

A QUESTÃO DA SIMILARIDADE ENTRE OS SERVIÇOS FINANCEIROS DOS PAÍSES COOPERANTES E NÃO COOPERANTES NO ÂMBITO DO GATS

THE QUESTION OF SIMILARITY BETWEEN THE FINANCIAL SERVICES OF
COOPERATING AND NON-COOPERATING COUNTRIES UNDER THE GATS



Recebimento em 07/02/2023
Aceito em 06/06/2023

Hugo Leite Meirelles Monteiro¹
<https://orcid.org/0000-0001-8698-5450>
hugomeirellesadv@gmail.com

RESUMO

Este artigo aborda a possibilidade de serem implementadas medidas restritivas aos serviços e aos prestadores de serviços de países considerados não cooperantes para fins de transparência fiscal, sob a perspectiva do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. Na disputa que envolveu a Argentina e o Panamá, o Órgão de Resolução de Litígio da OMC indicou, em tese, a possibilidade de tais medidas restritivas serem adotadas caso os serviços e os prestadores de serviços de dois países sejam considerados não similares por decorrência das diferenças regulatórias entre ambos, caso estas diferenças impactem na relação de concorrência. Todavia, há uma alternativa mais adequada para a permissão de tais medidas restritivas, dada a desnecessidade de introduzir as questões regulatórias na questão da similaridade, que são as regras do GATS que preveem medidas excepcionais.

PALAVRAS-CHAVE: paraísos fiscais; serviços financeiros; discriminação; similaridade; GATS.

ABSTRACT

This article addresses the possibility of implementing restrictive measures to services and service providers from countries considered non-cooperative for purposes of fiscal transparency, under the General Agreement on Trade in Services. In the dispute involving Argentina and Panama, the WTO Dispute Settlement Body indicated, in theory, the possibility of such restrictive measures being

¹ Universidade de Coimbra



adopted if services and service providers from two countries were considered not to be similar due to regulatory differences between them, if these differences were to impact the competition relationship. However, there is a more suitable alternative for allowing such restrictive measures, given that it is not necessary to introduce regulatory issues into the issue of similarity, which are the GATS rules that provide for exceptional measures.

KEYWORDS: tax havens; financial services; discrimination; similarity; GATS.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o de investigar se, no contexto da Organização Mundial do Comércio (doravante, OMC) ou, mais especificamente, no âmbito do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (doravante, GATS)², os serviços financeiros e os prestadores de serviços financeiros de países que são considerados não cooperantes para fins de transparência fiscal devem ser considerados similares ou não aos serviços financeiros e aos prestadores de serviços financeiros dos países que são considerados cooperantes para fins de transparência fiscal³. Essa questão se coloca como necessária para se averiguar a compatibilidade com o GATS, especificamente com relação as regras da nação mais favorecida e do tratamento nacional, de medidas que impliquem tratamento menos favorável a serviços financeiros e a prestadores de serviços financeiros de países não cooperantes, para além das exceções gerais previstas no artigo XIV do GATS. Sendo a similaridade um pressuposto para a eventual configuração de um tratamento discriminatório indevido, torna-se importante investigações sobre o tema, principalmente se levarmos em conta o surgimento de argumentos no sentido de que diferenças no quadro regulatório referente à transparência fiscal poderiam, por esse fundamento, resultar na não similaridade entre serviços financeiros e prestadores de serviços financeiros de países cooperantes e de países não cooperantes.

² Sigla do título em inglês, que é *General Agreement on Trade in Services*.

³ Os países não cooperantes são os paraísos fiscais que não participam de tratados de troca de informações fiscais. Por sua vez, “paraíso fiscal no sentido ‘clássico’ refere-se a um país que impõe um imposto baixo ou nenhum imposto e é usado por empresas [mas não só] para evitar impostos que, de outro modo, seriam devidos em um país com impostos elevados. De acordo com o relatório da OCDE, os paraísos fiscais têm as seguintes características principais; nenhum ou apenas impostos nominais; falta de troca efetiva de informações; falta de transparência no funcionamento das disposições legislativas, jurídicas ou administrativas.” Cfr. Glossary of Tax Terms da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. Acesso em: 10 ago. 2022. Desse modo, um paraíso fiscal não deixa necessariamente de o ser apenas por celebrar acordo de troca de informação, dada a existência de outros critérios a serem levados em conta para o enquadramento como paraíso fiscal. Embora possa haver diferenças tênues de significado, é possível encontrar outras designações para os paraísos fiscais, como, por exemplo, oásis fiscais, territórios de fiscalidade privilegiada ou, como na legislação portuguesa, regimes fiscais claramente mais favoráveis. Cfr. NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito fiscal das empresas*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2018. p. 119.



Este trabalho utiliza como referência para a abordagem do assunto a única disputa em que o Órgão de Resolução de Litígio da OMC (doravante, ORL) se deparou com a questão da similaridade entre serviços financeiros e prestadores de serviços financeiros de países cooperantes e de países não cooperantes, que é a disputa designada por *Argentina – Medidas Relativas ao Comércio de Bens e Serviços* (doravante, *Argentina – Serviços Financeiros*)⁴. Mostra-se importante tomar essa disputa como referência central deste trabalho pela sua inovação neste domínio, pelo debate que nela foi proporcionado sobre o tema e pela relevância que tem o sistema de resolução de litígios no âmbito da OMC⁵.

2 VISÃO GERAL DA DISPUTA ARGENTINA – SERVIÇOS FINANCEIROS

Argentina – Serviços Financeiros foi uma disputa entre o Panamá e a Argentina, no qual este último foi acusado de ter adotado oito medidas que prejudicavam os serviços financeiros e prestadores de serviços financeiros⁶ de países considerados pela Argentina como não cooperantes⁷, dentro do qual estava incluído o Panamá⁸. As oito medidas apontadas foram as seguintes: 1) maior retenção na fonte à título de imposto sobre o rendimento para transações que envolvam fornecedores do Panamá; 2) presunção de incremento patrimonial não justificado com relação ao ingresso de fundos originários do Panamá; 3) aplicação automática das regras de preços de transferência para transações que envolvam fornecedores do Panamá; 4) à título de imposto sobre o rendimento, dedução de despesas com fornecedores panamenhos condicionada ao pagamento efetivo; 5) requisitos mais exigentes para fornecedores panamenhos de resseguro e retrocessão; 6)

⁴ O ORL já se deparou em outras disputas com a questão da similaridade entre serviços e prestadores de serviços não financeiros, nomeadamente em *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (DS27), *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry* (DS139 e DS142) e *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (DS363). Também já havia se deparado com a questão da similaridade entre serviços e prestadores de serviços financeiros, especificamente no que se refere a pagamentos eletrônicos, mas sem envolver a temática dos países cooperantes e não cooperantes, em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services* (DS413).

⁵ Como diz CUNHA, tomando como exemplo o acesso a mercados, “só se garantirá um acesso *estável* a mercados externos contando-se com um adequado mecanismo de consultas e resolução de litígios. Em particular desde a criação da OMC, este mecanismo tem-se revelado um elemento de reforço da capacidade desta organização produzir regras com aplicação eficaz no comércio internacional”. Cfr. CUNHA, Luís Pedro. *O sistema comercial multilateral e os espaços de integração regional*. Coimbra Editora, 2008. p. 22. Sobre o sistema de resolução de litígios da OMC, cfr. MOTA, Pedro Infante. *A função jurisdicional no sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013.

⁶ Medidas dentre as quais duas também afetariam o comércio de bens (medidas 2 e 3).

⁷ Os países considerados não cooperantes para fins de transparência fiscal, ou simplesmente não cooperantes, antes eram designados por países de baixa ou nula tributação, conforme o art. 1º do Decreto argentino n.º 589/2013.

⁸ Embora o Panamá tenha passado a ser considerado cooperante durante a disputa.



requisitos mais exigentes para os fornecedores panamenhos acederem ao mercado de capitais argentino; 7) requisitos mais exigentes para os fornecedores panamenhos registarem sociedades, sucursais e acionistas; e 8), por fim, requisitos mais exigentes para a repatriação de investimentos quando o beneficiário seja constituído ou domiciliado no Panamá⁹⁻¹⁰.

O Panamá fundamentou suas acusações contra a Argentina, maioritariamente, no artigo II:1 (tratamento da nação mais favorecida), seguido pelo XVII (tratamento nacional) e, minoritariamente, nos artigos XVI:1 e XVI:2(a) (acesso ao mercado), todos do GATS¹¹, enquanto a Argentina fundamentou sua defesa principal (simples não violação das normas) na ausência de aplicabilidade do GATS ao caso e, também, na ausência de similaridade dos serviços e prestadores de serviços¹²; tendo fundamentado a sua defesa subsidiária (convocação de norma que permite medidas excepcionais), maioritariamente, na exceção do artigo XIV(c) (garantia de observância às normas), porém também no artigo XIV(d) (impostos equitativos) e no parágrafo 2(a) (exceção prudencial) do Anexo sobre Serviços Financeiros (doravante, ASF), todos do GATS¹³, conforme a tabela abaixo¹⁴:

Medida	Norma alegadamente violada (Panamá)	Defesa principal – simples não violação da norma (Argentina)	Defesa subsidiária – convocação de norma excepcional que permite a medida (Argentina)
---------------	--	---	--

⁹ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 16, 18-28. Optamos por utilizar a versão em língua original de cada documento.

¹⁰ Quando da análise da defesa argentina pautada no artigo XIV(c) do GATS, no que se refere às medidas 1, 2, 3, 4, 7 e 8, o Painel analisou o objetivo legal das medidas, a necessidade das medidas e a contribuição das medidas para a realização dos objetivos legais, bem como fez ponderações sobre o grau de restrição das medidas e possíveis alternativas às medidas. A defesa argentina saiu vitoriosa em todas estas etapas, mas caiu quando foi analisada a compatibilidade com o caput do artigo, dada as incoerências na determinação dos países cooperantes e não cooperantes. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 162-199. Especificamente sobre o funcionamento das referidas medidas e sua contribuição para o objetivo legal, cfr. p. 182-190. Quando da análise da defesa argentina pautada no parágrafo 2(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros, no que se refere às medidas 5 e 6, o Painel analisou as medidas em maior detalhe quando verificou se elas teriam sido adotadas por motivos cautelares. A defesa argentina obteve sucesso em demonstrar que os motivos referidos para justificar as medidas seriam cautelares, mas não obteve êxito quando o Painel analisou se as medidas haviam sido tomadas pelos motivos indicados pela Argentina, dada as incoerências na determinação dos países cooperantes e não cooperantes. Cfr. p. 228-240.

¹¹ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 34-36. Ressalve-se que também foi apontada a violação: com relação a medida 2, do art. I:1 do GATT/1994; e com relação a medida 3, dos arts. I:1, III:4 e XI:1 do GATT/1994.

¹² Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 70-71, 116-117, 129.

¹³ Na ausência de referência expressa, as normas referem-se ao GATS.

¹⁴ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 147, 200, 203-204. A tabela não exaure todos os argumentos levantados pelas partes, mas dá um panorama geral dos principais argumentos e fundamentos.



1 (retenção na fonte)	II:1 do GATS	II:1 e XVII – não aplicação do GATS; ausência de similaridade dos serviços e prestadores;	XIV(c) do GATS
2 (presunção de incremento)	II:1 e XVII do GATS		XIV(c) e XIV(d) do GATS
3 (preço de transferência)	II:1 e XVII do GATS		XIV(c) e XIV(d) do GATS
4 (dedução de despesa)	II:1 e XVII do GATS		XIV(c) e XIV(d) do GATS
5 (resseguro e retrocessão)	II:1, XVI:1 e XVI:2(a) do GATS	XVI:1 e XVI:2(a) – restrições conforme a lista de compromissos; ausência de limitação quantitativa de prestadores.	2(a) do ASF
6 (mercado de capital)	II:1 do GATS		2(a) do ASF
7 (registo de sociedade)	II:1 do GATS		XIV(c) do GATS
8 (repatriação de investimento)	II:1 do GATS		XIV(c) do GATS

A parte do caso que guarda específica relevância para este trabalho esta na alegação do Panamá de violação da Argentina às normas dos artigos II:1 e XVII do GATS, pois ambas as normas proíbem tratamento menos favorável de serviços e prestadores de serviços de qualquer outro membro da OMC com relação ao tratamento concedido aos *serviços e prestadores de serviços similares* de qualquer outro país (artigo II:1) ou do próprio país (artigo XVII).

A questão da similaridade é referida nos critérios estabelecidos pelo Painel para a verificação da incompatibilidade das medidas argentinas com relação aos dois referidos artigos. Assim, para provar que as medidas violavam o artigo II:1, o Panamá deveria provar o seguinte (itálico nosso): “(i) em primeiro lugar, que as medidas em litígio então abarcadas pelo artigo II:1 do AGCS [GATS]; (ii) em segundo lugar, que os *serviços e os provedores de serviços relevantes são ‘similares’*; e (iii) em terceiro lugar, que as medidas em litígio concedem ‘imediata e incondicionalmente’ um ‘tratamento não menos favorável’ aos serviços e provedores de serviços similares”¹⁵.

Já com relação à violação ao artigo XVII, o Panamá deveria provar o seguinte (itálico nosso): “(i) que o demandado tenha assumido um compromisso em matéria de tratamento nacional no(s) setor(es) e modo(s) de fornecimento pertinente(s), tendo em conta quaisquer condições e exceções, ou limitações estabelecidas em sua lista de compromissos; (ii) que a medida em questão ‘afeta o

¹⁵ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 72. Não havendo ressalva em contrário, as traduções colocadas neste trabalho são nossas.



fornecimento de serviços’ no(s) setor(es) e modo(s) pertinente(s); e (iii) que a medida não concede aos serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Membro um tratamento não menos favorável do que o dispensado pela Argentina aos seus próprios *serviços similares e prestadores de serviços similares*”¹⁶.

Tendo firmado o entendimento de que o Panamá provou o preenchimento do primeiro requisito do artigo II:1 e dos dois primeiros requisitos do artigo XVII¹⁷, o Painel, então, se debruçou sobre a questão da similaridade dos serviços e dos prestadores de serviços com relação a ambos os artigos, chegando a conclusão de que, no caso concreto, havia similaridade entre os serviços e prestadores com relação aos dois artigos. Todavia, como veremos de modo mais desenvolvido, o Painel não tomou essa decisão por ter chegado a conclusão de que o quadro regulatório relativo à transparência fiscal seria insuficiente para afastar a similaridade, pois sequer adentrou na análise deste mérito, tendo dado por prejudicada essa verificação após identificar incoerências na lista argentina de países não cooperantes, o que resultou na decisão pela similaridade¹⁸. Decisão esta que foi reformada pelo Órgão de Apelação sob o fundamento de que houve um erro do Painel na análise da questão da similaridade¹⁹.

Antes de passarmos para a análise da decisão do Painel e de sua reforma pelo Órgão de Apelação, cumpre observar que a questão da similaridade, ao menos para o que aqui importa, tem ganhado um tratamento idêntico no que se refere aos artigos II:1 e XVII²⁰, de modo que as exposições que se seguem sobre o tema servem para a similaridade prevista em ambos os artigos, salvo disposição expressa em contrário.

3 DOS PRECEDENTES À DECISÃO DO PAINEL E SUA REFORMA

3.1 Precedentes

¹⁶ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 130.

¹⁷ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 54-66, 72; 131-136.

¹⁸ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 73-80 e 137-139.

¹⁹ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R, p. 35-40.

²⁰ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 74; referindo-se ao Órgão de Apelação, DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*. v. 17, n. 2, 2018. p. 274.



No âmbito do GATS, a questão da similaridade já havia sido analisada, em alguma medida, em quatro disputas anteriores²¹⁻²², porém nas três primeiras disputas a análise sobre a questão foi muito singela, dada a própria ausência de suscitação de controvérsia pelas partes. Nas duas primeiras, basicamente, o Painel se limitou a reconhecer a similaridade²³. Na terceira disputa, designada *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (DS363), embora a análise também tenha sido singela, o Painel, fazendo uma adaptação do entendimento do ORL sobre o comércio de bens, trouxe algum enquadramento para a questão, apontando que um tratamento exclusivamente baseado na origem leva ao reconhecimento da similaridade, enquanto que um tratamento não baseado na origem ou não baseado exclusivamente na origem pode afastar o reconhecimento da similaridade, nos seguintes termos²⁴:

“Quando o único fator em que uma medida se baseia para a diferença de tratamento entre prestadores de serviço nacionais e estrangeiros é a origem, cumpre-se o requisito de que sejam ‘prestadores de serviços similares’, desde que haja ou possa haver fornecedores nacionais e estrangeiros que, de acordo com a medida, sejam os mesmos em todos os aspectos materiais, exceto quanto à origem. [...] Observamos que nos casos em que a diferença de tratamento não está exclusivamente ligada à origem dos fornecedores de serviço, mas a outros fatores, uma análise mais detalhada provavelmente seria necessária para determinar se os fornecedores de serviço em ambos os lados da linha divisória são ou não são ‘similares’.”.

²¹ Nomeadamente, como já referido em nota anterior, em *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (DS27), *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry* (DS139/142), *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (DS363) e *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services* (DS413).

²² No âmbito da jurisprudência relativa a similaridade de bens, especificamente no que se refere ao artigo III do GATT/1994, foram utilizados vários critérios para se averiguar a similaridade, nomeadamente os seguintes: a) relevância e aprovação do produto no mercado; b) hábitos e preferências dos consumidores; c) propriedade, natureza e qualidade; e d) o enquadramento na tabela de classificação de bens. Cfr.: WOLFRUM, Rüdiger. Comentário ao artigo II. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.) et al. *WTO — Trade in services (Max Planck commentaries on world trade law)*. Leiden: Martinus, 2008. v. 6, p. 83; KRAJEWSKI, Markus; ENGELKE, Maika. Comentário ao artigo XVII. In: WOLFRUM, Rüdiger (eds.) et al. *WTO — Trade in services [...]*. op. cit., p. 403.

²³ Na primeira disputa, que foi a *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (DS27), em que se colocou a questão da similaridade com relação a serviço e prestação de serviço de importação de bananas, o Painel decidiu, sem maiores desenvolvimentos, que havia similaridade. Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (DS27), WT/DS27/R/USA, p. 371. Sobre a segunda disputa, cfr. o RELATÓRIO em inglês do Painel em *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry* (DS139/142), WT/DS139/R, WT/DS142/R, p. 405.

²⁴ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (DS363), WT/DS363/R, p. 322. Nesta disputa também foi reconhecida a similaridade.



Na quarta disputa, denominada *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services* (DS413), os Estados Unidos da América (doravante, EUA) acusou a China de conceder um tratamento menos favorável aos fornecedores estrangeiros de serviços de pagamentos eletrônicos com relação aos fornecedores nacionais, nomeadamente por exigir que todos os cartões de pagamento eletrônico usados exclusivamente para compras na China em moeda chinesa (yuan), bem como quaisquer cartões emitidos na China, tivessem o logotipo da empresa China Union Pay e fossem interoperáveis com a rede desta empresa²⁵.

Nesta disputa o Painel desenvolveu um postulado interpretativo relevante para a análise da similaridade, aproveitado de disputas anteriores que se debruçaram sobre a análise da similaridade de bens²⁶. Em sua análise, o Painel primeiro analisou a similaridade entre os serviços para depois analisar a similaridade entre os prestadores de serviços. Assim, partindo do ponto que o termo similar no dicionário não necessariamente refere-se a algo idêntico em todas as características, apontou que não é necessária uma total identidade para que um serviço seja considerado similar, bastando que seja idêntico na essência (ou de uma maneira geral)²⁷. E, notando a necessidade de uma orientação para a definição do que deve ser considerado como essencial para a análise da similaridade em cada caso concreto, trouxe o critério teleológico da relação de concorrência (ou relação competitiva)²⁸, que extraiu da referência a *condições de concorrência* contida no parágrafo 3 do artigo XVII, cuja redação é a seguinte:

“Um tratamento formalmente idêntico ou formalmente diferente será considerado menos favorável se alterar as condições de concorrência a favor dos serviços ou prestadores de serviços do membro comparativamente com serviços ou prestadores de serviços similares de qualquer outro membro.”

²⁵ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 3, 4 e 177.

²⁶ Pode-se verificar nas seguintes disputas envolvendo a similaridade de bens, cfr.: Relatório em inglês do Órgão de Apelação em *European Communities — Measures affecting Asbestos and Asbestos-containing products* (DS135), WT/DS135/AB/R, p. 37-40; Relatório em inglês do Órgão de Apelação em *Philippines — Taxes on Distilled Spirits* (DS396 e DS403), WT/DS396/AB/R e WT/DS403/AB/R, p. 47, nota de rodapé 211. Em disputa anterior, o Órgão de Apelação já havia definido que a similaridade deve ser interpretada tendo em vista o seu contexto e o objeto e finalidade do acordo respectivo. Cfr. RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages* (DS8, DS10 e DS 11), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R, p. 22, 23, 25 e 26.

²⁷ Não haveria de ser de outra forma, pois, no limite, a identidade total entre algo (bens, serviços, prestadores, etc.) é impossível caso não seja delimitada as características “essenciais” a serem levadas em conta. Sobre a inviabilidade de se exigir uma similaridade muito grande, cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina — Financial Services. *World Trade Review*, v. 17, n. 2, p. 286, 2018.

²⁸ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 179.



De acordo com esse critério interpretativo, “serviços similares são serviços que estão em uma relação competitiva entre si (ou estariam se se permitissem os seus fornecimentos em um mercado particular)”²⁹. Desse modo, o Painel buscou integrar a parte ao todo, fazendo que um aspecto pertinente a regra do tratamento nacional, qual seja a similaridade (parte), seja analisado sob a perspectiva do escopo último do tratamento nacional (todo). Tal postulado interpretativo não afasta a necessidade de uma análise caso a caso acerca da similaridade, dada a complexidade e peculiaridade das múltiplas situações passíveis de litígio³⁰. Note-se que no caso concreto não houve impugnação da China sobre a alegada similaridade dos serviços e dos prestadores de serviços, similaridade essa que restou configurada de acordo com o Painel³¹.

Quanto à similaridade dos prestadores de serviços, embora a conclusão do Painel tenha sido no sentido de que os provedores são similares à luz da similaridade dos serviços e da ausência de argumento em contrário da China, o Painel afastou o entendimento alcançado em outra disputa no sentido de que a constatação da similaridade dos serviços leva necessariamente ao reconhecimento da similaridade dos prestadores dos serviços³², manifestando o entendimento de que a similaridade dos serviços não leva necessariamente ao reconhecimento da similaridade dos prestadores, embora possa criar presunção em alguns casos³³.

3.2 Decisão do Painel e sua reforma

A questão da similaridade entre prestadores de serviços foi mais explorada em *Argentina – Serviços Financeiros*, em que a Argentina defendeu que os seus prestadores de serviços e os dos países cooperantes não deveriam ser considerados similares aos prestadores de serviços dos países

²⁹ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 179.

³⁰ No sentido da necessidade de análise caso a caso, inclusive com referência a precedentes no âmbito do artigo III do GATT/1994, cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 179.

³¹ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 179-181.

³² Sobre a disputa referida, cfr o Relatório em inglês do Painel em *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*. (DS27), WT/DS27/R/ECU, p. 377.

³³ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Painel em *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, p. 181. O Painel de *Argentina – Serviços Financeiros* afirmou que o Painel de *China — Certain Measures Affecting Electronic Payment Services* (DS413) havia se pronunciado pela referida presunção como regra, quando, na verdade, a referência a “alguns casos” não permite tal conclusão. Cfr. Relatório em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 77.



não cooperantes por causa das diferenças regulatórias existente entre eles, nomeadamente no que se refere a transparência fiscal³⁴⁻³⁵⁻³⁶.

O Painel, então, estabeleceu a necessidade de averiguar se as medidas argentinas estão fundamentadas “exclusivamente na origem” ou em “outros fatores” para além da origem³⁷. Esta linguagem acaba por não se mostrar muito precisa para o caso, pois, mesmo que as medidas adotem a origem como paradigma distintivo para o diferente tratamento do serviço e do prestador, como é o caso nesta disputa, o que se quer saber, para além de saber se há discriminação quanto à origem, é se a discriminação quanto à origem se baseia em algum critério que a justifique. Essa imprecisão terminológica decorre da importação inadaptada da jurisprudência relacionada a similaridade de bens, em que se distinguia as medidas que discriminavam bens, exclusivamente ou não, pelas suas características, independentemente da sua origem, e as medidas que discriminavam bens, exclusivamente ou não, pela sua origem. Essa distinção na jurisprudência quanto aos bens tem por pressuposto a ausência de coincidência total, mesmo que temporária, de determinadas características com determinadas origens³⁸. Nesta disputa a Argentina tem uma lista de países que recebem tratamento diferenciado, mas alega que essa lista de países se justifica por todos os serviços e prestadores de serviços destes países possuírem uma característica comum, significando que a característica justificante da diferença é inseparável da origem³⁹. É essa conclusão que deve ser extraída quando o Painel diz que “embora o critério de origem seja utilizado na forma de uma lista de países cooperantes, não é a origem *per se* que faz com que alguns países estejam na lista e

³⁴ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 73.

³⁵ A Argentina argumentou que a existência de uma referência conjunta a serviços e a prestadores de serviços, em vez de uma referência a apenas serviços, evidencia a necessidade de analisar as características vinculadas a origem do serviço ou prestador, em contraposição ao que ocorre no âmbito do GATT/1994, onde há referência apenas a bens, sem alusão aos produtores. Tal argumento foi acolhido pelo Painel. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 75. Podemos dizer que, por outras palavras, a Argentina propôs uma distinção entre as características endógenas e exógenas dos serviços e prestadores, referindo que não basta a análise das características endógenas para a configuração da similaridade, pois as diferentes características exógenas podem levar a uma não configuração da similaridade.

³⁶ O Panamá alegou que as medidas argentinas se baseavam exclusivamente na origem do fornecedor de serviço e que, conseqüentemente, não havia necessidade de demonstrações casuísticas de similaridade nem de exame da relação de concorrência entre os serviços e os fornecedores. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 73. Esta alegação refere um ponto importante para este trabalho no que se refere à análise da similaridade, o da relação de concorrência.

³⁷ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 75.

³⁸ Note-se que quanto aos bens a jurisprudência do ORL não leva em consideração o quadro regulatório para fins de averiguação da similaridade, o que torna mais difícil a referida coincidência.

³⁹ Esta situação de alegada coincidência entre as características relevantes e a origem não ocorreu nos casos anteriores.



outros não, mas sim o quadro regulamentar inextricavelmente ligado a essa origem”⁴⁰. Nestes casos, não basta averiguar se há discriminação quanto à origem, pois, mesmo que haja, é necessário verificar se há alguma característica inextricavelmente ligada à origem que justifique a discriminação.

Portanto, a dicotomia entre tratamento exclusivamente baseado na origem e tratamento não baseado na origem (ou, ao menos, não baseado exclusivamente na origem), em que o primeiro leva ao reconhecimento da similaridade e o segundo não, é insuficiente para as situações em que o tratamento, embora exclusivamente baseado na origem, tenha por fundamento o quadro regulamentar da origem. Uma alternativa é desconstruir o entendimento de que todo tratamento exclusivamente baseado na origem leva ao reconhecimento da similaridade, para incluir a distinção entre os que, sendo exclusivamente baseado na origem, não se justificam por um fator inextricavelmente ligado a essa origem, e os que, também sendo exclusivamente baseado na origem, se justificam por um fator inextricavelmente ligado a essa origem. Nesse último caso, a similaridade poderia ser afastada se se comprovasse que o fator inextricavelmente ligado a origem causa uma alteração na relação de concorrência suficiente para a caracterização da dissemelhança.

Antes de analisar a pertinência da discriminação fundada nas diferenças regulatórias quanto à transparência fiscal, o Painel primeiro observou que as preocupações regulatórias possuem um papel destacado no âmbito do GATS, tendo em vista que este acordo se refere não só a serviços, mas também a prestadores de serviços, e que dentre os quatro modos de prestações de serviços referidos no seu artigo I:2, os dois primeiros referem-se a prestadores de serviços que se encontram fora do território do membro que “importa” o serviço e que estão, portanto, submetidos ao quadro regulatório de onde se encontram⁴¹.

Apesar de se direcionar para a análise do eventual impacto na relação de concorrência das diferenças regulatórias quanto à transparência fiscal, o Painel acabou por se deparar com uma questão prévia que tornou prejudicada a análise do referido impacto na relação de concorrência⁴². Após anotar que a norma argentina considerava país cooperante o país que tivesse firmado um acordo de intercâmbio de informações ou o país que simplesmente tivesse iniciado negociações

⁴⁰ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 76.

⁴¹ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 77-78.

⁴² Foi essa mesma questão que levou ao não acolhimento dos vários fundamentos levantados pela defesa Argentina. Sobre a possibilidade de um resultado diferente se houvesse coerência nas medidas aplicadas pela Argentina: “Se ela tivesse aplicado o seu decreto de modo consistente com a distinção entre jurisdições cooperativas e não cooperativas, a defesa pelo art. XIV, presumivelmente, teria sido efetiva”. Cfr. DELIMATISIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*. v. 17, n. 2, p. 284, 2018.



para um acordo deste tipo, o Painel observou que tanto países que possuem acordo como países que não possuem acordo estão na lista de países cooperadores, a exemplo da Alemanha e do Panamá⁴³, respetivamente, deixando transparecer a existência de uma incongruência na aplicação das medidas argentinas à luz de sua finalidade, que seria dar um tratamento diferente entre os países que trocam informações fiscais e os que não trocam⁴⁴. Nesta seara, o Painel também notou que países que haviam iniciado negociações tinham tratamento diferente, sendo considerados cooperantes e não cooperantes, a exemplo do Panamá e de Hong Kong (China), respetivamente, o que descumpria a própria norma argentina⁴⁵. Portanto, por incoerências na lista de países sujeitos às medidas argentina⁴⁶, o Painel entendeu pela impossibilidade de se comparar a similaridade dos países considerados cooperantes com os países não cooperantes.

O que o Painel pareceu querer dizer, por outras palavras, é que mesmo que se constatasse, em tese, o impacto das diferenças regulatórias quanto à transparência fiscal na relação de concorrência, as medidas argentinas questionadas eram aplicadas tanto a países que possuíam transparência fiscal como a países que não possuíam transparência fiscal, significando que o argumento de que as medidas são aplicadas apenas para serviços e prestadores não similares, isto é, serviços e prestadores de países sem transparência fiscal, poderia ser rejeitado desde logo.

Sem tecer qualquer comentário sobre a prejudicialidade da questão apontada pelo Painel, o Órgão de Apelação reformou a decisão, afirmando que o Painel deveria ter prosseguido na análise das etapas de verificação da similaridade, de modo a analisar, por exemplo, a relação de concorrência entre os serviços e prestadores de serviços de países cooperantes e não cooperantes⁴⁷.

⁴³ O Panamá passou a ser considerado cooperante durante a disputa mesmo sem ter celebrado acordo de troca de informações.

⁴⁴ O Painel registou essa posição de modo mais explícito quando analisou a subsunção das medidas argentinas 1, 2, 3, 4, 7 e 8 à exceção prevista no artigo XIV(c) do GATS, referindo “que, ao conceder o status de país cooperante aos países com os quais está negociando uma troca de informações fiscais, sem, portanto, ter em vigor um acordo que permita a troca efetiva dessas informações, a Argentina está aplicando suas Medidas 1, 2, 3, 4, 7 e 8 de forma contraproducente ao objetivo declarado por ela mesma para justificar a distinção entre países cooperantes e não cooperantes”. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 199.

⁴⁵ O Painel reparou que mesmo após a atualização anual da lista permaneciam incongruências. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 79, nota de rodapé 361. Em outro ponto do relatório, relativo ao artigo XIV(c), o Painel entendeu que a atualização da lista em período anual não era suficiente, pois fazia com que países em situação idêntica e países em situação diferente fossem, respetivamente, tratados de modo diferente e de modo idêntico até a atualização da lista. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 199. Cfr. também p. 112; 233-234.

⁴⁶ O Painel não foi explícito em colocar como fundamento de sua decisão a incongruência da própria norma argentina em considerar cooperante o país que apenas iniciou negociações.

⁴⁷ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R, p. 35-39.



É verdade que a fundamentação do Painel quanto a questão prejudicial foi um tanto escassa, mas foi suficiente para se perceber o papel central que tal questão desempenhou na decisão do Painel de não analisar a relação de concorrência. Desse modo, o Órgão de Apelação deveria ter se pronunciado sobre a referida questão prejudicial, determinando se as incongruências encontradas pelo Painel seriam suficientes ou não para impedir o prosseguimento nas etapas de análise da similaridade⁴⁸.

Nos parece que a decisão do Painel foi acertada tendo em vista a finalidade da OMC e dos seus acordos, que é a tendencial liberalização do comércio internacional⁴⁹. Todas as interpretações dos acordos devem ter em mente a teleologia da OMC, de modo que as medidas que se demonstrem restritivas devem ser afastadas na medida das normas dos acordos. Se é concebível, em tese, que um país adote medidas para tratar de modo diferente serviços e prestadores de serviços de países que não são transparentes em termos fiscais, é de se exigir, rigorosamente, que haja uma coerência quanto aos países que são atingidos por essa medida, sob pena de se utilizar preocupações legítimas como fundamento para instrumentos dissimulados de políticas protecionistas.

4 A SIMILARIDADE

Coloca-se a questão de se investigar, não fosse a questão prejudicial encontrada pelo Painel, qual seria o resultado da análise da similaridade ou, mais especificamente, da análise do impacto do quadro regulatório da transparência fiscal sobre a relação de concorrência e, então, sobre a similaridade. Antes de abordarmos especificamente esta questão, cabe uma abordagem mais geral sobre os critérios para a definição da similaridade.

4.1 Os critérios

⁴⁸ Se o Órgão de Apelação tivesse se manifestado pela não prejudicialidade da questão encontrada pelo Painel, poderia reformar a decisão do Painel com base em falha na análise objetiva dos factos (artigo 11 do Memorando de Entendimento sobre Regras e Processos que Regem a Resolução de Litígios), tendo em vista que a impossibilidade de o Órgão de Apelação analisar matéria fáctica exige que o Painel faça a análise de todas as questões fácticas relevantes. Sobre a análise objetiva do Painel e a impossibilidade de análise fáctica do Órgão de Apelação, cfr. MOTA, Pedro Infante. *A função jurisdicional no sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 464-477; 959-973.

⁴⁹ Sobre as atribuições da OMC e os objetivos do sistema comercial multilateral, cfr. CUNHA, Luís Pedro. Standards sociais e ambientais no comércio internacional. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 2001. p. 3-8.



Não há uma lista fechada de critérios a serem utilizados para a definição da similaridade, mas é possível apontar alguns critérios que podem servir como instrumentos analíticos para a análise da similaridade em cada caso concreto⁵⁰. Pode-se apontar um possível roteiro a ser seguido para a determinação da similaridade ou não de determinados serviços e prestadores de serviços, sendo de se analisar os fatores relacionados tanto aos serviços como aos prestadores de serviços. Em um primeiro momento, quanto aos serviços, devem ser analisadas a sua classificação, as suas características⁵¹, as preferências e usos finais dos consumidores⁵² e os modos de prestação. Em um segundo momento, quanto aos prestadores de serviços⁵³, devem ser analisadas se há similaridade entre os serviços que prestam, as características dos prestadores e o quadro regulatório⁵⁴. Em um terceiro momento é de se verificar se eventual diferença entre os prestadores não impacta em algum dos pontos já analisados quanto à similaridade dos serviços.

O critério da *classificação* do serviço consubstancia-se na verificação de se os serviços possuem a mesma classificação em listas internacionais de classificação de serviços, como são exemplos a *W/120*⁵⁵ e a *United Nations Central Product Classification*⁵⁶. Esse critério pode ser

⁵⁰ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R, p. 32.

⁵¹ Desde logo, cabe a seguinte observação: “A própria natureza dos serviços reduz o valor de critérios como características físicas ou classificação do produto.” Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. *National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services*. *World Trade Review*, v. 17, n. 2, p. 285, 2018.

⁵² “Os usos finais e as preferências do consumidor são os critérios mais relevantes para avaliar a semelhança de serviços e fornecedores de serviços”. Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. *National tax regulation* [...]. *op. cit.*, p. 285.

⁵³ Vários podem ser os critérios para a verificação da similaridade do prestador de serviço, a exemplo dos que foram apresentados pela Argentina em *Argentina – Serviços Financeiros*, nos seguintes termos: “i) se o prestador de serviços tem determinadas competências, certificados ou licenças; ii) a forma jurídica do prestador de serviços (por exemplo, se é pessoa singular ou coletiva); iii) as características comerciais do prestador de serviços (por exemplo, ativos, número de empregados e experiência prévia no fornecimento do serviço); e iv) a maneira e a extensão em que o prestador está sujeito à regulamentação e supervisão do governo no fornecimento do serviço”. Cfr. Relatório em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R, p. 36, nota de rodapé 221. A adequabilidade de cada um desses critérios e de outros para além desses deve ser efetuado caso a caso.

⁵⁴ Abordando estes critérios, com exceção do referente ao quadro regulatório, cfr. KRAJEWSKI, Markus; ENGELKE, Maika. Comentário ao artigo XVII. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.) *et al. WTO – Trade in services (Max Planck commentaries on world trade law)*. Leiden: Martinus, 2008. v. 6, p. 403-408.

⁵⁵ “[Uma] lista de classificação setorial de serviços preparada pela Secretaria do GATT em 1991 para apoiar as negociações da Rodada Uruguai sobre comércio de serviços. Foi emitido como documento MTN.GNS/W/120.”. Cfr. GOODE, Walter. *Dictionary of trade policy terms*. 6. ed. Cambridge University Press, 2020. p. 563.

⁵⁶ “A Classificação Central de Produtos (CPC) consiste em uma estrutura de classificação coerente e consistente para produtos (bens e serviços) baseada em um conjunto de conceitos, definições, princípios e regras de classificação acordados internacionalmente. Ela serve como um padrão internacional para reunir e catalogar todos os tipos de dados que exigem detalhes do produto, incluindo estatísticas sobre produção industrial, comércio interno e externo de commodities, comércio internacional de serviços, balança de pagamentos, estatísticas de consumo e preços e outros dados usados no âmbito da contabilidade nacional. Ele fornece uma estrutura abrangente na qual os dados sobre os produtos podem ser coletados e apresentados em um formato que permite a análise econômica apoiando a tomada de decisões e a formulação de políticas.”. Cfr. Site das NAÇÕES



utilizado como uma primeira aproximação, mas não como um fator decisivo, pois tais listas, além de serem mais ou menos gerais para o que se requer⁵⁷, se baseiam em propósitos específicos, como negociação de acordos e estatística, respetivamente, que não levam em conta a relação de concorrência entre os serviços⁵⁸. Essa compreensão se aplica ao caso dos tratamentos diferenciados entre países cooperantes e não cooperantes, pois o ponto central desta distinção é o quadro regulatório de cada país, quadro regulatório este que não é levado em conta nas classificações internacionais de serviços. Dada a questão prejudicial que foi encontrada pelo Painel, em *Argentina – Serviços Financeiros* não houve a análise da classificação dos serviços, tendo apenas o Órgão de Apelação dito que “com relação ao critério de classificação tarifária, a classificação e descrição de serviços sob, por exemplo, a Classificação Central de Produtos da ONU (CPC) pode ser relevante”⁵⁹.

Quanto às *características* do serviço, pela sua natureza intangível, não envolvem aspetos físicos, o que exige uma adaptação dos critérios utilizados no âmbito do GATT/1994, em que o objeto de análise é tangível, e a jurisprudência compreende como características as propriedades, a natureza e a qualidade⁶⁰⁻⁶¹. Pode-se colocar como principal ponto para a diferenciação das características do serviço o seu objeto. Assim, por exemplo, enquanto um serviço tem por objeto um parecer jurídico, o outro tem por objeto uma transferência de moedas. Sobre a disputa *Argentina – Serviços Financeiros*, que não chegou a analisar as características dos serviços, entendemos que é com fundamento nas características que foi feita a seguinte afirmação de DELIMATIS e HOEKMAN: “Os serviços visados são instrumentos e pagamentos financeiros ‘plain vanilla’ [ordinários], bem como o são os rendimentos associados a eles: juros, dividendos, lucros,

UNIDAS. Introduction to CPC. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/cpc>. Acesso em: 10 ago. 2022.

⁵⁷ Sobre a diferença com relação ao uso da classificação pautal de bens: “O baixo nível de desagregação das estatísticas de serviços (a Classificação Central de Produtos da ONU) impede o exame de tipo detalhado de produtos que é possível sob o Sistema Harmonizado de mercadorias.”. Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*, v. 17, n. 2, p. 285, 2018.

⁵⁸ Cfr. KRAJEWSKI, Markus; ENGELKE, Maika. Comentário ao artigo XVII. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.) et al. *WTO – Trade in services (Max Planck commentaries on world trade law)*. Leiden: Martinus, 2008. v. 6, p. 404.

⁵⁹ Cfr. RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R, p. 32 (§ 6.32).

⁶⁰ Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*, v. 17, n. 2, p. 274, 2018.

⁶¹ “Assim como as propriedades (físicas), a natureza e a qualidade dos bens, a **natureza e as características de um serviço** podem desempenhar um papel na determinação da semelhança de dois serviços. Por exemplo, em *US – Gambling*, os EUA discutiram as características do jogo, p. ex., a natureza dos diferentes tipos de jogos e os diferentes riscos dos jogos. Também foi sugerido considerar elementos intrínsecos, ou seja, atividades englobadas no serviço, como cortar, arranjar e pentear o cabelo no caso de serviços de cabeleireiro.”. Cfr. KRAJEWSKI, Markus; ENGELKE, Maika. Comentário ao artigo XVII. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.) et al. *WTO – Trade in services (Max Planck commentaries on world trade law)*. Leiden: Martinus, 2008. v. 6, p. 403.



ganhos de capital, capital próprio, empréstimos e riscos de subscrição. A este respeito, os serviços de diferentes jurisdições estrangeiras são claramente ‘similares’ [...]”⁶².

Quanto à *preferência e usos finais dos consumidores*, é de se verificar se os serviços são substituíveis pelos consumidores e se possuem propósitos similares. Um método útil para essa análise pode ser a verificação da elasticidade-preço de demanda cruzada, em que o aumento do preço de um serviço leva ao aumento do consumo de outro serviço por decorrência da substituição pelos consumidores⁶³. Para a disputa *Argentina – Serviços Financeiros*, DELIMATIS e HOEKMAN dizem que “na perspectiva de um sonegador de impostos argentino, uma jurisdição com fortes regras de sigilo não será um substituto próximo [*closesubstitute*] com relação a um centro offshore que compartilha informações sobre titulares de contas com as autoridades fiscais argentinas”⁶⁴. Esta interferência da questão da transparência fiscal se relaciona diretamente com a análise do impacto na relação de concorrência e, por isso, será analisada em tópico próprio.

Quanto aos *modos de prestação*, trata-se de verificar se, à luz dos quatro modos de prestações de serviços previstos no artigo I:2 do GATS, os serviços são prestados pelo mesmo modo ou se, mesmo não sendo prestados pelo mesmo modo, são modos que não afastam a similaridade. Não vemos razão para se afastar a similaridade com base nos modos de prestação em um caso como o *Argentina – Serviços Financeiros*, pois tanto os países cooperantes como os não cooperantes fornecem os serviços financeiros nos mesmos modos e, com relação ao mercado interno argentino, competem com os modos de fornecimento dos serviços argentinos⁶⁵.

Quanto à *similaridade do serviço fornecido* pelo prestador de serviço, é de se analisar se os prestadores de serviço atingidos pelas medidas prestam o mesmo tipo de serviço. Na disputa *Argentina – Serviços Financeiros*, os prestadores sujeitos as medidas fazem parte de uma cadeia global de serviços financeiros em que os serviços fornecidos fazem parte de um padrão, sendo difícil afirmar que os prestadores de serviço financeiro de um país prestam um serviço não fornecido pelos concorrentes de outros países. Quanto às *características do prestador* de serviço,

⁶² No original: “The services that were targeted are ‘plain vanilla’ financial instruments and payments and income associated with them: interests, dividends, profits, capital gains, equity capital, lending, and underwriting risks. In this regard, the services from different foreign jurisdictions are clearly ‘like’ [...]”. Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation [...]. *op. cit.*, p. 284.

⁶³ Cfr. KRAJEWSKI, Markus; ENGELKE, Maika. Comentário ao artigo XVII. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *WTO – Trade in services* [...]. *op. cit.*, p. 403-404.

⁶⁴ Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation [...]. *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ O Painel identificou os modos de prestação dos serviços afetados. Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R, p. 60-62.



pode ser relevante analisar o setor da empresa⁶⁶, a forma jurídica, a estrutura física, os recursos humanos, as certificações, capacitações e licenças.

4.2 O quadro regulatório quanto à transparência fiscal

A questão da consideração do quadro regulatório quando da análise da similaridade do serviço e do prestador é controversa e tem o potencial para gerar efeitos muito diversos a depender do entendimento a ser seguido pelo ORL, pois a consideração do quadro regulatório na similaridade amplia as alternativas para discriminações deste tipo, somando-se as regras que preveem medidas excepcionais, como as do artigo XIV do GATS.

Em *Argentina – Serviços Financeiros*, a Argentina sustentou que o tratamento diferenciado se justificava pela diferença regulatória quanto à transparência fiscal e que essa mesma diferença regulatória deveria ser levada em conta na análise da similaridade dos serviços e prestadores, pois ela impactaria nas relações de concorrência entre os serviços e prestadores dos países cooperantes e não cooperantes a ponto de eles poderem ser considerados não similares⁶⁷.

O Painel concordou com a defesa argentina quanto à necessidade de levar em consideração o aspeto regulatório de transparência fiscal. Como disse o Painel, “nos parece que a possibilidade de a Argentina aceder as informações fiscais de prestadores estrangeiros pode ser considerada como 'outro fator' a ser levado em conta em nossa análise de similaridade, desde que se reflita na relação competitiva entre serviços e prestadores de serviços de países cooperantes e não cooperantes”⁶⁸.

Delimatsis e Hoekman, propondo uma diferença entre fatores endógenos e fatores exógenos, afirma que as questões regulatórias são fatores exógenos aos serviços e prestadores e não devem ser levadas em conta na determinação da similaridade. Eles justificam esse posicionamento dizendo que “considerar os efeitos dos regimes regulatórios per se tornariam as coisas ainda piores,

⁶⁶ Como afirmam Delimatsis e Hoekman, “os fornecedores de serviços descrevem seus negócios em termos muito semelhantes e competem entre si no mesmo setor de negócios”. Cfr. DELIMATISIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*, v. 17, n. 2, p. 285, 2018.

⁶⁷ Cfr.: RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 77; ADENDO ao Relatório em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R/Add.1. p. B-50.

⁶⁸ Cfr.: RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 78.



abrindo a porta para os governos definirem por si próprios quais aspetos das políticas estrangeiras eles consideram que influenciam a ‘substância’ de um determinado serviço ou prestador”⁶⁹.

De facto, é de ser ter o maior cuidado para não se criar brechas que facilitem a adoção de medidas protecionistas, entretanto a abertura para a consideração de questões regulatórias não será um elemento desestabilizador da tendencial liberalização se e na medida em que a sua força para afastar a similaridade necessite ser fundada na constatação de modificações na relação de concorrência, pois que dificilmente se conseguirá provar que quaisquer diferenças regulatórias impactam na relação de concorrência.

Delimatsis e Hoekman também afirmam, como motivo para a não consideração das questões regulatórias, que “qualquer tentativa de identificar critérios excessivamente detalhados relacionados ao prestador, como a forma jurídica, as habilidades e certificações ou as características comerciais do prestador de serviço, levaria a uma situação em que nenhum conjunto de dois prestadores de serviços poderia ser considerado similar”⁷⁰.

Concordamos que é necessária uma delimitação dos fatores a serem analisados sob pena de uma demasiada discriminação, porém cumpre não cairmos no receio extremo, já que essa possibilidade de uma análise excessivamente detalhada pode ocorrer com ou sem o fator regulatório, como, por exemplo, na busca de características dos serviços excessivamente detalhadas. Mesmo com o acréscimo da consideração dos fatores regulatórios, continuariam a ser analisados apenas os aspetos relevantes para a análise de cada caso, assim, em um caso concreto, pode não ser relevante a análise da forma jurídica ou das habilidades e certificações, por exemplo.

Por fim, Delimatsis e Hoekman defendem que “seria mais consistente com a lógica geral do GATS e mais eficiente do ponto de vista econômico se as preocupações regulatórias do tipo em questão nesta disputa [*Argentina – Serviços Financeiros*] fossem consideradas sob o Artigo XIV do GATS, deixando a consideração da similaridade para os casos em que o assunto em questão diz respeito a ações que alteram o panorama competitivo, de forma a dar proteção aos serviços e prestadores de serviços domésticos. Essa sugestão se aplica ainda mais aos casos relacionados a

⁶⁹ Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*. v. 17, n. 2, p. 285, 2018. Estes autores também rejeitam a alternativa de tratar das questões regulatórias na etapa posterior a da análise da similaridade, que é a etapa da análise do tratamento menos favorável.

⁷⁰ Cfr. DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. *World Trade Review*. v. 17, n. 2, p. 286, 2018.



impostos, uma vez que o Artigo XIV se refere especificamente a medidas justificativas destinadas à imposição equitativa de impostos”⁷¹.

Esse argumento nos parece procedente não obstante as exceções previstas no artigo XIV sejam um tanto específicas e deixem dúvidas sobre o seu potencial para acobertarem as medidas que se fundamentem na proteção da relação de concorrência. A exceção do artigo XIV(d) se refere apenas ao artigo XVII, relativo ao tratamento nacional, mas nos parece que o artigo XIV(c) pode ser utilizado como meio apropriado para a fundamentação de medidas contra os países não cooperantes, em paralelo com outras normas, como a do parágrafo 2(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros.

Como referido anteriormente⁷², em *Argentina – Serviços Financeiros*, o Painel acolheu a defesa argentina pautada no artigo XIV(c) do GATS, no que se refere às medidas 1, 2, 3, 4, 7 e 8, decidindo que o objetivo legal das medidas, a necessidade das medidas e a contribuição das medidas para a realização dos objetivos legais estavam de acordo com o referido artigo⁷³. E embora as medidas 5 e 6 não tenham sido defendidas pela Argentina com base nesse artigo, o foram com base na exceção prudencial do parágrafo 2(a) do Anexo sobre Serviços Financeiros, tendo sido acolhida a defesa da argentina no sentido de que as medidas seriam cautelares⁷⁴.

Tendo em vista que existem normas do GATS que já preveem a adoção de medidas excepcionais, concordamos com as ressalvas que se colocam a utilização das questões regulatórias na análise da similaridade, pois parecem trazer mais complicações do que soluções pelas indicações que temos até o momento. Desse modo, os serviços financeiros e os prestadores de serviços financeiros de países que são considerados não cooperantes para fins de transparência fiscal devem ser considerados similares aos serviços financeiros e aos prestadores de serviços financeiros dos países que são considerados cooperantes para fins de transparência fiscal, sem prejuízo da aplicação de medidas contra os países não cooperantes com base nas regras do GATS que preveem medidas excepcionais.

REFERÊNCIAS

⁷¹ Cfr. DELIMATISIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation [...]. *op. cit.*, p. 286.

⁷² Em nota de rodapé.

⁷³ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 162-199. A defesa só foi, ao fim, julgada improcedente por causa das incoerências na determinação dos países cooperantes e não cooperantes.

⁷⁴ Cfr. RELATÓRIO em espanhol do Painel em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. p. 228-240.



ADENDO ao Relatório em espanhol do Painei em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R/Add.1. DS453.

CUNHA, Luís Pedro. Standards sociais e ambientais no comércio internacional. **Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 2001.

CUNHA, Luís Pedro. **O sistema comercial multilateral e os espaços de integração regional**. Coimbra Editora, 2008.

DELIMATIS, Panagiotis; HOEKMAN, Bernard. National tax regulation, voluntary international standards, and the GATS: Argentina – Financial Services. **World Trade Review**, v. 17, n. 2, 2018.

GOODE, Walter. **Dictionary of trade policy terms**. 6. ed. Cambridge University Press, 2020.

MOTA, Pedro Infante. **A função jurisdicional no sistema GATT/OMC**. Coimbra: Almedina, 2013.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito fiscal das empresas**. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2015. Livro eletrônico (Kobo).

NAÇÕES UNIDAS. **Introduction to CPC**. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/cpc>. Acesso em: 10 ago. 2022.

OCDE. **Glossary of Tax Terms**. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. Acesso em: 10 ago. 2022.

RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R. DS8, DS10 e DS 11.

RELATÓRIO em inglês do Painei em *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU. DS27.

RELATÓRIO em inglês do Painei em *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/USA. DS27.

RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *European Communities – Measures affecting Asbestos and Asbestos-containing products*, WT/DS135/AB/R. DS135.

RELATÓRIO em inglês do Painei em *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R. DS139/142.

RELATÓRIO em inglês do Painei em *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R. DS363.

RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R e WT/DS403/AB/R. DS396/403.

RELATÓRIO em inglês do Painei em *China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R. DS413.

RELATÓRIO em espanhol do Painei em *Argentina – medidas relativas al comércio de mercancías y servicios*, WT/DS453/R. DS453.

RELATÓRIO em inglês do Órgão de Apelação em *Argentina – measures relating to trade in goods and services*, WT/DS453/AB/R. DS453.



WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; FEINAUGLE, Clemens (ed.). **WTO – Trade in services** (Max Planck commentaries on world trade law). Leiden: Martinus, 2008. v. 6.

