of enterprises in China and foreign enterprises and individuals to import into China reading materials, AVHE products, sound recordings, and films for theatrical release by limiting trading rights to Chinese state-owned enterprises.*²⁶

More specifically, the US claimed that some Chinese measures as to internal sale and distribution of audiovisual entertainment goods and reading materials were not in conformity with the GATT, GATS and China's WTO Accession Protocol. In this vein, the Office of the United States Trade Representative commented that:

*China has not yet liberalized trading rights for these products. China continues to wholly reserve the right to import these products to state trading enterprises, as reflected in a complex web of measures issued by numerous state agencies, including the State Council, the State Administration of Radio Film and Television (SARFT), the Ministry of Commerce, the National Development and Reform Commission (NDRC), the Ministry of Culture, the General Administration of Press and Publication (GAPP) and the General Administration of Customs.*²⁷

140

In its defense, Beijing mentioned that its measures were part of *a selection process which limits the number of importation entities, but which is justified in order to implement an effective and efficient content review*²⁸. Still pursuant to China, the public moral exception, inserted in GATT article XX(a), could justify the measures at issue. Besides, the imported goods are cultural ones that could potentially have a detrimental effect on public morals²⁹.

Beijing alleged that its officials had to review the content of audiovisual entertainment products with a view to reducing importing goods that could cause harmful effects on its

²⁶ WTO Panel Report, *Audiovisuals* (2010), para. 2.3.

²⁷ United States Trade Representative, 2009 U.S.T.R. Report to Congress on China's WTO Compliance 23 (2009).

²⁸ WTO Panel Report, *Audiovisuals* (2010), para. 7.331.

²⁹ *Id.* Para. 7.712-714.

public morals³⁰ and that the measures at issue were essential so as to avoid the importation of inadequate materials³¹.

There was some debate as for the public moral exception, contained in both the GATT and the GATS, could be invoked to justify a measure supposedly infringing a provision outside the GATT and the GATS. The panel, corroborated by the AB, ruled that the exception in reference could be invoked in the case of Accession Protocols claims.

In the appeal proceedings, Washington asserted that the fact that the panel ruled that the measures were deemed necessary *absent reasonable alternative measures* could lead to confusion³². In this regard, in its report, the AB mentioned that *the Panel's use of the word 'conclude' in setting out its intermediate findings risks misleading a reader, as does its characterization of certain requirements as 'necessary' before it had considered the availability of a less restrictive alternative measure*³³. In the end, the AB ruled that the *necessity* test involves two steps and that the panel's reasoning did not *amount to error*³⁴.

Regarding the state-ownership requirement, the AB's finding was in the sense that the panel correctly asserted that the condition at hand does not imply a contribution to the protection of public morals. Ultimately, the AB ruled that China did not pass the *necessity* test³⁵.

The panel was also of the view that Washington had presented an alternative that was less trade-restrictive compared to China's measures³⁶ and that such an alternative was available to China³⁷. On appeal, China alleged that the alternative would be *merely theoretical in nature*, thus imposing *an undue financial and administrative burden*³⁸. The AB dismissed China's arguments and upheld the panel's conclusion³⁹.

C. The Seal Products

1. The legislation of the European Union

In September 2009, the European Union (EU) decided to implement a ban on importation and exportation of many products made from seals. The law is Regulation (EC)

³⁰ *Id.* Para. 7.790.

³¹ *Id.* Para. 7.796.

³² WTO Appellate Body Report, *Audiovisuals* (2010), para. 237.

³³ *Id.* Para. 248.

³⁴ *Id.* Para. 249.

³⁵ WTO Appellate Body Report, *Audiovisuals* (2010), para. 269.

³⁶ WTO Panel Report, *Audiovisuals* (2010), para. 7.897.

³⁷ *Id.* Para. 7.907.

³⁸ WTO Appellate Body Report, *Audiovisuals* (2010), paras. 312 and 322.

³⁹ *Id.* Para. 332.

1007/2009 of the European Parliament and of the Council of September 16, 2009 on Trade in Seal Products, 2009 O. J. (L286) 36. The purpose of the law was to protect animal welfare. In this vein, Howse & Langille (2012:369) point out that:

Within the legal framework of the European Union, the justification for action at the EU level is that bans at the member state level could have not guaranteed effectiveness consistent with the proper functioning of the internal market. Thus national bans on seal products, to be made effective, would require measures to ensure that seal is not contained in products (such as apparel items) flowing into those EU member states with bans from other member states where seal products are permitted. Otherwise, bans by individual member states could easily be circumvented through importation of seal products into member states without bans, where the seal products would be processed into finished products and then exported to member states with bans on seal products.

The ban on seal products can be considered as part of a major effort by the EU so as to protect animal welfare. In this effort, the EU has endeavored to pursue five main strategies: liberty from hunger and thirst; liberty from pain, injury and disease; liberty freedom from fear and distress; freedom to express natural behavior; and freedom from discomfort⁴⁰.

2. The protection of animal welfare in general

The repugnance against the killing and skinning of animals is not limited to seals. The EU has already established a complete ban against products made of animals that are close to mankind. The EU, for instance, has abolished the import, export and marketing of cat and dog fur and products.

The EU has also adopted rules concerning the protection of pigs and chickens. There is long legislation mandating the exact conditions in which pigs can be maintained (the size of pens, for example)⁴¹. Concerning chickens, producers must obey requirements dictating how chickens must be treated⁴². Besides, non-domesticated animals are also protected by EU laws; an example concerns a legislation prohibiting the employment of leghold traps in order to capture wild animals⁴³.

It is also pertinent to note that the EU has also developed legislation with the aim of protecting seals. This legislation dates back to 1983, when the Seal Pups Directive was

⁴⁰ European Union. *Animal Welfare-EU Action Plan, Evaluation, and the Second Strategy on Animal Welfare* (August 15, 2011), available at: http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/actionplan/actionplan_en.htm.

⁴¹ European Union. Council Directive 2001/88, of October 23, 2001, Amending Directive 91/630/EEC: Laying Down Minimum Standards for the Protection of Pigs, 2001 O. J. (L 316) 1.

⁴² European Union. Council Directive 2007/43, of June 28, 2007 Laying Down Minimum Rules for the Protection of Chickens Kept for Meat Production, 2007 O. J. (L 182) 19.

⁴³ European Union. Council Regulation 3254/91, of November 4, 1991 Prohibiting the Use of Leghold Traps and the Introduction into the Community of Pelts and Manufactured Goods of Certain Wild Animal Species Originating in Countries Which Catch Them by Means of Leghold Traps or Trapping Methods Which Do Not Meet International Humane Trapping Standards, 1991 O. J. (L 308) 1.

enacted. The law at hand proscribed goods originating from pups of harp seals and hooded seals from entering the EU territory. Nevertheless, the law contained an exception for goods from traditional Inuit hunts. Another example is Council Directive 92/43/EEC, which aims at protecting natural habitats, wild fauna and flora, and all seal species.

The newest effort as for seals is a fruit of a consultation process beginning in 2006. The European Food Safety Authority (EFSA) investigated the practices of seal hunting in several countries, including Canada, Finland, Iceland, Norway, Russia, Sweden and the United States⁴⁴. Various nations, such as Belgium and the Netherlands, institutionalized seal products abolitions before the complete ban within the EU territory.

The animal welfare is not limited to the EU, spreading through religion and philosophy. Howse & Langille (2012:378) highlight that Abrahamic religions, Jainism and Tibetan Buddhism have expressed concerns about the slaughter of animals, and that some philosophers, like Jeremy Bentham and John Stuart Mill, engaged in showing preoccupations against animal mistreatment.

In the United Kingdom, the movement for the protection of animals flourished in the 19th century with the advent of the Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA), created in 1824. Other states in Europe have also enacted legislation in order to reduce or avoid animal cruelty.

In terms of international organizations, the World Organization for Animal Health plays a major role, developing steps aimed at mitigating animal cruelty, such as the regulation of animal slaughter. An interesting instance of measure devoted to protecting animal welfare is the Convention for the Conservation of Antarctic Seals, signed in 1972.

3. Objective and structure of the European ban

If one checks the legislative history of the EU, he/she will see that the main argument of Brussels is that the way seals are hunted and killed inflicts a lot of suffering in these animals. The background for the whole argumentation of the EU is that seals are considered sentient beings, deserving thus the protection of laws.

There are three exceptions to the ban imposed by the EU. The first one refers to the allowance of import and sale of seal goods coming from traditional hunts “conducted by Inuit

⁴⁴ European Food Safety Authority. ‘Scientific Opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a Request from the Commission on the Animal Welfare Aspects of the Killing and Skinning of Seals’, Dec. 6, 2007, pp. 5-8.

and other indigenous communities that contribute to their subsistence.”⁴⁵ Subsistence hunting by aboriginal and indigenous communities is permitted. There is an explicit provision stipulating that the exception in reference is to bring the EU into conformity with the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.⁴⁶ The second ban refers to import of products bought abroad by travelers in case of casual or non-trade use, provided that the finality of the regulation is not undermined. Finally, the third regulation rules that seal goods deriving from the hunt made for the sustainable management of marine resources can be marketed on a not-for-profit basis, as long as the law is not put at risk.

The EU Seal Products Ban explicitly announces that its goal is to safeguard seals from harm or injury, to foster humane treatment, and to make out the adequate moral attitude to the treatment of animals with the EU⁴⁷. The preamble of the regulation goes further explaining that:

*Although it might be possible to kill and skin seals in such a way as to avoid unnecessary pain, distress, fear, or other forms of suffering, given the conditions in which seal hunting occurs, consistent verification and control of hunters' compliance with animal welfare requirements is not feasible in practice or, at least, is very difficult to achieve in an effective way, as concluded by the European Food Safety Authority.*⁴⁸

4. Analyzing the case

As mentioned in the introductory part of this Note, the *Seals Product* was the first case in which it was discussed whether a state could implement a ban relying upon the moral beliefs within its society and that are rooted in non-instrumental ethics. Here it is useful to differentiate between instrumental reasons and non-instrumental ones. The first is the type of regulation endeavoring to attain a specific result or practical outcome whether by means of encouragement or discouragement of certain behaviors. The latter refers to laws enunciating moral convictions instead of trying to reach concrete consequences (Howse & Langille 2015:4).

The panel, in its finding, ruled that the ban imposed by the EU was in breach of articles of the GATT and the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement)⁴⁹. Nonetheless, the panel was of the view that the measure could be considered a problem of

⁴⁵ Regulation (EC) 1007/2009 of the European Parliament and of the Council of September 16, 2009 on Trade in Seal Products, 2009 O. J. (L 286), art. 3.1 (hereinafter EU Seal Products Ban).

⁴⁶ EU Seal Products Ban, para. 14.

⁴⁷ EU Seal Products Ban, preamble.

⁴⁸ EU Seal Products Ban, para. 11.

⁴⁹ WTO Panel Report, *Seal Products*, paras. 8.2 and 8.3.

public morals not only under the GATT, but also under the TBT Agreement⁵⁰. However, the EU failed to pass the test of the *chapeau* of article XX of the GATT/94⁵¹.

The AB concluded that the ban at hand infringed GATT's provisions⁵², but did not acquiesce to the fact that the TBT Agreement should be applied to the case⁵³. The AB endorsed the panel's view that the justification of the ban under the public morals exception was feasible⁵⁴, but the manner in which the exceptions were executed did not allow the ban to be justified at the end⁵⁵, that is, the requirements of the *chapeau* were not fulfilled.

When the panel accepted the idea that animal welfare could constitute a problem falling under the public moral exception, it adopted a subjective approach, hence keeping the same reasoning expressed in both *Gambling* and *Audiovisuals*. The panel endorsed the EU argument that it is the moral beliefs of the society of the defendant that provide the contours of the concept of public morals. Additionally, the panel considered that Brussels offered sufficient proof that the preoccupation with the seals welfare was embedded in the European society. The AB endorsed the panel's decision as for this matter.

Another relevant topic is that the panel expressed that the animal welfare belongs to the global commons, that is, the protection of animals in general is a *globally recognized issue*⁵⁶. This is an important precedent, which can open doors to future defenses of animals based upon the public moral exception.

On appeal, Canada argued that the public moral exception could not also be justified on the grounds that the EU did not provide a uniform treatment regarding animal welfare. Still pursuant to Canada, as the EU permitted certain types of animal cruelties, such as deer hunting and slaughter houses, this treatment would not be in conformity with the assertion that seals deserved a stronger level of protection. The AB dismissed the Canadian claim ruling that WTO members are entitled to establish the level of protection they wish.⁵⁷ This reasoning is compatible with the thinking that, in terms of moral beliefs, what really matters is the values that are currently prevailing, that is, that human mindset evolves in a gradual fashion.

Another pertinent consequence for the proper interpretation of article XX(a) is the holding that it is unnecessary that a very trade-restrictive law implies a "material" realization

⁵⁰ *Id.* Para. 7.639.

⁵¹ *Id.* Para. 7.651.

⁵² WTO Appellate Body Report, *Seal Products*, paras. 5.96 and 5.130.

⁵³ *Id.* Para. 5.70.

⁵⁴ *Id.* Para. 5.290.

⁵⁵ *Id.* Para. 5.339.

⁵⁶ WTO Panel Report, *Seal Products*, para. 7.420.

⁵⁷ WTO Appellate Body Report, *Seal Products*, para. 5.200.

to the purpose under scrutiny. Indeed, the AB held that adjudicators must weigh and balance in a proper manner all three items of the “necessity” test: a) the purpose relevance; b) the level of fulfillment; and c) the level of commerce restrictiveness⁵⁸.

It is also worth mentioning that the adjudicators continued the tendency shown in *Gambling* and *Audiovisuals* that confers the concept of public morals a subjective approach. This is fruitful in that this reasoning *recognizes the inherent diversity of WTO Member states, and the lack of legitimacy the WTO has in homogenizing the moral, ethical, or religious reasons for which states are permitted to regulate* (Howse & Langille 2015:37).

The extraterritoriality of the law is another important topic. Unfortunately, the AB ruling in this matter was rather opaque, stressing that:

*As set out in the preamble of the Basic Regulation, the EU Seal Regime is designed to address seal hunting activities occurring “within and outside the Community” and the seal welfare concerns of “citizens and consumers” in the EU member states. The participants did not address the issue in their submissions on appeal. Accordingly, while recognizing the systemic importance of the question of whether there is an implied jurisdictional limitation in Article XX(a), and, if so, the nature or extent of that limitation, we have decided in this case not to examine this question further.*⁵⁹

V. Concluding remarks

146

The public moral exception has been under scrutiny only three times so far. Yet, it does not mean that the exception in reference is of little importance. The legislative history of the public moral exception has shown that the initial GATT members had a similar understanding about the content of the exception. Still, the jurisprudence has revealed that the definition has had a relative or subjective approach in order to materialize the dynamic interpretation of the law, especially in an international organization with a huge diversity among its members like the WTO.

Although the *Seal Products* case can be considered a milestone concerning the public moral exception, one has to be cautious regarding the future utilization of the exception. How can we measure public morals? Levy and Regan clarify this topic by providing the following comments:

In fact, the measurability problem runs even deeper. One of the questions raised in the Seals case was whether the EC Seal Regime served to ameliorate the problem. If the “problem” were the Canadian or Norwegian seal hunts, then evidence of the sort presented in the Panel decision (7.457) should suffice ... The extent of public moral concern is substantially more difficult to measure. Nor is it obvious that such a psychological measure would vary (strongly) monotonically with more observable measures, such as the number of seals hunted (Levy 2014:7-8).

⁵⁸ *Id.* Para. 5.216.

⁵⁹ WTO Appellate Body Report, *Seal Products*, para. 5.273.

In *Gambling* and *Audiovisuals*, the “necessity” test followed previous GATT/WTO jurisprudence. Nevertheless, in *Seal Products*, the test at hand became relatively easier to satisfy. Accordingly, the *chapeau* of article XX of GATT/94 will be more relevant to act as a dam against abuse or misuse of the public moral exception. Furthermore, different obligations, such as flexibility and cooperation, will be of great importance to also diminish the exaggeration in the use of the exception at issue (Appleton 2014:3).

Last but not least, it is worth noting that the fear of abuse of article XX(a) is not as serious as it may appear. Of course other themes such as human rights may be subject to future investigation under article XX(a). However, as the AB seems to have signaled in the *Seal Products* case, WTO countries have to be left some room to maneuver so as to execute their public policies. The AB’s performance so far has indicated that it will know how to resolve potential impasses with a view to achieving a balance between trade liberalization and WTO members’ public policies.

VI. References

- Appleton, Arthur E. ‘PIL and IEL: Will seal deaths resurrect the dream of international legal coherence?’, Questions of International Law, Nov. 24, 2014, available at: <http://www.qil-qdi.org/pil-iel-will-seal-deaths-resurrect-dream-international-legal-coherence/>.
- Charnovitz, Steve. ‘The Moral Exception in Trade Policy’, 38 Va. J. Int’l L. 689 (1997), p. 704 *apud* Jakobsson, Katarina. ‘The Dilemma of the Moral Exception in the WTO’, Stockholm University, 2013, p. 9, available at <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:694327/FULLTEXT01.pdf>.
- Council Regulation 3254/91, of November 4, 1991 Prohibiting the Use of Leghold Traps and the Introduction into the Community of Pelts and Manufactured Goods of Certain Wild Animal Species Originating in Countries Which Catch Them by Means of Leghold Traps or Trapping Methods Which Do Not Meet International Humane Trapping Standards, 1991 O. J. (L 308) 1.
- European Food Safety Authority. ‘Scientific Opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a Request from the Commission on the Animal Welfare Aspects of the Killing and Skinning of Seals’, Dec. 6, 2007.
- European Union. *Animal Welfare-EU Action Plan, Evaluation, and the Second Strategy on Animal Welfare* (August 15, 2011), available at: http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/actionplan/actionplan_en.htm.
- European Union. Council Directive 2001/88, of October 23, 2001, Amending Directive 91/630/EEC: Laying Down Minimum Standards for the Protection of Pigs, 2001 O. J. (L 316) 1.
- European Union. Council Directive 2007/43, of June 28, 2007 Laying Down Minimum Rules for the Protection of Chickens Kept for Meat Production, 2007 O. J. (L 182) 19.
- GATT Panel Report, *Section 337 Tariff Act* (1989).
- Howse, Robert and Langille, Joanna. ‘Permitting Pluralism: The *Seal Products* Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values’, Yale Journal of International Law, vol. 37, 2012, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-82, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1969567.
- Howse, Robert L. and Langille, Joanna and Sykes, Katie. ‘Pluralism in Practice: Moral Legislation and the Law of the WTO After *Seal Products*’, 2015, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-05, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2588509.
- Levy, Philip I. and Regan, Donald H. ‘EC – Seal Products: Seals and Sensibilities (TBT Aspects of the Panel and Appellate Body Reports)’, European University Institute, EUI Working Paper RSCAS 2014/138, available at: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33774/RSCAS_2014_108.pdf?sequence=1.
- Report by the Secretariat, *Trade Policy Review: Bangladesh*, WT/TPR/S/168, dated August 9, 2006, Appendix, Table AIII.3.

Report of the Working Party on the Accession of the Kingdom of Saudi Arabia to the World Trade Organization, WT/ACC/SAU/61, dated November 1, 2005, Annex F, List of Banned Products.

Thomas, Edward M. 'Playing Chicken at the WTO: Defending an Animal Welfare-Based Trade Restriction Under GATT's Moral Exception', 34 B. C. Envtl. L. Rev. 605 (2007), available at: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol34/iss3/8>.

United States Trade Representative, 2009 U.S.T.R. Report to Congress on China's WTO Compliance.

WTO Appellate Body Report, *Gambling* (2005).

WTO Appellate Body Report, *Gasoline* (1996).

WTO Appellate Body Report, *Retreated Tyres* (2007).

WTO Appellate Body Report, *Shrimp* (1998).

WTO Panel Report, *Asbestos* (2001).

THE REFORM OF THE MECHANISM AS AN INSTRUMENT FOR FOSTERING DEVELOPMENT AND STRENGTHENING THE MULTILATERAL TRADE

Letícia de Souza Daibert¹ e Ana Luísa Soares Peres²

Abstract: This paper analyzes the WTO Dispute Settlement System in a setting in which it has become mandatory to promote the interests and necessities of developing countries. Initially, it highlights the main advances of the Dispute Settlement System in face of GATT/47 and the importance of the mechanism to multilateral trade. It evaluates the system's fundamental features. Following this study, it contemplates the participation of developing countries in the DSS. Lastly, it reviews some proposals concerning the reform of the system to enhance such participation and discusses their impact in dispute settlement.

Keywords: WTO, Dispute Settlement System, reform, developing countries, Doha Round.

I. Introduction

The Dispute Settlement System (DSS), governed by the Dispute Settlement Understanding (DSU), is one of the greatest strengths of the World Trade Organization (WTO). Many scholars (Jackson 2006; Sampson 2008; Narlikar 2005; Manjiao 2012) agree that it is the jewel in the crown of the Uruguay Round agreements and one of the most symbolic progresses in relation to the multilateral system of international trade administered under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT/47) (Hoekman & Mavroidis 2007:8; Narlikar 2012:16).

Before WTO, GATT/47 article XXIII was the normative basis for conflict resolution. Given the generality of its text, the Members initially emphasized the settlement of trade disputes through diplomacy procedures (Palmer & Mavroidis 2004:6-7; Pauwelyn 2005:25; Jackson 1998:330-339)³, which denoted the prevalence of the *power-oriented* character of the mechanism. The influence of political power and diplomacy in this process was even more evident in face of the consensus rule, under

¹ Masters of Law candidate at the Universidade Federal of Minas Gerais. Specialist in Diplomatic Studies at the Faculdade de Direito Milton Campos. Bachelor in Law at the Universidade Federal of Minas Gerais. E-mail: leticiadaibert@gmail.com.

² Masters of Law candidate at the Universidade Federal of Minas Gerais. Bachelor in Law at the Universidade Federal of Minas Gerais. E-mail: anabrescia87@gmail.com.

³ Palmer & Mavroidis (2004:6-7), discussing the early stages of the dispute settlement in the GATT/47, remember that the system was initially known only as "conciliation", which highlights its diplomatic foundations. Pauwelyn (2005:25), comparing the article XXIII of GATT/47 with the DSU, characterizes the former as aimed at "maintaining a mere balance of concessions", and the latter as a "legally binding obligation to comply with WTO rules and WTO disputing rules". For a more detailed historic overview on the development of the dispute settlement during GATT/47 years, comprising the shifts towards a more legally founded approach, see JACKSON 1998:330-339.

which the adoption of a panel's decision depended on all Members' approval, including the defeated party.

The Marrakesh Agreement institutionalized the mechanism of dispute settlement. Indeed, the Annex 2 establishing the DSU reflects the nearly fifty years of evolution of the procedures in the multilateral trade arena. It establishes a more integrated dispute settlement mechanism, with a stronger judicial nature when compared to its predecessor, consolidating its status as a more objective and *rule-oriented* system (Pham 2004:7).

As opposed to GATT/47, the DSS has an exclusive and obligatory jurisdiction⁴ over trade-disputes governed by WTO agreements. The establishment of a mechanism with specific phases and deadlines was also a major improvement when compared to the former system. Indeed, the DSS has a high degree of efficiency⁵ and legitimacy⁶.

As noted by Hughes (2015:414), *[t]he overall rate of compliance with WTO dispute settlement rulings is very high – somewhere between 85 and 95 per cent, depending on when and where you count compliance.*

The creation of the Appellate Body is another great advancement to the multilateral trading system (Pauwelyn 2005:19; Hudec 1993:70-1). It enables Members to appeal decisions given by the panels⁷, and solidifies the negative consensus rule. The latter means that Dispute Settlement Body (DSB) will only fail to adopt a decision if vetoed by all WTO Members, including the Member(s) benefiting from it.

Although a more informal and diplomatic means of dispute settlement is less costly than litigation under DSU, scholars agree that the *rule-oriented* nature of the new

⁴ Davey (2015:353) says that “the key new elements of the WTO system were: (1) it had compulsory and exclusive jurisdiction over WTO-related disputes between WTO members; (2) it incorporated automatic processes that could not be blocked at any stage by the respondent; (3) it established rather tight time limits for each stage of the process; and (4) it established appellate review.”

⁵ “(...) experience under the WTO dispute settlement mechanism demonstrate that most disputes are likely to be resolved before they reach the panel phase. (...) Thus, although 482 requests for consultations have been filed with the WTO, only 218 panels have been established to date. (...) Moreover, 105 mutually agreed solutions have been notified to the WTO; several other cases have also been resolved, but resolutions are not always notified so they are not recorded (...) (Hughes 2015:413).

⁶ Hughes (2015:411) further highlights that *[m]embers' trust in the system is evident in the cases they bring, in terms of their sensitive subject matter, their importance to national economies and the often-considerable financial implications involved.* For examples of relevant cases on the matter, please refer to *European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft* (WT/DS316); *Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft* (WT/DS70); *United States — Subsidies on Upland Cotton* (WT/DS267).

⁷ As observed by Marceau, Porges and Baker (2015:45), *[a] significant number of implementation issues surrounded the establishment of the Appellate Body, which was an entirely new and radical conception. It was intended to – and, (...) in fact did – revolutionize international trade dispute settlement, vastly enhancing its efficacy and enabling the development of a truly coherent and sophisticated international trade law.*

system strengthened the position of developing countries in disputes by helping shielding them from power politics pressures (Srinivasan 2002:14; Pham 2004:7). It is not, however, exempt from criticism, as we will explore in the following sections.

A. Relevance of the Dispute Settlement System and the Participation of Developing Countries

The DSS is an important tool to ensure compliance with the multilateral agreements of the WTO. Even with the difficulty in concluding the Doha Round and hence criticism of the negotiating capacity of the Organization (Jackson 2005:6), the DSS is still active, contributes to the system's credibility, and reaffirms the need for WTO's existence⁸.

A decision adopted by the DSB does not aim at merely pecuniary compensation of damages suffered by the complainant. A Member who files a request for consultations seeks to ensure that an existing or threatened violation to WTO Agreements ceases (DSU, art. 22.2). Compensation (DSU, art. 22.1) and retaliation⁹ (DSU, art. 22.3) should only be used as a last resort in trying to force the member to obey the adopted decision.

151

The DSS can help to narrow the gap between developed countries and those developing or least developed ones. Considering that influence of political and economic power held by the parties is limited by the adoption of the DSU, a developing country or an LDC can initiate a dispute against another holding more resources and still succeed in the dispute (Jackson 2005:148-9).

Accordingly, developing countries endorsed the adoption of system based on the rule of law, as they believed it would help them to act in the same level of the more powerful economies (Pauwelyn 2005:29). The primacy of legality, however, did not imply the renouncement of power nor politics in the WTO procedures. On the contrary, those are directly related and, to accept such level of legalization, the Members claimed for more power and participation. As stated by Pauwelyn (2005:32-3),

⁸ In this sense, the DSS meets the expectations of the world leaders at the time of the attempted creation of the International Trade Organization (ITO) in the post-war era. The search for amicable solutions abstaining from the use of force, and the urge to unite the countries through trade relations were priorities at the time, with a view of preventing another world war (Jackson 2005:147).

⁹ Retaliation is the word used in the day-to-day practice. The term employed by the DSU is suspension of concessions.

In sum, higher levels of participation or politics at the WTO were not only a consequence of further legalization; they were, at the same time, an absolute precondition without which further legalization could not have taken place. Put differently, as much as higher levels of law and discipline increased the need for participation, voice, and politics, stronger outlets for voice and more politics enabled and supported further legalization. The consensus rule in the political process, prevailing under this balance, unmistakably led to a lourdeur in WTO decision-making. Viewed through the law-and-politics paradigm, however, it was and remains the crucial factor: the price to be paid for an automatic and compulsory DSU. Without the consensus rule and other reinforcements of politics, WTO members could not have accepted and digested the dramatically more legalized WTO(...) Conversely, more participation or politics is what permits and sustains the imposition of higher levels of discipline or law. Without participation, contestation, and accountability, high levels of discipline or legalization in politically sensitive areas would not be digestible and could not be sustained.

Although the most prominent political features of the WTO are in its decision-making function, as expressed by the consensus and single-undertaking rules, the DSU also sets some political instruments that serve as checks and balances for the DSS. In this sense, elements such as the appointment of the panelists on a case-by-case basis, as well as the 4-year term for the Appellate Body members, and mainly the control of the DSB over the dispute settlement mechanism are examples of the political gear that influences the DSS.

Professor Pauwelyn acknowledges that both the panel and the Appellate Body are sensitive to *political responsiveness* of their decisions. He cites, as an example, the fact that the Appellate Body has never trusted information contained in *amicus curiae* reports after the DSB outcry in the *EC- Asbestos*¹⁰.

The above-mentioned example demonstrates how the DSS operation is constrained within some political limits. This helps preserving its legitimacy and the implementation of its rulings, since *[m]ore than formal controls, it is those considerations of legitimacy and effectiveness that over time will keep the WTO judiciary in check with the WTO political branch* (Pauwelyn 2005:48-9).

For the foregoing reasons, we believe that the elimination of the WTO political aspects would not benefit the Organization, since they are essential to advance a deeper legalization of the multilateral trading system under a balanced process. Assuring participation of all the WTO Members in all its activities, in this context, becomes a central goal in conciliating the rule of law and the political influence.

In this sense, despite all Members having equal access to the DSS, developing countries and LDC may have difficulties in protecting their interests. One reason that

¹⁰ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products (WT/DS135/AB/R).*

may justify this *bias in participation activity* is, according to Bown, the self-representation character of the mechanism. The author affirms that,

[a] bias in participation activity may stem from the current system of self-representation requiring that countries have sufficient resources to both monitor and recognize relevant WTO violations and to fund legal proceedings in cases in which their rights have been violated. Furthermore, the self-enforcing nature of the system requires that complainant countries have the retaliatory capacity to threaten to impose economic costs on respondents that fail to comply with WTO panel rulings. Dispute settlement activity may also be skewed against confrontation of trading partners with which a country has a special political relationship—either through reliance on a foreign government for development assistance or through membership in a common preferential trade agreement. If these and other incentives affect litigation behavior, poor or powerless countries may not participate in dispute settlement activities critically important to their trading interests. Thus, although all WTO members have equal access to the system in principle, use of the dispute settlement provisions may reflect an institutional bias—that is, that poor or powerless members do not participate because of the incentives generated by WTO rules and procedures (Bown 2002:287-8).

The data analysis performed by Bown proves his initial statement. He finds that a given export country, even if interested in a dispute, will be less likely to participate in it, either as a complainant or a third party. The reasons underlying this assessment are, according to the author: i) lack of power for trade retaliation; ii) incapacity of absorbing a substantial amount of legal costs; and iii) a strongly dependent relation of bilateral assistance with the respondent country (Bown 2005:10-18).

153

Pham (2004:7) adds that,

Developing countries will almost always find themselves at a political bargaining disadvantage relative to developed countries because they often rely on developed countries for aid, military assistance, or technological transfers. A developing country also has a less important impact on a developed country's economy than vice versa, since bilateral trade is more likely to be a greater percentage of the developing country's gross domestic product ("GDP") than of the developed country's GDP. A neutral adversarial dispute settlement system helps limit the scope of the debate to the legal merits, and thus offers increased judicial protection to a developing country against more powerful developed countries.

In light of the aforementioned, this article discusses the importance of DSS for the developing Members of the WTO, as a forum to promote their interests and implement their rights. It will briefly analyze the rule-oriented model and the possibilities of participation it offers to developing countries. As later confirmed, the strengthening of the existing DSS could contribute to the satisfaction of the Doha Round development mandate and the legitimacy of the WTO as an indispensable forum for multilateral trade.

II. A Rule-Oriented System

The transformation of a *power-oriented* dispute settlement system, with scarce rules governing conflict resolution, into a *rule-oriented* mechanism in which the rules play a central role, gives decisions higher technical grounds and strengthens legal certainty.

Article 3.2 of DSU emphasizes the importance of the DSS in providing greater legal certainty and predictability to the multilateral trading system¹¹. This is only possible in view of the prominence of WTO rules in the disputes brought to the DSS.

In the early years of its existence, decisions given by the Appellate Body tended to be restricted to a literal interpretation of the WTO agreements, also influenced by articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties¹². As a recently created mechanism, it sought to ensure its credibility and to build its reputation, prioritizing a more objective approach in order to avoid any reason that causes members to question its operation (Jackson 2005:187)¹³.

It is the authors' opinion, however, that a *rule-oriented* approach does not mean that a decision is limited to the normative text of the Agreements¹⁴. The WTO, as an organization that regulates international trade, needs to follow the transformations of the economy and of the international society. The decisions adopted by the DSB should thus also consider the reality of its Members; otherwise, they will not have its sought efficacy.

In this sense, a teleological interpretation, highlighting the objectives of the WTO¹⁵, is more efficient in settling disputes and in achieving Member's compliance with the rules of the Organization. The text, the historical context, the objectives and purposes underlying the establishment of the norm constitute a single rule of

¹¹ The DSS, for having such characteristics, favors the expansion of trade flows and enhances trust among States.

¹² As stated by Jackson (2005:187), *The Appellate Body, at least in its first six or eight years, seemed to be taking a very "textual" approach to its interpretations, albeit in some particular cases manifesting departures from that. This textual approach was clearly motivated by the language of the VCLT.*

¹³ Likewise, Matsushita (2012:528) states that such restricted literal approach adopted by the Appellate Body may be justified by the *potential tension between the membership and the dispute settlement mechanism.*

¹⁴ The WTO Appellate Body corroborated such understanding in *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, (WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R).

¹⁵ Accordingly, provisions of the Marrakesh Agreement's preamble are essential for such hermeneutical process, as they set forth the goals and guiding principles of the Organization, with emphasis on improving living conditions, nations' development, and environmental protection. This approach reflects the "living and evolving" character of the Institution (Jackson 2005:188).

interpretation, as the WTO Appellate Body stressed in *Canada - Autos*¹⁶. Indeed, it is impossible to know the real meaning of a rule isolated from its system.

A. Need for transparency

In recent years, the pressures to confront and redress the ‘democratic deficit’ have intensified (Pauwelyn 2005:30-1; Charnovitz 2004:30; Fakhr 2011)¹⁷, producing reforms to embed greater institutional transparency¹⁸ and accountability (Cottier 2011:28; Charnovitz 2004:1). A scarcely transparent mechanism may limit access to the system (McRae 2004:10).

As a rule, DSS procedures are confidential and closed both to the public and to the Members that are not part of the dispute. The confidentiality rule is embodied in articles 14, 17 and 18, as well as in Appendices 3 and 4 of the DSU. However, the parties to a dispute may waive their confidentiality rights¹⁹. Such exception derives from the extensive interpretation given by both the Panel and the Appellate Body to the rule²⁰.

In no DSU provision there is an explanation or deeper consideration on the need of ensuring the confidentiality of the proceedings. Cases brought before the DSS often

¹⁶ *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, (WT/DS139/AB/R). Para. 10.12.

¹⁷ As previously stated, the DSS is a legitimate mechanism, despite the challenges it currently faces. Demanding a greater participation does not dispute such legitimacy, on the contrary, it reinforces the need to strengthening it, both internally – by the participation of States – and externally – by the participation of non-state actors –, for the subjects covered in the WTO Agreements have long surpassed the mere trade liberalization and include interests from different players.

¹⁸ The principle of transparency is one of the fundamentals of the WTO and may be unfolded in two main aspects: i) to make all relevant regulations public; ii) to notify the WTO and the other members on the adopted trade policies, as well as any further alteration they must go through. Moreover, the principle requires dual observation, both from the members and the Organization itself, that must make public its documents and debates. Transparency favors legal certainty, confidence among members, and the efficiency of the norms and impartiality of the activities. Several WTO agreements have specific provisions addressing the principle of transparency, such as art. X:1 of GATT, art. III of GATS, and art. 63 of TRIPS. World Trade Organization. *The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency*, WT/WGTCP/W/114, 1999. Pgs.14-17.

¹⁹ The most recent case concerning this matter is the *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements: Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States* (WT/DS384 and WT/DS386). At the request of the parties in said disputes, the arbitrator has agreed to open its meetings with the parties in September of 2015 with a session open to public viewing.

²⁰ *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute* (WT/DS320); *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute* (WT/321); *European Communities – Large Civil Aircraft* (WT/DS316); *United States – Large Civil Aircraft* (WT/DS353); *European Communities – Bananas (III) Article 21.5 (US)* (WT/DS27); *United States – Continued Zeroing Methodology* (WT/DS350); *United States – Dumping Margins (“zeroing”) Article 21.5* (WT/DS294); *Australia – Apples* (WT/DS367); *United States – Agricultural Subsidies* (WT/DS357).

comprise measures adopted internally by WTO Members, which should be public. In some situations, they also cover private practices, which are under responsibility of each government. When the parties to the dispute disclose strategic information of a given economic sector, then the data transferred to the WTO receives confidential treatment and public cannot attend the hearings. Such cases, however, are exceptions within the DSS. It is the authors' opinion that confidentiality should be requested by the party to each dispute and be subjected to proof of the importance of protecting sensitive economic information.

Only in 2005, at the initiative of the parties involved in disputes relating to the case *Hormones*²¹ (United States, Canada and European Community), the audience of a panel was open to the public (Jackson 2005:155)²².

After seven weeks of strong exchange of arguments between the parties to the parallel disputes²³, the panel decided that the *confidentiality* referred to in article 14 actually related to its internal work on the case. In fact, *[t]he DSU stipulation that panel's meet in closed session is only part of a non-compulsory standard working procedure (Appendix 3, paragraph 2), which panels can modify after consulting the parties* (Article 12.1 of DSU) (Ehring 2008:1024-5).

156

In general, those who want to have access to procedures and documents relating to a case must become a third party to the dispute. According to MCRAE, *[t]he rules force those who wish to be only spectators to become participants* (McRae 2004:11). Controversially, third parties cannot be present during all proceedings of the panel (McRae 2004:11).

Making the hearings public is not the same as allowing public participation in the DSS. The attempts of the Appellate Body in improving the transparency of the mechanism emphasize outside contributions to the decision-making process. Instead, it should first promote public access to the procedures and make information available.

That kind of contribution occurs through the admission of *amicus curiae*, usually drafted by NGOs, aimed at assisting both the panel and the Appellate Body by

²¹ *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute (WT/DS320); Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute (WT/DS321)*.

²² According to Ehring (2008:1033), despite some initial suspicion, developing countries no longer oppose open hearings, as many of those have become comfortable with them. Moreover, differently from *amicus curiae*, public hearings encompass only passive observation, not being able to affect the outcome of the dispute.

²³ *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320; Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS321*.

providing important studies on the subject matters in dispute²⁴. The debate, therefore, focused on higher outside participation levels, which is only one aspect of transparency (McRae 2004:11-2)²⁵.

Despite requiring a high level of transparency from its Members, WTO does little to improve it in its own practices. According to Charnovitz (2004:15),

Prescribing outwardly to the national level, the WTO pushes the boundaries of international law regarding the need for transparency and participation. Yet in self-government, the WTO resists adopting features of transparency and participation practiced in other international organizations.

Turning the DSS procedures public is an essential factor in improving the image of the WTO before the society and demystifying the work of the Organization. By enabling access to information and monitoring the process, public will come closer to the WTO. As a result, it is expected to avoid prejudices and misconceptions that are detrimental to the multilateral trading system (Ehring 2008:1023-4).

Transparency in the DSS may also help developing countries and LDC, to the extent that their representatives could benefit from the publicity of hearings, improving their knowledge of the mechanism and their conflict resolution skills. Likewise, Bown (2002:308-9) discusses the effects of increased transparency in developing countries,

[It] could lead private sector interests (such as the adversely affected exporting firms) to increase the pressure they place on their own governments to better monitor and actively participate in the process on their behalf. Active engagement and representation of exporting interests in developing economies especially could help balance the political influence that dominant, import-competing interests typically wield over their governments. Of course, a reform that increases transparency is also likely to affect the incentive for potential litigants to initiate disputes, and thus the set of WTO-inconsistent policies that get challenged at all.

In fact, the rationale of sustaining high levels of confidentiality throughout the DSS is a reminiscence of the diplomatic nature of GATT/47. As noted by WEILER, in

²⁴ NGOs and private individuals have already submitted unsolicited amicus curiae in several disputes. Usually, the Appellate Body “will consider accepting an amicus brief, yet will not take it into account in deciding the case”. The panel, on the other hand, has a less predictable practice, and has already ruled in the sense that initially “it will consider arguments in an amicus curiae brief only to the extent that the argument is voiced by one of the governmental parties” (Charnovitz 2004:13-4).

²⁵ Moreover, the WTO promoted a series of debates among its Members in the late 1990s, to discuss the increase of transparency. The Members then made a distinction between internal transparency, which focus on the fair participation of all Members in the WTO activities, and external transparency, concerning the relation between the WTO and the outside actors. The latter aspect divided developed and developing countries, as they could not agree on the importance and effects of opening the WTO to the participation of non-state actors, which would represent an additional burden on developing countries, stressing even more their lack of resources (Bonzon 2008:759-60).

the consultations phase, during which the parties seek an amicable solution for the dispute, a certain level of secrecy would be acceptable. After the establishment of the panel, secrecy becomes unjustifiable.

Barring the disclosure of confidential commercial information or secret state documents (a problem that domestic courts face, too, and to which there are many solutions) it should be recognized that we have put in place a judicial process. It is inconsistent with basic principles of open government and transparency of legal proceedings and inconsistent with the very significant issues now under dispute, that the principles of secrecy should still prevail. Only in dictatorships is "justice" administered behind closed doors (Weiler 2000:12).

Keeping strategic commercial information and classified documents confidential is compatible with opening the proceedings to the public. Moreover, the decisions adopted by the DSB often surpass findings relating to international trade. They also affect the Member's capacity of adopting policies in a wide range of areas as the environment and public health (Marchetti 2008:18).

The mere circulation of the reports among all WTO members, giving them the opportunity to present any comments relating thereto, does not suffice to provide the system with transparency (Marchetti 2008:18).

III. Compliance with Decisions

WTO Members tend to comply with the decisions issued by the DSB²⁶. By bringing their practices in compliance with the WTO rules, Members ratify their political will towards the consolidation of the legal system of the Organization and legitimize its structure as an essential forum for the multilateral trading system.

The WTO agreements, produced by its Members, reflect their interests and values²⁷. There is thus an effort to promote such regulations, to the extent that they

²⁶ According to an analysis by Shahid Bashir, at the end of his term as president of the DSB, the rate of compliance with the decisions adopted by the DSB is around 90%, with almost 450 cases tried by the body. During his tenure (March 2012 to February 2013), the number of cases brought before the compliance panel, whose implementation period extrapolated that reasonably established, did not exceed the number of 9. BASHIR, Shahid. **Dispute Settlement - WTO Dispute Settlement Body developments in 2012**, available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/bashir_13_e.htm. Last accessed on December 13th, 2014.

²⁷ There is, however, an imbalance of interests protected by the WTO agreements, depending on the disproportionality of the diplomatic capacity of countries at the time of the negotiations of the Uruguay Round. Developing countries had hitherto, in general, little awareness of their real needs in the international trade landscape and had limited tools to assert their positions. During the years, this scenario has been modified and developing countries now play an increasingly important role in the international economy, having acquired a great bargaining power and competitive inclusion in the trade sphere. The

benefit the WTO Members, which are both authors and recipients of the norms. The compliance with the DSB decisions by a Member, especially by those considered to be the most "powerful", also encourages others to do the same, contributing to the strengthening of the Organization and to the effectiveness of its dispute settlement system²⁸.

Regarding the implementation of the DSB decisions, some governments have claimed that they can choose to apply retaliatory measures or face them, instead of seeking to bring the violating policy into conformity with the obligations multilaterally undertaken (Jackson 2005:159). In addition, despite the high compliance rate with the judgments given, in some cases, particularly those filed against the United States (US) and the European Union (EU); there has been reluctance in implementing the decisions and in modifying internal regulations (Parish 2011:176). In this context, the negotiation phase of the proceedings gained greater relevance. Indeed, less than a half of the requests for consultations up to date have resulted in the actual establishment of panels (Hughes 2015:413).

WTO negotiators and academics made some suggestions in this respect, to try to curb opposition to DSS recommendations. Initially, one must increase the accuracy of reports that oversee the implementation of the DSB decision. Second, one must consider proposals to create a new mandatory stage of consultations before the establishment of the panel referred to in article 21.5 of the DSU, as well as allowing a collective monitoring mechanism of compliance with the decisions (Petersmann 2003:243).

Jonathan T. Fried (2014), at the end of his term as president of the DSB in 2013, highlighted the concern about the inability of members to ensure a multilateral supervision over the implementation of the DSB recommendations and rulings. Fried stressed that such monitoring is an important tool to ensure compliance with the obligations mutually agreed to in a positive manner. Despite some progress in the matter, he points out that there is still much work to do at that level.

The mechanisms aimed at reducing inequalities included in the DSU, and explored in the following section, in some cases resulted weakened at the

Doha Round demonstrates this transformation in the WTO negotiations, with developing countries taking a more assertive position in order to demand that their priorities are also considered. For a more detailed analysis of the participation of developing countries in the WTO negotiation rounds, see Thorstensen & Oliveira 2012:302-322.

²⁸ In this regard, Pauwelyn (2010:42) states that *[t]he objective of WTO dispute settlement may be achieved not only by the formal remedy of (equivalent) retaliation but also by informal remedies, such as reputation and community costs.*

implementation stage. Only wealthy and economically strong countries are actually capable of facing the consequences of not bringing measures in compliance with WTO rules. Developing countries and especially the LDC are frequently unable to impose retaliations or face compensations (Sutherland *et al* 2004:54)²⁹.

In an attempt to rebalance such asymmetries, there are some proposals with respect to collective retaliation. Their aim is to impose greater pressure to complying with the agreed obligations. However, this practice faces resistance from members, justified on the fact that the objective of the DSS is not to punish but to ensure the observance of rights and obligations set forth under the WTO rules. In addition, this measure would represent an intrusion into the sovereignty of States, since they would be required to increase tariffs, and it contradicts one of the foundations of the WTO: trade liberalization among countries (Hoekman 2012:764).

In 2003, Mexico put forward a project that would allow WTO members to negotiate their retaliatory rights when the unsuccessful party to a dispute refused to fulfill the obligation. However, such solution may give rise to political ramifications, by bringing to the dispute a Member who does not possess any commercial claims against the losing party (Hoekman 2012:882).

In this context, the alternative suggested by Lawrence (2003:70-2) emerges as a plausible solution to ensure the implementation of decisions. According to the professor, WTO should adopt a system of "contingent liberalization commitments". In the negotiating rounds, each member would indicate sectors to be liberalized or forms of liberalization for situations in which a delay in the fulfillment of obligations defined by the DSS was identified. Taking the premise that low-income countries are frequently unable to impose retaliations, the advantage of this proposal is that it deals with the problem of existing asymmetries between developed and developing Members. It also reflects the very pillar upon which the WTO was established – negotiation.

As recognized by Lawrence himself, the adoption of his proposal present certain downsides, as incentives would no longer be permanent. It could create an environment of uncertainty, leading to the reduction of investments and constraining the expansion of industries. Additionally, low-income countries, lacking export diversification, would

²⁹ Some of the reasons given to justify such impossibility are the potential loss of preferential treatment status in trade, reduced foreign aid and lack of export diversification. (François; Horn; Kaunitz 2008:4). Following a different approach, Nottage (2010:337-8) argues that the right rates of compliance, even in cases initiated by developing countries, demonstrate that *governments comply with rules for a multitude of reasons (...) of which the fear of retaliation is often not a necessary ingredient. Historically, the majority of disputes brought by developing countries have resulted in compliance.*

not always be able to benefit from contingent liberalization commitments, as they would not always be able to claim concessions in most sectors (Lawrence 2003:70-1).

IV. Participation of Developing Members

The participation of developing members in the DSS provides benefits for both sides: it legitimizes the mechanism, since more than three quarters of WTO members are developing or least developed countries, and enables the full integration of these Members in the multilateral trading system.

As demonstrated in previous sections, the implementation phase still poses several challenges to the full participation of developing countries and LDC in the DSS. However, it is necessary to recognize that the transformation of a *power-oriented* system into a *rule-oriented* one works on behalf of all Members. It enhances certainty and predictability, giving weaker Members real opportunities to defend their rights (Lacarte-Muro & Gappah 2000:395-401).

In the words of Professor Jackson (2005:87-8),

The “rule-oriented approach” focuses the disputing parties’ attention on the rule, and on predicting what an impartial tribunal is likely to conclude about the application of a rule.

(...)

This, in turn, will lead parties to pay closer attention to the rules of the treaty system, and this can lead to greater certainty and predictability, which is essential in international affairs, particularly economic affairs driven by market-oriented principles of decentralized decision making, with participation by millions of entrepreneurs.

(...)

Rule orientation implies a less rigid adherence to “rule” and connotes some fluidity in rule approaches which seems to accord with reality (especially since it accommodates some bargaining or negotiation).

161

Therefore, although the influence of political power and diplomacy in the DSS lingers, the enactment of clear procedural rules has actually provided developing countries and LDC with important tools to enhance their participation in dispute settlement and advance their interests.

In this sense, the first case to have a decision adopted by the DSB, the *US-Gasoline*³⁰, is emblematic in the study of the participation of developing countries in the DSS. Two developing Members, in the position of complainants, prevailed over the most powerful economy of the world at that time, the United States of America.

³⁰ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*.

In January 1995, Venezuela and Brazil requested consultations with respect to an US regulation establishing discriminatory barriers to import gasoline that would violate the principle of national treatment. Both the Panel and the Appellate Body found the measure to be inconsistent with the obligations undertaken by the US in the WTO. In 1997, the US, much more powerful and wealthier than the plaintiffs, complied with the recommendations of the DSB and amended its domestic law. The implementation of the adopted reports by the United States was essential to legitimize the procedures, reinforcing the *rule-oriented* aspect of the mechanism and reaffirming its efficacy³¹.

In the early years of the DSS, the developing members engaged themselves as third parties in several disputes brought before the mechanism, since, as noted above, the proceedings are, as a rule, confidential. This strategy gave developing Members the possibility to deepen their knowledge of the DSS operation and secured their familiarity with the dispute settlement procedures (Lacarte-Muro & Gappah 2000:397). The same applies to developing Members recently admitted to the WTO, as it was the case of China, which initially adopted a cautious and observational behavior in the DSS³².

Nowadays, there is a broad participation of developed and developing Members in dispute settlement proceedings. Hughes (2015:409) notes that *[i]n all, 101 of the 160 WTO Members, or 63 per cent, have participated in WTO dispute settlement in one way or another, either as complainant, defendant or third party.*

Additionally, the number of disputes involving Members who had little or no experience in the DSS increased in 2013³³. *By the end of 2013, developed members had been complainants in 52 per cent of total disputes filed, while developing members have been complainants in 48 per cent of disputes brought before the WTO* (Hughes 2015:409). This fact denotes a greater balance in the participation of developed and developing Members in the mechanism.

A. Special DSU Provisions Applying to Developing Countries and LDC

The DSU has some provisions that pose a different treatment for developing and least developed countries, in order to address their interests and necessities in the multilateral trading system. Such treatment is indispensable to assure equal action

³¹ See note 26 *supra*.

³² Until November 2015, China was involved in 13 cases as complainant, 33 as defendant and 128 as third party.

³³ Each Indonesia, Panama, and Vietnam, for example, filed proceedings for the first time in that year.

conditions among members in the DSB, for it has the potential of diminishing the asymmetries resulting from deficiency in human and financial capital.

However, developing countries and LDC engaged in disputes have not made a wide use of such provisions. In fact, many of the DSU articles designed to enhance the effective participation of those countries in the proceedings have never been invoked. In fact, many of these rules are unspecific, *[w]orded merely as guidelines or suggestions rather than obligations* (Pham 2004:8).

In this section, we will present all articles designed with the purpose of tackling asymmetries between WTO Members, pointing out *whether* and *when* they were object of deliberation by the panel or the Appellate Body.

For example, article 3.12 of DSU grants the complainant the right to invoke the GATT Decision of April 5th 1966 (BISD14S/20) and seek the good offices of the Director-General, reducing the timetable of the panel proceedings, when it is a developing member filling proceedings against a developed one³⁴.

Another provision, embodied in article 4.10 of DSU, recommends that the interests and concerns of developing members receive special attention during consultations³⁵. Also in this stage, article 12.10 of DSU allows the parties to extend the deadline for consultation when the dispute comprises measures taken by a developing country. Similarly, the panel should provide the necessary time for the developing State to prepare and to present its defense.

It is noteworthy that article 12.10 of DSU was mentioned at least three times in disputes brought before the DSS, in accordance with the *WTO Analytical Index (2014)*. In *India — Quantitative Restrictions*³⁶, the panel accepted the Indian requirement for extension of the written memorial submission deadline and granted ten additional days. In *Turkey — Rice*³⁷, however, the panel found that Turkey's status of developing country was already taken into consideration in the setting of the deadlines. It attempted to, within the conditions presented, satisfy the Turkish requests for dilation of time. Likewise, in *Philippines — Distilled Spirits*³⁸, the panel claimed to have taken account of the Philippines' developing country status in establishing the dates for the procedures.

³⁴ We have not found any mentions to the use of BISD14S/20 in WTO's jurisprudence.

³⁵ We have not found any mentions to the use of DSU art. 4.10 in WTO's jurisprudence.

³⁶ *India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (WT/DS90)*.

³⁷ *Turkey — Measures Affecting the Importation of Rice (WT/DS334)*.

³⁸ *Philippines — Taxes on Distilled Spirits (WT/DS396)*.

At the panel stage, whenever one party is a developing country and the other is a developed country, the former could request for one of the panelist to be a national of a developing member, as determined by article 8.10 of DSU³⁹. Article 12.11 of DSU establishes that the panel report should explicitly demonstrate the manner in which it applied the special and differentiated treatment provisions covered by WTO's agreements in the dispute concerning one or more developing Members.

Article 12.11 of DSU has also been object of consideration by the panel in accordance with the *WTO Analytical Index (2014)*. In *India — Quantitative Restrictions*⁴⁰, the panel ruled that such norm requires the explicitly indication of how the special and differentiated treatment provisions for developing members were addressed in the report issuing, concluding that this condition was observed in the case analyzed. The same occurred in the *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, and *Mexico — Telecoms cases*⁴¹.

Article 21.2 provides that during the decision implementation phase, the panel should regard very carefully matters involving interests of a developing party. The DSS analyzed such rule a few times, as in *Indonesia — Autos*, *Chile — Alcoholic Beverages*, *Chile — Price Band System*, *US — Offset Act*, *EC — Tariff Preferences*, *US — Gambling*, *US — COOL*⁴², and *EC — Export Subsidies on Sugar*⁴³. In those cases, the DSS decided that the norm should be observed both in the situations where the developing Member is the respondent, as in those in which it is the implementer.

In the same context, article 21, paragraphs 7 and 8⁴⁴, regulates the possibility of other measures being adopted in proceedings initiated by developing members, taking

³⁹ We have not found any mentions to the use of DSU art. 4.10 in WTO's jurisprudence

⁴⁰ *India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (WT/DS90)*.

⁴¹ *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (WT/DS217)*; *Mexico — Measures Affecting Telecommunications Services (WT/DS204)*.

⁴² The arbitrators in *US-COOL* were not convinced that Mexico's developing country status, along with the importance of the cattle sector to the economy, justified the change in the arbitrator's final decision on the US time-limit for amending its internal legislation. Award of the Arbitrator, *US-COOL* (Art. 21.3 (c)), Paras. 99-100.

⁴³ *Indonesia — Certain Measures Affecting the Automotive Industry (WT/DS54)*. *European Communities — Export Subsidies on Sugar (WT/DS265)*. *Chile — Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (WT/DS207)*. *European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (WT/DS246)*. *Chile — Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS87)*. *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, (WT/DS217)*. *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (WT/DS285)*. *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements: Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (WT/DS384 and WT/DS386)*.

⁴⁴ We have not found any mentions to the use of DSU arts. 21.7 and 21.8 in WTO's jurisprudence.

into consideration not only the trade impact of the disputed policy, but also its effects on the economy of the developing countries acting as third parties.

For least developed States, article 24 provides the need of assessing the specific conditions of such countries, exhorting the other WTO members to act with due restraint when bringing a dispute involving a least developed member before the DSS. In *US – Upland Cotton*⁴⁵, both the panel and the Appellate Body sustained that article 24 applies only to situations in which least developed countries act as complainant or respondent in the dispute and not just as third parties. By 2011, no WTO member had initiated a dispute against a least developed country in the DSS. Similarly, only one LDC brought a case before the DSS, which was later settled by a mutual agreement, in accordance with the *WTO Analytical Index (2014)*.

It is clear that there are several provisions granting differentiated treatment to developing countries in the DSU. As demonstrated above, most provisions have never been invoked in the course of dispute settlement, for many of those norms are only recommendatory, with an exhortative language, as demonstrated by the employment of the modals *should* and *could* (Pham 2004:349).

B. Legal Assistance and Training to Developing Countries and LDC

165

The discussion over the developing countries' participation in the DSS cannot be restricted to the access of such members to the mechanism. It should also comprise the necessary and appropriate instruments for the protection of their interests and rights⁴⁶.

Pursuant to article 27.2 of DSU, the WTO Secretariat provides legal advice to any developing country who requests it in the course of a dispute settlement process. The Institute for Training and Technical Cooperation (ITTC) is the WTO Secretariat's division invested with the mandate of carrying out such activity.

Technical assistance and training are of central relevance for the multilateral trading system established under the WTO. Only those who enjoy both human and institutional aptitude are able to benefit fully from the multilateral trading system⁴⁷.

⁴⁵ *United States – Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267)*.

⁴⁶ As stated by Santos (2012:573), *A number of scholar have begun using a sociological approach in the analysis of the international trade regime, which tends to show a disadvantage in litigations for those countries that lack resources and do not have the knowledge and the experience to navigate the complex dispute settlement process.*

⁴⁷ Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration WT/MIN(01)/DEC/1. Adopted on November 20th, 2001. Para. 38.

The Trade-Related Technical Assistance and Training (TRTA), coordinated by the ITTC, provides technical assistance and training plans to Members. The following activities and training programs are currently in course: General WTO-Related Technical Assistance and Training; Specialized and Advanced TA and Training; E-Learning; Academic Support for Training and Capacity Building; Trainee Programmes and Internships, apart from WTO Reference Centers.

Approximately 40% (forty per cent) of the technical assistance and training activities benefit LDC. They participate of activities carried out locally, but are also invited to take part in regional and global activities. Such line of action is consistent with the Doha Declaration, which urges that LDC receive special and differential treatment within the WTO.

The Advisory Centre on WTO Law (ACWL) was created in July 2001 (Petersmann 2003:246), as an organization independent of the WTO. Its main purpose is to provide costless legal assistance, support and training to parties and third parties in WTO dispute settlement proceedings (Art. 2 of the Agreement Establishing the ACWL).

All LDC Members to the WTO, or under accession process, are entitled to ACWL's services (Art. 7 of ACWL). Developing countries and countries with an economy in transition, who are Members of both WTO and ACWL, may also benefit from the organization's services (Art. 6 of ACWL).

Therefore, countries that lack human and financial resources still have the opportunity to understand their rights and obligations, as well as to learn about the functioning of WTO and its agreements, being able to benefit from the structure offered by the Organization⁴⁸.

In 2002, a group of African countries presented a series of documents concerning the participation of developing members in the DSS. It stressed that the DSS success cannot only mean the speediness of its procedures, but it must also consider the promotion of fairness to all members and the pursuit of WTO's development goals⁴⁹. Some proposals were also made, such as the establishment of a permanent fund financed by the Organization members, aimed at assisting developing States to

⁴⁸ For more information: <http://www.acwl.ch/e/index.html>. Last accessed on September 8th, 2014.

⁴⁹ Proposal by the African Group, Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, TN/DS/W/15, on September 25th, 2002.

overcome the shortage of human and financial resources needed to the DSS procedures (Petersmann 2003:246).

Other suggestions related to the access of developing members to specialized assistance includes the adoption of a fast track mechanism to the disputes concerning a relatively small trade flow subject. In this way, ensuring differentiated timetables and procedures would be possible. The creation of a special prosecution with competence to identify and promote disputes on behalf of developing countries was also recommended (Hoekman 2012:764; Shaffer & Nordström 2008; Hoekman & Mavroidis 2000; Warnick Commission 2007).

V. DSS and Doha Round

At the conclusion of the Uruguay Round in 1994, the negotiating parties agreed that the DSU should be thoroughly reviewed by the Ministerial Conference four years after the commencement of the WTO activities, i.e., on January 1st, 1999. Even before, back in 1997, Members started reviewing the agreement and some governments drafted reform proposals. According to JACKSON, it surpassed the number of 250 recommendations, although the majority was concerning only procedures' details (Jackson 2005:199).

Most members endorsed the necessity of improvements to the DSS. However, they never reached consent. They were, therefore, unable to conclude the reviewing activities (Jackson 2005:199-200).

During the 2001 Doha Ministerial Conference, the Members agreed to resume the DSU revision. In order to facilitate this task, they opted to separate the revision process from the diplomatic negotiations. Their intent was to avoid influences from bargaining and reciprocity instruments in the revision process, for it should convey benefits to all Members (Jackson 2005:199). It is noteworthy that the review would not be part of the single undertaking⁵⁰ and it has not yet been concluded⁵¹.

The Doha Round impasse and the questions raised on the negotiation capacity of WTO Members might constitute a pressing element over the DSS. In the absence of

⁵⁰ Doha Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on November 14th, 2001. Paras. 30 and 47. Available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#dispute. Last accessed on November 4th, 2015.

⁵¹ Currently, there is no deadline for the negotiations. The Doha Declaration Explained. Available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#dispute. Last accessed on November 3rd, 2015.

new agreements, the Members may use the DSS as an instrument to substitute multilateral negotiations, in order to clarify doubtful topics of the existing agreements or to try to expand the scope of obligations in which no progress has been achieved in a diplomatic fashion (McRae 2004:3).

This likely increase in demand, which might be enhanced due to the economic crisis and the protectionism threaten, would also represent a test for the capacity of the DSS. Currently, the mechanism is already constrained by the growth in the number of disputes involving new issues beyond the traditional GATT violations and trade restriction practices. Assessing measures aimed at improving the system becomes mandatory so it might face the new challenges with the same efficacy and authority recognized as its trademarks (Steger 2012:112).

A. Reform Proposals

One of the main concerns of some Members over the DSS is width of its decision power. According to Jackson (2005:159-60):

Unlike national judicial systems, which may have considerable power, but are constrained by checks and balances of the legislature, which may “correct” errors of the judiciary, the WTO has no really effective check, in that sense, on the power exercised by the Appellate Body, except the possibility of major diplomatic efforts, such as negotiating amendments to the rules or a new procedure in the WTO Charter, Article IX, providing for “definitive interpretations,” which many observers feel is not likely to be used.

Some DSU review proposals, in this regard, seek to reduce the DSS performance by recommending the establishment of diplomatic vetoes or a quorum that allows the nullification or the modification of a decision. Such measures represent a setback in relation to everything that the DSS achieved, as it reinserts a political element into a system guided by the equality of the parties and multilateral norms (Sutherland *et al* 2004:54).

The DSU, nevertheless, does set the DSS limits by stating in its article 3.2 that (...) *[r]ecommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements*. The DSS decision power is constrained by the WTO Agreement’s scope; then, it is not possible to attribute an inconsequent or irresponsible behavior to it. Therefore, the answer to this problem is rather to enhance the negotiations and the decision-making process of the Organization,

in order to overcome the current impasse and reach an efficiency level as high as the DSS, than restricting the mechanism's operation.

Another concern is the non-compliance with the DSB decisions. *[D]espite the high compliance rate, criticism has been levied at the system for its weakness in securing compliance in disputes where a small economy succeeds in a dispute against a large economy, such that retaliation may be impractical for the small economy* (Hughes 2015:416). In this context, additionally to the proposals already studied, there are positions suggesting the authorization of monetary compensation for damages (Davey 2014:699), as a manner to avoid the jeopardy of the trade of the country benefited by the decision.

According to this theory, the arbitrators could concede the right to receive monetary compensation if proved that the retaliation would be ineffective or would represent a damage to the economy of the prevailing party. Technically,

[t]he level of monetary compensation would be calculated in the same way that the level of retaliation is now calculated (...). The use of monetary compensation in such circumstances would solve the above-mentioned disparity problem, would not be self-defeating and would not result in further anti-trade liberalization measures, all problems associated with retaliation (Davey 2014:699).

169

The solution presented above, nonetheless, poses some problems: i) the calculation of the due amount might be a complex process, since it frequently involves assessing direct and indirect damages, as loss of profits and loss of business; ii) the monetary compensation may ignore the third parties' rights that were also exposed by the conduct; iii) this alternative diminishes the principles of legal certainty and rule-oriented, essential for the WTO and for the extension of international trade (Sutherland *et al* 2004:54).

The monetary compensation for damages, accordingly, shall be an exception, applied while the violating measure persists. The main goal of the DSS is and shall remain being encouraging members to bring violating policies into conformity with WTO rules.

The proceedings for admission of *amicus curiae*, previously referred to, also needs to be reviewed and regulated. Indeed, the acceptance of such tool still raises controversies, mainly among developing members, as the majority of *amicus curiae* represents perspectives of NGOs located in developed countries and, consequently,

reflects their interests (Petersmann 2003). In *U.S.-Shrimp*⁵², for instance, the panel received an amicus brief by the Center for Marine Conservation (CMC), another by the Center for International Environmental Law (CIEL), and the other by the World Wide Fund for Nature (WWF) (Gao 2006:2). This factor demonstrates how crucial it is to determine the specific procedures of this feature and to set the requirements to be met by its authors.

The DSS reform is essential to strengthen the mechanism and the WTO itself. Members formulated several proposals and the discussion of this subject in the doctrine is fertile. Nonetheless, just few concrete results have been achieved so far. Some Members fear the revision of a system that is already efficient, which results in the absence of diplomatic and political will to make the negotiations in this topic evolve. Moreover, they are reluctant in adopting stronger enforcement rules that could influence the existing balance of concessions (Hoekman 2012:765).

VII. Concluding Remarks

The DSS is an efficient and qualified mechanism to settle disputes governed by WTO Agreements, as evidence presented throughout this paper demonstrates.

The transformation of a *power-oriented* into a *rule-oriented* system has consolidated the legitimacy of the DSS and enhanced WTO Members' confidence in the mechanism. The DSS, through its activities, strengthens the WTO itself, assisting in the increase of international trade flows and improving the relations among Members.

DSS' legal nature provided it with greater objectivity. We believe that this feature is essential to assure the independence of the mechanism, as well as the predictability and certainty of the norms and their interpretation.

In this context, the application of the rule of confidentiality is no longer justifiable under the WTO. In fact, the DSS is part of an Organization that highly values transparency. Keeping procedures confidential and carrying out hearings closed to public contradicts the very grounds over which the Organization was established. It also weakens its *rule-oriented* character.

A transparency-based performance would bring benefits to all: the DSS, by differentiating its image from the political influence that characterized GATT/47; and

⁵² *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58)*.

the Members, in particular developing countries, which could increase their knowledge and expertise on international trade law and litigation through a higher access rate to the procedures..

The foregoing notwithstanding, the authors recognize that the mechanism needs reforms in order to enable the full participation of developing countries and LDC in the multilateral trading system.

Participation of developing Members in the DSS requires special attention. As exposed, there are mechanisms for fostering the insertion of developing countries and LDC in the system. The DSU presents special and differentiated provisions with such purpose. However, due to the general wording of those norms, some of them have never actually been invoked by the parties to a dispute. Additionally, Members may benefit from legal assistance and training provided by the WTO itself or by centers as the ACWL.

However, the mere existence of the above-mentioned tools does not suffice to promote the full participation of developing countries and LDC in the system. In this sense, it is indispensable not only to guarantee access to the mechanism, but also to ensure the adequate tools for effective protecting the rights in dispute.

Accordingly, some proposals of revising the DSS aim at enhancing the participation of developing countries and LDC therein, to enable those Members to fully engage in the disputes. The suggestions analyzed cover a wide range of aspects of the DSS, addressing both the creation of new instruments and the improvement of the existing procedures, to assist developing Members in enjoying all the mentioned advantages of the DSS.

The Doha Round, guided by a development agenda, has a fundamental role in this review process. It focus on the importance of developing countries in the multilateral trading system, and urges the WTO to reflect this new arrangement. Consequently, it encourages the discussion and the revision of all WTO agreements, including the DSU. This debate is vital to mature the idea of reformulation and to make progress in this purpose. The current circumstances are, therefore, appropriate to the needed DSS reform, in order for it to continue being an effective and influential mechanism in the WTO.

VIII. References

- BONZON, Yves. Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues. **Journal of International Economic Law**. 11(4), 751–777, 2008.
- BOWN, Chad P. Participation in WTO dispute settlement: complainants, interested parties, and free riders. **The World Bank economic review**. Vol. 19, no. 2 (May 2005), pgs. 287-310.
- CHARNOVITZ, Steve. Transparency and Participation in the World Trade Organization. **GW Law Faculty Publications & Other Works**. 56 Rutgers L. Rev. 927 (2004).
- COTTIER, Thomas; ELSIG, Manfred. **Governing the World Trade Organization**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- DAVEY, William J. The first years of WTO dispute settlement: Dealing with controversy and building confidence. In: MARCEAU, Gabrielle (ed). **A history of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- DAVEY, William J. The WTO and Rules-Based Dispute Settlement: Historical Evolution, Operational Success, and Future Challenges. In **Journal of International Economic Law**, 2014, 17, 679–700.
- EHRING, Lothar. Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization In: **Journal of International Economic Law** 11(4), 1021–1034, 2008.
- FAKHR, Michael. Reconstruing WTO Legitimacy Debates. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**. 2 Notre Dame J. Int'l & Comp. L. 64 2011-2012.
- FRANÇOIS, Joseph; HORN, Henrik; KAUNITZ, Niklas. **Trading Profiles and Developing Country Participation in the WTO Dispute Settlement System**. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2008.
- GAO, Henry S. Amicus Curiae in WTO Dispute Settlement: Theory and Practice. Big Country, Small World. **China Right's Forum**. No. 1, 2006. Pg. 2. Available at: http://www.hrichina.org/sites/default/files/PDFs/CRF.1.2006/CRF-2006-1_Amicus.pdf Last accessed on November 3rd, 2015.
- HOEKMAN, Bernard M. MAVROIDIS, Petros C. **WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance**. Blackwell Publishers Ltd 2000, 108 Cowley Road, Oxford OX4 1JF, UK 2000.
- HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. **The World Trade Organization: law, economics and politics**. New York: Ed. Routledge, 2007.
- HOEKMAN, Bernard. Proposals for WTO Reform: A Synthesis and Assessment. In: NARLIKAR, Amrita; DAUNTON, Martin; STERN, Robert M. (Ed.). **The Oxford Handbook on the World Trade Organization**, Oxford: Oxford University Press, 2012. Pg. 764.
- HUDEC, Robert E. **Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System**. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993.
- HUGHES, Valerie. Working in WTO dispute settlement: Pride without prejudice. In: MARCEAU, Gabrielle (ed). **A history of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- JACKSON, John H. Dispute Settlement and the WTO Emerging Problems. **Journal of International Economic Law**, 88 (1998), 329-51.
- JACKSON, John H. **Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- JACKSON, John H. The Changing Fundamentals of International Law and Ten Years of the WTO. **Journal of International Economic Law**. 8.1. (2005), 3-15.
- LAWRENCE, Robert Z. **Crimes and Punishments?** An analysis of retaliation under the WTO, 2003.
- MANJIAO, Chi. China's Participation in the WTO Dispute Settlement over the Past Decade: Experiences and Impacts. **Journal of International Business Studies**, 15(2012), 29-49.
- MARCEAU, Gabrielle; PORGES, Amelia; and BAKER, Daniel Ari. Introduction and Overview. In: MARCEAU, Gabrielle (ed). **A history of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MARCHETTI, Barbara. **The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court or Tertium Genus?** Paper presented on the 4th Global Administrative Law Seminar. Global Administrative Law: from fragmentation to unity? June 13-14, 2008.
- MATSUSHITA, Mitsuo. The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body—Assessment and Problems. In: NARLIKAR, Amrita; DAUNTON, Martin; STERN, Robert M. (Ed.). **The Oxford Handbook on the World Trade Organization**, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MCRAE, DONALD. What is the Future of WTO Dispute Settlement? In: **Journal of International Economic Law** 7 (1) 3, 3-21, 2004.

- MURÓ, Julio Lacarte-; GAPPAN, Petina. Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: a View from the Bench In: **Journal of International Economic Law** (2000) 395-401.
- NARLIKAR, Amrita. **The World Trade Organization – A very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2005.
- NARLIKAR, Amrita; DAUNTON, Martin; STERN, Robert M. (Ed.). **The Oxford Handbook on the World Trade Organization**, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- NOTTAGE, Hunter. Evaluating the Criticism that WTO Retaliation Rules Undermine the Utility of WTO Dispute Settlement for Developing Countries. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (eds.). **The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- PAHM, Hansel T. Developing Countries and the WTO: the Need for More Mediation in the DSU In: **Harvard Negotiation Law Review**, 9 Harv. Negot. L. Rev. 331 2004, 333-388.
- PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. **Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2004.
- PARISH, Matthew. **Mirages of International Justice: The Elusive Pursuit of Transnational Legal Order**. Northampton: Edward Elgar Pub, 2011.
- PAUWELYN, Joost. The calculation and Design of Trade Retaliation in Context: What is the Goal of Suspending WTO Obligations? In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (eds.). **The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- PAUWELYN, Joost. The Transformation of World Trade. **Duke Law School Legal Studies - Research Paper Series**. Research Paper No. 66, October 2005.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. WTO Negotiators Meet Academics- The Negotiations on Improvements of the WTO Dispute Settlement System. **Journal of International Economic Law** (2003) 237-250.
- SAMPSON, Gary P. **The WTO and Global Governance**. Hong Kong: United Nations University Press, 2008.
- SANTOS, Álvaro. Carving out Policy Autonomy for Developing Countries in the World: the experience of Brazil and Mexico. **Virginia Journal of International Law**, vol. 52, 2012:551.
- SHAFFER, Gregory; NORDSTRÖM, Hakan. Access to Justice in the World Trade Organization: The Case for a Small Claims Procedure? **World Trade Review**, Vol. 7, No. 4, pp. 587-640, 2008.
- SRINIVASAN, T.N. Developing Countries and the Multilateral Trading System: From the GATT to the Uruguay Round and the Future. Economic Growth Center. Yale University. **Center discussion paper no. 842**. February 2002.
- STEGER, Debra. Strengthening The WTO Dispute Settlement System: Establishment of a Dispute Tribunal In: Meléndez-Ortiz, Ricardo; Bellmann, Christophe; Mendoza, Miguel Rodriguez (Ed.). **The Future and the WTO: Confronting the Challenges**, ICTSD, 2012, p. 112-118.
- SUTHERLAND, Peter; BHAGWATI, Jagdish; FITZGERALD, Niall; HAMADA, Koichi; JACKSON, John H.; LAFER, Celso; MONTBRIAL, Thierry de. *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi*. Switzerland: World Trade Organization, 2004.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter. NGO Involvement in The WTO: A Comparative Perspective. **Journal of International Economic Law**. 11(4), 717-749, 2008.
- WEILER, J. H. H. The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement. **Harvard Jean Monet Working Paper 9/00**.

WTO Cases

- Australia – Apples (WT/DS367).
- Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (WT/DS139/AB/R).
- Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute (WT/DS321).
- Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (WT/DS70).
- Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (WT/DS207).
- Chile – Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS87).
- European Communities – Bananas (III) Article 21.5 (US) (WT/DS27).
- European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (WT/DS246).
- European Communities – Export Subsidies on Sugar (WT/DS265).
- European Communities – Export Subsidies on Sugar (WT/DS265).

European Communities – Large Civil Aircraft (WT/DS316).
 European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products (WT/DS135/AB/R).
 European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (WT/DS316).
 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27).
 India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (WT/DS90).
 Indonesia – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (WT/DS54).
 Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R).
 Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (WT/DS204).
 Philippines – Taxes on Distilled Spirits (WT/DS396, 403).
 Turkey – Measures Affecting the Importation of Rice (WT/DS334).
 United States – Agricultural Subsidies (WT/DS357).
 United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements: Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (WT/DS384 and WT/DS386). Award of the Arbitrator, *US-COOL* (Art. 21.3 (c)), paras. 99-100.
 United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (WT/DS217, 234).
 United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute (WT/DS320).
 United States – Continued Zeroing Methodology (WT/DS350).
 United States – Dumping Margins (“zeroing”) Article 21.5 (WT/DS294).
 United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58).
 United States – Large Civil Aircraft (WT/DS353).
 United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (WT/DS285).
 United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2).
 United States – Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267).

Other Resources

Advisory Centre on WTO Law (ACWL). Available at <http://www.acwl.ch/e/index.html> Last accessed on November 4th, 2015.

Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law. Available at http://www.acwl.ch/e/documents/agreement_estab_e.pdf . Last accessed on November 4th, 2015.

BASHIR, Shahid. WTO Dispute Settlement Body developments in 2012. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/bashir_13_e.htm Last accessed on November 4th, 2015.

Detailed Presentation of WTO Technical Assistance and Training. Available at: https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_385/Module_1606/ModuleDocuments/TD_TA-L2-R1-E.pdf Last accessed on November 3rd, 2015.

Doha Ministerial Declaration 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on November 14th, 2001, Available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#dispute. Last accessed on November 4th, 2015.

FRIED, Jonathan T., 2013 in WTO Dispute Settlement. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/jfried_13_e.htm Last accessed on November 4th, 2015.

Member Information- China. Available at http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/china_e.htm. Last accessed on November 14th, 2015.

Proposal by the African Group, Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, TN/DS/W/15, of September 25th, 2002.

The Doha Declaration Explained. Available at https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#dispute. Last accessed on November 3rd, 2015.

Warwick Commission, The Multilateral Trade Regime: Which Way Forward? The Report of the first Warwick Commission. Nottingham: Hawthornes 2007.

World Trade Organization, Analytical Index. Available at: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_06_e.htm#article12B8. Last accessed on September 6th, 2014.

World Trade Organization. The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency, WT/WGTCP/W/114, 1999

CONFERÊNCIA ANUAL DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CACI)

O Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (CCGI-EESP/FGV) foi selecionado como uma das Cátedras da Organização Mundial do Comércio, em 2014. O ano acadêmico de 2015 se encerra com a organização da I Conferência Anual de Comércio Internacional da Cátedra da OMC no Brasil (I CACI).

A I CACI foi realizada nos dias 02 e 03 de setembro e contou com a participação de especialistas, membros de governo e outros palestrantes. Além disso, advogados, estudantes, pesquisadores e professores também participaram da conferência.

O tema abordado nessa primeira conferência, como não poderia deixar de ser, teve como foco o Brasil e a OMC: “O Brasil nos 20 anos da OMC”. A OMC passa por um momento desafiador, assim como o nosso país também tem decisões importantes a tomar em relação a sua política de comércio internacional.

Com o objetivo de fomentar a pesquisa em matéria de comércio internacional, com especial enfoque na OMC, a Cátedra da OMC no Brasil convidou os interessados – ou os chamados *amigos da OMC* – a submeter artigos para apresentação na conferência e, destes, alguns selecionados para publicação.

O leitor encontrará artigos sobre vários temas relacionados ao comércio internacional e à OMC produzidos por gerações mais novas de pesquisadores e de estudantes que se aprofundam no conhecimento do idioma da OMC: o *gattês*!

PROGRAMA CÁTEDRAS DA OMC

“O Programa Cátedras da OMC tem por objetivo apoiar e promover atividades acadêmicas relacionadas ao comércio internacional por universidades e institutos de pesquisa em países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo.”

“Os objetivos principais do Programa são:

- ✓ *Fornecer apoio à educação para o desenvolvimento e a realização de cursos sobre política comercial e assuntos relacionados à OMC em instituições acadêmicas;*
- ✓ *Fomentar novas pesquisas em assuntos relacionados ao comércio e destacar a relevância política das pesquisas existentes – é esperado das instituições acadêmicas selecionadas como Cátedras da OMC cooperar com as demais cátedras no Programa por meio de pesquisas conjuntas, compartilhando arranjos de aulas/palestras e estudantes/intercâmbios acadêmicos;*
- ✓ *Incentivar a divulgação/comunicação – é esperado de instituições acadêmicas selecionadas como Cátedras da OMC organizar atividades públicas com o objetivo de disseminar pesquisas e de promover a discussão sobre comércio internacional e cooperação comercial;*
- ✓ *Construir relacionamentos duradouros com instituições de países em desenvolvimento por meio de apoio financeiro para instituições beneficiárias por um período máximo de quatro anos.”*

(World Trade Organization. **WTO Chairs Programme**, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/train_e/chairs_prog_e.htm; em tradução livre)

