



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL:
a concessão de incentivos fiscais em face da integração econômica internacional

André de Souza Dantas Elali

Recife/PE
2008

ANDRÉ DE SOUZA DANTAS ELALI

CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL:

a concessão de incentivos fiscais em face da integração econômica internacional

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Neoconstitucionalismo.

Linha de pesquisa: Estado e Constitucionalização do Direito.

Orientador: Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife/PE
2008

Elali, André de Souza Dantas

Concorrência fiscal internacional: a concessão de incentivos fiscais em face da integração econômica internacional / André de Souza Dantas Elali. – Recife : O Autor, 2008.

265 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Integração econômica internacional. 2. Relações econômicas internacionais. 3. Concorrência internacional. 4. Agência reguladora - Estado - Tributação - Brasil. 5. Tributação - Regulação - Brasil. 6. Direito da concorrência - Brasil. 7. Direito tributário – Brasil . 8. Elisão fiscal. 9. Fiscalização tributária - Brasil. 10. Incentivo fiscal. I. Título.

336.2:34(81)
343.8104

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2009-003

Este trabalho é dedicado à memória de dois grandes homens e exemplos de vida: meus avós Giries Nicola Elali e José de Souza Dantas Filho.

Ao mesmo tempo, é também dedicado à minha amada família, especialmente a Juliana, Théo e Nicole, meus pais, Sami e Sandra, minha irmã, Marina, e minhas avós, Yolanda e Mary, fundamentais na realização de mais esta etapa em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Esta tese se tornou realidade pela ajuda de algumas pessoas, às quais serei sempre grato, em especial:

Ao meu eminente Orientador, Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, que cumpriu, com suas sugestões, críticas e, sobretudo, lições, o seu papel de forma impecável.

Aos grandes juristas e amigos, Professores Doutores Ives Gandra da Silva Martins e Luís Eduardo Schoueri, maiores estimuladores de minha carreira acadêmica, sendo este último o verdadeiro responsável pela minha pesquisa/*Visiting Scholarship* na Alemanha.

Ao Professor Doutor Wolfgang Schön, que me supervisionou no Departamento de Propriedade Intelectual, Concorrência e Direito Tributário do Instituto Max-Planck (*Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum Wettbewerbs und Steurrecht*), em Munique, República Federal da Alemanha, fornecendo-me material mais do que suficiente para a pesquisa.

Aos amigos e jovens professores Artur Cortez Bonifácio, Bruno Novaes Cavalcanti, Marcelo Magalhães Peixoto e Terence Trennepohl, pelo apoio desde os tempos de Mestrado.

A eles, meu sincero obrigado.

RESUMO

ELALI, André de Souza Dantas. **Concorrência fiscal internacional**: a concessão de incentivos fiscais em face da integração econômica internacional. 2009. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Este trabalho tem como objeto o estudo da concorrência fiscal internacional, tratando a tributação como instrumento de regulação econômica no aumento de competitividade do mercado internacional e entre países. Analisando diferentes institutos relacionados à concessão de incentivos fiscais aos agentes econômicos, compara os regimes de controle e as perspectivas globais. Ao situar o Estado contemporâneo como agente regulador, examina a função reguladora da tributação. Por meio dos métodos hipotético-dedutivo, bibliográfico e dissertativo-argumentativo, e baseando-se na relação entre o direito econômico (e, dentro deste, o direito concorrencial), o direito financeiro, o direito tributário e o direito internacional, o trabalho pretende situar a atuação do Estado brasileiro no plano da concorrência institucional existente entre os sistemas tributários. Demonstrando problemas de ordem pragmática, procura distinguir os regimes de controle e o caso brasileiro, que não pode se submeter aos mesmos institutos criados em blocos de integração. A tese está dividida em quatro partes.

Palavras-chave: Estado; regulação; concorrência; tributação; subvenções; subsídios; incentivos fiscais; *state aid*; ajuda de Estado; auxílio de Estado; integração.

ABSTRACT

ELALI, André de Souza Dantas. **International tax competition: the granting of tax incentives and the international economic integration.** 2009. 265 f. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

On this legal research the objective is to demonstrate as object of the study the international tax competition, demonstrating the taxation as an instrument for regulation, specially in the field of the competitiveness in the international market and between countries. Analyzing various institutes related to the granting of subsidies to economic agents, it compares the systems of control and the global outlook. By situating the contemporary state as a regulator, it examines the regulatory function of taxation. Through the hypothetical-deductive method, and by a bibliographic-argumentative discourse, and also based on the relationship between economical law, tax law and international law, the research seeks to situate the actions of the Brazilian state in terms of institutional competition between the tax systems. It seeks to demonstrate the differences between the systems of control and the Brazilian system. It is divided into four parts.

Keywords: State; regulation, competition, taxation, grants, subsidies, tax incentives, state aid; integration.

RESUMO

ELALI, André de Souza Dantas. **Competencia fiscal internacional:** la concesión de incentivos fiscales a la vista de la integración económica internacional. 2009. 265 f. Tesis (Doctorado en Derecho) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Este trabajo tiene como objeto el estudio de la competencia fiscal internacional, en materia de fiscalidad como instrumento de ajuste económico en el aumento de la competitividad del mercado internacional y entre países. En cuanto a los diferentes institutos relacionados con la concesión de incentivos fiscales para los agentes económicos, se comparan los sistemas de control y de las perspectivas mundiales. Al situar el estado actual como regulador, examina la función reguladora de la fiscalidad. A través de los métodos hipotético-deductivo, y disertativo-argumentativo, y sobre la base de la relación económica entre el derecho (y, dentro de éste, el derecho de competencia), el derecho financiero, el derecho fiscal y el derecho internacional, el trabajo trata de situar el desempeño de la estatal brasileña en términos de competencia institucional entre los sistemas fiscales. Listado problemas en la pragmática, tratando de distinguir entre los regímenes de control y el caso brasileño, que no podrá ser sujeto a las mismas instituciones creadas en los bloques de integración. La tesis se divide en cuatro partes.

Palabras clave: Estado, regulación, competencia, fiscalidad, subvenciones, subsidios, incentivos fiscales, las ayudas estatales y las ayudas de Estado; integración.

ASTRATTO

ELALI, André de Souza Dantas. **Concorrenza fiscale internazionale: la concessione di incentivi fiscali a fronte di integrazione economica internazionale.** 2009. 265 f. Tesi (Dottorato in Diritto) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Questo lavoro ha come oggetto lo studio della concorrenza fiscale internazionale, in materia fiscale, come uno strumento di adeguamento economico per aumentare la competitività del mercato internazionale e tra i paesi. Guardando ai diversi istituti relativi alla concessione di incentivi fiscali per gli operatori economici, a confronto i sistemi di controllo e le prospettive mondiali. Con situando la contemporanea come uno Stato regolatore, esamina la funzione di regolamentazione della tassazione. Attraverso il metodo ipotetico-deduttivo, e dissertativo-argomentativi, e sulla base delle relazioni economiche tra il diritto (e, in tal senso, il diritto della concorrenza), la legge finanziaria, la legislazione fiscale e del diritto internazionale, il lavoro mira a situare le prestazioni del brasiliano di Stato in termini di concorrenza istituzionale tra i sistemi fiscali. Risultati problemi nel pragmatico, cercando di distinguere tra i regimi di controllo e il caso del Brasile, che non può essere soggetta alle stesse istituzioni create in blocchi di integrazione. La tesi si articola in quattro parti.

Parole chiave: Stato; regolamento, la concorrenza, la fiscalità, le sovvenzioni, sussidi, incentivi fiscali, gli aiuti di Stato e gli aiuti di Stato; di aiuti di Stato; integrazione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 Metodologia.....	16
2 Delimitação do objeto e plano do estudo.....	19
3 Justificativas do trabalho.....	20
3.1 Importância pragmática do objeto.....	20
3.2 O uso de medidas de estímulo econômico-financeiro em todo o mundo.....	21
3.3 Mobilidade dos fatores econômicos e das bases da tributação.....	21
3.4 Vinculação à área de concentração do programa de pós-graduação.....	21
4 Premissas.....	22
4.1 Sistema jurídico e normas jurídicas.....	22
4.2 Sistema jurídico e ordem internacional.....	25
4.3 Sistema econômico.....	29
4.4 Regulação econômica.....	30
4.5 Extrafiscalidade.....	31
4.6 Mercado e concorrência.....	38
4.7 Eficiência.....	39
5 Síntese.....	42
CAPÍTULO 1 - A CRISE DO WELFARE STATE E A FIGURA DO ESTADO REGULADOR – A TRIBUTAÇÃO COMO MECANISMO REGULATÓRIO ECONÔMICO	43
1.1 ORDEM ECONÔMICA E FUNCIONAMENTO REGULAR DO MERCADO – ESTADO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	61
1.2 A EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO REGULATÓRIO ECONÔMICO – O USO DA EXTRAFISCALIDADE EM TODO O MUNDO.....	66
1.3 EXEMPLOS DA INDUÇÃO ECONÔMICA PELA TRIBUTAÇÃO..	74
1.3.1 Brasil	74
1.3.2 Reino Unido	75
1.3.3 Estados Unidos	76
1.3.4 França	77
1.3.5 Alemanha	78
1.3.6 Espanha	79
1.3.7 Portugal	79
1.3.8 Japão	80
1.3.9 Rússia	80
1.3.10 China	81
1.3.11 Oriente Médio	82
1.4 ANÁLISE CRÍTICA DA EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO REGULATÓRIO.....	83
1.5 EFEITOS DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O PROCESSO ECONÔMICO E AS AJUDAS ESTATAIS (AS TEORIAS DA	

	NEUTRALIDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA).....	89
1.6	SÍNTESE DO CAPÍTULO PRIMEIRO.....	99
CAPÍTULO 2 - O FENÔMENO DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL.....		101
2.1	CONCEITUAÇÃO, CAUSAS E CONSEQÜÊNCIAS DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL.....	105
2.2	A ATRAÇÃO DE CAPITAL FINANCEIRO E DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	132
2.3	FOMENTO À PESQUISA E AO DESENVOLVIMENTO (R&D – RESEARCH AND DEVELOPMENT).....	141
2.4	POLÍTICAS ECONÔMICAS E SOCIAIS EM GERAL.....	144
2.5	SÍNTESE DO CAPÍTULO SEGUNDO.....	146
CAPÍTULO 3 - A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL.....		148
3.1	ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	148
3.2	OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	152
3.2.1	O regime da OMC quanto aos subsídios dos países com menor grau de desenvolvimento.....	162
3.2.2	A questão dos subsídios aos produtos agrícolas.....	164
3.2.3	A questão dos subsídios serviços.....	165
3.3	UNIÃO EUROPÉIA.....	166
3.4	MERCOSUL.....	176
3.5	NAFTA.....	179
3.6	BREVE COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES DE CONTROLE E AS FIGURAS EXAMINADAS.....	182
3.7	AS ESPÉCIES DE CONTRAMEDIDAS (MEDIDAS DE DEFESA) PARA COMBATER A CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL – MECANISMO UNILATERAIS, BILATERAIS E MULTILATERAIS.....	185
3.8	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADORES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (A QUESTÃO DA DUPLA OU MÚLTIPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA COMO FENÔMENO PREJUDICIAL E O PROBLEMA DA ELISÃO E EVASÃO FISCAIS INTERNACIONAIS).....	187
3.9	POSIÇÃO CRÍTICA DO CONTROLE INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA FISCAL.....	199
3.10	O CASO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS MEDIDAS DE FOMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS – TRATAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	205
3.10.1	Divisão de competências na Federação.....	206
3.10.2	Princípios da ordem jurídico-constitucional – a importância da	

	constituição como forma de controle da outorga de medidas de estímulo econômico – breve comparativo internacional a partir do signo eficiência.....	210
3.11	EXAME DE CASOS CONCRETOS E ALGUMAS PONDERAÇÕES PERTINENTES.....	215
3.11.1	Crédito-prêmio de IPI.....	217
3.11.2	Redução (alíquota zero) de IOF em operações internacionais.....	221
3.11.3	PIS e COFINS sobre importações.....	222
3.11.4	Isenção de Imposto de Renda aplicável aos estrangeiros em Fundos de Investimentos em Participações (FIP's).....	223
3.12	SÍNTESE DO CAPÍTULO TERCEIRO.....	227
	CONCLUSÕES.....	230
	REFERÊNCIAS.....	240

INTRODUÇÃO

O mundo tem assistido a uma constante abertura dos mercados domésticos, com a crescente integração econômica, que tem sido induzida, preponderantemente, pela redução de barreiras e pela mobilidade das atividades econômicas. Com efeito, é considerável o aumento das operações econômicas internacionais nas últimas duas décadas em face do fortalecimento da globalização econômica¹.

Nesse contexto, as políticas tributárias acabam assumindo indiscutível relevância para os países, uma vez que podem influenciar as decisões dos agentes econômicos, atraindo ou afastando o capital e os investimentos internacionais, com todas as suas repercussões para os sistemas econômicos internos. Tornou-se prática comum, pois, a concessão de auxílios, sob diferentes formas jurídicas, à atração de investimentos estrangeiros e para o fomento de determinadas atividades econômicas².

¹ “For decades the market has been fragmented and limited in scope. Only *now* are we beginning to experience levels of capital internationalization that are comparable to the cross-border capital flows a century ago during the period of the gold standard through 1914. International investments flows during the four decades between 1870 and 1913 on average exceeded 3 percent of GDP in major industrial countries. In the 1930s they had fallen to less than half that level due to World War I and the Great Depression when tighter restrictions were imposed. The final breakdown came with World War II. Only in the 1970s did international investment flows begin to rise again significantly. [...] The *long-term* historical perspective clearly shows that capital internationalization is *not* a new phenomenon and that it can at least theretically be reversed by regulatory change. Fortunately, however, it seems highly unlikely in today’s network world that any democratic government could be able to drastically curtail personal liberty again and reimpose strict capital controls. So most probably the free flow of capital as a prerequisite for further integration of national capital markets is here to stay. This brings us to the *short-term* historical perspective. From this point of view, one aspect sticks out: globalization is a fairly *recent* phenomenon. The process started some 25 years ago and has accelerated rapidly over the last decade.” Cf. BAUM, Herald. Globalizing capital markets and possible regulatory responses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Org.). *Legal aspects of globalization: conflicts of law, internet, capital markets and insolvency in a global economy*. Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 80-81. Comprovando essa assertiva, demonstra GRAETZ, Michael J. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003, p. 3 et seq., que, somente no que diz respeito aos Estados Unidos, da década de sessenta aos dias de hoje, houve um aumento da migração do capital financeiro e dos investimentos equivalente a quase dois milhões de vezes. E se tratando o citado país da maior economia mundial, evidencia-se que a migração para outros territórios é superior aos investimentos nele realizados, o que acaba ressaltando, mais ainda, a importância da integração econômica para os países em desenvolvimento.

² Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2006, p. 87 et seq.; AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In: *U. S. international taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2005, p. 531-537; SHARMAN, Jason Cambell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006, p. 149-161; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57 et seq.; SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe: general report*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, p. 3 et seq.; PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 18 et seq.; KIEKBELD, Ben. J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 37; LÓPEZ, Jorge Martin. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de*

E tendo em vista que esse processo de integração tende a aumentar diariamente, reforça-se a atualidade das categorias do direito internacional, sobretudo daquelas que regulam e/ou limitam as soberanias fiscais.

Ressalta-se, por conseqüência, a importância dos aspectos relacionados à tributação internacional³, já que para a atração e manutenção de atividades econômicas em seus territórios, medidas como subvenções, subsídios, auxílios de Estado e incentivos fiscais, financeiros e/ou tributários, são deferidas, sob o fundamento da promoção do desenvolvimento econômico das nações, com a conseqüente idéia de promover a redução dos problemas sociais.

Ocorre que, como esse fenômeno de concessão de vantagens fiscais acaba influenciando as decisões dos agentes econômicos, aumenta-se a mobilidade das atividades econômicas e dos investimentos em nível global, resultando na disputa entre países, com a criação de estruturas fiscais mais favoráveis para a competitividade econômica. Entretanto, essa disputa na atração de investimentos e de atividades econômicas acaba distorcendo, muitas vezes, a concorrência no mercado internacional, podendo gerar efeitos prejudiciais aos próprios países concedentes das vantagens fiscais e aos seus vizinhos e parceiros comerciais, que podem acabar tendo a diminuição de arrecadações tributárias, com a redução de suas capacidades de investimento em serviços públicos e previdência social.

Menciona-se, assim, a crise do *Welfare State*, em face da possível diminuição de recursos financeiros disponíveis em face dos efeitos da globalização⁴. Estados com diferentes

estado en la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 33-46; SARKAR, Chitta Ranjar. *Tax incentives and economic growth: an international comparison*. New Delhi, India: New Century Publications, 2004, p. 202 et seq; VIHERKENTTÄ, Timo. *Tax incentives in developing countries and international taxation: a study on the relationship between income tax incentives for inward foreign investment in developing countries and taxation of foreign income in capital-exporting countries*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 10 et seq; ANDIC, Suphan. *Some aspects of taxation in less developed countries*. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982, p. 40-41.

³ Cf. VOGEL, Klaus. A importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Tradução de Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 470-487.

⁴ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime. In: *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 182 et seq; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2006, p. 87 et seq.; SINN, Hans-Werner. Tax harmonization and tax competition in Europe. In: GRAETZ, Michael J. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003, p. 532-533.

graus de desenvolvimento passam a vivenciar os efeitos desse fenômeno, que é, paradoxalmente, muitas vezes causado pelas práticas desenvolvimentistas dos mecanismos de indução tributária. Em outros dizeres, não se verifica, no momento contemporâneo, apenas uma concorrência entre os agentes econômicos privados, mas também entre governos⁵, denominando-se, na doutrina especializada, essa disputa de concorrência fiscal internacional, considerada, inclusive, o centro das disputas em torno da globalização⁶.

Infere-se que a concorrência fiscal é um dos mais preocupantes temas contemporâneos, pelas possíveis conseqüências sobre os países que, em determinadas situações, pretendendo atrair investimentos internacionais, acabam financiando o lucro privado em detrimento da qualidade na prestação de seus serviços públicos e da previdência de seus cidadãos, criando-se, curiosamente, uma crise fiscal totalmente oposta às finalidades originárias dos auxílios deferidos aos agentes econômicos⁷.

Há, entretanto, o outro lado da moeda: países com desvantagens geográficas, econômicas e sociais não são atrativos às empresas e ao capital financeiro da mesma forma que os países industrializados, tendo que oferecer aos agentes econômicos uma vantagem para compensar tais fatores negativos. E essa vantagem, muitas vezes, é concedida na forma de normas de incentivo, que atribuem certos benefícios financeiros, influenciando-se, portanto, os comportamentos econômicos.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão sócia: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 103-115.

⁵ Cf. STEICHEN, Alain. Tax competition in Europe or the taming of leviathan. In: SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Tax competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003. p. 44-45. Consigne-se, por oportuno, a interessante posição do professor MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aproximação dos sistemas tributários. In: ELALI, André; MARTINS, Ives Gandra da Silva; BACKER, Jean-Marie de. *Temas de tributação e direito internacional*. São Paulo: MP, 2008. p. 21, que afirma: “Cada dia fortalece-se a minha convicção de que o país que pretende manter alta tributação, em espaços comunitários, no que concerne aos tributos nacionais, perderá competitividade e poderá sofrer impacto inverso ao desejado com o aumento da imposição. No cenário comunitário, os países caminham a passos largos para uma convergência de sistemas tributários, em que aqueles com menor carga impositiva, levarão a vantagem de atrair mais investimentos, que os de elevada carga.”

⁶ “The issue of tax competition is at the heart of disputes and speculation about globalization. International tax competition includes all the main elements of the conventional globalization story. A credible exit option for capital at the domestic level and a severe collective action problem among states at the international levels leads to the ascendance of global markets over national polities.” Cf. SHARMAN, Jason Cambell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006, p. 3.

⁷ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In: *U. S. international taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2005. p. 531-537.

Em conseqüência, pode-se falar num fenômeno extremamente dinâmico, com efeitos assimétricos, porquanto pode gerar crises e/ou, simultaneamente, enriquecimentos dos agentes econômicos e dos próprios países envolvidos na globalização. Depreende-se, ainda, que essa crise pode ser observada em países de todos os níveis de industrialização e desenvolvimento, incluindo também os países detentores de maior grau de desenvolvimento. São muitos os casos de Estados com evidentes crises fiscais causadas pela concessão, desenfreada e injustificada, de medidas de incentivo ou por políticas entendidas como neoliberais⁸. De outro lado, todavia, verifica-se que o grau de crescimento dos países menores, subdesenvolvidos e/ou em desenvolvimento, depende sobremaneira da outorga de vantagens fiscais, que acabam compensando algumas das debilidades de seus sistemas econômicos⁹.

Vistos esses aspectos introdutórios, impõe-se afirmar que o tema é extremamente polêmico, além de constituir um fenômeno atual e importante na conformação do mercado econômico global e nas políticas públicas de todos os países. Se muitos de seus efeitos são negativos, outros podem ser apontados como positivos, criando-se externalidades e podendo tanto funcionar como um instrumento de atração de investimentos, como gerar maiores deficiências econômicas e desigualdades sociais.

Acrescente-se a isso o recente problema criado no âmbito global com a crise financeira, principalmente em face do colapso de sistemas bancários de países desenvolvidos, o que acabou resultando em depreciação de ações e fundos de investimentos, criando uma

⁸ “[...] O Brasil, *exempli gratia*, para manter-se atrativo aos investidores financeiros internos e externos, oferece títulos públicos de alta rentabilidade, mesmo os de curto prazo, o que tem levado o país a um crescente endividamento, apesar dos sucessivos ‘superávits primários’ dos últimos anos. Tem-se, como conseqüência, por outro lado, a escassez de recursos para áreas fundamentais ao desenvolvimento da sociedade, tais como saúde, educação e meio ambiente. Observe-se, a título de exemplo, que, até maio de 2006, o total das despesas públicas liquidadas com amortização da dívida pública foi de R\$ 218.262.879.000,00, enquanto o total de despesas liquidadas com pessoal e encargos sociais, no mesmo período, foi de R\$ 20.680.722.000,00, o de despesas liquidadas com meio ambiente foi de apenas R\$ 318.609.000,00. Enquanto isso, a postura neoliberal apresenta-se danosa aos interesses públicos, pretendendo fazer do Estado um mero garantidor da iniciativa privada. Mais adiante, o citado autor ressalta, ainda, que: “Para tal, observe-se, a título de exemplo, o conjunto de financiamentos concedidos pelo BNDES às grandes empresas, inclusive multinacionais, para ampliação de plantas industriais, programas de exportação, dentre outros, com juros abaixo daqueles ofertados pelo sistema financeiro privado. O Estado deixa de ser dirigente, mas continua a subsidiar as atividades das empresas. Importante, e esse é o cerne desta análise, observar em que a globalização interferiu na ‘pretensão’ constitucional de transformar a sociedade brasileira, buscando alcançar os referenciais traçados no art. 170, da CF/88.” Cf. CAVALCANTI, Francisco de Bezerra Queiroz. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo (Coord.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP, 2006. p. 167 et seq.

⁹ Empiricamente, aliás, comprova-se que, em muitas hipóteses, o uso de medidas de cunho estimulador acaba gerando benefícios a determinadas regiões com problemas econômicos e sociais. Cf., nesse sentido, PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003. p. 149 et seq.

expectativa mundial de recessão. Essa crise, ainda sem delineamentos concretos, acaba por reiterar a importância da concorrência entre países, vez que novas medidas de incentivo acabarão sendo instituídas, com o fim de evitar a mobilidade do capital e também de atraí-lo. Nesse contexto, cite-se recente incentivo criado pelo Governo Federal brasileiro, instituindo isenção de imposto (IOF) para o investimento internacional¹⁰. É a demonstração da atualidade do tema e da sua importância no plano das políticas públicas, que devem ser dinâmicas em face da complexidade das relações econômicas internacionais.

1 Metodologia

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. que a ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa a transmitir informações sobre o que existe, existiu ou existirá. Segundo o autor, “a ciência é constituída de enunciados que completam e refinam as constatações da linguagem comum”, daí porque a distinção entre o conhecimento vulgar e o conhecimento científico, que “constrói-se a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras.”¹¹

Pode-se dizer de início, que o presente trabalho está inserido no conceito de ciência dogmática do direito, na medida em que se coloca a pesquisa dentro das noções de “um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto”, ou seja, uma verdadeira descrição da

¹⁰ Trata-se de incentivo no âmbito do IOF, instituída pelo Decreto n.º. 613, de 2008, em meio à citada crise financeira internacional, visando-se, por óbvio, à atração de capitais e investimentos, que acabam se tornando ainda mais voláteis. Dispõe o citado Decreto Federal que: “**Art. 1º** Os arts. 15 e 25 do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 15 [...] X - nas liquidações de operações de câmbio relativas a transferências do e para o exterior, inclusive por meio de operações simultâneas, realizadas por investidor estrangeiro, para aplicação nos mercados financeiros e de capitais, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN: zero; [...] XII - nas liquidações de operações de câmbio para remessa de juros sobre o capital próprio e dividendo recebidos por investidor estrangeiro, referentes às aplicações de que trata o inciso X: zero; [...] XVII - na operação de compra de moeda estrangeira por instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, contratada simultaneamente com uma operação de venda, exclusivamente quando requeridas em disposição regulamentar: zero; [...] XIX - nas liquidações de operações de câmbio de ingresso e saída de recursos no e do País, referentes a recursos captados a partir de 23 de outubro de 2008 a título de empréstimos e financiamentos externos: zero; XX - nas demais operações de câmbio: trinta e oito centésimos por cento; [...] “Art. 25. [...] § 2º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer operação, independentemente da qualidade ou da forma jurídica de constituição do beneficiário da operação ou do seu titular, estando abrangidos, entre outros, fundos de investimentos e carteiras de títulos e valores mobiliários, fundos ou programas, ainda que sem personalidade jurídica, e entidades de previdência privada. **Art. 2º** Ficam revogados os incisos IX, XI e XIII do § 1º do art. 15 do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. **Art. 3º** Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.” Impõe-se, por oportuno, o registro de que o IOF é imposto que não se sujeita a alguns dos princípios jurídico-tributários em face de ter natureza direta de regulação econômica, podendo, portanto, suas alíquotas serem alteradas por norma da espécie Decreto. Excepciona-se, pois, da legalidade e da anterioridade tributárias comuns, conforme permissão expressa da Constituição.

¹¹ Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 10.

“sistematização do ordenamento e sua interpretação”¹², como aduz Tércio Sampaio Ferraz Jr. E como destaca o citado autor, na ciência dogmática do direito, as proposições tomam a forma de verdadeira descrição, dando elementos cognitivos na forma de orientações e/ou de recomendações¹³⁻¹⁴.

Ao partir de elementos do direito posto, descrevendo-os, o trabalho assume essa conotação própria da ciência dogmática, visando-se a criar condições para a decidibilidade dos conflitos jurídicos, daí porque, no dizer do citado autor, “as questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas”¹⁵.

Dentro dessa referência inicial, objetivou-se desenvolver o tema delimitado a partir de pesquisas bibliográficas, com especial destaque para obras de direito econômico e tributário internacional. Assim, a doutrina nacional e estrangeira foi consultada, fichada, analisada e discutida.

O trabalho, por exigir um estudo interdisciplinar das categorias envolvidas, acabará relacionando diferentes ramos jurídicos, especialmente direito constitucional, direito internacional, direito econômico, direito tributário e direito financeiro. E não obstante se trate de uma investigação jurídica, valorará os elementos da economia, falando-se, inclusive, em economia aplicada ao direito para apresentar possíveis caminhos à resolução de questões que envolvam as categorias em debate e a partir de um enfoque jurídico que se volta para o processo econômico, utilizando os dados que este fornece para valorá-los¹⁶, consoante expõe,

¹² Id. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 83.

¹³ Ibid., p. 86.

¹⁴ Cf. FÁBIO, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51. Acentua o autor: “A dogmática jurídica se destaca por seu conhecido rigor analítico, por sua racionalidade basicamente formal, pela precisão de sua linguagem e por seu ‘purismo’ metódico, encarando o poder inerente à produção normativa como uma instância autônoma em relação à economia e à política.”

¹⁵ Cf. FERRAZ JR, op cit., p. 90.

¹⁶ Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTR, 1994. p. 54. Destarte, comente-se que não se pretende desenvolver um trabalho econômico. O que se objetiva é valorar juridicamente os dados econômicos que podem contribuir para que se encontrem soluções para os conflitos sociais. Considera-se, pois, de grande relevância a relação entre direito e economia, seja no âmbito do próprio direito econômico, disciplina que vem recebendo grande atenção da doutrina nacional e estrangeira, principalmente para regular a intervenção estatal, seja por meio de teorias próprias da denominada escola do *Law and Economics* (análise econômica do direito), que vêm desenvolvendo um campo muito útil de considerações em torno dos efeitos das normas jurídicas, dos custos de transação e do papel que o Estado deve exercer dentro de uma nova estrutura política. Como ensina FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 10.: “Tanto o Direito como a Economia, enquanto saberes sociais procede pelo relacionamento de elementos descontínuos, mas análogos, embora possam estabelecer entre eles relações de causalidade e de imputação, constantes estruturas evidentes ou normativas. Ambas, nesses termos, não captam o ser humano como natureza,

com razão, José Souto Maior Borges, de que se pode ir além das dogmáticas, sem sair da dogmática¹⁷.

Disso decorre a idéia de que o direito há de se relacionar intimamente com a economia, partindo-se da premissa de que no momento em que a ciência econômica visa a encontrar soluções para a carência de recursos, a jurídica serve de instrumento de harmonização das relações sociais, limitando as liberdades e tutelando os direitos e garantias individuais e os interesses coletivos.

Em outras palavras, as ciências jurídica e econômica devem se auxiliar mutuamente na busca de soluções para os problemas enfrentados pela sociedade¹⁸. O mesmo se diz quanto aos sistemas jurídico e econômico, que integram o grande sistema social, comunicando-se e atualizando-se mutuamente. Um serve de base para o outro¹⁹.

mas o homem como positividade (ser que fala, que realiza trocas, que produz, que regula seu próprio conhecimento). Ou seja, seu objeto, enquanto ciências humanas, não é o homem, mas a efetualidade do seu relacionamento, da qual participam e na qual se refletem. E é na intersecção de evidências e normas, como projeto político, que se delinea o Direito Econômico.” Por outro lado, deve-se concordar com a crítica de GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 16, no sentido de que: “Uma das mazelas metodológicas do Direito Financeiro-Tributário é a crença, disseminada desde os tempos de Baleeiro, de que alguma forma misteriosa é possível estudar a norma jurídica sem lidar com os fatos que ela procura regular. [...] enquanto os juristas não tomarem para si a missão de formular um ferramental teórico que os equipe para lidar com o fenômeno jurídico de forma ampla, a função dos operadores do direito (i.e., solucionadores de conflitos técnicos) estará sempre obscurecendo uma outra função relevante do direito, a saber, o de ser o material a partir do qual se constroem e se moldam as políticas e instituições públicas.”

¹⁷ Nesse momento, lembre-se a lição sempre oportuna de BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. XXXIX, para o estudo de questões amplas como os problemas do direito comunitário: “E se essa metodologia estritamente jurídica, vinculante para a dogmática jurídica, aspira ao *status* de uma ciência jurídica rigorosa (rigor filosófico-científico tão insistentemente preconizado por HUSSERL), não exclui, antes postula, o método juridicamente interdisciplinar. A multiplicidade de aspectos em que o fenômeno comunitário se manifesta justifica amplamente a interdisciplinaridade jurídica dos diversos segmentos de sua abordagem. Sob esse prisma, é atribuída ao direito comunitário a função insigne de superar a demarcação congênita dos contornos das ciências dogmáticas especializadas. Sua consigna fundamental seria: ir além das dogmáticas, sem sair da dogmática.”

¹⁸ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. Nova York: The Addison-Wesley, 2004. p. 2-4. (Series in Economics).

¹⁹ Com razão, suscita SANTAMARÍA, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 27-29, que podem ser destacadas três fundamentais do direito em sua relação com a economia: “el derecho como fundamento y garantía de la actividad económica y del mercado; el derecho como corrector de los fallos del mercado; el derecho como protector del equilibrio de intereses.” Explica o autor espanhol, também, que “La economía de mercado es un modo de regulación económica que sólo emerge y se desarrolla en el seno de un sistema social y político determinado que es inseparable de la realización de la libertad y del Estado de Derecho. El Estado de Derecho es un instrumento necesario para la seguridad jurídica, sin la cual no puede funcionar el mercado. [...] Seguridad jurídica, igualdad y libertad son principios sin los cuales un mercado competitivo no puede desarrollarse. Estos principios sirven a su vez de soporte a las instituciones que constituyen la base del mercado y de la economía: la propiedad privada, el contrato y la libertad de empresa.”

Assim, o trabalho adotará a influência de recentes trabalhos dedicados ao direito tributário que levam em conta os dados obtidos da ciência econômica, e que acabam impondo uma interação, cada dia maior, entre as ciências que tratam do objeto delimitado. Concorda-se, pois, com a ponderação de Wolfgang Schön, para quem a interação entre juristas e economistas pode constituir um largo avanço científico²⁰, nada obstante se esteja, aqui, diante de um estudo dogmático.

2 Delimitação do objeto e plano do estudo

O objeto deste trabalho será o exame da concessão de auxílios de Estado no plano internacional, assim entendidos como quaisquer incentivos com natureza monetária para o fomento de atividades econômicas e à atração de investimentos internacionais, tendo em vista o constante processo de integração entre os países.

Propõe-se a realização de um estudo crítico a respeito do papel do Estado contemporâneo na ordem internacional no que se refere à sua intervenção no processo econômico, ou seja, na promoção do desenvolvimento, através da concessão de estímulos com natureza econômico-financeira.

Num primeiro momento, a investigação procederá ao exame da relação entre regulação e tributação a partir dos fundamentos do que estabelece a Constituição. Nesse contexto, analisar-se-á o regime jurídico dos chamados auxílios de Estado, medidas de conteúdo econômico-financeiro que podem ser deferidas através de diferentes figuras, todas representativas da intervenção indireta do Estado no processo econômico.

Serão também estudados os tratados internacionais que têm como objeto a formação do livre comércio mundial, através da integração das atividades econômicas e da formação de um mercado global.

Finalmente, analisar-se-á o efeito da eventual caracterização das citadas medidas como práticas contrárias aos tratados internacionais, dos acordos celebrados no Mercosul, na União

²⁰ Cf. SCHÖN, Wolfgang. Tax and corporate governance: a legal approach. In: *Tax and corporate governance*. Berlin: Springer, 2008. p. 61. No original, referindo-se o autor a essa interação e citando recente trabalho de Gentry, William M. The future of tax research: a mostly economic perspective. *Journal of the American Taxation Association*, 95, 2007: "This will be the goal of more interdisciplinary work of economists and lawyers."

Européia, na OCDE e na OMC – Organização Mundial do Comércio, consultando-se as experiências do Brasil e de outros países, inclusive sob a ótica das decisões proferidas internacionalmente.

3 Justificativas do trabalho

3.1 Importância pragmática do objeto

O trabalho se justifica, primeiramente, pela importância pragmática de seu objeto, servindo para fomentar o debate em torno da forma de atuação do Estado no processo econômico internacional²¹. É necessário identificar, portanto, de que forma pode o Estado contemporâneo incentivar a atração de capital, de investimentos, para a promoção do desenvolvimento econômico dentro de um panorama global²².

Destaque-se que, no sistema jurídico brasileiro, a Constituição menciona os objetivos do Estado, delineando o seu dever de fomentar a integração internacional e, por outro ângulo, garantir os valores socialmente relevantes, através de um sistema econômico que conjuga a forma de produção capitalista com a tutela dos valores do cidadão.

A mobilidade do capital e das atividades econômicas é também um dos fatores que justificam esse trabalho, porque tal realidade pode acabar impondo mudanças sistemáticas no sistema tributário dos países, que necessitam manter suas arrecadações e, com a migração de recursos, podem ser obrigados a substituir suas bases tributárias²³. Do mesmo modo, problemas relativos a crises financeiras globais acabam valorizando as políticas tributárias como mecanismos de indução econômica, servindo de modo atrativo aos agentes econômicos,

²¹ Confira-se, nesse sentido, reportagem veiculada pelo *The Financial Times*. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/7928a77a-6183-11dd-af94-000077b07658.html?nclick_check=1>. Acesso em: 4 ago. 2008, 13:32.

²² “Investimento estrangeiro é recorde – No ano em que a crise financeira americana se agravou e atingiu o mundo, o Brasil registra volume recorde de Investimento Estrangeiro Direto (IED), que são aqueles voltados para a produção. [...] O saldo de IED em 2008 encostou na marca dos US\$ 40 bilhões, superando em 15,6% o recorde histórico atingido em 2007.” *Tribuna do Norte*, Natal, 21 dez, 2008, Economia.

²³ Veja-se interessante demonstração dos efeitos da concorrência entre os sistemas econômicos, inclusive em blocos de livre comércio, como o NAFTA: “[...] Since 1993, manufacturing employment in the U.S. has decreased from 16.8 million to 13.9 million in 2007. What the proponents of NAFTA failed to mention to the public was that if U.S. workers were to compete with Mexican workers, Americans would have to abandon the comfortable lifestyles they had cultivated. In the U.S. the average factory worker earns roughly \$18 per hour. His Mexican counterpart, on the other hand, makes just \$3 per hour on average. [...]” Disponível em: <<http://www.economyincrisis.org/articles/show/2178>>. Acesso em: 11 dez. 2008, 00:12.

seja para a atração de capitais, seja para a sua manutenção no plano interno dos sistemas econômicos.

3.2 O uso de medidas de estímulo econômico-financeiro em todo o mundo

Destarte, a concessão de medidas de incentivo econômico é comum no Brasil e em todo o mundo, afetando, muitas vezes, a livre concorrência internacional e sendo submetidas aos organismos internacionais, como o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. Merece ser estudada, portanto, a experiência de alguns países para que se defina o perfil de atuação do Estado brasileiro.

3.3 Mobilidade dos fatores econômicos e das bases da tributação

Enfatize-se, também, que a mobilidade das atividades econômicas e do capital financeiro reitera a importância do objeto estudado, podendo, de um lado, constituir uma oportunidade para o desenvolvimento de muitos países, e, de outro, uma possível causa de empobrecimento fiscal, com a migração das bases econômicas da tributação para o trabalho, a propriedade e o consumo, que são, por natureza, menos voláteis.

A esse respeito, comente-se o nível de investimentos estrangeiros que o Brasil vem recebendo, que é cada dia mais elevado, e, ao seu turno, a grande quantidade de capital financeiro que migra diariamente dependendo das condições de mercado, das políticas econômicas e das taxas de juros²⁴.

3.4 Vinculação à área de concentração do programa de pós-graduação

Comente-se, também, a vinculação do trabalho à área de concentração e à linha de pesquisa do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco. Tendo em vista que constitui o que se rotulou, na doutrina, de neoconstitucionalismo um

²⁴ Veja-se, em especial, reportagem da Folha de São Paulo do dia 5 de agosto de 2008, que demonstrou o recorde da migração para o exterior de capital financeiro que havia sido aplicado em ações da BOVESPA, um dado importante na conformação do mercado financeiro e que demonstra a atualidade do tema.

movimento de valorização do papel da Constituição no sistema social²⁵, percebe-se que o tema da pesquisa envolve vários aspectos dessa tendência do direito contemporâneo.

Numa visão sucinta, impõe-se que sejam considerados dois aspectos da relação entre o tema e o movimento em questão: i) a necessidade de se conferir uma interpretação constitucional quanto às práticas do Estado em face dos tratados formalizados no âmbito internacional; e ii) a imprescindível ponderação dos princípios constitucionais quando da concessão de auxílios estatais voltados à solução dos problemas econômicos e sociais da nação, principalmente quando houver limitações à chamada soberania fiscal e quando tais medidas acabem gerando mais problemas que melhoras no sistema social.

Em outros dizeres, o presente trabalho se vincula à área de concentração do programa de pós-graduação, cuidando de elementos que se fundamentam na Constituição, seja na parte que dispõe da ordem econômica, seja quando trata dos aspectos tributários e financeiros das medidas de incentivo econômico.

4 Premissas

Estabelecer as premissas do estudo ora apresentado significa definir o ponto de partida de toda a elaboração científica, isto é, de onde as ponderações foram desenvolvidas e de que forma se chegou às suas conclusões.

4.1 Sistema jurídico e normas jurídicas

Opta-se, neste momento, por se esclarecer que o estudo foi elaborado a partir de uma concepção dogmática jurídica, levando-se em consideração o fenômeno jurídico como a ordenação de normas jurídicas válidas, a partir do sistema jurídico positivo que corresponde para os efeitos deste trabalho, a um complexo constituído por um repertório e uma estrutura, uma conjunção de vários elementos com um mesmo objetivo.

Como esclarece Claus Wilhelm Canaris, a elaboração do conceito de sistema jurídico pressupõe que se clarifiquem dois pontos: i) o do conceito geral ou filosófico de sistema; e ii)

²⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 509 et seq. (Temas de Direito Constitucional, tomo III).

o papel do sistema na ciência jurídica, que é o aspecto utilizado neste estudo²⁶. Segundo o citado professor, duas características estão presentes em praticamente todas as definições de sistema: i) a ordenação; e ii) a unidade, pois “elas estão, uma para a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar.” Enquanto que pela ordenação pretende-se que se recorra a uma formatação geral, “para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.”, no que se refere à unidade, “verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.”²⁷

Na lição de Canaris, deve o jurista se preocupar com a denominada *praxis* do direito, pois a ele cabe o papel de dirigir as relações sociais, já que a ciência jurídica, como poucas outras, é “imediatamente dirigida e preparada para efeitos <<práticos>>. [...] Neste sentido, a <<práxis>> é a aplicação do Direito aos factos concretos.”²⁸

Deve-se adotar, portanto, as lições do referido autor, dentre as quais que: i) o sistema deve cumprir uma função significativa na ciência do direito; ii) as características gerais do conceito geral de sistema são a ordem e a unidade; iii) a função de sistema para a ciência jurídica é traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica; iv) o conceito de sistema jurídico deve ser desenvolvido em face da função do pensamento sistemático; v) pode-se conceituar o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”; vi) o sistema não é fechado, mas em verdade aberto, pois ao mesmo tempo em que há o que ele denomina de “incompletude do pensamento científico”, existe também a constante “mutabilidade de valores jurídicos fundamentais.”²⁹

Assim, falar em sistema jurídico, para os efeitos deste estudo, significa referir-se a quatro aspectos que se complementam: i) conjunto de partes coordenadas entre si; ii) reunião de proposições, de princípios coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina; iii) reunião, combinação de partes reunidas para concorrerem para certo

²⁶ Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 12-13.

²⁸ *Ibid.*, p. 149.

²⁹ Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9.

resultado; plano; iv) método, combinação de meios de processo destinados a produzirem um certo resultado³⁰. Sistema, pois, é um todo único e coerente³¹, que se fundamenta nos seus próprios componentes.

E esse sistema é composto por normas jurídicas válidas³², que são as prescrições estatais quanto aos balizamentos do Estado e dos cidadãos. Ou seja, o sistema se dirige a todos e ao Estado. Assim, ter-se-á sistema onde houver norma jurídica, sendo esta uma unidade daquele. E as normas jurídicas são todas as determinações do sistema. Podem, então, apresentar-se de formas diferentes, daí porque falar-se em princípios e regras³³.

Para os efeitos deste trabalho, considerar-se-á a regra uma espécie de norma jurídica que prescreve de forma objetiva uma determinação, enquanto que princípio uma espécie de norma aberta, flexível, com aplicação de acordo com o caso concreto, por concretizar valores, visando-se a um estado ideal das coisas³⁴. Assim, enquanto a regra se configura pela especificidade e determinação, o princípio se caracteriza pela generalidade e por ser conter uma estrutura aberta, flexível, aplicando-se num processo conciliatório e não num “tudo ou nada”. O princípio jurídico, destarte, pode ser entendido como uma norma finalística, que

³⁰ Cf. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latiin, 2005. p. 38.

³¹ Na lição de TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETTI, Fernando (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. Tradução de Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Dialética, 1998. p. 60, a unidade da ordem jurídica depende de três requisitos. São eles: I) a racionalidade do sistema; II) a caracterização da ordem como efetiva ordem jurídica, e não uma ordem qualquer; III) a ordem jurídica há de formar uma unidade, o que ocorre quando os princípios são seguidos à risca, surgindo um direito homogêneo, consistente e harmônico, livre de contradições axiológicas.

³² “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.” Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

³³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165 et seq.

³⁴ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 195-196. Ensina o mestre, com razão, que: “Os valores são destituídos de eficácia jurídica direta. [...] Só com a intermediação dos princípios podem se concretizar na ordem jurídica. Diz-se, por isso, que os princípios têm caráter deontológico, enquanto os valores são axiológicos”.

estabelece um estado ideal das coisas³⁵⁻³⁶, diferenciando-se da regra jurídica por dotar de uma função explicadora e justificadora em relação a estas³⁷.

4.2 Sistema jurídico e ordem internacional

Não é de hoje que se discutem os efeitos da internacionalização das empresas, das atividades econômicas, em face dos reflexos sociais que impõem. É incontestável, pois, a necessidade de se criarem instrumentos de harmonização internacional.

Na realidade, os Estados se vêem obrigados a integrar suas ordens jurídicas às demais, impactando o conceito clássico de soberania³⁸, que abrange o poder de tributar, próprio da chamada soberania fiscal. No momento em que se examinam as possíveis imposições simultâneas de tributos sobre uma única base econômica, por parte de dois ou vários Estados, ou a concessão de subvenções para a atração de investimentos, modificando as escolhas dos agentes econômicos, há de se falar nos limites da soberania fiscal³⁹.

Diante da crescente necessidade de arrecadação financeira por parte dos Estados contemporâneos, considerados Estados Fiscais/Financeiros (*Steuersaat*)⁴⁰, não se pode desprezar as normas internacionais se o objetivo é tributar situações ocorridas fora de seus territórios. E o sujeito passivo da relação obrigacional tributária⁴¹ muitas vezes é vítima da dupla e/ou múltipla imposição de tributos de diferentes Estados.

³⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39.

³⁶ “Esse estado ideal das coisas é composto de uma finalidade, de um valor, ou seja, de uma preferência intersubjetivamente compartilhada.” Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotação à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 60, p. 19, 2005.

³⁷ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46-58.

³⁸ “A acepção clássica de soberania deve, portanto, ser revista, pois se apresenta incompatível com a integração econômica pretendida pelo constituinte. Os processos de integração entre os Estados impõem a releitura do conceito de soberania. Por via da interpretação é possível obter-se um conceito atual de soberania, inclusive a fiscal, que permita ao Estado brasileiro amoldar-se ao panorama jurídico externo, e à posição invulgar que assume o direito internacional, nesse momento histórico, sem prejuízo para a normatividade do preceito constitucional que a contempla.” Cf. GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 34.

³⁹ “O conceito de soberania fiscal está inteiramente ligado ao conceito de Estado Nação: de um ponto de vista factual pode exprimir-se de forma tanto mais intensa quanto maior é a dimensão econômica de um país ou quanto mais marcadamente a sua política econômica tenha uma expressão autárquica com relativa desvalorização das suas relações econômicas com o exterior.” Cf. SACHES, J. L. Saldanha. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 57.

⁴⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.

⁴¹ Utiliza-se aqui da expressão *sujeito passivo* para designar o gênero de todos os que se sujeitam às normas tributárias, dentre eles o contribuinte e o responsável.

Com numerosas expressões, os doutrinadores tratam do tema da dupla, plura, múltipla ou bi-tributação internacional. Todos os termos, de qualquer forma, se referem a um único fenômeno: a imposição de tributos de diferentes Estados sobre uma mesma base econômica. Conforme observa Luís Eduardo Schoueri, a bi-tributação internacional compreende a “exigência de impostos semelhantes, por dois (ou mais) Estados, incidentes sobre o mesmo contribuinte e referentes ao mesmo fato e a idêntico período” (OCDE, 1977/7)⁴².

Sendo assim, este trabalho trabalhará com os tratados internacionais⁴³, formas normativas reconhecidas pela ordem jurídica brasileira, constituindo a fonte do direito internacional mais requisitada, isto é, verdadeiras normas imperativas e de aceitação consensual entre os Estados, gerando direitos e obrigações recíprocas para as partes signatárias, “com força de lei e obrigatoriedade de cumprimento, segundo a máxima principiológica do *pacta sunt servanda*.”⁴⁴

Alberto Xavier, a propósito, afirma que dentro das fontes internacionais do direito tributário, são os tratados os que ocupam lugar de relevo, havendo tratados que tenham, mesmo que por consequência, disposições sobre a tributação, e outros destinados especialmente a este campo⁴⁵. Também Luís Eduardo Schoueri explica que os acordos internacionais tributários se apresentam como o instrumento de que se valem os Estados para, através de concessões mútuas, impedirem ou minorarem a bi-tributação internacional em matéria de imposto de renda⁴⁶.

Entender-se-á aqui que os tratados internacionais em matéria de tributação são celebrados para remover barreiras ao comércio internacional e aos investimentos, eliminar a dupla tributação da renda, prevenir a evasão fiscal e aumentar a produção mundial, além de

⁴² Id. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: reaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 19.

⁴³ “As palavras tratado e convenção são sinônimas. Ambas representam acordo bilateral ou multilateral de vontades para produzir um efeito jurídico. Criam direitos e obrigações. Tratado (ou convenção) internacional vem a ser o ato jurídico firmado entre dois ou mais Estados, mediante seus respectivos órgãos competentes, com o objetivo de estabelecer normas comuns de direito internacional.” Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 26.

⁴⁴ Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008. p. 233.

⁴⁵ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 87-89.

⁴⁶ Cf. XAVIER, loc. cit.

desenvolver as relações internacionais⁴⁷. Visam os tratados fiscais, pois, a vantagens econômicas para os países signatários, estipulando o tratamento tributário dos residentes de cada país e evitando a dupla tributação da renda⁴⁸.

Na análise dos tratados que tratam de aspectos tributários, preserva-se a mesma noção do direito constitucional internacional, na acepção de se fazer “dialogar as normas de direito internacional com o direito interno, estabelecendo sistemas de incorporação e hierarquização entre as normas.”⁴⁹ Os tratados, pois, devem ser examinados em conjunto com as normas do direito interno⁵⁰.

Os tratados tributários podem também representar um mecanismo de cooperação da fiscalização entre os Estados⁵¹. Como aduz Saldanha Sanches:

A função dos acordos não se limita, contudo, à eliminação da dupla tributação internacional: eles têm também como objectivo evitar a fraude e a evasão fiscal internacionais. E deste modo contém geralmente não apenas regras para a troca de informações entre as várias administrações fiscais [...], como também cláusulas destinadas a evitar o uso, pelos seus residentes, dos chamados paraísos fiscais ou zonas de baixa tributação.⁵²

⁴⁷ Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. 2005. Thesis (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, p. 7; UCKMAR, Victor. Los tratados internacionales em materia tributaria. In: *Curso de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2003. p. 85-89.

⁴⁸ Cf. PEAKE Robert; BURKERT, Manfred. *UK/German tax treaty*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1995. p. 10.

⁴⁹ Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008. p. 181.

⁵⁰ Importante decisão, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à questão relativa à tributação de rendimentos dos sócios não-residentes, enfatizando a não-discriminação tributária, merece ser aqui referida: **“EMENTA: TRIBUTÁRIO. REGIME INTERNACIONAL. DUPLA TRIBUTAÇÃO. IRRPF. IMPEDIMENTO. ACORDO GATT. BRASIL E SUÉCIA. DIVIDENDOS ENVIADOS A SÓCIO RESIDENTE NO EXTERIOR. ARTS. 98 DO CTN, 2º DA LEI 4.131/62, 3º DO GATT.** - Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional. - O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2º da Lei 4131/62, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas. - O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis. - Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países. - Supremacia do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3º do GATT. - Recurso especial provido.” (STJ – RESP nº 426.945 - PR - 2002/0043098-0 – Relator: Min. Teori Albino Zavascki – Relator para o Acórdão: Min. José Augusto Delgado).

⁵¹ “Hoje, mais do que nunca, o tema adquire excepcional importância, haja vista o crescimento das relações internacionais, com a integração dos mercados, o surgimento de mercados comuns e zonas de livre comércio, a crescente universalização das fontes pagadoras e a localização dos beneficiários perceptores fora dos limites territoriais dos países em que são nacionais.” [...] Em face da globalização e da crescente universalização das rendas, entretanto, há uma tendência a se acolher uma nova forma de visualizar o conceito clássico de soberania, especialmente no tocante à atividade tributária internacional.” Cf. QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Manole, 2004, p. 176.

⁵² Cf. SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de direito fiscal*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 63.

E para se resolver a incidência de tributação sobre a renda auferida fora dos limites dos países, rotulada na doutrina de transnacional, há os seguintes elementos de conexão: territorialidade e universalidade. O primeiro (*source income taxation*) se refere ao território do Estado que impõe tributação; o segundo (*worldwide income taxation*), por sua vez, tem relação com a possibilidade de se alcançar extraterritorialmente a situação que se pretende tributar, nada obstante a limitação do Estado quanto ao território.

Atribuindo diferentes acepções, Saldanha Sanches afirma haver dois princípios que orientam a tributação internacional da renda: o princípio da conexão pessoal, pelo qual se tributa o rendimento em qualquer parte do mundo (justamente o *worldwide income taxation*), e o princípio da conexão pessoal, que “faz com que os Estados tributem qualquer rendimento que tenha como fonte (ou em termos comparativos, origem econômica) o seu território.”⁵³

No Brasil, a celebração de tratados compete privativamente ao Presidente da República (art. 84, VII, CF), que representa não apenas a União Federal enquanto entidade federativa, mas o Estado brasileiro como um todo. Depois de formalizado, o tratado é submetido à análise do Congresso Nacional (art. 49, I, CF), para aprovação, desde que em conformidade com o texto constitucional, sujeitando-se, pois, ao típico controle de constitucionalidade dos demais textos normativos que compõem o sistema⁵⁴.

Destarte, como regra geral, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁵, torna-se necessária, à incorporação do tratado, “a conjugação de duas vontades, uma transmitida pelo decreto legislativo, que contém a manifestação do Congresso e o decreto do Presidente da República.”⁵⁶ Também nos termos do que vem entendendo o Pretório Excelso, o tratado se situa no mesmo plano de validade e eficácia da lei ordinária, aplicando-se esse entendimento, inclusive, ao Código Tributário Nacional, cuja interpretação tem recebido críticas e polêmicas⁵⁷.

⁵³ Ibid., p. 62-63.

⁵⁴ Cf. REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 452-458.

⁵⁵ Nesse sentido, vide STF - ADI nº. 1.480 – Rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁶ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Os tratados internacionais e seus reflexos no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193.

⁵⁷ “Art. 98: Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Comente-se que nada impede que o tratado se situe no plano das leis complementares, desde que se submeta ao mesmo procedimento, no Congresso Nacional, daquelas⁵⁸⁻⁵⁹.

4.3 Sistema econômico

Como ensina Fábio Nusdeo, por sistema econômico podem existir duas acepções: uma que tem conotação de conjunto das atividades econômicas de uma comunidade; e outra que representa o “conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico”, relacionando-se, pois, com o problema “escassez de recursos.”⁶⁰

Ao seu turno, consigna Eros Grau que pode haver um sistema e um modelo econômico: o primeiro seria o conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção e a forma de repartição do produto econômico na sociedade; o segundo seria como uma configuração peculiar assumida pela ordem econômica (mundo do ser), afetada por determinado regime econômico⁶¹.

Para Heller, cada ciência cria seu próprio sistema, por ele denominado de “modelo simplificado do mundo real, que os cientistas estudam.” Segundo ele, “Uma vez construído esse sistema, os cientistas podem analisar seu funcionamento, suas partes componentes e, assim, chegar ao conhecimento de seu campo de estudo.”⁶² E explica ainda que todo sistema pode ser descrito como a combinação das partes componentes que formam um todo orgânico, mantendo cada componente uma relação funcional com os demais. Para estudar um sistema, afirma, “é necessário conhecer as partes componentes.”⁶³

Em matéria de economia, para os efeitos deste estudo, o sistema representará o complexo dos componentes do ser das relações econômicas. E tal complexo se forma a partir

⁵⁸ Veja-se, nesse contexto, a doutrina de BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008. p. 236-249.

⁵⁹ Cf. OLIVEIRA, op cit., p. 204-206.

⁶⁰ Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

⁶¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. , p. 176.

⁶² Cf. HELLER, Heinz Robert. *O sistema econômico: uma introdução à teoria econômica*. Tradução de Terezinha Santoro. Revisão de José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977. p. 17.

⁶³ Cf. HELLER, loc cit.

dos problemas econômicos centrais, tais como definidos por Heller: escassez e escolha. Ou seja, a economia deve analisar a forma pela qual as pessoas escolhem o modo mais eficiente de empregar seus recursos escassos a fim de satisfazer suas necessidades, o que deve ser considerado pelo ordenamento jurídico⁶⁴.

Nesse sentido, são vários os elementos que devem ser analisados em qualquer sistema econômico, como componentes que o formam, dentre os quais: decisão de consumo; decisão de produção; bens e serviços públicos; exportações e importações; consumo agregado; investimento agregado; política de estabilização; e balanço de pagamentos⁶⁵. O sistema econômico, portanto, descreve a parte do comportamento humano que trata da produção, da troca e do consumo de riquezas, constituindo-se em um subsistema que trata das ações econômicas e das interações sociais⁶⁶.

4.4 Regulação econômica

Com razão, adverte Fernando Menezes de Almeida que o termo regulação não é tradicionalmente empregado no Brasil, seja em textos normativos, seja em estudos doutrinários, principalmente de direito administrativo. Continua o professor afirmando que disso decorre uma dificuldade de compreensão de seu sentido, freqüentemente se confundindo o termo com outros, como regulamentação, em face de signos como *Regulate* e *Deregulation*⁶⁷.

Trata-se, de qualquer sorte, de forma de intervenção do Estado no e sobre o processo econômico. Como aduz Richard Posner, a expressão regulação econômica diz respeito à intervenção estatal no mercado⁶⁸. Adotar-se-á, pois, uma concepção de regulação como o controle estatal da atividade privada em face do interesse público⁶⁹⁻⁷⁰.

⁶⁴ Ibid., p. 20-21.

⁶⁵ Ibid., p. 25-26.

⁶⁶ Ibid., p. 28.

⁶⁷ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOSO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo; SANTOS Márcia Batista dos. (Org.) *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123, v.3.

⁶⁸ Cf. POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

⁶⁹ Cf. PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 151.

Em outros dizeres, entender-se-á a regulação econômica como qualquer medida estatal de intervenção que tenha por objetivo a direção e/ou a indução, por parte do Estado, visando-se à correção de falhas do sistema, com base no que determina, principalmente, a Constituição⁷¹. O poder de regular, portanto, abrange o poder de legislar e corresponde ao próprio poder de governar, isto é, o poder de restringir, proibir, intervir, proteger, encorajar, promover, e até mesmo tributar, tendo em vista qualquer objetivo público, desde que sem violação aos direitos das pessoas.

Utilizar-se-á, então, o parâmetro de Eros Grau no sentido de que o termo em tela designará uma ação estatal no e sobre o processo econômico, visando-se à correção das distorções e à preservação do mercado⁷². Regular, pois, é função estatal de dirigir ou induzir visando-se ao bem comum, ao equilíbrio teorizado no sistema jurídico.

4.5 Extrafiscalidade

Ademais, utilizar-se-á a expressão extrafiscalidade para designar uma das facetas da tributação, consistindo num dos mecanismos que o Estado detém para regular a economia e os

⁷⁰ “Regular, na Constituição Federal, quer dizer calibrar, colocar em harmonia, expelindo toda sorte de manipulações que empresários não éticos possam implantar. Como se vê o Estado edita normas no sentido de purificar o mercado [...]” Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004. p. 259. Segundo o autor na p. 257-258, a Constituição, através do art. 174, determina o papel do Estado como agente normativo e regulador, “através do exercício de três funções: a) fiscalização – trata-se aqui do exercício do poder de polícia, da verificação do cumprimento das normas pelos agentes econômicos; b) incentivo – é o estímulo, o fomento a determinadas atividades, através da concessão de benefícios fiscais, isenções tributárias...; c) planejamento – é o conjunto de normas e medidas governamentais que apontam para a organização e utilização dos fatores de produção.”

⁷¹ Especial atenção deve ser atribuída ao art. 3º. da Constituição, que tem a seguinte redação: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Comente-se, ainda, a lição de MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 45, para quem a intervenção econômica se opera direta e indireta, consistindo a tendência “para a substituição da intervenção directa do Estado por formas de intervenção indirecta ou < reguladora> [...], no pressuposto da bondade da actividade privada para o desempenho total ou parcial das funções sociais do Estado. Assim, se concilia justiça com eficiência. O paradigma é do Estado regulador e não do Estado (directamente) intervencionista.”

⁷² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 62. No mesmo diapasão, falando, entretanto, em intervenção econômica, vide SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 27, que registrou essa delimitação ao comentar: “Rejeita-se, assim, com o autor acima citado, a discussão acerca da necessidade de se diferenciarem os fenômenos do ‘intervencionismo’ e do ‘dirigismo’, que nada mais se revelam como “expressões para designar momentos e modalidades de um mesmo processo.”

comportamentos sociais⁷³. Partindo-se da premissa de que o Estado tanto pode impor comportamentos quanto estimulá-los, torna-se possível um entendimento quanto à diferença da intervenção por indução e por direção. Esta pode ser explicada a partir do exemplo concreto do controle de preços, pois a norma de direção vincula a determinada hipótese com único conseqüente⁷⁴. Havendo desrespeito à norma diretiva, deve haver a aplicação de sanções negativas. O agente econômico, portanto, fica obrigado ao comportamento previsto na norma. Já a norma indutora é diversa, eis que é verdadeira norma dispositiva, pois o agente não se vê sem alternativas, podendo, ao contrário, receber sanções premiais⁷⁵. Como acentua, por outro ângulo, Schoueri, “recebe ele estímulos e desestímulos que, atuando no campo de sua formação de vontade, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador”, assegurando-se ao agente a “possibilidade de adotar comportamento diverso, sem que por isso recaia no ilícito.”⁷⁶

Dessa forma, a extrafiscalidade pode ser concretizada através das chamadas normas tributárias indutoras, por meio de incentivos ou agravamentos tributários, os primeiros por intermédio de medidas como isenções e reduções tributárias, atribuição de créditos tributários, de regimes especiais e/ou preferenciais, dentre outras⁷⁷. Pode-se, também, empregar subvenções diretas, correntemente denominadas de subsídios.

Disso decorre a existência de numerosos conceitos, todos vagos diante da imprecisão terminológica e da confusão que impõem (incentivos fiscais, financeiros, monetários, ajudas de Estado, auxílios de Estado, promoções indiretas – *Indirekte Förderungen*, benefícios ou vantagens fiscais etc. Impõe-se, para o exame de qualquer dessas figuras, a consideração da despesa pública/fiscal. A esse respeito, pondera Guilherme Martins:

A despesa fiscal representa, em traços gerais, a totalidade das receitas tributárias a que o Estado renuncia, em nome de opções políticas assumidas.

⁷³ “Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão-só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.” Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 228-229.

⁷⁴ Cf. SCHOUERI, op. cit., p. 58.

⁷⁵ Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Crédito-prêmio de IPI e incentivo fiscal setorial: da inaplicabilidade do art. 41 do ADCT da CF/1988. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. São Paulo: Manole, 2005, p. 34.

⁷⁶ Cf. SCHOUERI, op. cit., p. 59.

⁷⁷ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves. *Direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 39.

Economicamente, a despesa fiscal corresponde a um *sacrifício*, ao *dispêndio* de recursos que *ab initio* pertenceriam ao Estado, mas que em resultado de opções extrafiscais são retidos pelos contribuintes, que passam, assim, a participar dos compromissos públicos. [...]

Juridicamente, a despesa fiscal corresponde ao enunciado, estimativo ou limitativo, das situações de *renúncia* de receitas tributárias, que seriam arrecadadas pelo Estado em função do conteúdo do núcleo essencial da tributação estabelecido.⁷⁸

Todavia, é necessária uma ampliação ao conceito utilizado pelo autor português, porquanto a despesa fiscal deve também incluir o gasto correspondente ao subsídio direto/subvenção. Nessa perspectiva, cite-se a doutrina de Adílson Rodrigues Pires e Marcos André Vinhas Catão que, seguindo as lições de Ricardo Lobo Torres, partem da distinção entre incentivos sobre a despesa pública (subvenções, créditos presumidos e subsídios) e sobre a receita pública (isenções, diferimentos, remissões e anistias)⁷⁹. Em outras palavras, deve-se partir da premissa de que toda e qualquer vantagem tem uma expressão econômica e financeira. Em conseqüência, haverá sempre uma face das citadas figuras que deverá ser investigada e ponderada: a face da despesa pública.

Portanto, as figuras em tela são conversíveis entre si, sendo uma questão secundária as suas formas, já que o que importa é a expressão do benefício tanto para os agentes econômicos como para as finanças públicas. Concorde-se, pois, com a afirmação no sentido de que a “roupagem ‘fiscal’ ou não das medidas é, no plano dos fins, relativamente secundária”⁸⁰, sendo o ponto fundamental a identificação da sua expressão econômica e financeira e a sua eficiência para o sistema econômico.

Como pontua Régis Fernandes de Oliveira, há uma enorme confusão terminológica a respeito das figuras ora examinada, principalmente no sistema jurídico brasileiro, seja na lei, seja na doutrina ou até mesmo na jurisprudência. E como lembra o citado autor, tais medidas podem ser consideradas todas como espécies de subvenção, que consiste no “auxílio

⁷⁸ Cf. MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira. *Os benefícios fiscais: sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51-53.

⁷⁹ Cf. PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 21-24, 58-91.

⁸⁰ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 506.

financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais.”⁸¹

No Brasil, há duas espécies de subvenções, as sociais e as econômicas: as primeiras são deferidas para auxiliar o desenvolvimento de atividades assistenciais e culturais; as segundas, ao seu turno, são concedidas para fomentar atividades econômicas, setores prioritários da economia etc. Elas podem ser direcionadas tanto a empresas públicas como a empresas privadas⁸², nos termos da Lei nº. 4.320/64⁸³.

As diferentes figuras relacionadas à indução econômica, dentre as quais as de natureza tributária, não obstante possíveis distinções em suas formas, serão, neste estudo, consideradas espécies de ajudas estatais ou de incentivos fiscais, sobre a despesa ou sobre a receita, sempre partindo-se da premissa de que o que importa é o seu conteúdo econômico-financeiro. E isso porque elas impõem, direta ou indiretamente, um ônus ao Estado (ônus com a subvenção direta ou com a diminuição da arrecadação tributária), tendo uma expressão financeira que há de ser conciliada com os valores da ordem jurídica⁸⁴.

Destarte, o controle e a fiscalização não são elementos específicos das subvenções diretas, principalmente com a evolução das próprias normas que regulam a matéria, começando-se pela própria Constituição Federal⁸⁵ e passando-se pelas Leis Orçamentárias e

⁸¹ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 371.

⁸² *Ibid.*, p. 372.

⁸³ É importante que se consigne que a Lei nº. 4.320/64 veda a concessão de subvenção econômica a empresas com fins lucrativos. Entretanto, o sentido da Lei é impossibilitar o deferimento de subvenção econômica destinada à empresa com fins lucrativos por intermédio de Leis Orçamentárias. Nada impede, por outro lado, que subvenção econômica com tal desiderato seja concedida através de Leis específicas. Nesse diapasão, vide AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: Lei nº. 4.320 comentada ao alcance de todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 232-236.

⁸⁴ “Desmistificou-se nos últimos anos o mecanismo dos privilégios e das desgravações fiscais. Percebe-se que hoje são todos conversíveis entre si, o que permite que se lhes desvende a concessão injustificada, ainda que camuflada sob diferentes rótulos. A própria legislação ordinária brasileira emprega indistintamente os termos ‘incentivo’, ‘estímulo’ e ‘prêmio’, que têm a mesma extensão dos privilégios e não possuem significado jurídico claro. Os *privilégios tributários*, que operam na vertente da *receita*, estão em simetria e podem ser convertidos em *privilégios financeiros*, a gravar a *despesa pública*. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. [...] Atento à conversibilidade dos privilégios tributários e financeiros o intérprete pode detectar com maior segurança as concessões odiosas. Porque a manipulação dos diversos incentivos tem sempre o objetivo político de encobrir os nomes dos beneficiários, atender a certas conveniências políticas e evitar o controle do eleitor.” Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 373-374.

⁸⁵ Veja-se o teor do art. 165, que dispõe que Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 6º. O projeto de lei orçamentária

pela própria Lei de Responsabilidade Fiscal⁸⁶. Em outras palavras, receita e despesa são duas facetas de um mesmo objeto, impondo-se que haja um controle rigoroso na concessão de qualquer das formas de auxílio estatal, seja porque se está falando de recursos públicos, seja porque não se pode afastar da busca da eficiência econômica que deve gerir as políticas públicas. Afinal, como aduz, com precisão, António Carlos dos Santos, a despesa fiscal se trata da face oculta dos benefícios fiscais, já que constitui a perda de ingressos fiscais, equivalendo, pois, a “subsídios directos em dinheiro.”^{87 88}

A própria legislação brasileira emprega indistintamente os termos incentivo, estímulo e prêmio, “que têm a mesma extensão dos privilégios e não possuem significado jurídico claro.”⁸⁹ Por isso é que auxílios tributários, benefícios fiscais e despesas fiscais são noções estreitamente ligadas entre si⁹⁰, conforme, aliás, adota considerável parte da doutrina nacional e internacional⁹¹.

Tamanha é a confusão terminológica que, na doutrina estrangeira, muitos autores consideram todas as ajudas como subvenções, podendo-se citar o conceito veiculado na Ley General de

será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

⁸⁶ V. Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000.

⁸⁷ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 324.

⁸⁸ A preferência de alguns Estados pelos incentivos tributários, de acordo com grande parte da doutrina, se justifica pela menor visibilidade no âmbito do comércio internacional. Com a concessão de incentivos tributários, a definição do volume dos auxílios é tarefa árdua, ao passo que quando da outorga de subsídios diretos, sabe-se efetivamente o gasto público e de que forma tal elemento influencia no sistema de preços. Nesse sentido, Cf. LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on State AIDS, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003, p. 14. Entretanto, com a inclusão dos incentivos concedidos em orçamentos públicos, tal problema pode ser remediado. No Brasil, a legislação de responsabilidade fiscal impõe tal medida, o que tem levado, por exemplo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil a divulgar, anualmente, a lista de incentivos e o seu impacto em termos financeiros para o governo federal. Sobre o tema, cf., especialmente, SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁸⁹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo (Coord.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP, 2006, p. 212.

⁹⁰ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 319.

⁹¹ Entende SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57-58, a propósito, que a subvenção é o gênero de todas as medidas. Confirma-se: “Identificado o gênero das subvenções como o campo onde se encontram as normas da intervenção indireta de caráter financeiro, importa investigar se as normas tributárias indutoras, quando adotam a forma de incentivos fiscais (isenções, reduções de alíquota ou base de cálculo, créditos tributários etc.) também se enquadram naquela categoria. [...] Neste sentido, parece acertado entender que os incentivos fiscais são uma forma de subvenção, sujeitando-se, então, ao regime imposto à última. [...] como argumenta Bayer, não pode a visão formal deixar de reconhecer que essencialmente ocorre uma subvenção, seja com uma prestação pecuniária, seja com uma renúncia de pecúnia por parte do Estado. Também Tipke é categórico ao incluir as normas tributárias indutoras que afastam a carga tributária entre as formas de subvenções, o que implica deverem elas se justificar como qualquer subvenção. No Brasil, Ricardo Lobo Torres ensina: ‘Desmistificou-se nos últimos anos o mecanismo dos privilégios e das desgravações fiscais. Percebe-se hoje que são todos eles *conversíveis* entre si, o que permite que se lhes desvende a concessão injustificada, ainda que camuflada sob diferentes rótulos’, continuando: ‘Os privilégios tributários, que operam na vertente da receita, estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal.’

Subvenciones da Espanha, na qual tal elemento corresponde, ao mesmo tempo, como ensina José Pascual García, a uma atividade administrativa e a um gasto público, isto é, trata-se de “una técnica propia de la administración de fomento que consiste en una atribución patrimonial, con el fin de llevar a cabo determinados comportamientos considerados de interés general a cuya consecución queda vinculado el beneficiario”⁹², sujeitando-se às seguintes condições: i) constituir um ato de disposição a título gratuito; ii) ser concedido pela Administração Pública; iii) ser o objeto a entrega de uma quantidade de dinheiro; iv) o destinatário estará obrigado a aplicar os fundos a um objetivo determinado; e v) esse objetivo está compreendido no âmbito das competências materiais da entidade concedente, ou seja, do órgão ou da entidade governamental⁹³.

Como afirma Farreres, a subvenção é a atribuição patrimonial, a fundo perdido, da Administração Pública em favor de um particular, afetando o desenvolvimento de uma atividade deste⁹⁴. E como lembra Ramón Parada, três aspectos marcam a subvenção: i) ser destinação de recursos públicos a fundo perdido; ii) concedidas por um órgão da Administração em favor de um particular; e iii) “*Afectación fiscal de La atribución patrimonial al desarrollo d una actividad del beneficiário*”⁹⁵.

No mesmo contexto, as iniciativas da União Européia no sentido de tentar nivelar o grau de desenvolvimento econômico dos novos países-membros têm levado à adoção de subvenções (subsídios diretos) que visam, principalmente, ao desenvolvimento de infra-estruturas, de regiões menos evoluídas, como áreas rurais, à qualificação de profissionais e ao aumento do emprego, promovendo pesquisas⁹⁶.

Apresenta-se relevante a posição de A. R. Prest, da London School of Economics, que, ainda na década de setenta, comparando subsídios e incentivos tributários, chegou a considerá-los mecanismos semelhantes, e, como tais, a merecer o mesmo tratamento estatal⁹⁷.

⁹² Cf. GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico de las subvenciones públicas: Ley 38/2003 General de Subvenciones*. 4. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004. p. 35.

⁹³ *Ibid.*, p. 40-46.

⁹⁴ Cf. FARRERES, G. Fernández. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 39.

⁹⁵ Cf. PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Macial Pons, 1998, p. 465.

⁹⁶ Cf. FRÄS-EHRELD, Clarisse. *Grants and incentive programmes in the ten new EU-member states*. Wien: Linde International, 2005, p. 28.

⁹⁷ “**Subsidies as negative taxes** - What of common proposition that subsidies can be thought of as negative taxes? There are some good reasons for taking this line. Taxes and subsidies may be substitutes in many cases for achieving particular ends; the budget balance is the same whether taxes are treated as positive revenue or negative expenditure, and whether subsidies are treated as positive expenditure or negative revenue. Many difficulties of definition are similar in the two categories: it is all too easy to omit taxes or subsidies which have to be imputed. And the formal apparatus of micro-analysis is the same: the distribution of both tax losses and

Inter alia, o que realmente importará, para os efeitos deste trabalho, será a expressão econômico-financeira dos mecanismos de ajuda estatal ou de incentivo fiscal, optando-se, portanto, por não enfrentar essa complexa confusão terminológica, como se comprova pela análise da legislação brasileira e estrangeira, que emprega indistintamente os termos incentivo, benefício, estímulo, subvenção, subsídio e prêmio, todas formas que se sujeitam aos princípios do direito público⁹⁸.

Em conseqüência, este trabalho considerará toda e qualquer medida de estímulo que envolva recursos públicos como espécies de ajudas estatais ou de incentivos fiscais, levando-se em conta o conteúdo econômico-financeiro e os efeitos no mercado e nas finanças públicas. Assim, quando houver referência às espécies empregadas pelos Estados, utilizar-se-á dessa premissa, mesmo se, hipoteticamente, falar-se em cada uma das suas espécies/rótulos (auxílios fiscais, auxílios de Estado, incentivos fiscais, incentivos financeiros, incentivos tributários, vantagens fiscais, regimes fiscais preferenciais, *tax holidays*, *State Aid*, subsídios, subvenções etc.).

subsidy benefits can be analysed in terms of the relative elasticities of demand and supply with, for instance, the loss (benefit) from a tax (subsidy) being larger the more elasticity of demand. Despite these resemblances, there are cogent reasons why in practice all such items cannot be lumped together. First, there is a difference in nature: taxes contain an element of compulsion lacking in subsidies; no one is legally forced to accept a subsidy in the same way as he is forced to pay a tax. Second, it is not very helpful to talk of a negative analogue of all taxes lumped together. But, once begins to distinguish between types of government revenues and look for the negative counterpart, difficulties arise. Subsidies might be said to be the counterpart of indirect taxes as conventionally defined; but this is not very helpful if the conventional definition of indirect taxes is itself unsatisfactory. And it is quite clear that many taxes simply do not have negative counterparts in practice: for example, one might have a negative income tax or a system of capital grants, but they would hardly correspond to a truly general tax on income or on capital. Similarly, to distinguish between government expenditure and to ask for their counterpart is soon to run into trouble; in most countries there is no comparison between the role played by the free provisions of goods and services on the expenditure side and any corresponding payment in kind on the revenue side. Thus the mirror-image analogy between taxes and subsidies looks rather tarnished when examined closely.” Finalmente, arremata Prest que: “[...] So there seem to be a number of reasons why some attention to the concept of a subsidy is desirable. [...] One of the most intractable areas is the distinction between some types of taxes and some types of subsidies. A closely related one is between subsidies paid in cash and those which need to be imputed. [...] There is no reason why the word ‘subsidy’ must be attached to one category of government transaction rather than another. We are concerned solely to distinguish between the various types of such transactions; it is open to anyone to argue, if he wishes, that the term ‘subsidy’ could be attached to any on of them. There is no monopoly of nomenclature.” Cf. PREST, A. R. *How much of subsidy: a study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974. p. 16-19.

⁹⁸ Segundo GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico de las subvenciones públicas: Ley38/2003 General Subvenciones*. 4 ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004, p. 103 et seq, com quem se concorda invariavelmente, as subvenções devem se sujeitar aos princípios da publicidade, transparência, concorrência, objetividade, igualdade e não discriminação, eficácia ao cumprimento dos objetivos de sua instituição e eficiência na alocação e utilização dos recursos públicos.

4.6 Mercado e concorrência

O signo mercado será utilizado no sentido de constituir a concepção da estrutura das relações econômicas, baseando-se na oferta e na procura e designando, simultaneamente, o conjunto de sujeitos e os seus comportamentos no processo econômico⁹⁹. Parte-se, assim, da premissa de que o mercado depende da concorrência¹⁰⁰ e que esses dois conceitos pressupõem a atuação do Estado.

O mercado, portanto, não será entendido como um estado irracional da natureza, em que “todos estão contra todos”, mas como o resultado da vontade do Estado, como sugere Moncada¹⁰¹. Desse modo, reconhece-se, conforme a ponderação de José Roberto Pernomian Rodrigues, que: i) o mercado não passa de uma instituição criada pelas trocas e disciplinada pelo direito; ii) não é um ente com vida própria capaz de impor comportamentos e subjugar seus participantes; iii) a imagem do mercado como um ente (ser) onisciente, onipresente e onipotente, livre de influências e de controles pelos seus participantes, é um equívoco; iv) três valores básicos são cultuados pelos defensores do mercado, tendo o Estado a função de estabelecer os seus parâmetros de coexistência e harmonização: livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor¹⁰².

Nesse passo, entende-se, com Dyle Campello, que o “livre funcionamento do mercado e das forças da oferta e da procura ainda são vetores indispensáveis à economia capitalista e a

⁹⁹ Afirmam PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2006, p. 54, em obra interdisciplinar (direito e economia), que “mercado é onde demanda e oferta, consumidores e empresas, compradores e vendedores se encontram. Em princípio, nada muito diferente dos mercados medievais, ou dos mercados municipais, que ainda hoje podem ser encontrados em muitas cidades brasileiras de médio e grande porte. Na Teoria Neoclássica, a principal função do mercado é determinar os preços, que, por sua vez, são a principal informação com que os agentes econômicos trabalham para tomar suas decisões de consumo e produção. Um conjunto de preços é definido como de equilíbrio quando leva a decisões individuais de consumo e produção que, somando todos os consumidores e todas as empresas, geram igualdade entre a demanda e a oferta agregadas.”

¹⁰⁰ Como ensina SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55 et seq, “Garantir a concorrência significa, a um só tempo, garantir coisas diversas. [...] Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’ - isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado. [...] O controle da lealdade da concorrência também serve, então, para garantir o fluxo de informações para o consumidor. [...] Ganha destaque, então, o segundo desdobramento da tutela da concorrência, que é exatamente a garantia direta do equilíbrio das relações econômicas.”

¹⁰¹ Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Editora Coimbra, 1988. p. 33.

¹⁰² Cf. RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como expressão do abuso do poder econômico: caracterização e consequências*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) - Universidade de São Paulo, p. 90.

concorrência surge-nos como a pedra angular desta economia.”¹⁰³ Ou seja, surge como fundamental o direito concorrencial, que assume, na linguagem de Calixto Salomão Filho, “caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum”, priorizando-se a preocupação com “as condições de acesso e permanência no mercado dos agentes.”¹⁰⁴ E para a realização desse objetivo (proteção de valores concretizados na ordem econômica, como livre iniciativa e livre concorrência), o direito concorrencial assume funções relevantes, tais quais: i) distribuição de renda; ii) estabilização econômica; iii) dispersão do poder econômico; iv) promoção da justiça¹⁰⁵.

Trata-se a concorrência, então, de verdadeiro instrumento de realização dos objetivos do Estado (Constituição Econômica), dentre os quais a promoção do desenvolvimento, a redução de desigualdades e assegurar a todos existência digna, como bem lembra Paula A. Forgioni¹⁰⁶.

Por outro lado, a concorrência acaba auxiliando na integração econômica, como aduz Cunha, “ajudando a formação da zona de livre comércio, da união aduaneira, do mercado comum e da união econômica (união fiscal, monetária e cambial).”¹⁰⁷ E isso porque, no momento em que as políticas públicas protegem o funcionamento do mercado a partir de estruturas competitivas, gera oportunidades para agentes econômicos de diferentes países, facilitando as trocas comerciais e o acesso do consumidor (entidade fundamental na economia contemporânea que é expressamente protegido no sistema brasileiro).

4.7 Eficiência

Por fim, suscita-se que o signo eficiência será utilizado em três diferentes aspectos.

¹⁰³ Cf. CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

¹⁰⁴ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 45.

¹⁰⁵ Cf. CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito da defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003. p. 25-26.

¹⁰⁶ Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 190-192.

¹⁰⁷ Cf. CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito da defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003. p. 26.

Num primeiro momento, falar-se-á em eficiência econômica como a relação entre um fato e/ou um comportamento e seus efeitos positivos no sistema social. Relacionada à alocação de recursos na sociedade, a eficiência estará presente, em termos de doutrina econômica, quando qualquer alteração imponha alguém a uma situação mais vantajosa sem colocar os demais em situação desvantajosa. Fala-se, então, em várias espécies de eficiência, dentre as quais a alocativa e a técnica ou produtiva, relacionada à produtividade empresarial.

Analisa-se, assim, a produção das empresas a partir do emprego dos seus insumos, inferindo-se o grau de eficiência. Pela sua utilidade, em termos econômicos, o conceito de eficiência passou a ser utilizado por outras ciências, inclusive pelo direito, já que muitas das questões conflituosas da sociedade requerem uma solução adequada a partir da comparação dos benefícios e dos prejuízos.

Em tal perspectiva, insere-se como fundamental o conceito de eficiência econômica para a escola da análise econômica do direito (*Law and Economics*), iniciado nos Estados Unidos, ainda na década de 60, apontando-se como marco inicial o artigo publicado por Ronald Coase, denominado *The Problem of Social Cost*. Segundo o autor, deve-se analisar a alocação de custos na sociedade através da proteção jurídica a certos interesses, examinando-se os efeitos dessa alocação em termos de eficiência. Como consequência, se os agentes transacionarem de modo racional, chegarão ao resultado mais eficiente, independentemente de como os direitos estejam definidos.

O artigo de Coase, propondo a liberdade das negociações como forma de se alcançar o bem-estar social, passou a ser a maior referência no estudo da referida escola, inclusive falando-se na sua teoria como um parâmetro-base, denominado de Teorema de Coase.

Com uma ampla evolução, a teoria do *Law and Economics* passou a provocar um deslocamento da ciência jurídica. Esta não deve, segundo a escola, pautar-se pela mera busca da justiça, mas para a persecução de resultados economicamente eficientes, já que o conceito de justiça, de equidade, são extremamente subjetivos, enquanto que o de eficiência é totalmente objetivo¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

Desse modo, para a suscitada linha de estudos, as questões subjetivas deveriam ficar adstritas à política, e não ao direito, que precisa ser útil na solução dos conflitos econômicos e sociais. E não obstante sujeito a enormes críticas, o *Law and Economics* é indubitavelmente útil para a evolução do pensamento jurídico, na medida em que impõe uma reflexão sobre os resultados que devem ser alcançados pelas trocas entre os agentes econômicos, colocando-se o direito como sistema de base.

Conclui-se, portanto, que o conceito de eficiência é necessariamente utilizado na concepção da introdução de medidas do Estado na busca da ordem econômica proposta na Constituição. Em outras palavras, o Estado, ao incentivar, através de estímulos fiscais ou financeiros, o fomento das atividades empresariais, deve examinar a eficiência de suas medidas.

Num segundo momento, falar-se-á em eficiência vinculada à Administração Pública, que, como explica Alexandre de Moraes, “compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca de qualidade.”¹⁰⁹

E num outro momento, tratar-se-á de relacionar a tributação e a eficiência, que deve atender às seguintes finalidades, corretamente delineadas por Ives Gandra da Silva Martins: “justiça fiscal, nortear a alocação de recursos, promover o desenvolvimento econômico, assegurar o pleno emprego, combater a inflação, assegurar o equilíbrio no balanço dos pagamentos internacionais, atender às finalidades sociais, permitir a coordenação fiscal entre as finalidades política, jurídica e administrativa dos governos.”¹¹⁰

Como adverte, precisamente, Raymond Lujá, ao se utilizar de medidas tributárias para estimular certos comportamentos econômicos, deve-se atentar especialmente para a eficiência econômica. E isso porque os governos não devem intervir quando o mercado já esteja atraindo, *per se*, elementos positivos para o seu sistema econômico. Melhor dizendo, “No

¹⁰⁹ Cf. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 790, ver também, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

¹¹⁰ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: ____ (Coord.). _____. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 33. (Pesquisas Tributárias: Nova série, n. 12).

subsidisation will be necessary to induce investments or actions that are already being made on the basis of normal investments decisions.”¹¹¹ Se, entretanto, o sistema econômico contiver imperfeições para a promoção dos objetivos governamentais, então justificar-se-á o uso de incentivos, desde que os benefícios obtidos superem os custos estatais.

5 Síntese

A. A concorrência fiscal internacional, fenômeno entendido como a disputa entre países à atração e à manutenção de capital financeiro e de investimentos, através da concessão, em favor dos agentes econômicos (empresas, investidores etc.), de auxílios, sob diferentes formas, com representação econômico-financeira, revela-se como um dos temas centrais da integração entre os países (globalização).

B. Os auxílios concedidos pelos Estados, visando-se ao desenvolvimento econômico, são referidos na doutrina e na legislação, tanto no Brasil como no exterior, como incentivos fiscais, incentivos financeiros, incentivos monetários diretos e indiretos, benefícios, vantagens, subsídios, subvenções, *state aids*, *Indirekte Förderungen* (promoções indiretas), diferimentos, regimes preferenciais, garantias bonificadas, créditos presumidos, isenções etc.

C. *Inter alia*, são elementos conversíveis entre si, daí porque devem ser examinados a partir de seu conteúdo (quantidade de recursos despendidos em favor do destinatário) e não apenas pela sua forma, seja para o controle rigoroso das finanças públicas, seja para que se proteja a isonomia de tratamento em face do mercado (livre iniciativa e livre concorrência), ou em vista das limitações da soberania fiscal pela celebração de tratados internacionais.

D. Auxílios de Estado ou incentivos fiscais (gênero das medidas existentes) têm como objetivo, fundamentalmente, modificar o *status* do sistema econômico, promovendo a regulação do mercado através da extrafiscalidade. Esta, portanto, é uma faceta da tributação. Todos os mecanismos de intervenção econômica citados devem ser concedidos em respeito às normas de direito tributário, direito econômico (que acaba abrangendo o direito concorrencial, que é um de seus instrumentos) e direito financeiro, e, ao serem colocados no plano internacional, às normas do direito internacional público.

¹¹¹ Cf LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003, p. 13.

CAPÍTULO 1 - A CRISE DO *WELFARE STATE* E A FIGURA DO ESTADO REGULADOR – A TRIBUTAÇÃO COMO MECANISMO REGULATÓRIO ECONÔMICO

O constitucionalismo brasileiro segue um movimento existente desde 1917, a partir das Constituições do México, Rússia e Alemanha, de determinar o seu modo de atuação, visando-se a uma ordem econômica¹¹². A Constituição brasileira, portanto, acaba estabelecendo o caminho a ser perseguido em termos de seu sistema econômico, elegendo como devem atuar o Estado e os agentes econômicos.

Fala-se por essa razão, numa Constituição Econômica¹¹³, que, no dizer de Gaspar Ariño Ortiz, se trata do conjunto de princípios, critérios, valores e regras fundamentais que presidem a vida econômica e social de um Estado, segundo uma ordem que se encontra reconhecida na Constituição¹¹⁴. E essa ordem, evidentemente, não é uma peça isolada, senão um elemento que integra a estrutura básica da Constituição, ressaltando-se o modelo de uma sociedade livre ao lado da idéia de um Estado social e, simultaneamente, democrático de direito¹¹⁵.

Aliás, essa preocupação com as questões econômicas e sociais no plano da Constituição demonstra a que corresponde o novo constitucionalismo, um movimento de plena ascensão científica e indubitável valorização institucional da Constituição¹¹⁶. Em outros dizeres, as questões que afligem o sistema social somente podem ser solucionadas a partir de

¹¹² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11 et seq.; DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 41-54.

¹¹³ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 17 et seq.; DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19 et seq.; MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41 et seq.; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89 et seq.; TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 74 et seq.

¹¹⁴ Cf. ORTIZ, op. cit., p. 175.

¹¹⁵ Cf. ORTIZ, loc cit. Ensina o autor que, fundamentalmente, existem dois sistemas possíveis de organização social e econômica: liberal e socialista, o primeiro baseando-se na economia de mercado, na liberdade de preços e na soberania do consumidor, e o segundo, capitaneado pela direção da economia em face da planificação central e do controle das liberdades econômicas. Todavia, há, segundo o jurista em tela, modelos intermediários, podendo-se “hablar de los sistemas de economía mixta y economía social de mercado, en los que se combinan los dos sistemas de decisión (individual y estatal) y de propiedad (pública y privada). A este modelo mixto responde, como veremos, la Constitución Española de 1978.”

¹¹⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 509 et seq.

uma interpretação dos dispositivos da Constituição¹¹⁷, que, além de protegerem os direitos fundamentais, determinam de que forma deve atuar o Estado e os agentes do sistema social, enfatizando-se a promoção do desenvolvimento econômico.

Consoante a lição de Jorge Miranda, “o constitucionalismo tende a disciplinar toda a actividade dos governantes e todas as suas relações com os governados”¹¹⁸, daí porque o constitucionalismo somente pode ser compreendido a partir da noção de que o “Estado só é Estado constitucional”, no dizer de J. J. Gomes Canotilho¹¹⁹.

Desse modo, em termos de atuação no processo econômico, principalmente por meios indiretos, o Estado brasileiro não pode ser considerado neutro¹²⁰, já que a sua Constituição acaba impondo mudanças estruturais, não aceitando o que encontrou quando de sua promulgação, numa escala evolutiva de proteção dos direitos sociais, apesar de se basear no sistema de produção capitalista¹²¹.

Afirma-se, destarte, que na evolução histórica do Estado constitucional, assim denominado porque seu aparecimento tem lugar justamente com o surgimento das “Cartas de Direitos” como meio de proteger as liberdades individuais frente ao poder antes absoluto do Estado, há, basicamente, três etapas que correspondem a ideologias e concepções políticas e econômicas bem diferenciadas: i) o Estado “gendarme” do *laissez faire* ou Estado liberal; ii) o Estado do bem-estar social ou *welfare state*, que surge como reação ao primeiro; iii) e o Estado regulador, um modelo adotado pela grande maioria dos países contemporâneos¹²².

Aliás, as causas dessa classificação são, em síntese, a grande depressão da década de trinta, com uma repercussão mundial em face da quebra da bolsa de Nova York, e a chamada

¹¹⁷ “De uma forma historicamente mutável, a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares: poder, dinheiro e entendimento. [...] Em qualquer deles, há a preocupação fundamental de explicitar jurídica e politicamente as relações entre a organização política (Estado) e o cidadão. O esquema referencial explícito normativizado nos textos constitucionais – poder político e direitos dos cidadãos – transportava sempre, implicitamente, um modelo de ‘ordem jurídica global’ que englobava o Estado e a ‘sociedade civil’. [...]” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 21-22.

¹¹⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 325.

¹¹⁹ Cf. MIRANDA, loc cit.

¹²⁰ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscoalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

¹²¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹²² Cf. CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador*: hacia un nuevo modelo de Estado. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 22.

década de liberalização econômica, considerada a “década perdida”, nos anos oitenta, com movimentos liderados pelo Reino Unido e pelos Estados Unidos, resultando na aceleração do processo de globalização econômica¹²³. Veja-se que aquela crise norte-americana teve efeitos globais¹²⁴, ressaltando-se a crise enfrentada pela indústria alemã, com a falência de centenas delas e o aumento massivo do desemprego.

Com os problemas criados pela liberalização econômica¹²⁵, criou-se um novo modelo de Estado, que, apesar de atribuir à iniciativa privada o exercício da maioria das atividades econômicas no mercado (domínio econômico), mantém seu *status* de agente regulador, controlando, fiscalizando e fomentando a economia, diretamente ou indiretamente.

Pontifica Gaspar Ariño Ortiz que as principais razões da mudança de perfil do Estado contemporâneo diz respeito ao impressionante aumento do gasto público dos países, em face da assunção de gastos sociais, que incluíam educação, saúde e, principalmente, a seguridade

¹²³ Ibid., p. 23.

¹²⁴ Cf. FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo global: história econômica e política do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 388.

¹²⁵ Distingue DIMOULIS, Dimitri. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 81-148, o liberalismo econômico do liberalismo político. São do autor as seguintes ponderações: “o liberalismo econômico realiza uma leitura da sociedade em termos do mais puro ‘estado da natureza’. Toma-se como ponto de partida a plena liberdade do indivíduo, sem nenhuma fixação externa de finalidades ou deveres. O atributo da autonomia define o lugar do indivíduo na visão liberal. [...] Isso significa dizer que o liberalismo econômico se baseia em um *relativismo ético* que poderíamos chamar de *radical* (ou mesmo absoluto), pois rejeita a possibilidade de formular juízos de valor intersubjetivos, que possam ser considerados válidos (obrigatórios, verdadeiros, corretos) por quem deles não compartilha. Encontramos aqui a visão extrema de um não-cognitivism ético (ou decisionismo ético), pois se considera que não há possibilidade de fundamentar um juízo sobre o bem (ou o justo) que possa ser vinculante para os demais. [...]” Mais adiante, esclarece que: “O liberalismo político compartilha com o liberalismo econômico a crença na primazia das opções individuais (decorrência de sua liberdade) perante intervenções externas”. Não rejeita, porém, a necessidade de atuação de instâncias de regulamentação coletiva e está a favor da imposição de certas decisões de interesse coletivo, limitando estruturalmente a liberdade da ação individual. O liberalismo político não acredita nas virtudes do ‘estado de natureza puro’. Só vislumbra o efetivo exercício da liberdade individual em uma sociedade organizada, cujas instituições possam submeter o arbítrio individual a limitações. Não constitui uma teoria da liberdade individual a qualquer custo, mas uma teoria de organização e distribuição do poder político com a finalidade de evitar concentrações de poder que ameaçariam a liberdade individual. [...] O liberalismo político, teoria triunfante na ‘modernidade’, cria, assim, uma nova definição do direito, que deixa de ser considerado como ‘direito objetivo’ decorrente da vontade divina, da ‘natureza das coisas’ ou de qualquer outra ‘necessidade superior’. [...] Indivíduo = Liberdade = Direito. Essa equação é, até os nossos dias, central no pensamento dos juristas, dos filósofos e dos políticos e continua sendo adotada como definição do direito positivo. A liberdade encontra-se garantida-preservada por uma ordem institucional, que dispõe dos meios necessários para ser coativamente imposta a quem se desviar das regras que objetivam garantir igual liberdade para todos. Na visão do liberalismo político, o poder deve existir, mas, de certa forma, se auto-anula, pois usa sua força não para destruir a liberdade dos indivíduos, mas para destruir o potencial libertador do próprio poder. [...] Disso resulta que o liberalismo econômico se satisfaz com a eficiência da ‘ordem espontânea’ das interações individuais, e o liberalismo político procura corrigi-la mediante princípios e práticas de equidade e senso do interesse comum, apresentando-se, intuitivamente, como teoria mais progressista e realista.”

social (pensões, desemprego e outras atenções sociais)¹²⁶. Problemas financeiros e o fracasso generalizado do modelo de planificação centralizada colocaram em dúvida o modelo do Estado do Bem-estar¹²⁷.

O modelo de Estado regulador, então, assume o perfil da atualidade, em que há uma limitação dos orçamentos públicos aliada aos efeitos da concorrência internacional, marcada pela mobilidade dos fatores econômicos. Como registra Ortiz, exemplificando com o caso espanhol,

La liberalización e introducción de competencia en los mercados de bienes y servicios es otra de las reformas estructurales que los economistas a nivel internacional y nacional consideran imprescindibles. Y en este sentido, en los últimos años se han dado grandes avances en la liberalización de las telecomunicaciones, transporte marítimo y aéreo, electricidad y gas, servicios postales y con la Ley 6/1999 del sector del agua. [...] Así, la liberalización y la reducción del papel del Estado productor y director de la vida económica (planificador en sentido tradicional) debe compensar-se con el nuevo sentido de 'regulación para la competencia' y para garantizar la prestación de servicios esenciales.¹²⁸

Tal modelo é bem explicado por Jaime Abella Santamaría como uma evolução, a partir de critérios de eficiência econômica, do Estado do Bem-estar:

Las normas derivadas de la existencia del Estado de Bienestar inciden en el proceso de asignación de recursos e interfieren en los mecanismos del mercado. Varias son las cláusulas que se utilizan en la Constitución para fundamentar esta intervención del Estado en la economía: la función social de la propiedad, la subordinación de toda la riqueza del país al interés general, las exigencias de la economía y la planificación la defensa de la productividad, la política de estabilidad económica, la promoción pública del progreso social y económico, la distribución equitativa de la renta, la consecución del pleno empleo, la utilización racional de los recursos naturales, la mejora de la calidad de vida, la defensa y restauración del medio ambiente, la modernización y desarrollo de la economía, la defensa de los consumidores y usuarios, la participación de los trabajadores en la empresa, etc. [...] Todas estas finalidades pueden conducir a intervenciones diversas de las Administraciones públicas, como son la de policía, fomento, prestación de servicios públicos, arbitrales e incluso de intervención y planificación.¹²⁹

¹²⁶ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 302.

¹²⁷ Ibid., p. 305.

¹²⁸ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 330-331.

¹²⁹ Cf. SANTAMARÍA, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 59-60.

Destaque-se, por oportuno, a adoção do modelo de economia social de mercado na Alemanha, considerando fundamentais, lado a lado, a concorrência e a regulação estatal. A chamada neutralidade das políticas econômicas foi deixada para trás. Como registra Eric Owen-Smith, “the state would find necessary to obviate poverty and business collusion. But social policy must not run counter to the basic principles of the market economic order, as that would undermine industrial enterprise.”¹³⁰

A Constituição brasileira parece adotar esse modelo de Estado regulador, concretizando, através dos princípios da ordem econômica, valores relevantes nesse processo de mudança de perfil estatal, sendo fundamental, para a efetivação da ordem econômica teorizada, um sistema jurídico coerente, equilibrado e seguro para todos, inclusive para o próprio Estado.

De fato, a tendência de redução do Estado foi marcada, nos países periféricos, pela liberalização de alguns setores estruturais e pela privatização das empresas públicas. Concorde-se, nesse momento, com a assertiva de Santos, Gonçalves e Marques no sentido de que:

[...] a redução do peso do Estado-empresário e a liberalização de determinados sectores de actividade económica, a que se tem assistido ao longo dos últimos anos em diversos países, têm sido acompanhadas por um *alargamento do papel do Estado como regulador*. Este fenómeno, a que alguns autores têm chamado de <<re-regulação>>, incide em especial sobre os mercados emergentes como resultado dos referidos processos de privatização e liberalização. [...] Assim, tanto a privatização de empresas públicas [...], como a abertura à concorrência de sectores anteriormente vedados ou de acesso controlado (como, por exemplo, as telecomunicações) têm dado origem ao estabelecimento de novos regimes e instâncias de regulação.¹³¹

Nesse contexto, aspectos como a correção das falhas de mercado, a descentralização da organização estatal, a estabilização econômica e a fiscalização do mercado são as chaves do novo modelo de Estado, que visa ao bem comum, sua própria finalidade teleológica, que acaba abrangendo medidas como: i) garantir a seguridade e os direitos sociais; ii) ordenar e estimular o exercício dos direitos econômicos; iii) corrigir as desigualdades econômicas e

¹³⁰ Cf. OWEN-SMITH, Eric. Government intervention in the economy of the Federal Republic of Germany. In: MAUNDER, Peter (Ed.). *Government intervention in the developed economy*. London: Croom Helm, 1979. p. 161-162.

¹³¹ Cf. SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71-72.

sociais¹³². Fala-se, desse modo, numa economia social de mercado, combinando-se os mecanismos da economia de mercado com complementos em termos dos valores socialmente relevantes, recebendo o liberalismo tradicional correções em face de questões éticas e sociais que o mercado não é capaz de resolver sem a regulação do Estado¹³³.

O Estado brasileiro, como a maioria dos Estados contemporâneos, adotando esse modelo regulador a partir de sua Constituição, deve promover medidas com base no interesse econômico e social da coletividade. Tem o dever, na forma do que prevê a Constituição, de, num primeiro momento, tutelar os direitos fundamentais (como a tutela do consumidor, a proteção do meio ambiente, a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência, dentre os demais princípios da ordem econômica), e, como consequência de sua forma de atuação, de orientar e controlar o sistema econômico através de mecanismos técnicos. A estes, a doutrina exemplifica com a orientação do desenvolvimento, a preservação da soberania nacional, o zelo pelo funcionamento do mercado e a eficiência da Administração¹³⁴.

Visa essa Constituição econômica, pois, ao verdadeiro desenvolvimento econômico¹³⁵, entendido como um estado de equilíbrio entre as forças do livre mercado e os valores

¹³² Cf. CARBAJALES, Mariano. *El estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 61.

¹³³ “El liberalismo tradicional recibe correcciones en dos supuestos: cuando el mercado contenga em sí mismo fuerzas desestabilizadoras que alteran y falsean sus reglas; y cuando nos encontremos ante necesidades que no son solventables por vía del mercado, bien porque estamos ante outro tipo de exigencias, culturales y espirituales, que el mercado no puede atender, bien porque se trata de hacer realidad unos ideales éticos y sociales (corrección de desigualdades, aseguramiento de um mínimo vital acorde con la dignidade humana, atención a situaciones de marginación y miseria material y moral, etc.). En tales casos se deben corregir y complementar los mecanismos del mercado.” Fala o autor em medidas que não desincentivem o trabalho e o esforço, igualando oportunidades, e, por outro lado, sem suprimir o mercado, sob pena de acabar o Estado exercendo as atividades econômicas, caindo no modelo de planificação e direção. Conclui o autor, finalmente, que há basicamente dois sistemas: i) um sistema do monopólio da gestão pública, falando-se em “subsidiariedad invertida”, uma reação à “crises del Estado de bienestar” – modelo vigente na maioria dos países europeus e latino-americanos; ii) um sistema aberto, plural e competitivo, com a valorização do mercado e das liberdades dos agentes econômicos, de acordo com o chamado “principio da subsidiariedad”. Cf. CARBAJALES, Mariano. *El estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 60-64.

¹³⁴ Cf. SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73, et seq., para quem a regulação deve ser classificada em: i) geral, com as competências genéricas da Constituição, com as atribuições de: i.1) defesa da concorrência, porquanto “o mercado é o principal instrumento de coordenação da economia.”; i.2) o planeamento, que seria a forma de atuação do Estado dentro de um plano a longo prazo; e ii) regulação de natureza setorial, através de: ii.1) políticas agrícolas; ii. 2) políticas comercial e industrial; ii. 3) políticas monetária e financeira (a Constituição Financeira); ii.4) a concretização dos valores das Constituições financeira, tributária e creditícia.

¹³⁵ A propósito, destaque-se que o Estado brasileiro é considerado um país em desenvolvimento. Entretanto, essa classificação, muitas vezes criticada na doutrina, como adverte VOGEL, Klaus. A importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli (Coord.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, por inserir num mesmo grupo países completamente diferentes e com variados graus de desenvolvimento, merece ser aqui aclarada. De qualquer sorte, entende-se que o Brasil é um país em

socialmente relevantes, isto é, o crescimento da economia de modo sustentável, com a cumulativa redução dos problemas sociais, a proteção do meio ambiente, do consumidor, com a criação de empregos e a valorização do trabalho humano, como estatuem os arts. 170 e seguintes da Constituição¹³⁶.

O sistema econômico, ao flexibilizar valores que eram no passado inconciliáveis, se baseia na economia de mercado, que não prescinde de um modelo exequível de concorrência econômica, daí porque se falar num sistema misto, modelo que foi também adotado pela grande maioria das ordens constitucionais contemporâneas¹³⁷.

Anunciado há décadas por Joseph Schumpeter¹³⁸, a decadência do capitalismo “puro” como modelo econômico se observa na realidade contemporânea com a integração de valores do citado modo de produção com aqueles chamados de socialmente relevantes. O papel do

desenvolvimento pela coexistência de ápices de riqueza, de inovação tecnológica, e de pobreza, demonstrada através do exame do número de desempregados, analfabetos, pelos problemas da saúde pública e da violência. A situação, entretanto, tem melhorado gradativamente e o Brasil vem alcançando melhores níveis nos aspectos do seu desenvolvimento. Por exemplo, cite-se: i) o grau de investimento que o país vem recebendo, criando-se considerável número de empregos, com um largo investimento em atividades econômicas importantes; ii) a classificação que o país atingiu, recentemente, em várias consultorias de investimento internacional, que levaram em conta, principalmente, a responsabilidade fiscal; iii) a estabilização monetária; iv) as políticas de redistribuição, que, apesar de receberem também críticas, acabaram melhorando o nível de vida da população mais carente; v) o maior acesso ao crédito para as classes mais baixas, aumentando o consumo e a circulação de riqueza; vi) várias mudanças no sistema jurídico, como a adoção das Súmulas Vinculantes, para tornar mais previsíveis as decisões judiciais; e vii) a instituição de algumas políticas tributárias, como o SUPERSIMPLES. Disso decorre a conclusão de que, se o Brasil ainda tem muito a fazer, pode-se afirmar que sua economia e a forma de solucionar seus problemas têm evoluído, o que é enfatizado por numerosas pesquisas econômicas que afirmam que o país superará, em alguns anos, vários dos países industrializados em termos de geração de riqueza e de consumo.

¹³⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 06/95) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹³⁷ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 176.

¹³⁸ Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 3. ed. New York: Harper & Brothers, 1950, p. 61. Com o questionamento “Can capitalism survive?”, o professor suscitou, na esteira do pensamento de Karl Marx, os problemas criados pelo capitalismo que, ao final, afetam-no diretamente, seja em face da estrutura social e cultural que prega, seja pelos problemas relativos ao próprio modo de produção. Nesse sentido, convém reproduzir o seguinte trecho do autor: “The thesis I shall endeavor to establish is that the actual and prospective performance of the capitalist system is such as to negative the idea of its breaking down under the weight of economic failure, but that its very success undermines the social institutions which protect it, and ‘inevitably’ creates conditions in which it will not be able to live and which strongly point to socialism as the heir apparent. My final conclusions therefore does not differ, however much my argument may, from that of most socialist writers and in particular from that of all Marxists. But in order to accept it one does not need to be a socialist. [...]”SCHUMPETER, op. cit., p. 61 et seq.

Estado contemporâneo¹³⁹, pois, é dirigido ao controle do mercado, promovendo o equilíbrio das relações econômicas e sociais.

Como bem demonstra Francisco Queiroz Cavalcanti, a figura do Estado Social, tal qual tradicionalmente conhecida e concebida no Brasil, “acha-se fragilizada”, notando-se a diminuição da capacidade estatal de “ser efetivo agente da atividade econômica”¹⁴⁰.

Tem-se, nesse contexto histórico, uma mudança do perfil da grande maioria dos Estados contemporâneos com a crise dos denominados *Welfare States*, não havendo mais espaço para países que pretendam exercer, diretamente, como regra geral, as atividades econômicas, seja pela competitividade dos novos mercados, seja pelas suas próprias limitações financeiras. Na atualidade, resta disseminada a noção de que cabe aos Estados contemporâneos auxiliar os agentes econômicos para que se atinja o equilíbrio das forças do capital e dos valores socialmente relevantes.

Isso é muito bem ressaltado por Hans-Werner Sinn, que sustenta a necessidade de reformas urgentes no sistema fiscal e previdenciário germânico, o qual, visando a preservar o chamado *Welfare State*, acaba tornando descompetitivos o país, seu território, suas empresas e seus empregados. Segundo o professor da Universidade de Munique, a respeito do sério debate em relação ao *Welfare State* alemão, a visão de muitos conservadores está equivocada¹⁴¹.

¹³⁹ Questiona STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York; London: W. W. Norton & Company, 2000, p. 1, com precisão, para demonstrar os caminhos do novo modelo estatal: “At the center of our country’s political life are some basic economic questions: How does the government affect the economy? What should the government do? Why are some economic activities undertaken in the public sector and others in the private? Should government do more that it is doing, or less? Should it change what is doing, and how it is doing?” E complementa o autor: “To answer these questions, we must begin by understanding what the government does today. How has the government grown over the past fifty years?”

¹⁴⁰ “O modelo do *Welfare State*, desenvolvido a partir da Primeira Guerra Mundial e que tem como grandes referenciais a Constituição Mexicana de 1917 e a Carta Alemã de Weimar vêm sendo substituídos por um padrão de Estado mais reduzido, fruto de uma ideologia neoliberal, a motivar essa alteração de perfil, à qual se acresce nos Estados periféricos, o excessivo endividamento e, por vezes, a exaustão financeira, diminuindo, pois, drasticamente, a capacidade estatal de ser efetivo agente da atividade econômica, fato esse que pode ser exemplificado com a situação brasileira, constatável a partir de simples exame do Orçamento Nacional. [...]” Cf. CAVALCANTI, Francisco de Bezerra Queiroz. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo (Coord.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP, 2006, p. 87.

¹⁴¹ Argumenta o professor da Universidade de Munique, a esse respeito, o seguinte: “Many Germans believe that the concern about expanding the welfare state is exaggerated. They view the redistribution exercise as being analogous to the state taking the money from one pocket and transferring it to the other. As long as the taxes paid and the benefits received are equal, on aggregate, they assume that the balance will amount to zero. What one group loses is equal to what other gains. Unfortunately, this conclusion is erroneous. Although the money flows

Sendo assim, o Estado deve considerar, na conformação de suas políticas, os fatores da globalização econômica, que acabam impondo problemas diferentes todos os dias. Ademais, ao invés de atuar como empresário, a não ser em casos excepcionais, deve o Estado fornecer aos agentes econômicos condições favoráveis¹⁴² para a sua atuação no mercado, inclusive no âmbito internacional. Isso quer dizer a instituição de uma estrutura apropriada para a concorrência, que há de ser tutelada para que o mercado seja acessível a todos, na medida do racional e do razoável. A idéia, em verdade, é atribuir a todos oportunidades iguais, e, a partir delas, cada sujeito deve exercer sua atividade com eficiência, sem manipulações e distorções econômicas.

Veja-se, por oportuno, a lição de Gilberto Dupas:

As questões centrais envolvendo o futuro das relações entre a sociedade e os Estados nacionais estarão relacionadas à capacidade destes Estados para assumir eficientemente um novo papel indutor-normativo-regulador, ao mesmo tempo em que essas sociedades consigam encontrar alternativas de como lidar com a tendência de crescente exclusão social decorrente do atual modelo econômico global [...].

As tendências do cenário internacional têm provocado a necessidade de uma profunda revisão no papel do Estado moderno. Após ampla aceitação do esgotamento das possibilidades de manutenção das práticas keynesianas, o debate acabou se balizando entre a idéia de um *Estado mínimo* – que não crie embaraço algum ao mercado – e de um *Estado forte* – que saiba atuar no mundo globalizado minimizando seus conflitos, inclusive a exclusão social.¹⁴³

Nada obstante esse movimento contemporâneo, não se pode deixar de lado que sem Estado inexistiria mercado, e, por conseguinte, concorrência. Veja-se, pois, a recente posição de numerosos Estados diante da crise financeira internacional, que acabou impondo-lhes a adoção de políticas de auxílio a empresas e, sobretudo, a instituições bancárias, face à falta de liquidez e ao comprometimento de suas obrigações.

balance, the private economy is distorted because the citizenry's economic incentive structure is altered. The taxpayers as well as the welfare recipients change their economic behavior and this hurts the economy at large. [...] Economic efficiency is compromised in the process, resulting in a smaller national product than would have resulted in the absence of redistribution. The pie gets smaller as one tries to distribute it more equitably. Taxes and social expenditures paralyse the German economy, and these paralyzing forces add up instead of netting out. Think of the labor market. While the taxes on labor push people out of work, the spending on social replacement payments pulls them away. Employment shrinks, and economic growth diminishes. [...]” Cf. SINN, Hans-Werner. *Can germany be saved? the malaise of the world's first welfare state*. Hardcover: Mid Press, 2007, p. 192-193.

¹⁴² Cf. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

¹⁴³ Cf. DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 103-105.

Cumpra-se, nesse contexto, como se dá a ordenação da atividade econômica na União Europeia, que se baseia na proteção de um mercado único, sem fronteiras e baseado nos seguintes pilares, referidos na doutrina como “as quatro liberdades fundamentais”¹⁴⁴: i) a livre circulação de mercadorias, já que se está diante de uma verdadeira União Aduaneira, que implica: i. 1) na proibição de imposição de direitos aduaneiros nas fronteiras entre os países-membros (“Se trata por ejemplo de normas especiales exigiendo determinadas documentaciones, indicaciones de origen, etiquetados, formas, dimensiones [...], que hacen más difícil u onerosa la importación o comercialización por los otros Estados miembros.”¹⁴⁵; i. 2) a adoção de políticas aduaneiras comuns em relação a terceiros países, não-membros da União; ii) a livre circulação dos trabalhadores, o que implica na liberdade de pessoas físicas e/ou jurídicas de exercerem seus papéis em todos os países-membros, sem discriminação; iii) a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços; e iv) a liberdade do movimento de capital financeiro, eis que proibiu-se toda e qualquer restrição aos movimentos financeiros e aos pagamentos entre Estados-membros para facilitar a constituição e manutenção do mercado comunitário¹⁴⁶.

O Estado, pois, na linguagem de Gilberto Dupas, há de ser forte, no sentido de ter estruturas para o controle do sistema econômico. Essa crise, aliás, levou o Governo Federal brasileiro a instituir, através de Medida Provisória, a possibilidade de instituições financeiras vinculadas ao Estado a adquirirem bancos privados, aumentando, portanto, a atuação estatal direta na economia, para “evitar um desequilíbrio no sistema”¹⁴⁷. Merece reflexão, por oportuno, o dispositivo em face dos princípios da ordem econômica, porquanto pode,

¹⁴⁴ Cf. SANTAMARÍA, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 94.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁴⁶ Em verdade, considera-se admissível o controle sobre os movimentos de capital através da aplicação das legislações tributárias, principalmente para evitar o cometimento de ilícitos, especialmente no campo da lavagem de dinheiro. Como adverte Santamaría, entretanto, “Las medidas y procedimientos admitidos no pueden constituir un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos. En general, todos los países suelen tener procedimientos para conocer el importe y naturaleza económica de tales movimientos, datos necesarios para confeccionar la balanza de pagos y la política económica y también para el control fiscal de los residentes.” Cf. SANTAMARÍA, op. cit., p. 101.

¹⁴⁷ Trata-se da Medida Provisória nº. 443, de 21 de outubro de 2008, que dispõe: “Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas ao cumprimento de atividades de seu objeto social. Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas do ramo securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no art. 10, inciso X, daquela Lei. [...]”

hipoteticamente, haver violação às bases da ordem teorizada na Constituição (livre iniciativa, livre concorrência, eficiência etc.). O Estado, pois, não pode privilegiar um agente econômico em face dos demais, e nem tampouco financiar, sem avanços sociais, o lucro privado, o que contraria o perfil de sua atuação a partir do sistema (especialmente no âmbito das normas concorrenciais).

Como anota Pernomian Rodrigues, diante da evolução da sociedade, deve-se falar em três realidades distintas do sistema econômico: i) o *customary economy*, com nenhuma mobilidade social (“tipificada pelo modo de vida das vilas do século XVIII na Inglaterra; o status do indivíduo identificava sua função econômica e seu título econômico [...]”; ii) o *command economy*, “caracterizado pelo planejamento; incorpora o conceito de desenvolvimento consciente e mudança; marcada também por uma ideologia igualitária”; e iii) *market economy*, com base na propriedade privada e na liberdade contratual (“a diferença dos outros tipos reside no modo como as decisões sobre produção e alocação são tomadas”¹⁴⁸. Adverte o autor, nesse contexto, que:

A incapacidade da primeira de atender a um crescente aumento da demanda e a ineficiência alocativa da segunda levou os agentes econômicos a optarem pela economia de mercado. Entretanto logo exsurgiu a percepção de que esta última, desprovida de limitações da atuação dos agentes econômicos, possuía conseqüências indesejáveis, quíça antagônicas aos objetivos do próprio sistema econômico concebido socialmente. O liberalismo econômico desprovido de amarras ficou comprometido em virtude das manifestações de natureza despótica dos monopólios no mercado. Por essa razão, o intervencionismo se transforma em um novo atributo do capitalismo, com o objetivo de tutelar juridicamente dois valores fundamentais do sistema capitalista: a propriedade privada dos meios de produção e a liberdade econômica. Como nos esclarece Norbert Reich, na formulação teórica clássica de Adam Smith o mercado se apresenta como um ‘processo de interacción entre sujeitos privados’. Contudo, o processo de concentração e de internacionalização do capital fez com que o mercado perdesse seu caráter de instituição privada, passando a ser caracterizado por uma forte intervenção do Estado. [...] Com isso não estamos afirmando que o Estado passa a ser o único agente econômico do mercado, ao menos não no modo de produção capitalista. O Estado é sim uma das forças que coabitam no mercado, atuando sempre que a comunidade ou os detentores do poder reclamam.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Cf. RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 101.

¹⁴⁹ Cf. RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 102-103.

Também chama atenção para o tema Maria Luiza Feitosa, que suscita que as “tarefas de regulação estatal não se esgotam na análise dos aspectos jurídico-políticos da regulação, entendidos no sentido macro e micro de disciplinamento da conduta dos sujeitos sociais e das estruturas regulatórias do Estado moderno.”¹⁵⁰ Ela concorda que, diante da crise do “Estado-providência”, houve perda de importância do “Estado empresário”, surgindo o “Estado regulador”, marcado não por uma “ordem jurídica liberal, mas ainda intervencionista.”¹⁵¹

Suscita a autora o ápice da exaustão do modelo liberal, quando, em 1897, o Governo norte-americano editou o *Sherman Act*, principal lei visando a regular a concorrência naquela época de crise, culminando com o *crash* da Bolsa de Nova York, em 1929, “em decorrência da excessiva expansão do crédito bancário e da especulação financeira nos EUA”¹⁵², elementos que parecem ter sido, paradoxalmente, os causadores da crise de 2008.

Surge, então, a figura de um “Estado juridicamente intervencionista, encarregado do monitoramento dos processos econômicos que ocorrem no ambiente do mercado, com capacidade de interferência, econômica e jurídica, direta ou indireta, inclusive sobre processos contratuais de natureza privada.”¹⁵³ É, pois, esse Estado regulador que pode, diante de circunstâncias diferentes, adotar políticas diferentes, como demonstra a atuação de vários países em 2008 em face da crise internacional. A regra, entretanto, é que o Estado não intervenha economicamente como empresário, mas sim como agente normalizador do processo econômico. A intervenção, destarte, é jurídica, no sentido de controlar os efeitos das condutas intersubjetivas no mercado, no ambiente econômico.

É de se notar, por oportuno, a lição de Luís Roberto Barroso, o qual explica a evolução da relação entre Estado e economia privada, diminuindo cada vez mais a participação estatal no exercício das atividades econômicas em face da realidade do Estado brasileiro, que chegou ao final do século XX “grande, pesado, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e corrupção, resultado do regime militar, que impunha a prática de políticas equivocadas, como a obtenção de empréstimos internacionais para emprestar internamente, “a juros baixos, para a

¹⁵⁰ Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Meyer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 184.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 187.

¹⁵² *Ibid.*, p. 186-188.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 210.

burguesia industrial e financeira brasileira.” Destaca ainda o citado autor que a alteração da estrutura do Estado Econômico brasileiro é uma inevitabilidade histórica¹⁵⁴.

Veja-se, também do estudo de Barroso, a importância das várias mudanças do Estado brasileiro, dentre as quais: i) a extinção de restrições ao capital estrangeiro; ii) a flexibilização dos monopólios estatais; iii) as privatizações; iv) as parcerias com a iniciativa privada¹⁵⁵. Distanciam-se cada dia mais Estado e economia, reservando-se esta para a iniciativa privada e devendo aquele agir para fornecer condições favoráveis aos agentes econômicos, seja porque o sistema deve proteger a propriedade, o lucro e a empresa, seja porque todos esses elementos têm uma vinculação aos valores socialmente relevantes, daí porque se falar em função social da propriedade, da empresa, do lucro e do contrato.

Com efeito, o Estado intervém de modo direto ou indireto no processo econômico, referindo-se grande parte da doutrina à intervenção no e/ou sobre domínio econômico¹⁵⁶, expressões utilizadas, dentre outros, por Eros Roberto Grau, que sustenta haver três espécies de intervenção: i) por absorção ou participação, quando o Estado exerce diretamente alguma participação nas atividades econômicas; ii) por direção, quando impõe comportamentos; e iii) por indução, quando estimula e/ou desestimula determinados comportamentos, mas não de forma impositiva¹⁵⁷.

Com essa noção, infere-se que o Estado tanto pode exercer atividades econômicas de modo direto, que, nos dias de hoje, não é a regra, como apenas regulá-las¹⁵⁸. E ao intervir

¹⁵⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros; Fundação Armando Álvares Penteado, 2004. p. 89-94.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 89- 91.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, vide SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado interventor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 95.

¹⁵⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 83 et seq.

¹⁵⁸ Outros autores definem essa intervenção de outras formas. Para MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos tributários da nova constituição. *Resenha Tributária*, 1990, p. 288, et seq., por exemplo, a intervenção estatal pode ocorrer sob três formas: i) monopolista; ii) concorrencial; e iii) reguladora. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 47-48, p. 269, ao contrário, suscita essas espécies de intervenção: i) de monopólio; ii) de regulação indireta; e iii) de organização direta. Já BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. *Revista Forense*, 1993, p. 40, adota a concepção do professor.; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Estado e a ordem econômica. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 62, p. 34, que fala em intervenção econômica: i) disciplinando-a; ii) fomentando-a; e iii) assumindo-a. Cf. NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. Campinas: EDICAMP, 2004, p. 53, ao seu turno, se refere à intervenção estatal no domínio econômico, que, no entanto, pode ser direta ou indireta. O professor MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 38 et seq., no

sobre o domínio econômico (mercado), o Estado acaba atuando como o emanador de normas que visam à ordenação do processo econômico.

Ademais, a visão contemporânea da integração econômica internacional pressupõe a existência de um processo legítimo entre os agentes econômicos. E quando se fala em legitimidade no processo econômico, impõe-se que se comente que tal elemento equivale, em termos de doutrina econômica, ao funcionamento regular do mercado, do domínio econômico em sentido estrito¹⁵⁹, sem interferências, discriminações e/ou manipulações. Por essa mesma premissa, fala-se em ilegitimidade no processo econômico para designar-se qualquer comportamento de manipulação, que se configura como efetivo abuso no exercício do poder econômico¹⁶⁰.

A Constituição brasileira, em diversos dispositivos, impõe a atuação do Estado e dos agentes econômicos privados na promoção do desenvolvimento econômico, numa aplicação sistemática dos vários princípios da ordem econômica, quais sejam, a soberania econômica nacional, a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, a proteção da propriedade e a sua função social, a valorização do trabalho humano e o pleno emprego, a defesa do meio ambiente e do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Afinal, diz-se que o Estado economicamente desenvolvido é aquele marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos. Busca-se ao mesmo tempo o crescimento, com a liberdade das atividades econômicas, desde que tal conviva com a proteção do consumidor, do meio ambiente, do trabalho, da educação de todos etc. Um Estado que enfatiza apenas a vertente da modernização, desprezando a sua harmonia com os demais elementos, não pode se configurar como desenvolvido; pode, no máximo, ser um Estado modernizado, mantendo a sua estrutura de ineficiência alocação de

direito português, encara a intervenção sob diferentes pontos de vista: i) global, setorial, pontual e avulsa; ii) imediata e mediata; iii) unilateral e bilateral; e, enfim, iv) direta e indireta.

¹⁵⁹ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. Ordem econômica na constituição brasileira. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, p. 256.

¹⁶⁰ Sobre o tema, em especial, RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 12; BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 147 et seq.

seus recursos, pois os problemas sociais acabam gerando mais custos estatais, falando-se, por isso mesmo, num “vicious circle of poverty”¹⁶¹.

A respeito do desenvolvimento econômico, são inúmeras as teorizações jurídicas e econômicas que vêm se ocupando dos meios de obtenção dessa evolução, inclusive em face da globalização, destacando-se a tese de Richard Posner, que, adotando a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), da qual é um dos maiores difusores mundiais, suscita a importância de se estabelecer um ambiente jurídico adequado para a promoção do desenvolvimento econômico¹⁶².

Posner suscita alguns aspectos dessa questão, dentre as quais: i) é empiricamente comprovado que, em países com sistemas jurídicos mais estáveis e avançados no que diz respeito à proteção dos direitos, do contrato, cria-se uma condição de prosperar a economia; ii) há, entretanto, o que ele denomina de “a chicken and a egg problem”, porque um país pobre pode não conseguir arcar com a mudança de seu sistema jurídico, e, sem um bom sistema jurídico, nunca se tornará rico suficientemente para arcar com essa mudança; iii) por outro lado, sem uma reforma econômica, a pressão por uma reforma jurídica será fraca em razão do interesse dos maiores agentes econômicos, que acabam tendo alternativas para obter seus fins; iv) de qualquer forma, não é necessário um processo de mudança brusca, porquanto “as a modernizing economic progress gradually becomes more prosperous, it will have additional resources for improving its legal system.”¹⁶³ v) a possível adoção, com necessárias adaptações, de normas jurídicas estrangeiras, de países que já alcançaram níveis altos de desenvolvimento; vi) o fortalecimento do Poder Judiciário, evitando interferências do Legislativo e do Executivo, inclusive com a instituição de boas remunerações para manter a independência dos Juízes; viii) o compromisso político, com a tomada de decisões políticas em prol do desenvolvimento, submetendo-se os políticos à vontade coletiva e não visando

¹⁶¹ Cf. VOGEL, Klaus. *A importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 470. Segundo o professor emérito da Universidade de Munique, em artigo desenvolvido ainda na década de oitenta, deve-se questionar a expressão “países em desenvolvimento”, já que entre eles estão países dos mais pobres do mundo, “grandemente sujeitos às oscilações do mercado mundial e à tendência baixista dos preços do mercado internacional daqueles bens”, e, ao seu turno, países como o Brasil, que “já alcançou, com as suas próprias forças, apreciáveis resultados” e que logo deverá “alcançar progressivamente a posição de Estados desenvolvidos do mundo. Não se pode falar, seguramente, de um ‘vicious circle of poverty’ com relação ao Brasil.”

¹⁶² Cf. POSNER, Richard. Creating a legal framework for economic development. *Law and Economic Development*. Northampton. USA: Edward Elgar Publishing Inc., 2006, p. 65-72.

¹⁶³ Cf. POSNER, Richard. Creating a legal framework for economic development. *Law and Economic Development*. Northampton. USA: Edward Elgar Publishing Inc., 2006, p. 66.

apenas seus interesses individuais; ix) e, finalmente, a evolução do direito criminal dos países, fundamental na mudança da cultura do povo em respeito à proteção dos direitos economicamente relevantes¹⁶⁴.

Paul Streeten também estabelece o preciso conceito de desenvolvimento econômico e, ao adotar uma concepção mais dinâmica, critica os Estados que fomentam as atividades econômicas mas que desprezam a proteção do meio ambiente, do consumidor, dos valores socialmente relevantes. Menciona o professor citado a expressão desenvolvimento sustentável, que seria muito mais importante do que a mera manutenção das forças de produção (físicas e humanas), tecendo as seguintes considerações: i) o primeiro aspecto relativo ao desenvolvimento econômico sustentável requer uma visão mais abrangente, pois aquele não pode ser visto apenas sob o âmbito da produção de riquezas; ii) é fundamental, ao se falar em desenvolvimento sustentável, a preocupação com o meio ambiente, devendo o Estado coibir a poluição das riquezas naturais, como a água, o ar e a terra; iii) há ainda o aspecto de que o sistema deve estar hábil para ajustar os seus componentes às crises, evitando prejuízos à coletividade; iv) um outro fator é o controle da dívida pública, interna e externa, que tem efeitos imediatos e mediatos sobre a distribuição de renda e a geração de empregos; v) é também fundamental, para um Estado que objetiva um desenvolvimento sustentável, a correta administração das receitas fiscais, dos gastos administrativos e a escolha de políticas públicas eficientes, inclusive quanto à paz internacional e à segurança interna; vi) o sexto aspecto é a necessidade de incentivar os cidadãos a desenvolver o país, através de estímulos na produção de tecnologias e administração mais eficientes¹⁶⁵.

Ainda a partir das considerações do mencionado autor, nota-se que a sustentabilidade, aqui relacionada à economia, é um problema multidimensional, implicando que sejam tomados comportamentos responsáveis em face das gerações futuras. Não obstante o termo seja de difícil definição, relaciona-se a sustentabilidade, também, ao bem-estar social, englobando-se nele elementos como a saúde, a riqueza e a prosperidade da população. Ironicamente, refere-se o autor à afirmação constante da obra *The Economist*, disposta nos

¹⁶⁴ Ibid., p. 71.

¹⁶⁵ Cf. STREETEN Paul Patrick. *Thinking about development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999, p. 128-129.

seguintes termos: “sustainable development is still useful. Like many important ideas, it is better than nothing for as long as there is nothing better.”¹⁶⁶

Pelos mesmos argumentos de Streeten, conclui-se que para a estruturação de uma economia desenvolvida em termos sustentáveis, é imprescindível a existência de um sistema jurídico compatível, que sirva de base para a atuação do Estado e dos agentes econômicos privados, equilibrando, sempre, as “regras do jogo do mercado” e fomentando as correções de suas possíveis falhas.

É de se enfatizar que o sistema jurídico brasileiro vem realmente acompanhando esse processo de adaptação em face da evolução de sua economia, podendo-se citar, como exemplos disso: i) os dispositivos que cuidam da ordem econômica na Constituição; ii) a legislação de defesa da concorrência, com a instituição do Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência e a transformação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência; iii) o estabelecimento da lei de arbitragem quanto a direitos disponíveis; iv) os movimentos de disciplinamento fiscal, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2001; v) a recente introdução, através de Emenda Constitucional, das Súmulas Vinculantes, dando maior uniformidade nas decisões judiciais; vi) a implantação de leis tributárias com base nas operações negociais internacionais, como a lei do regime da transparência fiscal internacional, a lei dos preços de transferência etc.; vii) a criação dos Juizados Especiais, inclusive Federais; e viii) a adoção de leis de combate à poluição ambiental e com a introdução de metas aos entes federativos, como o Código das Cidades.

Verifica-se, à luz de tais argumentos, que o conceito de desenvolvimento é totalmente distinto de uma mera expansão empresarial, do crescimento da economia pura e simples. Tais vetores, evidentemente importantes, precisam conciliar-se com os valores sociais, pois necessita a população de melhores parâmetros na distribuição de renda, na proteção de seus direitos (inclusive aqueles previstos na Constituição, como a saúde, a educação, dentre outros). Tal diferenciação, feita a partir de indicadores econômicos, é bastante útil para que se analisem os princípios constitucionais econômicos, que devem ser interpretados de forma sistemática. Um deve ser sopesado com os outros: afinal, a ordem econômica não pode ser

¹⁶⁶ Ibid., p. 130.

vista com o isolamento de algum dos princípios, porque, como visto, a ordem jurídica nacional harmoniza valores que, no passado, foram colocados em patamares inversos.

Afinal, tal qual proposto por Teixeira Ribeiro, os países, dentro de suas políticas públicas, precisam desenvolver suas economias, principalmente os subdesenvolvidos, que “são aqueles em que a generalidade dos habitantes não têm um nível humano de vida; isto é, não têm um nível de vida que represente a satisfação das necessidades essenciais tida por indispensável.”¹⁶⁷

Os problemas, em regra, dos países subdesenvolvidos são os seguintes, na esteira das lições do autor português: i) pouco capital (“poucas ferramentas, máquinas, edifícios, fábricas); ii) pouco capital fixo social (infra-estruturas econômicas e sociais como vias de comunicação, meios de transporte, fontes de energia; iii) pouco pessoal qualificado; iv) pouca iniciativa e capacidade empresarial¹⁶⁸.

O caso brasileiro se revela diferente dos países subdesenvolvidos em geral, porque: i) detém o capital mencionado por Teixeira Ribeiro; ii) detém, também, o capital fixo social, equivalente a infra-estruturas econômicas e sociais (todas, vale dizer); iii) pessoal qualificado, em todos os setores econômicos; iv) muita iniciativa e capacidade empresarial.

Entretanto, muitos ainda são os problemas da sociedade e do Estado brasileiros, em face, principalmente, de políticas financeiras e econômicas equivocadas, baseadas em valores condenados na atualidade. Nada obstante se verifique, no Brasil, demonstrações de evolução, de crescimento, muitos dos seus problemas persistem, o que deve orientar as políticas públicas, todas, vale dizer, em consonância com a Constituição Econômica e com a chamada Constituição Financeira. Assim, é dever do Estado controlar suas finanças públicas, através de orçamentos e incentivos sob os auspícios da eficiência de suas políticas, e as bases de seu sistema, dentre os quais: i) estabilidade monetária e cambial; ii) responsabilidade fiscal; iii) segurança jurídica como base do mercado; iv) garantir o acesso ao mercado e a livre concorrência, além dos demais pilares explicitamente previsto na ordem econômica teorizada na Constituição.

¹⁶⁷ Cf. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de finanças públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 443.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 447-449.

1.1 ORDEM ECONÔMICA E FUNCIONAMENTO REGULAR DO MERCADO – ESTADO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os denominados princípios da ordem econômica devem ser interpretados e aplicados conjuntamente, de forma sistemática, porque influenciam o modo de atuação do Estado regulador e dos agentes econômicos, tutelando tanto os elementos vinculados ao regime de produção capitalista, como aqueles socialmente relevantes, numa escala de conciliação que tende a permanecer. Isso se reitera no momento em que se confirma a noção de que sem Estado inexistirá mercado. E isso em função dos efeitos nocivos da concentração econômica.

Nesse sentido, o Estado vem adotando uma nova postura em relação à liberdade dos agentes econômicos no mercado, falando-se, como visto, num novo modelo de Estado, qual seja o do Estado regulador¹⁶⁹, aquele que garante a liberdade através da sua própria regulação. É, pois, um meio-termo: nem só liberdade; nem só regulação, porquanto o mercado não é um estado de conflitos entre todos contra todos¹⁷⁰.

Para esse modelo de Estado, é fundamental a implementação de condições estruturais que permitam a livre iniciativa e a livre concorrência dos agentes econômicos, afastando-se, pois, as chamadas falhas de mercado, que acabam gerando ineficiências econômicas e problemas sociais.

A defesa da concorrência, portanto, acaba sendo a base de uma série de medidas de política econômica e fiscal do Estado, visando-se ao bem comum e ao próprio funcionamento do mercado.

Em verdade, o conceito de concorrência vem da economia, consistindo numa adaptação do signo latino *concurrentia*, que representa a idéia de rivalidade entre várias pessoas e/ou forças, perseguindo-se um único espaço/objetivo¹⁷¹. Nesse contexto, refere-se a concorrência a uma situação em que os agentes econômicos buscam, livremente, fornecer

¹⁶⁹ Cf. CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 21.

¹⁷⁰ Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 33.

¹⁷¹ Cf. CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003, p. 17; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105-108.

seus produtos aos consumidores num processo regular e sem restrições. Trata-se a liberdade da concorrência de uma premissa fundamental do livre mercado¹⁷².

Argumenta-se, também, que a concorrência aumenta o bem-estar social, gerando comportamentos econômicos que beneficiam o sistema social, “porque o medo de ser excluído pelos concorrentes obriga o agente a alocar recursos eficientemente, assim como promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico.”¹⁷³ E num mercado competitivo aumenta-se o número de empregos e desenvolve-se a qualidade de vida social¹⁷⁴.

As políticas de defesa da concorrência acabam constituindo mecanismos usados por governos para estabelecer as condições da competição regular no mercado, criando-se “pré-condições que garantam o efetivo funcionamento da concorrência, assim como com a imposição de sanções pelas suas violações.”¹⁷⁵ E isso porque o mercado, por ele mesmo, não funciona perfeitamente, exigindo a intervenção do Estado, que deve garantir a liberdade daquele¹⁷⁶.

Em consequência, as políticas de defesa da concorrência são instrumentos necessários em economias cada vez mais abertas e integradas¹⁷⁷, para que se evitem as chamadas falhas de mercado, que acabam distorcendo a alocação, coordenação e distribuição dos fatores de produção, manipulando-se os preços e reduzindo-se o bem-estar do consumidor. Na prática, criou-se um paradoxo, pois a liberdade do mercado acaba dependendo da sua própria regulação¹⁷⁸.

¹⁷² Cf. WEINRAUCH, Roland. *Competition law in the WTO: the rationale for a framework agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 17.

¹⁷³ Cf. WEINRAUCH, loc. cit., tradução nossa.

¹⁷⁴ Ver OECD & World Bank. *A framework for the design and implementation of competition law and policy 1*. Paris: OECD; World Bank, 1998, p. 22.

¹⁷⁵ Cf. HOEKMAN Bernd; HOLMES, Peter. *Competition policy, developing countries, and the World Trade Organization*, 2-3; 12. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 14 jul. 2008, 9:45, tradução nossa.

¹⁷⁶ Cf. YOUNG, David; METCALFE, Stan. *Competition policy in the economics of the European Union: policy and analysis*. UNCTAD/World Investment Report 1997, p. 119.

¹⁷⁷ Cf. JENNY, Frédéric. Prefácio. In: OLIVEIRA, Gésner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁷⁸ “As consequence, monopolies and cartels contradict the essence of free competition and government intervention becomes necessary. Competition policy and law are designed to promote competition and to prevent monopolization and cartelization. This creates a paradox according to which free competition is promoted and limited by competition law and policy at the same time.” Cf. WEINRAUCH, Roland. *Competition law in the WTO: the rationale for a framework agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 19.

Ademais, a defesa da concorrência tem como objetivos maiores proteger a competição, maximizar a riqueza econômica do consumidor, distribuir melhor a renda, estabilizar a economia e promover a idéia de justiça. Em outros termos, sem uma concorrência verdadeira, o sistema econômico fica sujeito às manipulações por parte dos agentes econômicos e às deficiências de políticas públicas inadequadas, não se limitando os danos aos consumidores e agentes prejudicados, porquanto influenciam nas estruturas do próprio Estado.

O direito concorrencial, dada a importância que alcançou, tornou-se instrumento central da política econômica tanto dos países desenvolvidos como dos em desenvolvimento. Assim, afigura-se correta a afirmação de que a concorrência se tornou uma dimensão essencial do mercado, resultando a liberalização do mercado na necessidade de serem postas em prática políticas e leis da concorrência sólidas e eficazes, já que constituem os instrumentos essenciais para se assegurar o bom funcionamento do mercado e a proteção dos consumidores¹⁷⁹.

O mercado, ademais, para evitar distorções em face dos valores propostos pela ordem econômica, deve ser protegido das práticas abusivas do poder econômico, já que estas criam disfunções ao impedir que o sistema econômico seja atendido corretamente. Por tais fundamentos, tem o Estado o papel de regular – no sentido de “normalizar” - a liberdade absoluta de atuação dos agentes econômicos, evitando, pois, as concentrações, representadas por monopólios. Como ensinam Cooter e Ulen, o mercado tem estruturas diferentes quando há competitividade real e quando existem monopólios, surgindo duas estruturas diferenciadas: i) o equilíbrio do mercado, com a competição perfeita; e ii) o mercado monopolístico (*Monopolistic Market*), no qual há apenas um fornecedor, então a firma e a indústria são idênticas, porque estão no mesmo elo da cadeia¹⁸⁰.

O que leva, então, o Estado a regular a economia é a existência de falhas de mercado ou, em casos específicos, a própria ausência de mercado¹⁸¹. E falha de mercado, para a doutrina jurídico-econômica, consiste na alocação ineficiente de recursos, surgindo ineficiências como:

¹⁷⁹ Cf. ROQUE, Ana. *Regulação do mercado: novas tendências*. Lisboa: Quid Júris, 2004. p. 33-35.

¹⁸⁰ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. Nova York: The Addison-Wesley Series in Economics, 2004, p. 33 et seq. Robert Cooter e Thomas Ulen. *Economic Analysis of Law*, p. 33 et seq.

¹⁸¹ Cf. CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 112.

i) o controle insuficiente sobre bens e serviços; ii) custos excessivos de informação; e iii) inviabilidade de formalização de contratos¹⁸².

As falhas de mercado, ou dos chamados mecanismos de mercado, são assim classificadas na doutrina: i) mobilidade dos fatores; ii) acesso à informação; iii) concentração econômica; e iv) externalidades¹⁸³.

Na doutrina econômica clássica, entende-se que o mercado é a instituição mais eficiente para a alocação de recursos disponíveis numa comunidade. Através dele, pois, produtores e consumidores podem determinar, com liberdade, as perspectivas das atividades econômicas, com questionamentos como: i) o que produzir? ii) quem deve produzir? e iii) para quem devem ser produzidos os bens e serviços?¹⁸⁴.

De qualquer sorte, é necessário distinguir entre o mercado com concorrência perfeita e com concorrência imperfeita. Apesar de ser a primeira expressão uma utopia, é o objetivo da maioria dos sistemas econômicos contemporâneos, consistindo um mercado competitivo aquele em que há muitos vendedores no mercado em que atuam e o produto colocado nesse mercado é homogêneo (mesmas características essenciais, com a informação disseminada entre os consumidores e com a liberdade de entrada e saída no mercado).

Em outros termos, diz-se que há uma competição perfeita, no plano teórico, quando a atuação dos agentes econômicos visa ao atendimento dos interesses do consumidor. Ocorre, em tal situação, a produção dos bens e serviços necessários ao consumidor, pelo melhor preço possível¹⁸⁵. Já a competição será imperfeita quando há o domínio dos mercados, caracterizado quando um único ou poucos agentes ocupem todo o mercado, quando o seu

¹⁸² Ibid., p. 113.

¹⁸³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74-78.

¹⁸⁴ Cf. CARBAJALES, loc. cit.

¹⁸⁵ Enumera GELLHORN, Ernerst. *Antitrust law and economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1986. p. 55 apud RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como expressão do abuso do poder econômico*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) - Universidade de São Paulo, p. 92, como expõe Pernomian Rodrigues, cinco condições que caracterizam a existência da denominada competição perfeita: 1) quando há um grande número de compradores e de vendedores de produtos e serviços; 2) quando a quantidade de produtos e serviços adquirida por cada comprador e vendida por cada vendedor é tão pequena relativamente ao total que mudanças não imporão mudanças nos preços; 3) o produto é homogêneo, não havendo razão para um comprador preferir um vendedor específico ou vice-versa; 4) todos os compradores e vendedores têm perfeita informação sobre os preços de mercado e sobre a natureza das coisas vendidas; e 5) há uma efetiva liberdade para a entrada e a saída do mercado.

produto e/ou serviço é único e quando as barreiras impedem a entrada, no mercado, de outros agentes.

Tal modelo, entretanto, não obstante os benefícios à coletividade, dificilmente é verificado na realidade, já que o mercado apresenta, via de regra, características que violam as condições estruturais deste modelo. Daí porque falar-se em monopólios e em oligopólios, ambas expressões que se referem ao controle do mercado, na primeira, pelo controle por uma única empresa, e na segunda, por poucos agentes. Ambos, o monopólio e o oligopólio, consistem na idéia inversa da concorrência perfeita. A essência da concorrência, como aduz Carbajales, “no se refiere tanto a la rivalidad como a la dispersión de la capacidad de control que los agentes económicos pueden ejercer sobre la marcha del mercado”¹⁸⁶, servindo a noção de concorrência perfeita como um referencial a ser promovido pelos Estados reguladores.

Destarte, esse modelo de concorrência perfeita, apesar de existir apenas no campo teórico, a não ser em casos específicos de sociedades extremamente desenvolvidas e com a dura intervenção do Estado em face dos grandes grupos econômicos privados, se estrutura a partir de alguns pilares como o equilíbrio do mercado em relação à produção e ao consumo de bens e serviços.

Em sentido oposto, fala-se em concorrência imperfeita para definir um mercado no qual os agentes econômicos influenciam os preços dos produtos oferecidos, falando-se, por isso mesmo, em poder econômico de mercado. Ademais, nos mercados de concorrência imperfeita, o principal problema é a limitação de acesso de novos agentes econômicos, provocando um número reduzido de concorrentes, o que acaba impossibilitando a mobilidade dos fatores de geração (a terra, o trabalho e o capital)¹⁸⁷.

Por outro lado, se consideram externalidades os custos e os ganhos da atividade privada que, por uma falha do mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar

¹⁸⁶ Cf. CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 114.

¹⁸⁷ Cf. CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006. p. 114. Segundo WEINRAUCH, Roland. *Competition law in the wto: the rationale for a framework agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 20, são várias as fontes da concorrência imperfeita, destacando-se as economias de escala, diferenciações de produtos e as barreiras de acesso ao mercado.

de quem os causou. São, pois, efeitos positivos e/ou negativos que passam a ser computados por agentes diferentes dos que os geram. A importância das externalidades se dá na necessidade de intervenção estatal para corrigir as conseqüências de determinado fato que modifica o modo de se exercerem as atividades, muitas vezes inviabilizando determinadas atividades econômicas por fatores estranhos aos mecanismos que configuram a livre concorrência¹⁸⁸.

Pelo exposto, tem-se a noção de que a concorrência é um dos fundamentos do Estado regulador, que deve empregar políticas adequadas na condução da liberdade do mercado, liberdade que, paradoxalmente, depende da regulação econômica, através da direção e da indução, esta última por meio do que se denomina, no Brasil, de normas tributárias indutoras.

A liberdade de concorrência, nessa modelagem estatal de regulação do mercado, deve ser entendida como a estruturação de condições iguais para os sujeitos econômicos, com um ambiente de lealdade entre eles, que devem exercer seus papéis em busca da maximização de riqueza, mas sem manipulações. As manipulações, entendidas como práticas desleais, constituem no ordenamento brasileiro ilícitos, infrações à ordem econômica. Já no âmbito internacional, são compreendidas como práticas contrárias à integração econômica e, em algumas situações, com a previsão em tratados e acordos de livre comércio, também podem constituir ilicitudes.

Os diferentes países, quando concedem vantagens de natureza monetária, podem estar infringindo esses tratados por manipularem em algumas situações a liberdade de concorrência, impondo distorções nos comportamentos e nas decisões do mercado. Interpretar, pois, os princípios da ordem econômica é tarefa pontual na correta análise do papel do Estado brasileiro quando da concessão de vantagens fiscais.

1.2 A EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO REGULATÓRIO ECONÔMICO – O USO DA EXTRAFISCALIDADE EM TODO O MUNDO

É generalizada a noção de ser o Estado contemporâneo um Estado Fiscal ou Estado Financeiro, na acepção de necessitar da tributação para a sua manutenção e à efetivação de

¹⁸⁸ Cf. BIX, Brian H. *A dictionary of legal theory*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 65.

suas políticas públicas. Conforme a doutrina de José Joaquim Teixeira Ribeiro, são os impostos o principal meio de financiamento do Estado¹⁸⁹. Por isso, rotulou-se na doutrina a expressão Estado Fiscal ou Estado do Imposto (Steuersstaat) para definir a dependência do Estado contemporâneo ao recebimento de tributos¹⁹⁰, representando a chamada estadualidade fiscal a separação entre Estado e economia e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via da obrigação tributária¹⁹¹.

O poder tributário, nesse contexto, designa a soberania estatal aplicada à imposição de tributos, estando o exercício daquele poder vinculado ao interesse público e às limitações do sistema jurídico¹⁹². Dessa forma, consistem os tributos a contribuição das pessoas à manutenção do governo e para todas as necessidades públicas, tendo-se a conformação e limitação por meio do direito¹⁹³.

A tributação sempre dependeu da existência de bases econômicas, da disponibilidade de riqueza entre os particulares, pois é sobre essa que se impõe as obrigações em favor do Estado¹⁹⁴.

A importância da tributação é, portanto, inquestionável para a manutenção dos Estados contemporâneos, sendo certo afirmar, como fazem Klaus Tipke e Joachim Lang, que “em nenhum outro setor do Direito defronta-se o cidadão com o Estado mais freqüentemente do

¹⁸⁹ Cf. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de finanças públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 30.

¹⁹⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 364-365. E como explica NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, a expressão, não obstante muito usada ultimamente em estudos tributários, é bem antiga, devendo-se o seu conceito a Lorenz Von Stein, já em 1885, sendo depois difundida em face dos debates entre Joseph Schumpeter e Rudolf Goldscheid durante a primeira grande guerra, época na qual se discutiam as possíveis soluções para os problemas financeiros enfrentados pelos Estados por força dos conflitos armados.

¹⁹¹ Cf. NABAIS, op cit., p. 196. Sobre a relevância da fiscalidade, ver principalmente. FAVEIRO, Vitor. *Estatuto do contribuinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 21.

¹⁹² Cf. HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 107. Traducción de Andrés Báez Moreno; María Luiza González-Cuellar Serrano; Enrique Ortiz Calle. Traducción de la obra original *Steuerrecht*, Berlim/Heidelberg: Julius Springer, 1986.

¹⁹³ Cf. COOLEY, Thomas M. *A treatise on the law of taxation*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2003, p. 1. Original Publication: 1876.

¹⁹⁴ “[...] a cobrança de impostos em moldes permanentes teve de ser precedida do conveniente desenvolvimento da produtividade econômica, por forma a permitir às sociedades mais evoluídas a libertação do indispensável excedente.” Cf. SANTOS, J. Albano. *Teoria fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa; Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003, p. 25.

que no Direito Tributário”, isto é, “O cidadão ingressa desde o seu nascimento numa relação de direito tributário duradoura com o Estado, que se multiplica, tão logo inicia sua vida ativa, em sucessivas relações obrigacionais”, influenciando o direito tributário toda e “qualquer atividade econômica”¹⁹⁵.

Dessa forma, é pertinente a ponderação dos citados autores de que “Quanto mais o Estado precisar de recursos, tanto mais se faz o Estado, Estado Tributário, tanto mais se encontra o Estado de Direito no Direito Tributário, expressão transcendental”, tratando-se a tributação de uma forma de “participação na *propriedade privada*, na economia privada.”¹⁹⁶ Daí a relação entre estadualidade fiscal e a atuação do Estado, porquanto se este passa a exercer as atividades econômicas no mercado, diretamente, tributos não serão cobrados. Em conclusão, Estado e economia privada são conectados, na larga maioria dos países, por dois modos de atuação: tributação e regulação econômica¹⁹⁷.

Os dois mencionados modos de atuação do Estado contemporâneo, tributação e regulação econômica, acabam sendo efetivados, em alguns casos, por meio de uma das facetas da primeira, com a concessão de vantagens e/ou agravamentos fiscais com o objetivo de induzir os agentes econômicos a comportamentos considerados mais desejáveis. A tributação, pois, é um dos instrumentos de direção e controle da economia¹⁹⁸. As políticas tributárias servem também para corrigir as imperfeições dos sistemas econômicos, principalmente dos países em transição¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cf. TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário (Steuerecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 51. Tradução de Luiz Dória Furquim.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 52-53.

¹⁹⁷ Regular, a partir das lições do professor NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 181, pode ser definido como o poder de se estabelecer regras, de dirigir, de governar. Desse modo, como preceituou o professor, quem pode regular, pode impedir, restringir e/ou favorecer, lançando mão dos meios necessários, inclusive do tributo, através do qual se pode fomentar uma atividade e/ou restringi-la. Por isso mesmo, essas funções do tributo devem ser harmonizadas com o poder de regular. ELALI, André. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP, 2006, p. 21.

¹⁹⁸ “The use of taxation as a policy device to modify the outflow of capital or otherwise to influence the behavior of multinational corporations is perfectly appropriate, if other regulatory measures are inferior on grounds of efficiency and effectiveness. There is, in fact, much to be said for the use of the tax instrument.” Cf. MUSGRAVE, Peggy B. *Taxation and american investment abroad: the interests of workers and investors*. In: _____. *Tax policy in the global economy: selected essays*. Northampton: USA, 2002, p. 115. Em análogo sentido, ver NORBERT, Reich. *Mercado y derecho*. Tradución de Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985, p. 85; SCHOUER, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

¹⁹⁹ Cf. THIEBEN, Ulrich. *The impact of fiscal policy on economic growth: analyses and options for transition countries*. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 27.

Pode-se dizer, assim, que duas são as facetas da tributação²⁰⁰: a fiscalidade, como representação da transferência de recursos da economia privada para os Estados, e a extrafiscalidade²⁰¹, que diz respeito à utilização de mecanismos com repercussão econômico-financeira para a indução dos agentes econômicos a comportamentos mais desejáveis em face do interesse público²⁰².

Ou seja, os Estados valem-se da concessão de subvenções, muitas vezes na forma de auxílios fiscais, para que os agentes econômicos, dentro da liberdade de decidirem como atuar, exerçam determinados comportamentos que acabarão auxiliando na conformação dos objetivos econômicos do sistema jurídico²⁰³. É pontual, acerca do assunto, a lição de Luís Eduardo Schoueri:

As normas tributárias indutoras atuam, também, no sentido de incentivar contribuintes que adotem comportamentos desejados pelo legislador. Vale-se o legislador da premissa de que os contribuintes buscam economizar tributos, para abrir uma válvula, pela qual a pressão tributária é aliviada, de modo dosado. Seria, como diz Bellstedt, uma espécie de elusão tributária guiada à distância, com efeitos pré-calculados.²⁰⁴

No dizer do professor Tulio Rosembuj, os incentivos e os prêmios em direito tributário são benefícios fiscais, verdadeiras sanções positivas, na acepção de Norberto Bobbio, dedicadas a promover situações que o legislador entende dignos de tutela, isto é, “Los beneficios fiscales integran el derecho promocional y, por tanto, no están dirigidos a satisfacer

²⁰⁰ Cf. NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 3-36, p. 401 et seq.

²⁰¹ “Além da grande importância no financiamento das despesas públicas, os impostos são também muito importantes na prossecução de outras finalidades, a que a doutrina chama de finalidades extrafiscais. Referimos as seguintes: a) *Redistribuição da riqueza*; b) *Estabilização macro-económica*; c) *Influência na afectação de recursos*.” Cf. CARLOS, Americo Fernando Brás. *Impostos: teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 21.

²⁰² Cf. SEIXAS FILHO, Aurélio Pintanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 114.

²⁰³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção económica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; ROTHMANN, Gerd Willi. *Extrafiscalidade e desenvolvimento económico*. Separata do Relatório 1966-1970, São Paulo: Câmara Teuto-Brasileira de Comércio e Indústria, p. 107 et seq; ELALI, André. *Tributação e regulação económica: um exame da tributação como instrumento de regulação económica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP, 2006. No mesmo diapasão, ver AMATUCCI, Andrea. *Misure tributarie per lo sviluppo economico*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Comércio internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 560-567: “La legge tributaria, como la legge di spesa, la legge di bilancio e le leggi ad collegate, produce inevitabilmente effetti economici e sociali. Il legislatore, per la responsabilità che sui di lui grava, deve tener conto di tali effetti ed in questa funzione gli è di irrinunciabile sostegno la scienza delle finanze che gli indica come egli possa controllarli sino al punto di formar ela legge in modo da raggiungere, in certe condizioni contingenti, determinati scopi economici. [...] Il conseguimento delle entrate può costituire un fine secondario. I diritti doganali ed i diritti di compensazione all'importazione sono da considerare imposte agli effetti di questa legge. [...] Perseguita questa finalità, è consentito prendere in considerazione altre funzioni, senza che ciò comporti l'adesione alla tesi della distinzione di un fine principale (fiscale) da un altro secondario o diverso (extrafiscale) dell'imposta.”

²⁰⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção económica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 206.

el interés fiscal, ejercitando una actividade de gasto público que no de deber de contribución.”²⁰⁵

Ambas as facetas, todavia, estarão sempre imbricadas entre si, pois, como ensinam Schoueri²⁰⁶ e Ollero²⁰⁷, dentre outros, dificilmente haverá tributo exclusivamente relacionado à função extrafiscal, porque sempre haverá um nível, mesmo que mínimo, de fiscalidade. Por isso, como aduz Schoueri, não se deve falar em tributos meramente indutores, mas em normas tributárias indutoras.

As medidas de estímulo deferidas pelos Estados, na configuração ora apresentada, visam ao melhoramento do sistema econômico, destacando-se alguns de seus objetivos gerais: i) a redução das desigualdades regionais; ii) a promoção do emprego, “particularmente em áreas onde o desemprego é grande ou destinados a certas categorias de trabalhadores”; iii) a captação de investimentos a fim de promover “a actividade económica e empresarial do país; iv) a reestruturação de empresas de base e de determinados setores econômicos considerados prioritários; v) o fomento das exportações²⁰⁸.

Trata-se, em verdade, de medidas de fomento econômico, que, na lição de Moncada,

Consiste numa actividade administrativa de satisfação de necessidades de carácter público, protegendo ou promovendo actividades de sujeitos privados ou outros que directa ou indirectamente as satisfaçam. A actividade de fomento situa-se no terreno das relações entre a Administração e os particulares ou entidades públicas autónomas como, por ex., as empresas públicas. Revela-se por sua vez em instrumentos unilaterais, contratuais e mistos.

O objecto do fomento econômico consiste pois, no apoio prestado pela Administração sob diversas formas às empresas, nomeadamente às empresas privadas, sujeito econômico principal. O fomento analisa-se desta maneira numa actividade de estímulo positivo e dinâmico em vez de numa actividade passiva. [...]

O fomento econômico é assim um terreno de eleição para detectar o especial carácter da actividade administrativa do Estado Social intervencionista dos nossos dias. A intervenção administrativa na economia socorre-se do concurso do empresário privado. Este, por sua vez, leva a cabo a sua actividad

²⁰⁵ Cf. ROSEMBUIJ, Tulio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El fisco, 2001. p. 237.

²⁰⁶ Cf. SCHOUERI, op. cit., p. 16.

²⁰⁷ Segundo OLLERO, Gabriel Casado. Los fines no fiscales de los tributos. In: *Comentarios a la ley general tributaria y lineas para su reforma: libro-homenaje al profesor Sainz de Bujanda*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1991. v. 1. p. 103-104, “la función fiscal y extrafiscal del tributo constituyen – en esta perspectiva – dos fenómenos inescindibles que se presentan como las dos caras de una misma realidad.”

²⁰⁸ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 365 et seq.

ora mediante meios de direito privado, ora mediante meios de direito público, que lhe faculta a Administração, consoante os casos, funcionalizando a sua actividade mesmo que de direito privado ao interesse público [...].²⁰⁹

Também com razão, consigna Gaspar Ariño Ortiz:

La actuación fiscal y/o financiera, de fomento o disuasión, está integrada por aquellas medidas de ingresos y/o de gastos públicos que orientan e incentivan (o disuaden) la acción económica privada, encaminando la acción de los agentes hacia la producción de determinados bienes y servicios, necesarios para la colectividad. [...] La política fiscal, de ingresos y gastos públicos, es la clave de la actuación en estos campos, que siguen entregados a la iniciativa y a la gestión en régimen de mercado.²¹⁰

Dessa forma, adotando-se as premissas de Ortiz e de Moncada, colocam-se como os meios mais comuns de fomento econômico por parte do Estado: i) os benefícios fiscais; e ii) os benefícios de outra natureza, “entre os quais assume particular importância o aval do Estado, a garantia da emissão de obrigações, os empréstimos e os subsídios”²¹¹, isto é, todos elementos relacionados às ajudas de Estado, vinculadas, direta ou indiretamente, à tributação.

Trata-se, todas, de medidas de estímulo com caráter financeiro, uma vez que há utilização, em favor de particulares, de recursos públicos, que, como visto, são provenientes, em sua maioria, da imposição de tributos. Daí porque devem as medidas visar a soluções dos problemas do sistema econômico, baseando-se, ainda, nos delineamentos jurídico-constitucionais. Nessa perspectiva, infere-se que, no caso brasileiro, deve o Estado, em nome da harmonia do sistema econômico e fundamentado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, intervir para corrigir as eventuais distorções na concorrência²¹². Em outros termos, vinculadas estão tais medidas aos objetivos de estabilização econômica e/ou de indução dos comportamentos a mudanças na alocação de recursos econômicos. No primeiro caso, nota-se a relação entre fatores como os impostos, os rendimentos, a procura agregada, o crescimento econômico e o desemprego²¹³. Já no segundo, “o Estado estabelece *benefícios fiscais*, participando, pela via da perda de receita fiscal, nos custos de obtenção de um certo objectivo.”²¹⁴, ou, ainda, onerando certos atos para desencorajá-los.

²⁰⁹ Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 493-494.

²¹⁰ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 294-295.

²¹¹ Cf. MONCADA, op cit., p. 494-495.

²¹² Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Descompetitividade empresarial e lei tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9, p. 290.

²¹³ Cf. CARLOS, Americo Fernando Brás. *Impostos: teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2006. p.24-27.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 29. Segundo o professor lusitano, referindo-se à União Européia, “os incentivos a empresas têm que ser conformes ao direito comunitário, já que é uma limitação ao princípio da livre concorrência [...]”

É comum, tanto no Brasil, como no exterior, que se fale numa série de medidas que veiculam vantagens aos agentes econômicos: i) subvenções; ii) subsídios; iii) incentivos fiscais; iv) incentivos financeiros e creditícios; v) empréstimos bonificados; vi) garantias; e vii) incentivos tributários (imunidades, isenções, diferimentos, reduções de alíquota e de base de cálculo, anistias, remissões e regimes especiais de tributação). Todas são, *mutatis mutandis*, formas de fomento com conteúdo financeiro, sujeitando-se, por isso mesmo, ao regime de direito público (princípios e regras aplicáveis à Administração, à tributação, às finanças públicas e, especialmente, à ordem econômica).²¹⁵

Debate-se na doutrina que os primeiros auxílios fiscais foram empregados pelo Reino Unido ainda em 1880, e, com maior ênfase a partir de 1944, para combater a depressão econômica do pós-guerra. Depois disso, já nos anos seguintes, vários países passaram a empregar a mesma política, como Filipinas, em 1946, Porto Rico, em 1947, Índia, em 1948, Estados Unidos, em 1954, e Malásia, em 1968²¹⁶.

Nota-se, então, a influência da política fiscal britânica em relação ao resto do mundo, principalmente nos países que foram colonizados pelo Reino Unido, como os paraísos fiscais das Ilhas Virgens, Gibraltar, Hong Kong, Ilhas Cayman, em que praticamente inexistente tributação.

Comente-se, por oportuno, que ao tempo do Estado Intervencionista, ou mais especificamente durante as décadas de ouro do Século XX (1950 a 1970), era comum a concessão de incentivos em prol do crescimento econômico, passando o desenvolvimento econômico a ocupar o lugar de maior importância entre os princípios da economia e do direito²¹⁷.

Nesse contexto, Brasil, Estados Unidos e as maiores nações da Europa passaram a adotar a idéia de promover o desenvolvimento econômico através dos auxílios financeiros e

²¹⁵ Cf. TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 77.

²¹⁶ Cf. SARKAR, Chitta Ranjan. *Tax incentives and economic growth: an international comparison*. New Delhi: New Century Publications, 2004. p. 65, 203 et seq.

²¹⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo. (Coord.) *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP, 2006. p. 211 et seq.;

fiscais. Disseminava-se, então, a idéia de que os incentivos fiscais correspondiam à contrapartida de um interesse público, na linha do que pregavam os estudos estrangeiros²¹⁸.

Naquela época, os Estados passaram a oferecer aos agentes econômicos uma série de vantagens de cunhos financeiros e fiscais, que, em verdade, constituíam o modo de fomentar as atividades econômicas. Todavia, não se ponderou com os critérios necessários o que deveria limitar a concessão de tais vantagens, levando os Estados a uma situação de grandes dificuldades em termos de *déficits* orçamentários. Em consequência, deflagrou-se uma grande crise do Estado Fiscal já nos anos 70, impondo-se uma mudança no modo de planejamento do desenvolvimento econômico e da outorga de vantagens financeiras e fiscais²¹⁹.

Mesmo assim, continua a existir, em praticamente todos os países voltados para o mercado internacional, o emprego de tais mecanismos de estímulo e fomento econômico, que, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “inserir-se em um contexto de reposicionamento da atuação do Estado perante a ordem econômica”, já que, no caso brasileiro, por exemplo, conforme dispõe o art. 174 da Constituição, é papel seu o incentivo da atividade econômica²²⁰. Ainda segundo o autor, a partir de uma nova configuração da relação entre Estado e sociedade, entende-se que os incentivos fiscais são instrumentos veiculados por “normas de estrutura condicional-imperativa”, não sendo constituídos por sanções repressivas. “Ao contrário, os incentivos fiscais surgem como mecanismo que estimulam determinados comportamentos.”²²¹ Daí a nítida vinculação do direito tributário ao direito econômico e ao

²¹⁸ Cf. NEUMARK, Fritz. *Problemas economicos y financieros del Estado intervencionista*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. p. 334.

²¹⁹ “Com efeito, os países europeus e os Estados Unidos viram crescer o déficit público e se desequilibrarem as finanças nacionais. No Brasil o reflexo foi imediato e a política de incentivos se mostrou perversa e nociva aos interesses da coletividade, pois não produziu o desenvolvimento econômico esperado e até gerou o desperdício de dinheiro público; até o advento da CF 88 adotou-se a política de concessão indiscriminada de isenções e subsídios, instrumentos que permitiam a canalização de recursos públicos para setores atrasados e improdutivos da economia, que não chegavam a ser conhecidos e nominados. Com a virada dos paradigmas jurídicos, políticos e econômicos ocorrida nos anos 80/90 – a queda do Muro de Berlin, a desestruturação do socialismo real e a consolidação do Estado Democrático de Direito – cresce a desconfiança sobre a virtude de tais incentivos para o desenvolvimento econômico e o bem-estar do povo, não sendo raro que se transformem em uma *perverse fiscal policy*. Sobre eles paira a suspeita de ilegitimidade, ainda mais porque, não raro, provocam a desigualdade entre os contribuintes e se transformam em privilégios odiosos.” Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal*. São Paulo: MP, 2007, p. 212.

²²⁰ Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Crédito-prêmio de IPI e incentivo fiscal setorial: da inaplicabilidade do art. 41 do ADCT da CF/1988. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. São Paulo: Manole, 2005. p. 34.

²²¹ Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 120. Em sua festejada obra, o jurista adverte que “o Estado contemporâneo, caracterizado por sua extensiva intervenção no domínio econômico, tornou a tese da essencialidade da sanção, no sentido de um ato de coação enquanto um mal, demasiadamente estreita. Hoje se fala, cada vez mais, de sanções premiaias,

direito constitucional, uma vez que aquele pode também ser visto como o instrumento fundamental do Estado para a intervenção econômica.

1.3 EXEMPLOS DA INDUÇÃO ECONÔMICA PELA TRIBUTAÇÃO

Convém que se exponha, sucintamente, o histórico de alguns países na adoção de políticas indutoras vinculadas ao crescimento econômico²²².

1.3.1 Brasil

O Brasil concede incentivos de natureza econômico-financeira há décadas como forma de atrair investimentos, capital, incentivar as exportações, a pesquisa científica, a indústria e o turismo. Nesse sentido, há a previsão de incentivos até mesmo no nível da Constituição Federal, tanto originariamente como através de Emendas. E os incentivos podem ser vistos através de imunidades, isenções, regimes especiais, créditos presumidos, e até mesmo subvenções diretas.

Veja-se a quantidade de auxílios fiscais instituídos para empresas que invistam em determinadas atividades econômicas, às quais se atribui redução de IRPJ e CSLL durante anos. São também exemplos de auxílios fiscais os concedidos pelos Estados e Distrito Federal no que se refere ao ICMS e ao IPVA, e por Municípios no âmbito do ISS e do IPTU.

Através de incentivos às regiões norte e nordeste, muitos foram os efeitos positivos no sistema econômico, com o desenvolvimento de várias atividades fundamentais e o aumento do emprego e da renda²²³.

como são, por exemplo, os *incentivos fiscais*, cuja *função é o encorajamento de um ato (sanção-premial) e não o seu desencorajamento (sanção-castigo).*”

²²² De qualquer sorte, relembre-se a perspectiva histórica presente na obra de SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109 acerca das normas tributárias indutoras, que, como visto, podem ser incentivadoras ou desincentivadoras do comportamento humano: “Mohr relata episódio ocorrido no império romano, em 184 a.C., quando foi nomeado censor Marcus Porcius Cato. Naquela época, a influência helênica em Roma era muito forte, sendo comum a decoração de residências com obras de arte gregas, o que influía também no luxo das mulheres e no próprio requinte da culinária. Cato introduziu, então, um imposto sobre o luxo, o que colaborou para pelo pelos procrastinar o processo de helenização.”

²²³ Cf. MOURA, Maria Aparecida de; SCARANTOLA, Roselene Lopes; SANTOS, Claid de Lima. Efeitos concretos das isenções na área da SUDENE. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1970, p. 69-95.

Mais recentemente, em face da crise financeira deflagrada em 2008, foi instituída, na forma de Decreto já citado, alíquota zero no caso de IOF incidente sobre certos investimentos financeiros, para estimular o capital e evitar piores perspectivas de uma anunciada recessão em países industrializados, sobretudo Estados Unidos, Japão e Alemanha, que, nessa ordem, (ainda) são as maiores economias do momento.

1.3.2 Reino Unido

Como visto, o Reino Unido foi o primeiro país a empregar incentivos fiscais, ainda em 1880, com relação a reduções do imposto de renda, através da depreciação de determinados bens adquiridos pelos indivíduos e empresas.

Em 1945, a política de incentivos passou a ser importante para a economia britânica em face da crise econômica causada pelos altos gastos do Estado na Segunda Grande Guerra. Tratava-se, o pós-guerra, de um período de reconstrução e reestruturação pela devastação financeira da guerra e destruição de propriedades e capitais. E a finalidade da concessão de auxílios fiscais foi a geração e mobilização de economias e a indução dos investimentos de uma forma planejada para a recuperação da estrutura anterior à guerra.

Das medidas deferidas pelo Reino Unido, podem ser destacadas as seguintes: i) várias reduções de imposto de renda para várias classes de pessoas (acima de 65 e de 75 anos; casais; cegos etc.); ii) isenções e reduções de impostos sobre algumas situações jurídicas como a capitalização de pensões, investimentos em negócios, juros sobre depósitos em contas de bancos nacionais de poupança e crédito, lucros de seguros, juros sobre moedas estrangeiras de não-residentes etc.; iii) com o *Income Tax Act* de 1945, foi introduzido um novo sistema de reduções tributárias para construções e implantações de indústrias, com a aquisição de equipamentos, além de minas, depósitos de minerais, construções em negócios de agricultura, e para a elaboração e registro de patentes.

Na década de 60, o Reino Unido continuou atribuindo uma série de auxílios fiscais e passou, também, a conceder subvenções diretas para algumas atividades de infra-estrutura. Verifica-se que entre as décadas de sessenta e oitenta, houve um considerável aumento nas

subvenções, especialmente no que diz respeito às atividades relacionadas ao consumo, à formação do capital doméstico e às exportações²²⁴.

O *Finance Act 1984*, ademais, caracterizou uma verdadeira reforma fiscal, com a onda de liberalização econômica e a diminuição dos gastos públicos.

Os incentivos, entretanto, permaneceram, como o denominado *FYA – First Year Allowance*, que passou a representar prática comum na dedução de vários negócios e situações (pesquisa científica, por exemplo) do pagamento de imposto de renda.

No *Finance Act 2000*, as deduções foram convertidas em medidas com vigência indeterminada. Vários incentivos se referem às empresas, como: i) a tributação favorecida de empresas de pequeno e médio tamanhos; ii) a redução fiscal de indústrias em zonas específicas, com a dedução de 100% (cem por cento) de seus custos do imposto de renda; a concessão de subvenções diretas no que diz respeito a empresas abrangidas por programas de pesquisa e desenvolvimento de projetos industriais, educacionais e de pesquisa do interesse público.

Subvenções diretas são também comuns para o treinamento e a qualificação profissionais, através de *Training and Enterprise Councils* e de agências de desenvolvimento, principalmente na Escócia.

1.3.3 Estados Unidos

Grande parte do crescimento econômico norte-americano é atribuído ao investimento estrangeiro²²⁵, que tem obtido um tratamento atrativo do ponto de vista da tributação. Desde a década de oitenta, começaram os grandes cortes nos orçamentos do país, ressaltando-se o *Tax Reform Act of 1986*, sob os auspícios do Presidente Ronald Reagan, na mesma noção de liberalização do Governo do Reino Unido de Thatcher.

²²⁴ Em face da pouca transparência e dos equívocos metodológicos no levantamento dos custos para o país, o deferimento de subvenções no Reino Unido recebeu severas críticas, ver em especial, PREST, A. R. *How much of subsidy: a study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974, p. 16-37.

²²⁵ Cf. COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 69.

Em 1993, 1997 e 2001, várias medidas legislativas têm diminuído os tributos naquele país, principalmente para o capital e os investimentos, representando apenas uma dessas medidas, dirigidas pelo Presidente Bill Clinton, mais de US\$ 150 bilhões em cortes de receitas fiscais.

Também o governo do presidente George W. Bush, através do chamado *Economic Growth and Tax Relief Conciliation Act of 2001*, estabeleceu uma série de incentivos para aumentar o consumo interno e fomentar o investimento: i) reduções de tributos para pessoas casadas; ii) reduções, também, de imposto de renda para famílias com crianças, representando os créditos uma ajuda para o pagamento de educação e outros custos de formação; iii) reduções de impostos sobre determinadas atividades e negócios financeiros²²⁶. Tais mecanismos visavam a aumentar o consumo interno e garantir o investimento empresarial.

No mesmo sentido, por intermédio do *Job Creation and Worker Assistance Act of 2002* e do *Jobs and Growth Reconciliation of 2003*, foi drasticamente reduzida a tributação de atividades econômicas, com especial ênfase para a redução de 38.6 para 15% da tributação dos dividendos²²⁷.

Internamente, a prática de incentivos fiscais é comum em todos os Estados da Federação norte-americana, com a outorga de incentivos para a atração, sobretudo, de indústrias e fundos de investimento.

Mais recentemente, face à crise instaurada em 2008, são várias as discussões sobre planos de ajuda às empresas, em diferentes setores econômicos, e aos contribuintes de um modo geral.

1.3.4 França

A França é reconhecidamente um dos países que mais defendem a seguridade social de seus cidadãos e, apesar desse grau de preocupação com o nível de seus serviços públicos, a sua carga tributária é bem inferior à dos países industrializados, principalmente da Europa.

²²⁶ A legislação norte-americana se refere a vários elementos diferentes, como, apenas exemplificadamente, os seguintes: *deductions; research and development expenditure; executive compensation; capital allowances; depreciation/cost recovery; depletion allowance; foreign tax credits; amortisation; carry back and forward of losses; dividends allowance*.

²²⁷ Cf. COCKFIELD, Arthur J. *NAFTA tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 90-91.

Por outro lado, o país vem mantendo uma série de auxílios fiscais para fomentar o investimento, a pesquisa científica e o emprego, dentre os quais: i) depreciação acelerada de investimentos de empresas; ii) dedução de custos do faturamento bruto das empresas, para incidência do imposto de renda, incluindo juros, *royalties*, taxas de gerenciamento pagas ao exterior, salários, custos com reparos e manutenção e outros tributos, até mesmo de natureza de contribuição social; iii) *tax holidays* em alguns territórios do país, criados a partir de 1º. de janeiro de 1995, nos quais há, para novas empresas industriais e comerciais, uma redução gradativa de impostos (100% no primeiro e segundo anos de operação, 75% no terceiro, 50% no quarto, e 25% no quinto) – não se aplicam as vantagens para empresas do setor bancário, financeiro, de seguros e de imóveis, além de empresas com 50% ou mais de suas ações de propriedade de outras empresas; iv) isenção de 100%, durante dois anos, de imposto para empresas constituídas para administrar negócios falidos ou insolventes; v) créditos tributários para investimentos estrangeiros; e vi) regime de compensação fiscal de prejuízos, no prazo de cinco anos do ano sem lucros.

1.3.5 Alemanha

Dentre os vários fatores que contribuíram para a ascensão econômica da Alemanha se destacam os seus mecanismos de indução econômica. Através de incentivos tributários e subsídios diretos, o Estado germânico conseguiu estimular a re-industrialização pós-guerra e re-inserir o país na competitividade mundial²²⁸. Em determinados setores, por uma opção política e de transparência, o país passou a empregar com maior frequência as subvenções diretas²²⁹, que vêm servindo para o fomento da inovação tecnológica, a pesquisa, a redução de desigualdades e a evolução de várias atividades econômicas estruturais.

Recentemente, o país vem implementando mudanças em sua legislação tributária para tornar-se mais competitivo no âmbito global, principalmente diante da concorrência com os países do leste europeu, que passaram a receber uma grande parte dos investimentos das

²²⁸ Afirma OWEN-SMITH, Eric. Government intervention in the economy of the Federal Republic of Germany. In: MAUNDER, Peter (Ed.). *Government intervention in the developed economy*. London: Croom Helm, 1979, p. 170-172, que os subsídios do país ultrapassaram, somente em 1977, oitenta bilhões de marcos alemães, o que, *per se*, demonstra a importância de tais mecanismos à estruturação de um ambiente mais favorável para o desenvolvimento econômico.

²²⁹ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 562.

empresas alemãs, realizando-se elevadas migrações de capital financeiro, um dos maiores problemas atuais daquele país²³⁰.

Destarte, a crise financeira de 2008 também é motivo de reflexões por parte das autoridades fiscais, que vêm se dedicando ao tema das reformas procedimentais tributárias.

1.3.6 Espanha

A concessão de incentivos por parte da Espanha é considerada uma das mais altas dos países desenvolvidos, como aponta relatório da OCDE, com a atribuição de créditos tributários, reduções fiscais e outros mecanismos que visam a melhorar o seu sistema econômico²³¹.

Isso acabou auxiliando na atração de investimentos de muitos países da Europa e de todo o mundo, elevando o grau de desenvolvimento econômico espanhol e solucionando diversos problemas sociais.

Com a crise de 2008, o país aprovou várias medidas para controlar a recessão e evitar a fuga de capitais, com a adoção de incentivos fiscais e a injeção de recursos em obras públicas para fomentar a política de empregos. No total, a soma destinada pelo país ultrapassa 11 bilhões de euros²³².

1.3.7 Portugal

Em Portugal, destaca-se o emprego de incentivos na forma de deduções de lucros para reinvestimentos, créditos tributários para investimentos e as Zonas Especiais de Comércio, na

²³⁰ Cf. SINN, Hans-Werner. *Can Germany be saved: the malaise of the world's first Welfare State*. Cambridge: The MIT Press, 2007, p. 173 et seq. Afirma o professor da Universidade de Munique: "There are plenty of examples of unreasonable economic escape behavior induced by Germany's high taxes. German firms relocate to low-tax countries like Ireland or Estonia despite their distance from most of Central European Markets. Instead of reinvesting their profits locally, company owners buy financial assets elsewhere in the world, where they can earn interest that German fiscal authorities cannot touch. *Idem, ibidem*, p. 175. No ano de 2008, o Governo daquele país concedeu incentivos para atrair um elevado investimento de empresa norte-americana, como registrado na mídia especializada. A esse respeito, ver <<http://solveclimate.com/blog/20080717/german-clean-energy-tax-credit-attracts-big-money-us-firm>>. Acesso em: 16 out. 2008, 16:35.

²³¹ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2 ed. Chicago: CCH, 2007. p. 546-548.

²³² V. <http://www.mynetpreet_seq.com/pdf/2008/novembro/20081128173058.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2008, 9:31.

Madeira e em Santa Maria, onde há isenção de tributos sobre a renda até 31 de dezembro de 2011, desde que derivada das atividades econômicas consideradas prioritárias para a economia daquele país²³³.

Há, também, a redução considerável (50%) do imposto de renda auferida com a pesquisa e a propriedade intelectual, (20%) com a aquisição de equipamentos e tecnologia, à criação de fontes de energia sustentáveis e várias deduções, como com os custos com consultoria jurídica²³⁴.

1.3.8 Japão

A recuperação da economia japonesa, depois de crises sucessivas e os efeitos nocivos da 2ª. Guerra Mundial, deve-se, em parte, a uma série de incentivos fiscais instituídos para atrair investimentos, fomentar a indústria e a exportação e o consumo doméstico. Dos auxílios do Japão, destacam-se: i) a larga gama de deduções; ii) a depreciação acelerada de bens para dedução de imposto de renda; iii) vários créditos tributários e incentivos em relação a setores e atividades econômicas fundamentais.

Depois de vários períodos de estagnação econômica, o país passou a dar maior atenção ao instrumento tributário como mecanismo de incentivo e novas medidas vêm sendo instituídas desde 1967, ressaltando-se uma recente reforma em 2006, que atribui aos contribuintes uma série de créditos e sistemáticas de tributação com vantagens para o desenvolvimento de tecnologias²³⁵.

1.3.9 Rússia

A transição da economia russa da planificação à economia de mercado se deve também a mudanças de seu sistema tributário. Na primeira década de transição, a Rússia enfrentou sérios problemas fiscais tendo que, a fim de atrair investimentos e diminuir a estrutura governamental, conceder incentivos como isenções tributárias e regimes

²³³ V. PORTUGAL tax guide. Washington: International Business Publications. 2005. p. 120 et seq.

²³⁴ Ibid., p. 129.

²³⁵ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 572.

preferenciais, que, no começo, eram negociados diretamente com as empresas²³⁶, atraindo agentes econômicos de diferentes setores²³⁷.

1.3.10 China

O resultado da atração de investimentos internacionais por parte da China se deve, em parte, aos auxílios fiscais concedidos²³⁸, os quais são classificados em duas espécies: i) aqueles dirigidos especialmente para as empresas de origem estrangeira e que não são deferidos aos residentes²³⁹, como forma de atrair fundos e tecnologia (“attract foreign funds, introduce advanced technology and management skills”); e ii) os incentivos tributários gerais, que se dirigem a todos os contribuintes, isto é, “with the purpose of spending up the growth of the economy, increasing exports, securing employment and encouraging environment protection.”²⁴⁰

Na China, os auxílios são empregados na forma de alíquotas tributárias preferenciais, isenções de tributos, *tax holidays* para atividades industriais, que variam de 10 a 15 anos, créditos tributários presumidos, reduções e subsídios para exportações e empresas de alta

²³⁶ Cf. TURLEY, Gerard. *Transition, taxation and the state*. Aldershot: Atheneum Press, 2006, p. 147-148.

²³⁷ Muitos são, entretanto, os problemas enfrentados pela Rússia em termos de finanças públicas, diante dos incentivos concedidos de forma injustificada, da falta de métodos eficientes de fiscalização e arrecadação tributária, o que levou a uma queda nas receitas fiscais, que, por sua vez, foi uma das responsáveis pela Crise de 1998. Nesse sentido, afirma TURLEY, op cit., p. 148: “From the (federal) tax collector’s perspective, the inability to collect taxes (due to ineffective tax administration, rising tax evasion and growing taxpayer’s noncompliance), the toleration of tax arrears (often but not exclusively to loss-makers), the payments of tax obligations in the form of bribes and the diversion of federal taxes collected to subnational budgets and extrabudgetary funds (due to fiscal incentives and autonomy problems) contributed to falling revenues, and, ultimately, the crisis of 1998.”

²³⁸ “As an important part of China’s macro-economic policy, tax incentives are designed for the various activities of taxpayers on an industrial, business, geographical or structural basis. When China first implemented its ‘open doors’ policy two decades ago, most of the tax incentives were geographically-based. With the development of the economy and improvements to the legal system, the government is now trying to shift its tax incentives from a geographical regime to an industry-oriented system, which may better serve the interest of the whole economy. Therefore, the government may adopt policies to motivate or encourage investments in fields that the government deems necessary. Given the fact that most of the incentives are made available to enterprises through the corporate tax system, China also provides certain tax breaks in some turnover taxes, such as in value-added tax (‘VAT’) and business tax (‘BT’).” Cf. BROWN, Lehman. *Tax planning & compliance in Asia*. 15. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. v. 1, p. 16-101.

²³⁹ “A política fiscal foi um dos meios para a absorção de investimentos estrangeiros, resultando na aprovação de leis tributárias específicas e aplicáveis tão-somente às empresas estrangeiras (*Foreign Enterprises* – FEs) e às empresas com investimento estrangeiro (*Foreign-Invested Enterprises* – FIEs). Em geral, as FEs e as FIEs possuem alíquota menor de imposto de renda, e incentivos fiscais mais benéficos do que às empresas domésticas chinesas.” Cf. TAKAKI, Daniel. Uma visão geral do regime de tributação na República Popular da China: regras aplicáveis às sociedades estrangeiras e às sociedades com investimento estrangeiro. In: ANAN JR, Pedro (Coord.). *Imposto de renda: teoria e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 74.

²⁴⁰ Cf. BROWN, op. cit., p. 16-102.

tecnologia, empresas dos setores de saúde e para as *Special Economic Zones*, localizadas em quatro cidades – Shenzhen, Zhuhai, Xiamen, Shantou e a Província Hainan²⁴¹.

1.3.11 Oriente Médio

E a prática de incentivar as atividades econômicas, pelas vias das subvenções e dos auxílios fiscais, está presente em todo o mundo, identificando-se a concessão de tais medidas em países com diferentes graus de desenvolvimento e em todos os continentes, como, por exemplo, na África, na Ásia²⁴² e, mais especificamente, no Oriente Médio, em que se observam *tax holidays*, incentivos fiscais, empréstimos subsidiados etc²⁴³.

Veja-se, por exemplo, que a Arábia Saudita concede o chamado *tax holiday* por um período de 5 a 10 anos, de acordo com o grau de investimento estrangeiro e da atividade eleita, mantendo-se o país com uma participação no negócio correspondente a 25%. Outros incentivos são deferidos para os acionistas de indústrias e bancos, bem como isenção de impostos de importação em alguns casos²⁴⁴.

O Egito, ao seu turno, concede *tax holidays* que chegam a 20 anos, isenções de importações e *tax free zones*, para as quais são atraídas indústrias e desde que atinjam certas exigências, como o número mínimo de 50 funcionários²⁴⁵.

²⁴¹ Cf. BROWN, Lehman. *Tax planning & compliance in Asia*. 15. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. v. 1, p. 16-102.

²⁴² No que se refere à Ásia, a doutrina identifica regimes preferenciais nas Filipinas, Malásia, Tailândia e Vietnã. Nesse sentido: “The major tax incentives common to the countries studied are: (1) exemptions from income tax, (2) exemption from custom duties, and (3) special depreciation allowances (reinvestment allowances and accelerated depreciation allowances).” Cf. YOINGCO, Angel Q.; TRINIDAD, Ruben F. *Fiscal systems and practices in asian countries*. New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1968, p. 200.

²⁴³ Cf. ABDALLAH, Wagdy M. *Managing multinationals in the Middle East: accounting and tax issues*. London: Quorum Books, 2001, p. 172-194. Afirma o autor: “Tax systems in the Middle East countries are not coded to the same extent as those in industrialized countries. In general, the political regimes in the Middle East are well aware that taxation without representation can lead to such politically unsettling events. For this reason, ‘no representation without taxation’ is the chorus of choice in these countries. With regional trends in establishing taxation policies, governments have to balance the need for non-oil revenues with the encouragement of new foreign investment. Several Arab countries have recently reformed their tax systems, and the common theme is a reduction in the maximum corporate tax rate to levels common in industrial countries. [...] Most countries offer tax incentives that can be of significant benefit to MNCs investing in the Middle East. The main incentive is the tax holiday. Tax holiday, combined with other incentives, such as subsidized loans to finance local expenditure, customs duty exemptions, and a lack of exchange controls in most countries, help make the Middle East an attractive place to invest, despite the high tax rates that are still imposed in certain countries.” Ibid., p. 172-173.

²⁴⁴ Ibid., p. 193.

²⁴⁵ Cf. ABDALLAH, Wagdy M. *Managing multinationals in the Middle East: accounting and tax issues*. London: Quorum Books, 2001, p. 178.

A Jordânia também outorga subvenções, que, apesar de menores, se dão na forma de créditos presumidos aos contribuintes que antecipam suas obrigações tributárias, que variam de 2% a 6%. Ademais, naquele país, os ganhos de capital e lucros de acionistas estrangeiros (assim como jordanianos – não-discriminação) não são tributados, com exceção das instituições financeiras²⁴⁶.

Em diapasão análogo, o Kuwait, visando a atrair investimentos industriais, atribui tributação reduzida sobre importações, empréstimos subsidiados, assistência à exportação e preferência na contratação com o governo²⁴⁷.

Finalmente, concede Israel incentivos a investimentos em determinados setores e com certos requisitos. No caso do setor industrial, por exemplo, o governo atribui um crédito presumido de 20% de toda a tributação, desde que o investimento seja superior a US\$ 20 milhões. Há, ainda, incentivos através de tratados contra a dupla tributação da renda e para atividades de pesquisa científica, produção e comercialização de elementos agrícolas, petróleo, filmes e alguns equipamentos que compõem a formação de sua infra-estrutura²⁴⁸.

1.4 ANÁLISE CRÍTICA DA EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO REGULATÓRIO

Pelo exame das realidades de todo o mundo, evidencia-se que muitas vezes a direção econômica não atinge os efeitos pretendidos pelos governos, tornando-se mais factível a instituição das normas tributárias indutoras, como explica Luís Eduardo Schoueri²⁴⁹, que são normas que dão ao sujeito passivo uma opção e, não uma única consequência. Dentro dessa premissa, cabe ao sujeito passivo da relação tributária eleger o que fazer e, incorrendo na hipótese normativa, obter um estímulo ou, não o fazendo, um desestímulo.

De uma forma ou de outra, concorda-se que os auxílios de Estado, com representação fiscal, acabam sendo legítimos em muitos casos, promovendo a redução dos problemas

²⁴⁶ Ibid., p. 185.

²⁴⁷ Ibid., p. 188-189.

²⁴⁸ Ibid., p. 182-183

²⁴⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12 et seq.

econômicos e sociais, podendo-se tomar como exemplo, no Brasil, a expansão das exportações, o crescimento das atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços.

Na atualidade, as empresas brasileiras têm aumentando o seu grau de competitividade no âmbito internacional, muitas vezes induzidas por auxílios estatais, como se nota através de incentivos tributários, como as reduções do imposto sobre a renda e proventos das pessoas jurídicas, as imunidades conferidas às receitas com as exportações, a implementação de regimes especiais de tributação etc. Do mesmo modo, verifica-se a concessão, com o mesmo objetivo acima, de incentivos financeiros e de subvenções diretas.

Por tais razões, deve-se classificar os auxílios estatais, independentemente das formas jurídicas, a partir da legitimidade de sua concessão e da eficiência que geram para o sistema econômico, uma vez que não se configurará legítimo e eficiente qualquer tipo de auxílio que viole as normas do sistema jurídico, e, em consequência, que gerará, ao invés de benefícios, maiores problemas à realidade econômica e social e às contas públicas. Legalidade, isonomia, capacidade contributiva, livre iniciativa, livre concorrência, proteção do consumidor, dentre outras normas que devem informar tais práticas estatais, são verdadeiras limitações e balizamentos para o Estado.

Historicamente, nota-se, por exemplo, a distinção das regiões norte e nordeste antes e depois da concessão de incentivos fiscais para as áreas da SUDAM e da SUDENE²⁵⁰. Conforme levantamentos econômicos, foram implementados, dentre outros, os seguintes benefícios nas duas regiões do país: i) criação de uma melhor infra-estrutura econômica; ii) maior aproveitamento racional dos recursos minerais; iii) reestruturação da economia agrícola; iv) racionalização do abastecimento; v) maior industrialização, através da implantação de novos empreendimentos; e vi) aumento das taxas de emprego²⁵¹.

²⁵⁰ Respectivamente: Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste; Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia; Agência de Desenvolvimento do Nordeste; e Agência de Desenvolvimento da Amazônia.

²⁵¹ Cf. MOURA, Maria Aparecida de; SCIARANTOLA, Roselene Lopes; SANTOS, Claid de Lima. Efeitos concretos das isenções na área da SUDENE. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, p. 69-95. Os trabalhos se referem a trabalhos apresentados em curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1970, e retratam a evolução das regiões que foram beneficiadas com incentivos tributários, como a redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas que investiram recursos em determinadas atividades econômicas. De fato, os incentivos fiscais às chamadas micro-regiões, abrangidas pela SUDAM e pela SUDENE, têm base nos seguintes dispositivos normativos: arts. 13 e 14 da Lei nº. 4.239, de 27 de junho de 1963, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº. 1.564, de 29 de junho de 1977; arts. 2º e 3º da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, arts. 1º,

Da mesma forma, a importância dos chamados auxílios de Estado se constata em outros países, inclusive mais desenvolvidos do que o Brasil. Note-se, nesse ponto, que na União Européia nada menos do que 35% (trinta e cinco por cento) das atividades industriais têm alguma forma de auxílio por parte dos Estados, ressaltando-se as atuações da Itália e da Irlanda, cujas práticas incentivadoras às suas indústrias ultrapassam 51% (cinquenta e um por cento) do total de benefícios deferidos²⁵².

Ademais, a média dos auxílios dos Estados europeus às empresas no mercado é representada pelos seguintes números: i) 526 (quinhentos e vinte e seis) euros por trabalhador; ii) 2,35% (dois vírgula trinta e cinco por cento) do total das despesas públicas; iii) os países com as economias mais desenvolvidas são os maiores responsáveis pela concessão de auxílios às empresas, enfatizando-se a Alemanha (35%), a Itália (27%), a França (14%) e o Reino Unido (4%)²⁵³.

Um outro ponto merece ser sucintamente ressaltado: os diferentes Estados da Europa se valem de diferentes formas para auxiliar as atividades econômicas. Veja-se, assim, que Luxemburgo, Espanha, Reino Unido, Irlanda e Portugal “têm recorrido sobretudo ao mecanismo das subvenções” diretas, enquanto que Bélgica e Itália têm optado pelos benefícios fiscais. Ao seu turno, Dinamarca e Alemanha valem-se, preponderantemente, dos empréstimos bonificados, e França e Bélgica, e em algumas hipóteses também a Alemanha, utilizam-se do instrumento denominado de garantias²⁵⁴.

Os países europeus em fase de transição, destarte, empregam, em regra, *tax holidays*, isenções tributárias e créditos presumidos. É o caso, vale dizer, de Bulgária, Hungria, Kazaquistão, Lituânia, Malta, Polônia, Rússia e Uzbequistão²⁵⁵. E isso tem sido considerado pelas empresas dos países desenvolvidos, o que acaba impondo a migração de capitais e investimentos para os países em transição.

2º e 3º da Medida Provisória nº. 2.199-14, de 24 de agosto de 2001, e, mais recentemente, com a edição da Lei Federal nº. 11.196/2005.

²⁵² Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, op cit., p. 140.

²⁵³ Ibid., p. 141.

²⁵⁴ Ibid., p. 142.

²⁵⁵ Cf. TAX incentives and foreign direct investment: a global survey. New York, Geneve: United Nations, 2000. p. 111.

Comente-se, a esse respeito, que inúmeras empresas de ponta têm preferido implantar unidades industriais e centros de distribuição em países em transição, cujos incentivos tributários auxiliam na competitividade internacional. É o caso, resalte-se, de indústrias automobilísticas alemãs, como a AUDI, que atualmente não produz motores no seu país de origem, preferindo fazê-lo na Hungria em face dos menores custos ali existentes²⁵⁶.

Ou seja, essa é a situação vivenciada pelos países europeus, surgindo, de um lado, oportunidades para os países em transição e, de outro lado, perspectivas de migração de capital e investimentos dos países industrializados.

No caso dos Estados Unidos²⁵⁷, os auxílios estatais às atividades agrícolas passaram de 10,6 bilhões de dólares em 2003/2004 para 24 bilhões de dólares em 2004/2005, preponderantemente na forma de subvenções diretas, ou seja, subsídios. Em 2005, portanto, os subsídios norte-americanos são o terceiro maior desde 1986, havendo aquele Estado destinado os maiores auxílios aos seguintes produtos: i) algodão (os subsídios passaram de 1,4 bilhão de dólares para 4,8 bilhões de dólares); ii) milho (da mesma forma, houve um aumento de 2,3 bilhões para 7,5 bilhões); iii) soja (cujos subsídios passaram de 610 milhões para 1,5 bilhão de dólares)²⁵⁸.

²⁵⁶ Cf. SINN, Hans-Werner. *Can Germany be saved? the Malaise of the world's first welfare state*. Hardcover: MIT Press, 2007, p. 185 et seq. O relatório das Nações Unidas, a propósito da Hungria, chama a atenção para os numerosos incentivos fiscais existentes. Confira-se: "Firms located in an entrepreneurial zone or region of high priority, and investing in the manufacture of goods, are entitled to a tax credit equal to 100 per cent of their 18 per cent corporate tax liability. The tax credit is calculated on the basis of the ratio of their income from the production of qualifying goods realized in the qualifying region to their total income. The 100 per cent tax credit is available within five years of making the investment. The 100 per cent tax credit applies only to the year during this five-year period in which sales revenues increase over the previous year [...]. Investors are entitled to a tax credit equal to 100 per cent of their corporate tax liability if they made an investment, after December 1996, in the manufacture of goods worth at least 10 billion forint. This tax benefit can be used within 10 years of making the investment. It applies if income from sales revenues in one of those years increases by at least 5 per cent of the value of the investment as compared to the previous year and if the annual average number of employees increases by at least 500 from the second year. Overfulfilment of the requirement in a given year can be taken into account in subsequent years. This tax allowance may be claimed on the corporate tax liability up to the year 2011. This tax incentive is available everywhere in Hungary provided the conditions required are met. [...] According to the general rules of the Hungarian Customs Law there are two types of free zones: - Free zones for industrial processing; and - Free zones for the purpose of storage. Goods delivered to a customs free zone from outside the customs territory are free from import duties and taxes." Ver TAX incentives ..., op. cit., p. 115-117.

²⁵⁷ Cf., dentre outros, DEVEREUX, Michael P.; LOCKWOOD, Bem; REDOANO, Michela. *Horizontal and vertical indirect tax competition: theory and some evidence from the USA*. London: Centre for Economic Policy Research, 2004.

²⁵⁸ Ver *Gastos com subsídios agrícolas nos EUA*. Estudo elaborado pelo Institute for International Trade Negotiations. Disponível em: <http://www.iconebrasil.org.br/Estatisticas/EUA_gastos_subsidios-site.pdf>. Acesso em: 27 set. 2006, 11:16.

Interessante é que se registre, também, que os maiores gastos dos Estados Unidos com subsídios se deram, em ordem decrescente, nos anos fiscais de 2000, 2005, 2006, 1986 e 1993. As explicações são fundamentadas na competitividade dos produtos daquele país no cenário internacional, ou seja, “quanto mais caem os preços, maiores são os subsídios recebidos pelos produtores.”²⁵⁹

Do exame de relatório das Nações Unidas, infere-se, por outro lado, que os países menos desenvolvidos valem-se, em regra, dos incentivos tributários, tendo em vista a evidente indisponibilidade dos recursos financeiros suficientes para a promoção do desenvolvimento econômico com a concessão de subvenções diretas (ou subsídios). Cite-se, pois, a situação, por exemplo, de Angola, Camarões, Egito, Gana, Marrocos, África do Sul, Uganda, Zâmbia e Zimbábue, os quais empregam *tax holidays*, isenções tributárias e atribuição de créditos presumidos para a atração de investimentos internacionais²⁶⁰.

A situação é semelhante nos países da América Latina, que, em regra, aplicam *tax holidays*, isenções tributárias, créditos tributários presumidos e isenções e reduções de tributos aduaneiros. É o caso, pois, de Belize, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Guiana, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela²⁶¹.

Mas a prática dos incentivos tributários é corrente também em países mais desenvolvidos, como a Austrália, que emprega, simultaneamente, uma baixa tributação às empresas, créditos presumidos, isenções e reduções de tributos sobre importações, deduções de gastos com *R&D (Research and Development)* e com outras despesas²⁶².

A preferência por incentivos tributários e/ou por subsídios diretos, ao seu turno, parece ser uma questão política e/ou técnica²⁶³. Apesar de alguns autores falarem que há menor

²⁵⁹ Ver *Gastos...*

²⁶⁰ Cf. TAX incentives and foreign direct investment: a global survey. New York, Geneve: United Nations, 2000. p. 29 et seq.

²⁶¹ Ibid., p. 137 et seq.

²⁶² Ibid., p. 61 et seq.

²⁶³ “As TIPKE points out, the issue of tax expenditure is more of a technical one. The difference with a normal subsidy is that there is no transfer of funds but a credit against taxes due (TIPKE, 1993, p. 364). As any subsidy, tax expenditure can be acceptable if it is necessary and suitable for the objective pursued and proportional for its purpose. If there is no better (i. e. more cost efficient and effective) method than using tax measures as a means of subsidization, than I see no reason still to prefer a cash subsidy to tax expenditure. Critics however argue that tax expenditure favours only a certain group of taxpayers by definition, so equally should not play a part in deciding between a fiscal incentive or a cash subsidy, because it does not make a difference whether a tax

transparência e visibilidade quando da concessão de incentivos tributários, a adoção de alguns métodos de controle, como a publicação da lista de medidas e o seu impacto financeiro, é suficiente para a solução de tal problema.

Como adiantado, o Brasil é exemplo disso. Assim, pode haver a preferência por incentivos tributários no caso de indisponibilidade de recursos suficientes para a promoção de melhoras no sistema econômico, ou seja, tratar-se-á, em regra, de uma questão política e de técnica de intervenção econômica, já que cada país responderá de forma individualmente diferente. Ademais, lembre-se que, no Brasil, tributo não constitui sanção por ato ilícito, daí porque deve a norma tributária, qualquer que seja, se submeter aos princípios e regras da ordem tributária e da ordem econômica, porquanto estão, nessa esfera, atuando como intervenção sobre a economia.

Por outro lado, a distinção entre os mecanismos aplicados pelos diferentes países revela a cultura de cada sistema. Não é possível, pois, importar para o Brasil exemplos de outros países sem analisar a estrutura econômica e a cultura locais. Veja-se que as decisões dos agentes econômicos, nesse contexto, variam de Estado para Estado, o que comprova essa assertiva.

Há, entretanto, uma certa generalização de que a prática de subvenções, por qualquer de suas espécies, precisa de um controle em face de dois aspectos principais: i) tratar todos igualmente, na medida da chamada isonomia seletiva, em face da proteção do regular funcionamento do mercado (livre iniciativa e livre concorrência, especialmente); ii) controlar a despesa pública, nas facetas da diminuição de receita ou de aumento de despesa em termos

reduction is granted to a specific targeted group or a cash grant is provided to that group after first being collected from the general population of taxpayers. However, we must take into consideration that most income tax systems and some corporation tax systems are of a progressive nature. Tax incentives that lower the taxable base will favour those entrepreneurs with higher income more than others. Tax incentives that lower the net tax liability with the same amount for eligible taxpayers (i. e. tax credits) are therefore to be preferred from an equality perspective. In my opinion, a political decision not to use the tax system as an instrument of subsidization anymore would deny that tax incentives could be equally effective and more cost efficient than cash grants in certain cases. As long as the costs of tax expenditure are visualized, a reduction in tax could be an alternative for such grants if it is better suited to do the job. However, in their preference for fiscal subsidies politicians should be careful not to make the tax system a too complex matter for those taxpayers that fall outside the scope of such subsidy. Having a really simple tax system may be wishful thinking, but we should be cautious not to make a tax intricate subsidy schemes. Like any other kind of government subsidization tax expenditure requires an in-depth analysis and discussion about its necessity in the public interest. There should be no easy lane for fast acceptance of tax subsidies in parliament just because a new fiscal year is about to start.” Cf. LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003. p. 18-19.

diretos. Por tais questões, impõe-se o exame cuidadoso das políticas indutoras a partir de elementos complexos, que abrangem a ordem econômica pela sua própria natureza.

E sendo a ordem econômica teorizada na Constituição o fim da regulação estatal, que inclui a instituição de incentivos ou desincentivos com caráter financeiro, impõe-se que as políticas indutoras levem em consideração a necessária promoção do desenvolvimento econômico, que é conceito vinculado à existência de um mercado regular, isto é, constituído pelos pilares da livre iniciativa e da livre concorrência.

1.5 EFEITOS DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O PROCESSO ECONÔMICO E AS AJUDAS ESTATAIS (AS TEORIAS DA NEUTRALIDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA)

Falar de concorrência fiscal, de subvenções e/ou de auxílios fiscais, visando-se ao desenvolvimento econômico, pressupõe um exame, mesmo que delimitado, dos efeitos da tributação sobre o processo econômico, para que, de modo mais profundo, se perfilhem as corretas políticas fiscais a serem adotadas. A viabilidade desse exame, entretanto, somente se faz possível com o auxílio de algumas técnicas econômicas, valendo-se essa metodologia dos princípios da economia, principalmente o princípio da utilidade, o da eficiência e da racionalidade. E a teoria econômica indica que a tributação afeta, decisivamente, as escolhas dos sujeitos econômicos²⁶⁴, modificando a estrutura social. O crescimento econômico, o controle inflacionário, a regulação das taxas financeiras, o aumento de empregos, a redução de deficiências alocativas, bem como a atração do investimento e a acumulação de riqueza são algumas das questões relacionadas com a tributação, podendo as políticas de um país auxiliar ou não na consecução de certos fins.

Com um simples questionamento feito recentemente por Reunven S. Avi-Yonah - “Should corporations pay tax?” – nota-se a interferência da tributação nas escolhas privadas e no equilíbrio das políticas públicas²⁶⁵.

²⁶⁴ “Another often debated question is that of the income tax on labor supply. Any tax measure will prompt agents to change their behavior so as to pay less taxes.” Cf. SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. Cambridge/USA: Massachusetts Institute of Technology, 2003, p. 56; STIGLITZ, Joseph. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York; London: W. W. Norton & Company, 2000, p. 577 et seq.

²⁶⁵ “From the corporation’s perspective, it thus seems that whatever our view of the nature of the corporation, it should not be permitted to engage in strategic behavior that is designed solely to minimize its taxes. From an artificial entity perspective such behavior undermines the special bond between the state and the corporations it

Na lição clássica de Nicholas Kaldor, no campo das finanças públicas, a tributação representa o mecanismo de financiamento do governo e, principalmente, uma das armas primárias para o governo promover a estabilidade econômica e monetária²⁶⁶. Em outros dizeres, a quantidade de recursos advindos da tributação não se limita às necessidades do governo, mas varia a partir das condições econômicas²⁶⁷, devendo, nas economias modernas, garantir um alto e estável grau de emprego da população, a estabilidade de preços e uma adequada acumulação do capital²⁶⁸.

Também nesse sentido se manifesta Schreiber ao expor as dificuldades dos países-membros da União Européia, que continuamente criam mecanismos para evitar o planejamento tributário internacional e para quem é pressuposto à viabilidade dos sistemas fiscais a tributação da renda e a instituição de um “corporate tax” símile nos citados países²⁶⁹.

Nos primórdios do regime capitalista, sob a influência da teoria econômica clássica, tentou-se consolidar, nos países que adotaram tal modelo, a noção da máxima liberdade

created. From the real entity perspective such behavior is as unacceptable as it would be if all individual citizens engaged in it. And from an aggregate perspective strategic tax behavior does not leave the state adequate revenues to fulfill the increased obligations imposed on it by forbidding corporations to engage in CSR. From the state’s perspective, it likewise appears legitimate under all three views of the corporations to use the corporate tax to steer corporate behavior in the direction of CSR. This is true even for CSR functions that the corporation may not undertake on its own, because the state can still try to encourage corporations to undertake such activities, even though it cannot force them to do so. The problem is that as long as any CSR activity that is not related to shareholder profit maximization is deemed illegitimate if undertaken without government incentives, it seems unlikely that the government can provide sufficient incentives to align its goals with those of the shareholders. Recent experience has shown that such incentives frequently fail: For example, the temporary amnesty for repatriating corporate profits with a minimal tax rate offered for 2005 failed to induce corporations to create more jobs. Moreover, such incentives cost the government money which it could use fulfill other social responsibilities. Overall, while regulating corporate behavior via the tax system is a legitimate government function and a major justification for taxing corporations, it seems unlikely to lead to an ideal division of labor in addressing social problems. From the perspective of adequately addressing problems such as global warming or AIDS, it would seem that the ideal world is one in which responsibility is divided as seems best for each problem and each set of actors between the government, nonprofits, and the private sector. The government should be able to levy sufficient taxes to fulfill its share, and can also try to use both taxing and spending to induce private entities to address those problems. But for the best outcome, it seems crucial to leave corporations free like private individuals to attempt to address problems not of their own making, even if no shareholder benefit ensues. Adopting the real view of corporations, which also strikes me as the most realistic view, seems to be the best way towards this goal.” Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Corporate social responsibility and strategic tax behavior. In: SCHÖN, Wolfgang. *Tax and corporate governance*. Berlin: Springer, 2008, p. 197-198.

²⁶⁶ Cf. KALDOR, Nicholas. *An expenditure tax*. Reprinted 15. ed. 1955. Oxon: Routledge, 2003, p. 173. No original: “The ‘Keynesian revolution’ has meant, in the field of public finance, that taxation is no longer looked upon as a means of ‘finding the money’ for expenditure of the Government, but as one of the primary weapons in the Government’s armoury for ensuring general economic and monetary stability.”

²⁶⁷ Ibid., p. 173.

²⁶⁸ Ibid., p. 174.

²⁶⁹ Cf. SCHREIBER, Ulrich. Consolidation, allocation and international aspects. In: SCHÖN, Wolfgang; SCHREIBER, Ulrich; SPENGLER, Christoph. *A common consolidated corporate tax base for Europe: eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungs-grundlage für Europa*. Berlin: Springer, 2008, p. 127.

econômica, seja das empresas, seja dos consumidores. Partindo dessa premissa, as finanças liberais foram dominadas por alguns princípios, como: i) a privatização da economia; ii) a redução do setor público; iii) a menor participação possível do Estado na economia; e iv) a simplicidade das finanças públicas²⁷⁰. Nessa ideologia, o tributo sempre era entendido como um mal necessário²⁷¹.

Como consequência da teoria econômica clássica, muitos governos passaram a empregar a separação entre finanças públicas e economia, a abstenção econômica do Estado e, relacionando-se mais especificamente à tributação, a neutralidade das finanças como um todo.

Como ressalta Sousa Franco, “Quer isto dizer que a actividade financeira deve ser organizada de forma a não perturbar (ou perturbar no mínimo) a actuação livre dos sujeitos económicos”²⁷², derivando da neutralidade dois pontos importantes, quais sejam:

- a actividade financeira deve decorrer de forma que não cause distorções da actividade económica privada (deve <<deixar a economia como estava antes>> de pagar o imposto ou suportar a despesa, ou o mais perto possível...); - as instituições e actividade financeira não devem propor-se qualquer finalidade de alteração ou comando da actividade económica privada (a única <<política financeira>> é que não deve haver *políticas financeiras*, no sentido intervencionista e voluntarista.²⁷³

A tese liberal, portanto, era a de que a tributação deveria manter inalteráveis os preços do mercado, a produção, a distribuição de riqueza e a alocação de recursos²⁷⁴. A neutralidade

²⁷⁰ Cf. FRANCO, António L. de Souza. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. I, II, p. 52.

²⁷¹ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 358.

²⁷² Cf. FRANCO, op cit., p. 54.

²⁷³ Ibid., p. 55.

²⁷⁴ “Um imposto pode influenciar de vários modos à eficiência económica, nomeadamente quanto à oferta e procura de trabalho, à poupança e sua utilização produtiva, à afectação de recursos em geral. É que o imposto é algo que se impõe aos agentes económicos e pode, por isso, modificar os preços relativos das variáveis económicas directa ou indirectamente relacionadas com a sua incidência. Dessa modificação de preços relativos pode resultar ineficiência económica, que os economistas costumam analisar através da chamada ‘carga excedentária’. O objectivo é, assim, minimizar esta, ou seja, assegurar que os impostos sejam o menos distorcionários possível. O que, dito de outro modo, implica a neutralidade do imposto. Importa a este propósito ter em conta que os efeitos do imposto são de dois tipos: efeito rendimento (*income effect*) e efeito substituição (*substitution effect*). O efeito rendimento resulta do facto de a criação de um imposto ou a sua subida diminuir o rendimento disponível, o poder de compra do contribuinte, na pessoa que o suporta. Em si mesmo um efeito rendimento não produz ineficiência económica. Mas a alteração fiscal acima mencionada pode levar o contribuinte a substituir uma actividade por outra, o consumo de um bem por outro e até, em última análise, se o imposto em causa onerar o rendimento que se obtém do trabalho, levar o trabalhador a preferir o ócio. É o efeito substituição. Deste pode resultar ineficiência económica se desta interferência nas escolhas individuais resultar uma perda de bem estar para o contribuinte que não se traduza em aumento de recursos para o Estado ou para o outro ente público destinatário da receita do imposto.” Cf. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 69-70.

da tributação significaria para essa corrente teórica, então, que a tributação não deveria influenciar os comportamentos dos sujeitos econômicos, em nome da maior liberdade do mercado e a menor participação do Estado na condução do processo econômico²⁷⁵.

Com a crise do liberalismo clássico, porém, o papel do Estado passou a ser enfatizado, para controlar e fiscalizar os agentes econômicos e para proteger os direitos socialmente relevantes, fazendo ressurgir a discussão em torno da neutralidade da tributação, pois, com a adoção de políticas fiscais, i. e., através da concessão de auxílios fiscais, ficaria ilógico falar-se em neutralidade. Em outros dizeres, passou a ser aceitável a intervenção do Estado no mercado para evitar as chamadas falhas de seus mecanismos e para a promoção do *Social Welfare*²⁷⁶.

As políticas públicas, nesse contexto, passaram a visar a alguns fins emergenciais: i) redistribuição da renda e da riqueza; ii) estabilização da economia; iii) busca do desenvolvimento econômico, concluindo-se, com a lição de Manuel Pereira, “que a neutralidade do imposto seja agora aferida face aos objectivos visados pela política fiscal. Isto é, deixa de ser absoluta para passar a ser relativa: a não ser na exacta medida em que tal seja necessário para prosseguir os fins visados, o imposto deve ser neutro, ou seja, não deve ter influência no comportamento e nas decisões dos agentes económicos.”²⁷⁷

Na doutrina pátria, destaca-se a posição de Paulo Caliendo, que afirma:

Torna-se claro que equidade e eficiência entrem geralmente em conflito em termos económicos. O *princípio da neutralidade fiscal* representa no âmbito jurídico a tentativa de ponderar esses dois interesses distintos. [...]

Desse modo, a busca da neutralidade fiscal pretende ser uma forma de manutenção do equilíbrio da economia ou, dito de outra forma, da menor afetação possível que a tributação possa realizar em uma economia imperfeita.

²⁷⁵ Cf. ELALI, André. Incentivos fiscais, desenvolvimento econômico e neutralidade da tributação: a questão da redução das desigualdades regionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2006, p. 56.

²⁷⁶ “No intervencionismo <stricto sensu> o funcionamento da economia continua a basear-se essencialmente no livre comportamento dos sujeitos económicos; mas, no caso de não resultar da sua actuação o progresso e o bem-estar geral, o Estado intervém correctivamente, alargando consequentemente as suas formas de actuação e assumindo objectivos próprios.” Cf. FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v.1, 2, p. 62.

²⁷⁷ Cf. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 356.

Tendo estes pressupostos verifica-se que a política fiscal deve procurar a assunção de três objetivos: i) financiar as despesas públicas; ii) controlar a economia e iii) organizar o comportamento dos agentes econômicos. [...]

O *princípio da neutralidade fiscal* irá receber as informações do subsistema da economia que exige uma neutralidade econômica, ou seja, a menor produção de efeitos por parte da tributação nas escolhas dos agentes; irá ler estas mensagens sob o código próprio da linguagem jurídica, especialmente considerando a exigência de eficiência econômica sob a égide da justiça.²⁷⁸

De qualquer forma, questiona-se como é possível conceber a neutralidade da tributação se por definição a fiscalidade é uma forma de intervenção do Estado? Aliás, nas economias de mercado, a fiscalidade é uma condição de existência do próprio Estado, já que se trata de algo imanente ao seu funcionamento²⁷⁹.

Partindo-se da premissa adotada por Santos, nota-se que existem dois sentidos para a neutralidade da tributação: i) o primeiro, influenciado pela ciência das finanças, que sustenta que os tributos não devem prejudicar ou favorecer grupos específicos dentro da economia – os tributos, por isso mesmo, devem ser neutros quanto a produtos de natureza similar, processos de produção, formas de empresas, evitando influenciar de forma negativa na concorrência²⁸⁰; ii) o segundo, alicerçado na idéia inversa: a tributação deve “intervir para suprimir ou atenuar as imperfeições”, falando-se em “neutralidade activa”²⁸¹.

Assim sendo, existe a corrente dos que criticam a doutrina da neutralidade fiscal ou tributária, já que seria verdadeira falácia. Klaus Vogel, sobre o assunto, adverte que a neutralidade significa falta de todas (ou quase todas) as influências externas, consistindo num princípio que, em direito internacional, representaria uma proteção para os sistemas tributários

²⁷⁸ Cf. CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 101-106.

²⁷⁹ Comenta SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 354-355, a propósito, o seguinte: “Neste sentido, não se pode estar mais de acordo com a afirmação de Annie VALLEE de que, em bom rigor, a neutralidade fiscal não existe: um sistema que se limitasse a arrecadar impostos sem modificar os comportamentos dos operadores económicos e, conseqüentemente, sem atingir o funcionamento da economia do mercado não seria concebível. Nem os impostos são neutros, nem a escolha dos impostos ou do sistema fiscal o é. Todas as formas de tributação provocam distorções. O mesmo acontece com as exclusões, benefícios e incentivos fiscais. Numa primeira aproximação, a questão da neutralidade será assim a da escolha dos impostos (e das técnicas tributárias) que menos distorções provoquem. A neutralidade é um conceito relativo, não um conselho absoluto.”

²⁸⁰ Cf. DOURADO, Ana Paula. *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia*. Lisboa: DGCI/CEF, 1996, p. 266.

²⁸¹ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 356.

dos países mais fortes²⁸². Em matéria de tributação internacional, por exemplo, a neutralidade tem sido vinculada a dois métodos utilizados para evitar-se a dupla tributação da renda ou para compensá-la, através de isenções e de créditos tributários²⁸³, visando-se a uma menor distorção da tributação sobre as decisões dos agentes econômicos.

O fato é que se, por natureza, os incentivos fiscais visam a promover mudanças no *status quo* dos sistemas econômicos, com elas não combina a tese da neutralidade²⁸⁴. Estudos recentes, aliás, demonstram que, de fato, a idéia da neutralidade é mais uma ilusão do que uma realidade²⁸⁵. Ou seja, a neutralidade da tributação se apresenta de forma evidentemente restrita, pois ainda não se constatou, mesmo hipoteticamente, um tributo (e em especial um imposto) completamente neutro, uma vez que toda e qualquer obrigação de cunho tributário, como lembra Santos, atinge e modifica a ordem preestabelecida das coisas, exercendo efeitos sobre a produção e o consumo, a circulação e sobre o rendimento e a propriedade, resultando até mesmo em reações psicológicas.

Em outros termos, “um imposto integralmente neutro não existe. Depois da sua incidência, só por milagre a situação tributada poderia permanecer a mesma.”²⁸⁶ Daí porque a

²⁸² Cf. VOGEL, Klaus. Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002. p. 4-10.

²⁸³ Id., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community law*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 21.

²⁸⁴ Para LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003. p. 12, verifica-se mundialmente a violação à neutralidade da tributação, que não é facilmente harmonizada com o emprego de incentivos tributários. Em seus dizeres: “Neutrality of taxation – as in non-interference with normal company policy and competitive behavior – can not be easily combined with the concept of tax incentives. By definition, trade related tax expenditure is not neutral. Such incentives try to stimulate certain behaviour that would not occur under normal market conditions. In my opinion, it is impossible to bring behavioural elements of a tax system within the logic of its primary, classical purpose namely (neutral) revenue collection. Whenever the tax system is used to influence certain behavior of taxpayers, there will be tension between the instrument used and the nature of the system. One cannot neglect that the concept of neutrality has been consistently infringed during the last decades by using the tax system as an instrument to achieve other policy goals than revenue collection.”

²⁸⁵ Nesse sentido: “Our paper has highlighted that the idea of income tax neutrality is more often an illusion than reality. It has produced results which carry a frustrating message for tax economists not to mention policy-makers. This papers has shown that a number of well-known neutral systems of taxing income from existing corporations with little expansion prospects typically distorts the economic decisions both at the start-up and at the liquidation stage. In our view, the trouble with previous tax analyses has been that they have been based on overly simplified models focusing on long-term equilibrium. Enterprises, however, typically have a life-cycle. No enterprise can be created as a mature company. Each enterprise has a beginning and may have a death. Furthermore, given the high heterogeneity of entry and exit costs among countries, we can say that the implementation of a given tax system may have an impact that dramatically differs from one country to another. It is not of secondary importance to understand in what way is the life of cycle of enterprises affected by business and labor taxation.” Cf. KANNIAINEN, Vesa; PANTEGHIONI, Paolo M. *Tax neutrality: ilusion or reality? the case of entrepreneurship*. Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research: CES info, 2008, p. 17.

²⁸⁶ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 359.

neutralidade é sempre relativa, pois pode influenciar mais num contexto do que em outro de escolha²⁸⁷.

Mais ainda se observa quando se encara um incentivo tributário, que, por definição, serve de mecanismo regulatório, induzindo, evidentemente, os agentes econômicos a determinados comportamentos desejáveis do ponto de vista da coletividade. Pondere-se, ainda com Antônio Carlos dos Santos, que a neutralidade deve ser concebida com racionalidade do sistema tributário analisado, ao mesmo tempo em que se considera a racionalidade das atividades econômicas. Deve-se levar em conta, então, todas as funções das atividades econômicas e o orçamento público na sua integralidade²⁸⁸.

Nem sempre será a neutralidade da tributação benéfica à sociedade e ao sistema econômico. Deve, antes, ser analisada para dar margem à idéia inversa em alguns momentos: a “não neutralidade”. Como aduz Santos, há dois tipos de “não neutralidade” no campo da tributação: a positiva e a negativa, a primeira representando a facilitação da consecução dos objetivos econômicos, e a segunda, o inverso²⁸⁹. Um efeito da neutralidade, portanto, pode ser justamente inverso aos objetivos da ordem econômica. O tributo, em muitos momentos, deve corrigir as distorções, tratando de forma desigual algumas atividades, determinados grupos de agentes econômicos.

No caso brasileiro, pode-se dizer que a neutralidade representa a regra geral: a tributação deve tratar todos igualmente, admitindo a circulação de capital e o desenvolvimento econômico de forma imparcial, ou seja, sem beneficiar agentes econômicos especificamente. Constitui-se, então, em corolário da igualdade, do princípio da isonomia²⁹⁰. Nesse sentido, observa-se a lição de Sven-Erik Johansson, para quem um sistema de

²⁸⁷ É importante, nesse ponto, a seguinte advertência: “[...] a perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos. Seria impossível transpor a idéia de mercado, estrutura que define preços ou da qual resultam preços como preferem alguns, para o campo do Direito? A resposta é negativa. Exemplo é a denominada guerra fiscal. Visando a atrair agentes produtivos (indústria, comércio, serviços), alguns governantes oferecem benefícios tributários (econômicos) sob a forma de renúncia fiscal. Tal renúncia representa redução do custo de produção, portanto não se deve estranhar a migração de atividades produtivas de um para outro local. Algum agente econômico perderá a oportunidade de obter a vantagem se tiver a possibilidade de optar por ela? [...]” Cf. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 81.

²⁸⁸ Cf. SANTOS, op cit., p. 361.

²⁸⁹ Cf. SANTOS, loc cit.

²⁹⁰ “Portanto, deve-se ver o direito material e o direito procedimental como uma unidade.” Cf. TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

tributação neutra, em verdade, diz respeito à não-discriminação, ou seja, à aplicação da igualdade da tributação²⁹¹.

Deve-se, também, consoante registrado por Alessandra Okuma²⁹², relacionar a não-discriminação a dispositivos expressos da Constituição brasileira: o art. 3º, IV, parágrafo primeiro, e o art. 150, II, que estabelecem, respectivamente, o seguinte:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Concorda-se, também, pois, com a teoria de Humberto Ávila, para quem são várias as significações para a neutralidade da tributação, dentre as quais: i) proibição de se influir de qualquer modo no exercício das atividades econômicas do contribuinte; ii) proibição de se influir de modo injustificado ou arbitrário no exercício das atividades econômicas do

²⁹¹ “The basic condition for neutral and hence in a basic sense equitable taxation, that equals should be treated equally, will take on another, deeper meaning, in as much as we evaluate what is equal... in terms of economic equivalents, where yield is yield, regardless of under what label it is realized... Once we arrive at this type of sophistication, if we are successful, the tax system will be neutral vis-à-vis different investments with equal yield. This sounds like Utopia. Perhaps it is.” Cf. JOHANSSON, Sven-Erik. The utopia of neutral taxation. In: LINDENCRONA, Gustaf; LODIN, Sven-Olof; WIMAN, Bertil. *International studies in taxation: law and economics*. London: Kluwer Law International, 1999, p. 186.

²⁹² Afirma a autora, com razão, lembrando que os tratados firmados pelo Estado brasileiro se baseiam no modelo OCDE, que destaca, reiteradamente, a não-discriminação como princípio geral, que: “Esse princípio está positivado em nosso ordenamento jurídico com feições de limite objetivo. Impede que seja dado tratamento mais gravoso, injustificadamente, aos sujeitos nacionais do outro Estado contratante do que os brasileiros que se encontrem em situação equivalente. De fato, a vedação de tratamento discriminatório ao capital estrangeiro há muito se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que o artigo 2º da Lei nº. 4.131/62 preconiza que: ‘Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.’” Cf. OKUMA, Alessandra. Princípio da não-discriminação e a tributação das rendas dos não-residentes no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 263.

contribuinte; iii) proibição da influência excessiva no exercício das atividades econômicas do contribuinte²⁹³.

Segundo o autor, no entanto, a primeira e a última definições são incompatíveis com a tributação, tanto porque é incompatível com o ordenamento jurídico evitar a influência dos tributos, pois esses sempre influem no comportamento dos contribuintes, como porque “não é normativamente coerente atribuir à neutralidade o significado de proibição de o ente estatal instituir obrigações tributárias excessivas.”²⁹⁴

Enfatiza Ávila que a neutralidade da tributação diz respeito ao não exercício de “influência *imotivada*” na atividade dos contribuintes, já sendo os limites desse sentido normativo fornecidos pela própria igualdade da tributação no seu aspecto geral, isto é, “que impede o tratamento injustificável, assim considerado aquele decorrente de uma medida de comparação que não mantenha relação de pertinência fundada e conjugada com a finalidade que justifica sua utilização, ou o tratamento baseado em medida de comparação ou finalidade cujo uso seja vedado pela Constituição.”²⁹⁵

Desse modo, consoante conclui Humberto Ávila, a neutralidade da tributação diz respeito a “uma manifestação estipulada da própria igualdade na sua conexão com o princípio da liberdade de concorrência, notadamente no aspecto negativo da atuação estatal”²⁹⁶, consistindo o dever de neutralidade um elemento em favor da concorrência, que acaba garantindo a igualdade de oportunidades no mercado²⁹⁷.

Por outro lado, compreende-se a não-discriminação, na ordem internacional, como o princípio que impede a irrelevância e/ou arbitrariedade na discriminação comercial e fiscal.

²⁹³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-99. Em sentido análogo, vide ELALI, André. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Mackenzie, São Paulo, p. 166-171.

²⁹⁴ Cf. ÁVILA, op. cit., p. 99.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 98.

²⁹⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

²⁹⁷ Também nesse sentido: ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Direito tributário atual – 19*. São Paulo: Dialética/Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005, p. 24-25; ELALI, André. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Mackenzie, São Paulo, p. 166-171.

Ou seja, a não-discriminação acaba sendo uma variação da própria isonomia²⁹⁸ e da neutralidade, aplicando-se através da celebração de tratados fiscais e de livre comércio.

Dessa forma, a discriminação fiscal existe quando se emprega uma discriminação pejorativa e irrelevante, isto é, desproporcional e arbitrária²⁹⁹. Caracteriza-se como uma variação da igualdade de tratamento, aplicando-se a partir dos sistemas jurídicos, como as Constituições que tutelam a igualdade, e dos tratados internacionais, que evitam as distorções no livre mercado. Ou seja, o que visa o citado princípio, principalmente em termos de tributação internacional, é à liberdade e igualdade econômicas, evitando-se distorções nos comportamentos e decisões dos sujeitos econômicos.

O exemplo mais visível de aplicação da não-discriminação é visto no Tratado da União Européia, que, pretendendo instituir o mercado único, veda a discriminação para a efetivação da integração e livre circulação de pessoas, bens, serviços, capital e investimentos. O referido Tratado acaba impondo a não-discriminação quanto aos estabelecimentos permanentes, aos acionistas, e à nacionalidade³⁰⁰. Trata-se de imposição a todos os países-membros de concessão de mesmo tratamento nacional aos estrangeiros.

É oportuna, a propósito, a lição de José Souto Maior Borges:

O dever de harmonização dos sistemas tributários intracomunitários não é uma cláusula qualquer, agregada a outras cláusulas integrantes do ordenamento comunitário. É, no plano comunitário, uma cláusula-síntese, como, no plano interno, o é a da CF, art. 102, *caput*, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda da CF. [...] Assim como na competência jurisdicional do STF, em direito interno, cláusula-síntese análoga é extraída da doutrina do direito comunitário com referência ao Tribunal Europeu: a Corte da Justiça é guardião do direito (JEAN FRANÇOIS DENIAU). [...]

Como no direito nacional, percebe-se que o espaço comunitário é, em nome da harmonização e não-discriminação, campo próprio para *de jure condendo* (direito futuro, ainda não-direito, expectativa de direito positivo, direito a ser

²⁹⁸ “Generally speaking, it means treating similar situations differently, but also treating different situations in the same manner.” Cf. DAHLBERG, Mathias. *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free market movement of capital*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. p. 65.

²⁹⁹ Cf. RAAD, Kees Van. *Non discrimination in international tax law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1986. p. 7-15. De acordo com o autor, “Non discrimination clauses pertaining to taxation of transnational cases are, as a rule, provided in treaties (tax treaties and commercial treaties).” *Ibid.*, p. 15.

³⁰⁰ Cf. STARINGER, Claus; SCHNEEWEIET, Hermann. Tax treaty non discrimination and EC freedoms. In: *Tax treaty law and EC Law*. Wien: Linde Verlag, 2007, p. 240-242.

posto) a edição de normas gerais de direito tributário, aplicáveis, na sua generalidade mesma, aos Estados-membros da comunidade.³⁰¹

O mesmo se observa no *GATT*, sucedido pela OMC, que dispõe a respeito do tratamento fiscal igual para evitar interferências dos países no comércio internacional. É, vale dizer, princípio geral dos demais instrumentos normativos internacionais, que pode ser entendido, finalmente, por dois aspectos: i) não-discriminação com o tratamento da nação mais favorecida, impondo aos contratantes o direito de receber o mesmo tratamento dispensado a outros países; e ii) não-discriminação como tratamento nacional, isto é, situação na qual os produtos importados devem ser tratados da mesma forma dos nacionais.

1.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO PRIMEIRO

A. Os problemas existentes no século passado (guerras mundiais, crises econômicas, aumento de competitividade diante da globalização) resultaram na mudança do perfil da maioria dos Estados de todo o mundo, falando-se, diante da fragilidade das finanças estatais, em crise do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), que acabou sendo substituído por um modelo de Estado Regulador, o qual, como regra, destina aos agentes econômicos privados o exercício dos negócios no mercado.

B. Não obstante o Estado Regulador tenha menor participação no exercício de atividades econômicas diretas no mercado, sua posição de controle é fundamental para a manutenção daquele, dentro de parâmetros para se evitar os abusos do poder econômico (falhas dos mecanismos de mercado) e para se fomentar o desenvolvimento, verdadeiro dever do Estado brasileiro.

C. Dentro dessa noção do novo perfil do Estado, adquire especial atenção os mecanismos relativos à extrafiscalidade, que, como uma das facetas da tributação, servem à intervenção econômica, por meio da atração e manutenção de capital financeiro e de investimentos. Os mecanismos da extrafiscalidade, para o fim de atenderem aos objetivos da ordem jurídica, no caso brasileiro, devem atender aos princípios do direito econômico, em proteção ao funcionamento regular do mercado, sem medidas discriminatórias e ofensivas à livre concorrência.

³⁰¹ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 454-456.

D. Falar em extrafiscalidade é sinônimo de mudança do *status quo* do sistema econômico e, por via de consequência, do mercado, por pressupor atração de capital e de investimentos, porquanto as decisões privadas levam em conta o aspecto tributário ou financeiro. Daí porque os incentivos fiscais fogem à noção da neutralidade (teoria das finanças públicas num momento de liberalismo político). A aplicação da neutralidade, de qualquer forma, deve se dar como verdadeiro corolário da igualdade, evitando vantagens desiguais para iguais, o que afronta a não-discriminação tributária.

CAPÍTULO 2 - O FENÔMENO DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL

Apresenta-se incontroversa a noção de que a concorrência fiscal internacional é um reflexo da globalização³⁰², entendendo-se este como um processo progressivo de integração mundial das economias e dos mercados, caracterizado, fundamentalmente, por uma acentuada generalização tanto das transações comerciais como dos fluxos de capitais a escala internacional³⁰³. Como elementos próprios da globalização econômica, destacam-se: i) a liberalização de numerosos setores da atividade econômica; ii) o aumento sucessivo dos movimentos do capital, de bens e de serviços; e iii) a evolução da tecnologia.

Como bem destaca José Eduardo Faria, “*globalização não é um conceito unívoco*”, já que, muito ao contrário, tratando-se de um conceito plurívoco, “comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais”, que diz respeito a um vasto conjunto de “processos interligados”³⁰⁴. Não é, também, fenômeno recente, já estando presente “nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica.”³⁰⁵

O fenômeno contemporâneo, todavia, é resultante de várias transformações ocorridas a partir dos anos 70, como, v. g., com “a explosão da dívida federal norte-americana”, com a emissão de bônus do Tesouro para controle dos constantes déficits em face das trocas comerciais com Japão e Alemanha, o que acabou com o avanço da “internacionalização financeira”³⁰⁶.

³⁰² É fundamental a lição de FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 281, sobre assunto, especialmente quando o autor relaciona o plano econômico do plano social. Nas suas palavras: “*Competitividade, produtividade e integração*, no plano econômico, *fragmentação, exclusão e marginalidade*, no plano social. De um lado, a diferenciação funcional da sociedade em subsistemas auto-organizados e auto-regulados, que se coordenam horizontalmente entre si por meio de diferentes redes de interação e conexão, rompendo as estruturas hierárquicas do Estado moderno, levando as transformações institucionais profundas (como a despolitização e a autonomia dos sistemas produtivo e financeiro) e provocando o esvaziamento dos controles democráticos sobre o jogo da acumulação (cujas conseqüências são bastante complexas em face de suas múltiplas dimensões não estritamente econômicas). De outro, um crescente desemprego estrutural acompanhado da degradação das condições de vida daqueles que foram expulsos do mercado formal de trabalho, frente aos quais as novas instâncias de poder têm revelado discutível interesse ou escassa capacidade de resposta”.

³⁰³ Cf. LÓPEZ, Jorge Martín. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 33.

³⁰⁴ Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

³⁰⁵ Cf. FARIA, loc cit.

³⁰⁶ Cf. FARIA, loc cit.

Logo depois, verificou-se a crise do padrão monetário mundial, “surgida com o fim do *gold exchange standard*”, marcando a “insustentabilidade da paridade dólar-ouro e com a subsequente erosão do dólar como moeda-reserva internacional estável”, o que ocasionou a “flutuação do câmbio, abriu caminho para a progressiva desorganização do sistema de regulação” e “possibilitou a abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas aos produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo”³⁰⁷.

Como registra José Carlos de Magalhães, “o princípio da liberdade do comércio, que presidiu o processo colonista do passado, constitui um dos pilares de sustentação da ordem internacional”, colocando-se o “isolamento como contrário ao dever social de qualquer país de contribuir com os demais”, justificando “até a guerra contra os infratores”³⁰⁸. Afirma o citado autor, ademais, que foi a “tendência de universalismo e cooperação entre os Estados que motivou a celebração dos acordos de Bretton Woods, ao final da Segunda Guerra Mundial, que reformularam e reordenaram o sistema financeiro internacional, em crises sucessivas desde o início do século.”³⁰⁹

Esses acordos, vale dizer, culminaram com a valorização de organismos mundiais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), também conhecido como Banco Mundial, bem como com a formalização de acordos multilaterais de comércio (*GATT*, v. g.).

Desde então, viu-se o rápido desenvolvimento das trocas entre países e o grande avanço das tecnologias em prol dos modos de produção, acarretando, finalmente, na evolução dos sistemas de comunicação, facilitando, ainda mais, os negócios internacionais.

São extremamente pertinentes, a esse respeito, os apontamentos feitos, ainda na década de 80, por Celso Furtado, o qual explica que o processo de abertura das nações não se apresentou sob o mesmo perfil no mundo, gerando um sistema econômico global com características complexas³¹⁰.

³⁰⁷ Ibid., p. 63.

³⁰⁸ Cf., MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 60-61.

³⁰⁹ Ibid., p. 65.

³¹⁰ Chamou a atenção o autor, no final dos anos 80, para as perspectivas de formação de um sistema econômico global. São dele as seguintes considerações: “Na Europa Ocidental, ele assumiu, numa primeira fase, a forma de integração dos mercados nacionais [...]; somente em fase subsequente é que ele se prolongaria em desarmamento

Como resultado, notou-se o crescimento do poder dos agentes econômicos no âmbito mundial, e, no mesmo período, o enfraquecimento de alguns conceitos clássicos, como o de soberania, que passou a ter um conteúdo diminuído em face da influência do “mercado global” nas políticas internas de cada Estado. A doutrina, nesse sentido, tem atribuído grande relevância à relação entre soberania e globalização, chamando a atenção para a limitação do poder soberano do Estado, cada vez mais dependente de outros. Aliás, é patente a limitação da soberania dos Estados diante da crescente valorização das relações internacionais, culminando com as variadas perspectivas da globalização³¹¹.

E como afirma Luciana de Medeiros Fernandes,

A globalização corresponde, em síntese, ao processo de transformação da organização política moderna, denominada Estado, pela consideração de sua imprestabilidade para o atual momento histórico, marcado pela relativização do espaço, tornando ilimitado pelos agentes econômicos. [...] Se o território perde relevância como elemento de determinação da atuação dos atores

tarifário *vis-à-vis* de terceiros. Entre esses dois estágios existe uma diferença qualitativa: no primeiro, a liberação comercial é parte de um projeto mais amplo de transformação das economias nacionais, cuja capacidade interna de auto-regulação sofre redução; no segundo, a abertura ao exterior segue o modelo de rebaixamento tarifário seletivo no quadro das negociações do GATT. Em situação diametralmente oposta encontra-se o Japão, que imprimiu um caráter voluntarista a sua expansão externa, concentrando esforços nas linhas comerciais em que maiores eram as possibilidades de avanços tecnológicos. A abertura do mercado japonês às importações que concorriam com a produção interna foi feita metódica e seletivamente. [...] Mas foi nos Estados Unidos que a abertura ao exterior acarretou transformações estruturais de maior alcance. Nesse país assumiu importância considerável o processo de transnacionalização das empresas, passando as transações entre matrizes e subsidiárias localizadas no exterior a responder por parcela crescente das relações econômicas externas. [...] Um confronto do desempenho econômico dos países da Europa Ocidental com o do Japão põe em evidência a importância da capacidade de auto-regulação macroeconômica na concorrência internacional. [...] O avanço das técnicas de informação e telecomunicação ocorridas no pós-guerra, facilitou a utilização dessa rica experiência em escala ainda maior. Ora, a descentralização transnacional aumenta a margem de manobra da empresa em face das pressões sindicais e do poder regulador do Estado. Desta forma, as principais forças que contrapesam o poder da empresa – as organizações trabalhistas e o Estado – perdiam terreno, o que significava uma mudança de tendência no quadro evolutivo do capitalismo industrial. “Esse seria o ponto de partida das amplas transformações estruturais que parecem apontar para a formação de um sistema econômico de âmbito planetário, cujos dispositivos de regulação ainda estão por definir-se.” Cf. FURTADO, Celso. *Crise e transformação na economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 219-228.

³¹¹ Cf. FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & processos de integração*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 141-143. Sustenta a autora, com razão, que: “O Estado descobriu, por assim dizer, o direito internacional, e tomou consciência dos múltiplos reflexos que sua atuação na arena internacional poderia gerar internamente, dentro de suas fronteiras. [...] Assim, ao lado das limitações à soberania decorrentes do direito natural, dos ideais de justiça e bem comum do povo, da celeridade das comunicações (esvaecimento do tempo e do espaço), das incontidas forças econômicas, mais recentemente, das restrições recomendadas ao poder soberano dos Estados pela ingerência humanitária, sustenta-se que a soberania passou a ser também coarctada pelo Direito Internacional, nas suas múltiplas feições, especialmente na forma de tratados ou compromissos assumidos pelo Estado com pessoas e organizações internacionais, que podem ocasionar, inclusive, a responsabilização do Estado na esfera internacional pelo não-cumprimento do tratado a que se vinculou. Além disso, assevera-se que essa relativização pode também ser demonstrada pela indiscutível aproximação dos Estados e pela formação de blocos econômicos e comunidades qualificadas de supranacionais, de feição eminentemente econômica, a ponto de se falar em divisibilidade e delegabilidade de soberanias e mesmo num direito supranacional”.

sociais, o Estado tem sua autoridade subtraída ou diminuída, porquanto construído em base territorial.³¹²

Isso é reiterado por Richard Whitley, que admite que, no atual cenário, muitas vezes as decisões de empresas transnacionais são mais importantes, do ponto de vista econômico, do que decisões de alguns Estados. São do autor as seguintes ponderações:

The increasing domination of international trade by multinational companies (MNCs) over the past five decades has been by some to herald the establishment of new, non-national kinds of economic actors that behave differently from more nationally base competitors. Together with the expansion of international trade and growth of international capital markets, this increasing international managerial control of economic activities has been claimed to be leading to a borderless world in which national boundaries and the states controlling them have less economic significance than the decisions of transnational business élites and financial markets. Within Europe, such claims have, of course, been accentuated by the expansion of the European Union, moves to a single European market, and related efforts to standardize the rules of the game governing economic competition.³¹³

No dizer do autor, as economias nacionais e regionais, portanto, estão sendo dominadas por um novo sistema global de coordenação econômica, no qual a concorrência e as escolhas estratégicas são tomadas em nível global, o que acaba impondo a sujeição das empresas nacionais ao poder das transnacionais. E isso acaba ressaltando a diminuição do poder regulatório dos Estados, com o aumento constante do poder de controle das atividades pelos mercados globais³¹⁴.

E se, por um lado, existem diversas teorias contrárias ao processo de globalização³¹⁵, há, por outro, argumentos favoráveis, principalmente no que atine à possibilidade de o intercâmbio comercial entre as nações favorecer a todos. E isso se deve à abertura de fronteiras, que viabiliza a maximização das relações comerciais, possibilitando o que se denomina na literatura econômica de eficiência alocativa, bem como a satisfação dos

³¹² Ibid., p. 148-150.

³¹³ Cf. WHITLEY, Richard. *Divergent capitalism: the social structuring and change of business systems*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000, p. 117.

³¹⁴ Cf. WHITLEY, loc. cit.

³¹⁵ Veja-se, a propósito, a posição crítica de SENA JR, Roberto Di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 52-53, que sustenta: “o processo de liberalização comercial *stricto sensu* não tem como missão histórica produzir desenvolvimento, isto é, provocar mudanças estruturais na sociedade que o promove. Seu principal objetivo é estimular a eficiente alocação dos fatores de produção, o que por si só não favorece a distribuição de riqueza, nem promove justiça social. A agenda desenvolvimentista é algo bem mais amplo do que a simples organização social da produção, envolvendo uma complexa gama de fatores políticos e sociais que excedem, em muito, as possibilidades transformadoras decorrentes da abertura econômico-comercial.”

interesses dos consumidores, cada vez mais vinculados a produtos de diversas partes do mundo.

A idéia de livre comércio pode, então, representar o fomento de trocas entre países, mas acaba se sujeitando aos modos de intervenção dos Estados envolvidos. De um lado, nota-se a imposição do que se denomina de barreiras alfandegárias (tarifárias ou não-tarifárias, como as sanitárias), e, por outro, a concessão de incentivos fiscais à atração de capitais e investimentos. Essa é a questão que deve conformar o exame do tema objeto deste trabalho. Ou seja, a abertura das fronteiras comerciais, ao auxiliar na flexibilização de muitos dos sistemas tributários, que podem servir de instrumento à atração de investimentos e do capital, pode também acarretar na imposição de medidas de protecionismo, principalmente de países mais desenvolvidos, com maior capacidade financeira.

Inter alia, tem-se a conotação genérica, e isso é provado pelo exame das legislações internas, de que os investimentos estrangeiros originarão um crescimento considerável de suas economias domésticas, melhorando, especialmente, o bem-estar de seus cidadãos e a conseqüente arrecadação com tributos sobre a riqueza a ser gerada no futuro³¹⁶.

2.1 CONCEITUAÇÃO, CAUSAS E CONSEQÜÊNCIAS DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL

Esse fenômeno de elevada significância econômica, com grandes repercussões à tributação, em face do contínuo processo de integração das economias, acaba sendo enfatizado por inúmeros aspectos que afetam o movimento de capitais, de bens e serviços, de fatores de produção e de tecnologia³¹⁷. Ou seja, os elementos-chave dessa relação complexa

³¹⁶ Cf. LÓPEZ, Jorge Martín. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de estado en la unión europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 37; EASSON, Alex. *Taxation of foreign direct investment: an introduction*. London: Kluwer Law International, 1999, p. 10.

³¹⁷ “Internationalization of economic activity may not change the objectives that governments try to achieve through their tax systems. However, by expanding the scope of economic activities on the part of taxpayers in different countries and by widening the range of their actions, the internationalization of economic activity will introduce the tax systems of foreign countries among variables that influence the economic decisions of the taxpayers of particular countries. [...] These pressures will be exploited by private economic operators to improve their economic welfare thus affecting tax revenue, economic efficiency, and the equity of the tax system. In some cases, they may also be exploited by some governments to gain tax revenue or other advantages at the expense of other governments. The process of internationalization of economic activities will affect taxable bases and will as a consequence force some countries to take a close look, either individually or collectively, at the changes needed to prevent the migration of their taxable capacity to other jurisdictions. [...] Groups of countries may jointly recognize the necessity of taking collective actions aimed either at coordinating

entre integração econômica mundial e tributação são a concorrência, a coordenação e a harmonização, porquanto, de um lado, estar-se-á diante de práticas unilaterais dos governos que acabarão afetando as atividades econômicas de fora de seus territórios; e em outros casos, verificar-se-á a instituição de políticas fiscais comuns.

Nas últimas décadas, observou-se uma série de resultados positivos da globalização econômica, tais como: i) a alocação mais eficiente dos fatores de produção; ii) a maior disponibilidade de bens disponíveis no mercado à disposição do consumidor; iii) a redução dos custos do capital; iv) a redução dos custos de transporte; a v) a maior troca de informações e de conhecimento e tecnologia³¹⁸. Também se verifica a inclusão de numerosos países pobres nesse novo mercado supranacional, como é o caso de países da América Latina, que acabaram aumentando sua competitividade³¹⁹. Nessa esteira, afirma Baum que a integração econômica apresenta vantagens inquestionáveis para o desenvolvimento das nações³²⁰.

Entretanto, há também inúmeros efeitos negativos desse processo de integração econômica, destacando-se, enfaticamente, o aumento da mobilidade das atividades econômicas, que acaba resultando em impactos dificilmente controláveis e tornando

their tax policy actions, thus explicitly recognizing that these actions may have significant economic effects on other countries, or at attempting to maintain their administrations to reduce the possibility that taxpayers use the process of internationalization of economic activities to reduce their tax liabilities [...]. Thus adaptation, competition, coordination, and harmonization will be the key elements in this proceed seq.” Cf. TANZI, Vito. *Taxation in a integrating world*. Washington: The Brookings Institution, 1995, p. 6-7.

³¹⁸ Cf. KIEKBELD, Ben. J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004. p. 3-4.

³¹⁹ Cf. MUTTI, John H. *Foreign direct investment and tax competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003. p. 5.

³²⁰ “First, at the global level it allows world savings to look for their most productive uses regardless of their location. Furthermore, integrated markets create possibilities for an international pooling of risks and diversification of investment. [...] Countries in a temporary recession or with little capital can borrow abroad to finance investment for promoting economic growth. From the issuers’ perspective, offering securities globally provide them with a range of benefits not to be obtained in their home markets, such as additional capital, increase in share value, additional liquidity, increased publicity, and others. Venture capital missing at the domestic level may be found in foreign markets. In short, the welfare gains of free capital flows are by most measures significant. Second, international capital markets have a disciplinary function on national policymakers who might otherwise be tempted to exploit captive domestic capital markets. As could be seen in times when capital mobility was severely restricted by tight domestic financial regulation, quite a few governments regularly helped themselves to their citizens’ savings through inflation and negative real interests rates. If capital is allowed to flow, policy failures will be punished. This pressure is also being felt by the national regulator: a capital market that is too tightly regulated and thereby imposing non-competitive costs on transactions will be avoided, as well as a market that is underregulated and thereby too risky to attract foreign investors’ money.” Cf. BAUM, Herald. *Globalizing capital markets and possible regulatory responses*. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Org.). *Legal aspects of globalization: conflicts of law, internet, capital markets and insolvency in a global economy*. Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 79-80.

internacionais os problemas antes afeitos apenas às questões domésticas³²¹. Isso tem causado o maior empobrecimento de vários países já subdesenvolvidos e dificultado o equilíbrio financeiro que, como visto, é pressuposto de qualquer sistema econômico desenvolvido, pois sem aquele valor, investimentos dificilmente são realizados pelos agentes econômicos.

Como argumenta Miguel Poiars Maduro, não obstante se apresente como inevitável, o processo de integração econômica acaba gerando efeitos nocivos que devem ser contornados. Afirma o professor português, nesse contexto, a importância de serem adotadas políticas públicas de conformidade com as disposições constitucionais³²².

Coloca-se em xeque, pela mobilidade das atividades econômicas, a tributação de algumas bases econômicas, como o capital³²³. Em outros dizeres, a mobilidade do capital e das atividades econômicas em geral acaba pressionando os países para a prática da redução de seus tributos e/ou à concessão de vantagens econômico-financeiras³²⁴. A mobilidade internacional do capital e das atividades econômicas restringem a autonomia tributária e pressionam os governos no sentido de reduzirem os tributos³²⁵.

Como registra Michael Rodi:

A globalização acarretou um aumento considerável na mobilidade dos fatores econômicos de produção (com exceção do fato trabalho). Por essa razão, elevaram-se particularmente os fluxos de investimento, mais especificamente também os investimentos diretos, assim como os investimentos de *portfolio*.³²⁶

³²¹ Cf. KIEKBELD, op. cit., p. 4.

³²² “It would be more useful if, instead of focusing on a largely inoperative rhetoric of human rights and globalization, the debate would focus on the normative constitutional criteria that ought to be followed in making those difficult institutional choices.” Cf. MADURO, Miguel Poiars. Is there any such thing as free or fair trade? In: BÚRCA, Grainne de; SCOTT, Joanne. (Orgs.) *The EU and the WTO: legal and constitutional issues*. Oregon: Hart Publishing, 2001, p. 265 et seq. Conclui-se do estudo citado, em síntese, que vários dos efeitos da integração econômica, como a transferência do poder político para o mercado global e a adoção de métodos tecnocráticos de regulação internacional, devem ser examinados e corrigidos a partir dos dispositivos constitucionais, sob pena de não serem tutelados os direitos fundamentais.

³²³ Cf. TANZI, Vito. *Taxation in an integrating world*. Washington: The Brookings Institution, 1995. p. 65.

³²⁴ Cf. MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. Fiscal coordination and competition in an international setting. In: *Influence of tax differentials on international competitiveness*. p. 66.

³²⁵ Cf. HEINEMANN, Friedrich; JANEBA, Eckhard. *The globalization of tax policy: what german politicians believe*. Mannheim: Centre for European Economic Research, 2007. p. 1. Discussion Paper n. 07-057.

³²⁶ Cf. RODI, Michael. Concorrência tributária internacional por investimentos. Tradução Victor Borges Polizelli. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo. (Coord.). *Direito tributário atual n. 21*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 126.

É aí que surge a prática da concorrência fiscal internacional, que, para a doutrina especializada, é referida como a redução da carga tributária e/ou a outorga de ajudas diretas para fomentar a economia de um país, com o aumento da competitividade dos negócios domésticos e/ou para a atração de investimentos internacionais³²⁷.

Note-se, entretanto, que a expressão *tax competition* vinha sendo usada na doutrina norte-americana há dezenas de anos para definir a disputa fiscal entre os Estados daquela Federação, chamando a atenção as possíveis distorções concorrenciais e desequilíbrios nas políticas fiscais regionais e recebendo severas críticas³²⁸. Lembra Jagdish Bhagwati, aliás, que Bill Clinton, antes de se eleger presidente dos Estados Unidos, foi considerado o vencedor da guerra fiscal interna (entre unidades federativas) em favor de seu Estado, o Arkansas³²⁹.

No plano internacional, a concorrência fiscal tem sido mais debatida em face das políticas de integração econômica, como na União Européia³³⁰, e das perspectivas da globalização e conseqüente internacionalização dos mercados. E a base desse fenômeno é a busca de menores custos tributários por parte dos sujeitos econômicos internacionais, explicada pela idéia de ser o tributo um dos encargos da atividade econômica e pelo interesse na maximização da riqueza³³¹.

Em outros termos, as empresas, principalmente as multinacionais, vêm aproveitando essa disputa internacional para aumentar suas produções e garantirem maior participação no

³²⁷ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, Publishers, 2003, p. 9.

³²⁸ Cf. OATES, Wallace E. *Fiscal federalism*. Ashgate Publishing, 1993. p. 143. Veja-se, também, o comentário de BRONORI, David. *State tax policy: a political perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2000, p. 31.: “One of the most significant pressure in state tax policy is interstate competition for economic development. Throughout their history, U. S. state governments have competed for economic development in the form of investment and job creation. Tax policy has played a large role in that competition. For much of the past quarter-century, political leaders have viewed state tax policy as the key to encouraging economic development. Tax benefits are used to lure corporations into a state or to convince corporations to stay. [...] The role of taxation in interstate competition for economic development has been studied and debated for years, as demonstrated by the volumes written on virtually all aspects of competition among state and local governments. Most of the literature has a decidedly negative tone about the effects of interstate tax competition on state taxation.”

³²⁹ Cf. BHAGWATI, Jagdish. *In defense of globalization*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 164.

³³⁰ Cf. MALHERBE, Jacques. Harmful tax competition and the future of financial centres in the European Union. In: *Curso de derecho tributario internacional*. p. 111 et seq.

³³¹ Cf. KIRCHLER, Erich. *The economic psychology of tax behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 197.

mercado global, inclusive negociando, através de organismos internacionais, garantias para seus investimentos, cada vez mais livres e soberanos³³².

³³² Importante se revela a assertive de Bhagwati, para quem: “From the point of view of the multinationals, the competition among countries to attract them is a phenomenon that increases their share of the total economic gains flowing from investment in the poor countries. But, not content with that situation, multinationals have long sought to improve their bargaining power still further. To do so, they have asked for codes, even mandatory provisions (proposed by the European Union, for instance, at the WTO), to prevent the receiving countries from imposing restrictions (such as that they must use domestic components or accept export obligations) on the multinationals that come in. For instance, the OECD unsuccessfully attempted, at the urging of business groups, to devise a multilateral agreement on investment, while the European Union and Japan are trying currently to negotiate a mandatory agreement on investment in the ongoing Doha Round of multilateral trade negotiations. The efforts to get these agreements negotiated are often justified by claims that they would contribute to a more orderly and efficient allocation of the world’s scarce investible resources. But if this were the true rationale for these efforts, then we would have expected these codes to eliminate not just the restrictions on multinationals but also the subsidies to them. Both restrictions and artificial encouragements (through tax breaks) equally distort world production and trade. But when the lobbying efforts of the business groups are analyzed, one finds of course that there are no provisions for ruling out such tax breaks and subsidies to themselves.” Cf. BHAGWATI, Jagdish. *In defense of globalization*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 165.

Atente-se, por oportuno, para os paraísos fiscais³³³⁻³³⁴, os quais, diante de suas naturais dificuldades econômicas, acabam instituindo medidas para atrair investimentos e capital, merecendo severas críticas por parte dos países desenvolvidos. E a utilização dessas “jurisdições fiscais favorecidas”, antes restritas a investimentos elevados, tem crescido constantemente pela liberalização do movimento do capital, estimando-se que: i) cerca de 3 – 3,5% de toda a riqueza mundial esteja aplicada em paraísos fiscais; ii) entre um terço e a metade de todas as transações financeiras internacionais circulam através da chamada

³³³ “Historically, tax haven status has often resulted from the unintended consequences of quirks of the legal or tax codes or through the interaction of changing economic circumstances with static rules and regulations. By the 1980s at the latest, however, small islands states in particular began to copy established tax haven jurisdictions as a deliberate development strategy. It was easy to pass a suite of legislation adapted from the state of the art in the field. Often this development strategy was adopted by small states on the advice of former colonial powers and development agencies. No two lists of tax havens look quite the same; the number of entries ranges anywhere from around twenty to almost one hundred jurisdictions. Nevertheless, there is usually a good deal of overlap in the lists of places included. Featuring prominently on these lists is a cluster of small island states in the Caribbean and the South Pacific. Many others are European microstates and dependencies that escaped the pull of centralizing states in the modern era. [...] Switzerland has in many instances been the standard-bearer for European tax havens. Immediately after World War I, investors responded to rising taxes elsewhere in Europe by transferring their savings to Swiss accounts, though as far back, as the French Revolution exiled aristocrats had sought to safeguard their wealth in Geneva’s banks. [...] Several pressures in the 1990s pushed small island states toward offshore finance as a solution to development problems. Bilateral aid from major countries was in decline. Commodity prices for agricultural goods were volatile in the short term and stagnant or declining in the long term, with trade preference concessions under the EU’s African Caribbean Pacific program under threat. High birthrates coupled with the emigration of those with education and skills marketable in North Africa, Europe, and Australasia meant that these countries faced stiff challenges with chronically limited resources. Compounding these difficulties are inherent geographical limitations that made diversification difficult and left the islands vulnerable to devastating natural disasters. In these circumstances, it is not surprising that financial deregulation in the world’s major economies and technological innovation prompted some small countries to set themselves up as tax havens. The proliferation of tax havens was also a product of low barriers to entry, combined with the example of earlier success stories in the field. [...]” Cf. SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006, p. 21-24.

³³⁴ Grande parte dos autores que se dedicam ao assunto acaba distinguindo os paraísos fiscais. Para AVI-YONAH, Reuven S. *WTO and direct taxation*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. p. 128, por exemplo, há três regimes de paraísos fiscais, quais sejam: i) os *production tax havens*; ii) os *transitional tax havens*; e iii) os chamados *headquarters tax havens*. Para outros, como Lingbo Lu, os dois últimos regimes mencionados por Avi-Yonah se confundem. Segundo o autor, “we should distinguish between two types of tax havens: one is ‘production tax havens’, which provide special tax benefits in order to attract foreign investors to set up production facilities in that country; and the other is ‘traditional tax havens’, which levy no or low tax on some incomes to attract foreign investors and financial services provided. The production tax havens may constitute prohibited subsidies if the tax benefits are contingent upon export performance or the use of domestic over imported goods. If such tax regimes include the characteristics of no substantial activities or ring-fencing effects from domestic economy, that is to say the preferential tax treatments are only available to foreign transactions or foreign activities, it is easy to identify such regimes as prohibited subsidies contingent upon exports. [...] It is hard to say whether the traditional tax havens are prohibited subsidies. They are subsidies on the import of capital instead of being directly related to that export, or to reducing the import of goods. And the financial services are covered by the GATS in which there is no provision on prohibited subsidies. That is why some scholars think that the traditional tax havens probably do not violate WTO rules and the WTO is not useful in combating the traditional tax havens. I do not agree with this argument. There are still some problems concerning traditional tax havens. [...] Traditional tax havens are not directly subsidizing export or import; nevertheless, they are indirectly subsidizing export or import: they reduce tax on goods and services by free-riding other countries public goods and spilling over the negative effects to the other countries. Such subsidies violate the purpose of WTO rules and should be considered ‘in fact contingent upon export performance or against imports’ and as falling within the prohibited subsidies in the SCM.” Cf. LU, Lingbo. *WTO-Compatibility of harmful tax practices*. p. 401-402.

economia *offshore*, uma vez que “todas las grandes instituciones financieras están presentes em el mundo offshore”³³⁵.

Ademais, os paraísos fiscais são entendidos como locais de baixa fiscalização e de sigilo bancário, o que acabam aumentando a procura por parte dos agentes com elevado capital financeiro para efetivação de planejamentos tributários ou verdadeira evasão fiscal. Lembre-se que, das medidas empregadas pelos paraísos fiscais, a mais famosa é a não-tributação da renda aos residentes, sendo extremamente fácil obter a residência nesses territórios.

Consigne-se, a esse respeito, a precisa lição de Reuven S. Avi-Yonah, ao comentar que tem ocorrido um grande crescimento na prática da concorrência fiscal internacional em busca de capital e de investimento internacional – *foreign direct investment* – desde 1980, hoje representando a possibilidade de multinacionais evitarem o pagamento de imposto sobre suas rendas³³⁶, como se observa pelo exemplo da *Intel Corporation*, que estabelece diferentes etapas de suas atividades em vários países, aproveitando-se dos sistemas fiscais mais atrativos do ponto de vista de seu custo final³³⁷.

As políticas fiscais dos três países delineados no exemplo de Reuven S. Avi-Yonah acabam gerando desequilíbrios concorrenciais no mercado, e, ao final, afetando a arrecadação dos países em geral, e, em especial, daqueles em desenvolvimento³³⁸, que são os que mais necessitam de investimentos para alcançar seus objetivos macro-econômicos.

Destaque-se, de qualquer sorte, que não é apenas a concessão de incentivos de natureza tributária que chama a atenção nessa concorrência entre países. A outorga de

³³⁵ Cf. SELVA, José María Martínez. *Los paraísos fiscales: uso de las jurisdicciones de baja tributación*. Madrid: Difusa, 2005, p. 24-25.

³³⁶ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime. In: *International tax as international law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 184.

³³⁷ “Suppose a multinational entity is resident in country A, has its production facilities in country B, and sells its products in country C. Country C can only tax the MNE if it has a permanent establishment therein, and in the age of electronic commerce, that may be possible to avoid. Country B typically does not tax the MNE because it is a ‘production tax haven’, that is, a country that refrains from taxing production activities by MNEs while imposing a general corporate tax on domestic corporations. Country A also typically would not tax the resident MNE on a current basis because it is afraid that MNE headquarters will migrate to other countries (either by inversion-type transactions or by takeover by foreign MNEs) and of new MNEs being incorporated elsewhere. As a result, an MNE such as Intel ends up paying no tax at all on its foreign-source income (and if it can deduct stock options, also on its U. S.-source income).” Ibid., p. 184-185.

³³⁸ Cf. KEEN, Michael; SIMONE, Alejandro. *Is tax competition harming developing countries more than developed?* 34 Tax Notes International, p. 1317.

subvenções diretas (rotuladas de subsídios), prática comum, por exemplo, nos EUA³³⁹, também afeta a concorrência empresarial e institucional, sendo severamente criticada por vários especialistas, que chegam a suscitar a falência do Estado norte-americano³⁴⁰.

Em todos os casos, a concorrência fiscal é observada por uma explicação lógica: em ambos os países em que há o exercício de atividades econômicas, do estabelecimento, passando-se pela produção até a circulação em si dos produtos industrializados, adotando-se o mesmo caso prático, há uma preocupação dos Estados em impor tributação e, com isso, serem substituídos por outros³⁴¹. É a prova da mobilidade das atividades econômicas, que passaram a encarar os países com base em números.

O fato é que a manutenção de vantagens fiscais acaba sendo uma das causas da concessão de novos auxílios, falando-se, na doutrina, na “corrida para o fundo”, ou seja, “*the race to the bottom*”. Desse modo, a concorrência fiscal acaba denotando, como menciona Ian Roxan, as pressões internacionais confrontadas por um governo nacional na concessão de sua política fiscal. A expressão está ligada à pressão para a redução do nível de tributação com base em outros países, porquanto indivíduos e corporações encaram os tributos como elementos que determinam seus lucros³⁴².

Explicando o problema, refere-se Elisabete da Costa³⁴³ a uma concorrência empresarial e a uma concorrência institucional, explicando que, enquanto a primeira se refere à competição entre agentes no mercado, a segunda corresponde à concorrência que “se processa no campo da acção institucional”, existindo particularmente entre Estados, entre

³³⁹ Cf. FINEGAN, Brian. *The federal subsidy beast: the rise of a supreme power in a once a great democracy*. Sun Valley: Alary Press, 2000. p. 58 et seq. O autor tece considerações sobre a ajuda atribuída pelos EUA a empresas multinacionais e que já dominam o mercado, prejudicando a concorrência às custas da sociedade.

³⁴⁰ “The United States is presently moving toward a possible catastrophic fiscal collapse. We may not get there, but the risk is unmistakable and growing.” Cf. SHAVIRO, Daniel N. *Taxes, spending, and the U. S. government’s march toward bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 3. Ver também os comentários do autor sobre subvenções. Ibid., p. 198 et seq.

³⁴¹ “Essa atração de investimentos é autorizada ainda hoje com base em uma discutível separação entre países desenvolvidos, países em desenvolvimento, países subdesenvolvidos, separação esta que serve ainda para determinar certos limites aceitáveis entre países subdesenvolvidos ou países em desenvolvimento na atração de investimentos, especialmente no caso da Organização Mundial do Comércio, relativamente àqueles países ditos desenvolvidos. De toda sorte, todos praticam concorrência fiscal internacional como atração pública de investimentos. Todos os países fazem isto: o Brasil, a Argentina, Estados Unidos, os países da União Européia.” Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Tendências da tributação dos lucros e do investimento. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte, Del Rey, n. 4, p. 33, 2005.

³⁴² Cf. ROXAN, Ian. *National Report United Kingdom*. In: *Tax Competition in Europe*. p. 479.

³⁴³ Cf. COSTA, Elisabete Marisa Pinto da. *Concorrência fiscal internacional: um desafio à escala mundial*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Fiscal) - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 8.

regiões ou administrações autônomas³⁴⁴. Partindo dessa premissa, a autora sustenta que um dos fatores de competitividade é o sistema fiscal, não apenas em seu desenho normativo, mas também no que se refere à estrutura dos tributos, às normas de isenção e outros benefícios fiscais³⁴⁵.

Argumenta Elisabete da Costa, também, que em algumas hipóteses a concorrência fiscal pode ter vantagens, uma vez que, dentro de certos limites, poderá pressionar os Estados a melhor gerirem seus tributos, impedindo, da mesma forma, que os níveis de fiscalidade assumam patamares negativos para as atividades econômicas, melhorando os fatores de competitividade empresarial. Assim é que, para ela, são “os países de alta tributação, aqueles que poderão ser afectados com a concorrência fiscal.”³⁴⁶

Também ao se dedicar ao assunto, explica o professor José Casalta Nabais³⁴⁷ que, durante muito tempo, a concorrência fiscal internacional foi entendida como benéfica, a partir do modelo elaborado por Charles Tibeout, em 1956³⁴⁸. Posteriormente à tese de Tibeout, surgiram várias críticas, a maioria delas baseando-se nos seguintes fundamentos: i) a eventual necessidade de se respeitar a função redistributiva dos tributos; ii) a evidente crise que se alcançaria com a concessão de auxílios irrestritos, com o conseqüente aumento da despesa pública, falando-se, por isso mesmo, em “subtributação”, já que, como aponta Nabais, os Estados, “preocupados com a atracção do investimento externo, são forçados a níveis de despesa e de impostos abaixo do que seria desejável, nomeadamente para a manutenção de

³⁴⁴ Cf. COSTA, loc cit.

³⁴⁵ Ibid., p. 8-11. Afirma a autora que “a concorrência fiscal dá-se quando o sistema fiscal de uma entidade governamental afecta o sistema fiscal de uma segunda entidade governamental, usualmente através de um efeito nas receitas fiscais desta última realidade. A concorrência será, pois entre sistemas fiscais distintos de governos distintos. É sobretudo um fenómeno inerente à coexistência de múltiplos sistemas fiscais autónomos. A concorrência fiscal internacional resulta do facto de os Estados passarem a considerar nas suas decisões a necessidade de adequar os impostos ao bem-estar social, ao investimento e ao progresso científico, visando atrair investimentos ou, pelo menos, não os deslocar. Concorrência que, se em alguns casos é prejudicial, em outros leva a uma racionalização dos sistemas fiscais por imitação, com resultados benéficos.”

³⁴⁶ Ibid., p. 12.

³⁴⁷ Cf. NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: *Estudos de direito fiscal: por um estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 203.

³⁴⁸ “[...] a concorrência fiscal entre sistemas fiscais num espaço de liberdade em movimentação dos factores de produção conduz a resultados eficientes, na medida em que aos diferentes níveis de fiscalidade correspondam necessariamente níveis diversos de fornecimento de bens e serviços públicos financiados pelo sistema fiscal. As pessoas e as empresas seriam assim livres de se fixar ou estabelecer nos territórios em que obtivessem um melhor equilíbrio entre os encargos fiscais que suportam e a despesa pública correspondente às suas preferências. Ou, por outras palavras, as pessoas e as empresas seriam livres de, “votando com os pés”, deslocarem-se dos territórios em que o referido equilíbrio lhes fosse menos vantajoso para aqueles em que esse equilíbrio lhes fosse mais favorável.” Cf. NABAIS, loc cit.

um estado social ainda que emagrecido”³⁴⁹; iii) o modelo desconsideraria, completamente, a diferente mobilidade dos fatores de produção, deslocando-se a “tributação do capital para o trabalho e, dentro deste, da tributação do rendimento do trabalho mais qualificado (e por conseguinte mais nómada) para a tributação do trabalho menos qualificado (e por conseguinte mais sedentário).”³⁵⁰

Note-se que Tibeout, considerado o “pai dos teóricos sobre concorrência fiscal entre Estados nos EUA”, como aduz Carlo Pinto³⁵¹, acabou sendo criticado por não abranger a sua tese (de eficiência alocativa de recursos públicos e privados) as empresas e por não enfrentar corretamente as questões do ponto de vista internacional, referindo-se apenas aos indivíduos e às questões de eficiência no âmbito puramente doméstico da disputa entre unidades da Federação norte-americana.

Dos maiores críticos das idéias de Tibeout, destacaram-se Peggy Musgrave, da Universidade da Califórnia, e Richardo Musgrave, da Universidade de Harvard, para quem o modelo examinado “breaks down when public goods are financed through general, rather than benefit taxation, and coordinating measures will be needed to protect diversity of preferences for social goods, while securing fiscal neutrality with respect to location of work, investment, residency and consumption.”³⁵²

Segundo os professores em questão, inicialmente pode-se falar que a concorrência fiscal resulta, em dadas situações, em eficiência econômica e responsabilidade dos governos quanto ao gasto público. Entretanto, numa análise mais acurada e levando-se em conta a mobilidade dos fatores econômicos, dentre os quais o capital, o investimento, o consumo e o trabalho, tal realidade não persiste³⁵³, criando-se uma série de distorções, especialmente para os orçamentos dos países, dentre as quais: i) a migração dos recursos e do capital para territórios com tributação favorecida, distorcendo a alocação regional de recursos e influenciando nas decisões privadas; ii) essa migração, em especial do capital, acabará

³⁴⁹ Cf. NABAIS, José Casalta. *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 204.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 205.

³⁵¹ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 21.

³⁵² Cf. MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. *Fiscal coordination and competition in an international setting*. Munich:[s.n.], 1990, p. 81 (Symposium on International Taxation).

³⁵³ Cf. MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. *Fiscal coordination and competition in an international setting*. Munich:[s.n.], 1990. p. 66-68.

permitindo que os proprietários que residem no país com maior tributação ajam como “free riders”, gozando de um alto nível de serviços públicos sem contribuir com os respectivos custos; iii) os agentes econômicos acabarão mudando suas escolhas em face dos custos, tarifas e auxílios fiscais outorgados pelos países individualmente; iv) na ausência de coordenação, haverá queda no fornecimento e/ou na qualidade dos serviços públicos, distorcendo a relação entre residentes e Estado³⁵⁴.

Ainda de acordo com a tese dos citados autores norte-americanos, a concorrência fiscal não tem o condão de garantir a harmonia das finanças públicas em face das questões internacionais, seja no que diz respeito à eficiência, seja quanto à noção de equidade (justiça). É totalmente inaplicável, por isso, o modelo teórico de Adam Smith à concorrência entre governos³⁵⁵.

Em outro trabalho dedicado à comparação dos efeitos positivos e negativos da concorrência fiscal, lembra Peggy B. Musgrave que o debate em torno do tema vem sendo suscitado nos EUA desde 1986, com o desenvolvimento de teorias econômicas que acabaram provando a insubsistência da tese de Tiebout, quando analisados aspectos internacionais³⁵⁶.

Assim, a doutrina majoritária vem entendendo que a concorrência fiscal internacional é um fenômeno prejudicial quando ausentes critérios de legitimação e de eficiência econômica (redução de desigualdades regionais, desenvolvimento de áreas pobres, por exemplo), pois acaba por impor um alto ônus aos Estados que conferem auxílios, além de manipular o processo econômico³⁵⁷. Como aduz John Douglas Wilson, “Tax competition may force changes in the way tax burdens are allocated within jurisdiction and the amount and nature of public goods provided there.”³⁵⁸

³⁵⁴ Ibid., p. 69.

³⁵⁵ Ibid., p. 70. No original: “How can this Smithian model be translated into the realm of fiscal competition in the international setting? It cannot.”

³⁵⁶ Cf. MUSGRAVE, Peggy B. Merits and demerits of fiscal competition. In: *Tax policy in the global economy*. Edward Elgar Publishing, 2002. p. 338 et seq. Fala-se, na citada pesquisa, que o modelo de Tiebout está longe da realidade. No original: “far from real world”.

³⁵⁷ Cf. ANDRADE, F. Rocha, Concorrência fiscal e concorrência fiscal internacional na tributação directa do capital. *Boletim de Ciências Econômicas*, n. 44, p. 209 et seq. 2001.

³⁵⁸ Cf. WILSON, John Douglas. Theories of tax competitive. In: GRAETZ, Michael J. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003, p. 519.

Grande parte da doutrina, pois, critica essa disputa entre países, denominada por muitos de *noncooperative game*, que acaba manipulando as decisões empresariais e distorcendo o processo econômico com a criação de ineficiências a longo prazo³⁵⁹. Desse modo, trata-se a concorrência fiscal internacional da instituição de políticas de concorrência entre diferentes jurisdições fiscais através de vantagens fiscais e de concessões para a atração de negócios e indivíduos, podendo essas políticas se caracterizarem como prejudiciais à integração internacional e à concorrência no livre mercado, falando-se, nessa hipótese, em *harmful tax competition*³⁶⁰.

Observa-se, então, que a concorrência fiscal, por grande parte da doutrina e dos governos, acaba sendo compreendida como um fenômeno contrário à concorrência no mercado, por distorcer a alocação de recursos financeiros e prejudicar os sistemas fiscais dos países. Por tal razão, acaba grande parte da literatura diferenciando concorrência fiscal e harmonização fiscal³⁶¹, que constitui o processo de adaptação dos sistemas fiscais nacionais para conformá-los para as direções econômicas comuns³⁶².

³⁵⁹ Cf. JANEBA, Eckhard. *International tax competition*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 13. Adverte o autor: “The focus on the strategic effects of tax policy has two implications. First, we neglect the possibility that public spending has beneficial effects on the profitability of investment or the well-being of consumers. If this were not the case, an important additional problem would arise because tax competition and expenditure competition are not isomorphic problems. [...] Second, the analysis is concerned with capital income taxation, and in particular corporate taxation, in the context of foreign investment. We do not consider commodity tax competition which arises when consumers can buy either domestically or abroad. [...] There have been relatively few empirical analyses on the influence of taxes on foreign investment [...]” Ainda de acordo com o trabalho de Eckard Janeba, a partir dos estudos da influência da concorrência fiscal no mercado e na alocação de recursos, nota-se: i) o aumento de ineficiência em face da não-cooperação; ii) diminuição crescente da tributação do capital e também do fornecimento de serviços públicos, causando também redução de eficiências; e iii) uma pressão cada vez maior para a integração do capital (*download pressures on tax rates*) e para a mudança das políticas fiscais. *Ibid.*, p. 14-16.

³⁶⁰ Segundo o “INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *International tax glossary*. 5. ed. The Netherlands: IBFD, 2005, p. 204. “Harmful tax competition generally takes the form of special tax regimes or incentives offered by countries in order to maintain an internationally competitive business environment. The phenomenon may be considered harmful insofar as it distorts the location of business and trade, erodes the tax base of other countries (also referred to as contributing to the ‘race to the bottom’) and undermines the fairness, neutrality and broad social acceptance of tax systems generally.

³⁶¹ Falando em coordenação fiscal, MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. *Fiscal coordination and competition in an international setting*. Munich:[s.n.], 1990, p. 71, ressaltam que o seu objetivo é prevenir uma jurisdição de agir fiscalmente de modo discriminatório em detrimento de outras jurisdições fiscais, buscando-se a neutralidade no que diz respeito ao comércio internacional, aos fatores econômicos e aos residentes. Ao mesmo tempo, pretende-se garantir custos tributários justos, proporcionais aos serviços disponibilizados pelos países.

³⁶² Cf. NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização econômica. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 204. Note-se que podem ser vários os níveis de harmonização fiscal, como aduz NABAIS, José Casalta, na p. 76-78, que, examinando especificamente o caso da União Européia, cita: i) a mera coordenação de políticas; ii) a aproximação das legislações; iii) a harmonização *stricto sensu* ou *tout court* das legislações, “em que se procede à erradicação das disparidades existentes entre as legislações nacionais de modo a chegar a soluções idênticas, sem limitar, contudo, o exercício da competência legislativa nacional”; e iv) a unificação ou uniformização “que, envolvendo a eliminação total das disparidades, tem nos regulamentos comunitários o seu

São tidos como opostos, então, a harmonização fiscal e a concorrência fiscal³⁶³, destacando-se argumentos pró e contra cada um dos citados movimentos.

Como relata Wolfgang Schön, a favor da harmonização fiscal se colocam os seguintes elementos: i) redução dos custos de complacência; ii) transparência para os contribuintes; iii) neutralidade tributária em face da alocação de recursos e do tratamento igualitário da imposição; iv) efeitos re-distributivos da tributação³⁶⁴.

Já a favor da concorrência fiscal, são suscitados os seguintes argumentos pelo citado professor da Universidade de Munique: i) pressão à diminuição da carga tributária; ii) disciplinamento fiscal; e iii) equilíbrio entre o nível de tributação e os bens públicos³⁶⁵.

Da mesma forma, fala Carlo Pinto em aspectos positivos e negativos da questão, dentre os quais: i) positivos - redução das cargas fiscais, atração de investimentos, disciplinamento fiscal, possível crescimento econômico e a possível criação de uma estrutura favorável para o sistema econômico doméstico; ii) negativos – degradação fiscal, com a redução das receitas tributárias e a diminuição dos recursos disponíveis para os governos financiarem seus gastos, além de um provável aumento do ônus fiscal sobre o emprego e os trabalhadores, sobre o consumo, com a criação de ineficiências econômicas³⁶⁶.

Ademais, distinções conceituais são levantadas, como adverte Carlo Pinto: i) incentivos fiscais e financeiros são modalidades diferentes; ii) há a concorrência fiscal vertical e a horizontal (a primeira intergovernamental e a segunda entre jurisdições fiscais diferentes); e iii) existem alternados níveis da tributação dos negócios domésticos (*outbond tax competition*) e do investimento internacional (*inbound tax competition*)³⁶⁷.

instrumento paradigmático e o alcance de um abrir mão de parcelas significativas da soberania fiscal dos estados.”

³⁶³ “The elimination of tax competition is what left of the objective of tax harmonization, after its erosion by the principle of subsidiarity.” Cf. MALHERBE, Jacques. *Harmful tax competition and the future of the financial centres in the European Union*. Interta, 2002. p. 114.

³⁶⁴ Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe: general report*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, p. 5.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 6.

³⁶⁶ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 10-12.

³⁶⁷ Cf. PINTO, Carlo *Tax competition and EU law*. Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003. p. 3-4.

Há, por outro lado, quem continue defendendo a concorrência fiscal internacional e critique os seus mecanismos de controle, destacando-se, *in casu*, Alain Steichen, professor do Centro Universitário de Luxemburgo, que afirma, em síntese, o seguinte: i) a harmonização tem sido entendida como necessária no campo dos tributos indiretos em face da liberdade conferida pelo mercado comunitário; ii) no entanto, a harmonização da tributação da renda é vista como algo inviável em face de vários países-membros pretenderem manter uma parte de suas soberanias nacionais; iii) o conceito de concorrência fiscal, apesar de mundialmente utilizado, não é corretamente compreendido, já que inexiste uma linha satisfatória entre a concorrência geral e a prejudicial; iv) contrários à harmonização fiscal, principalmente na União Européia, há vários fundamentos, dentre os quais: trata-se de um processo limitado; exemplos como os EUA, Canadá e Suíça possibilitam a criação de mercados comuns mesmo com diferenças tributárias, especialmente sobre a renda; a teoria da “race to the bottom” nunca se tornará efetiva, uma vez que “investment decisions including location decisions may be influenced by taxes to some degree, but this is certainly not the only factor influencing the decisions to be taken”, ou seja, “more variables influence the final outcome”, ao mesmo tempo em que a elevação da carga tributária acabará impondo aumento de custos para o Estado; a neutralidade da tributação tem sido induzida de forma equivocada, já que, segundo outro método de análise da concorrência fiscal, se há distorções, elas não são criadas pelos paraísos fiscais e pelos países com baixas cargas fiscais, mas sim como resultado das altas taxas cobradas em vários países com um alto nível – nível este incomparável - de serviços públicos; e, finalmente, que a concorrência fiscal deveria ser fomentada porque impõe a racionalização do gasto público e habilita que os agentes econômicos acessem os serviços públicos com o mínimo custo possível³⁶⁸.

Ainda de acordo com a teoria de Alain Steichen, no ambiente internacional, a competição governamental se dá tanto em termos da imposição de tributos como das políticas de despesas públicas, já que “fiscal systems as a whole – that is, the pattern of both revenue and expenditure.”³⁶⁹ Ou seja, os sistemas fiscais não podem ser analisados isoladamente em termos de obrigações tributárias, mas também no que diz respeito aos gastos públicos.

³⁶⁸ Cf. STEICHEN, Alain. Tax competition in Europe or the taming of leviathan. In: SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Tax competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003. p. 68 et seq.

³⁶⁹ STEICHEN, Alain. Tax competition in Europe or the taming of leviathan. In: SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Tax competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003. p. 77.

Afirma Steichen, também, que a harmonização fiscal não incrementa o bem-estar de todos os países, já que, pelas diferenças naturais, sem a influência das vantagens financeiras, alguns Estados ficarão alheios ao processo de integração, amargurando ainda mais problemas sociais, o que é contrário, no mesmo diapasão, ao Ótimo de Pareto e que acabará representando um “cartel fiscal.”³⁷⁰

Pondera o autor de Luxemburgo, finalmente, que a concorrência fiscal acaba promovendo o crescimento econômico³⁷¹, sendo de universal aceitação a tese de que altos tributos inibem o exercício das atividades econômicas, como sempre, aliás, sustentou Charles Tiebout³⁷².

Também se revela fundamental no exame do tema proposto a posição de Richard Teather, para quem: i) a concorrência fiscal promove benefícios a toda a sociedade e não apenas para os que se beneficiam das vantagens; ii) o maior dos benefícios, de qualquer sorte, é para os países que trabalham em favor da harmonia de um mercado global livre, ao contrário dos protecionistas que tentam impor barreiras ao comércio internacional; iii) a redução das barreiras ao comércio internacional, ao investimento e à alocação de recursos nos anos oitenta não apenas auxiliou a instituição de um mercado global livre, como também possibilitou mais pessoas de obterem vantagens de baixos custos fiscais em outros países, o que acabou aumentando a concorrência fiscal internacional; iv) a concorrência fiscal, assim, acaba se tratando de uma prova na capacidade dos governos de diminuir seus tributos, limitando os fundos disponíveis, o que acaba sendo um incentivo para o controle dos gastos públicos; v) ao dificultar o aumento de tributos, o citado fenômeno fomenta o bem-estar econômico global, o investimento produtivo e o emprego, além de aumentar-se a eficiência econômica³⁷³.

³⁷⁰ Ibid., p. 79. Segundo levantamentos econômicos apresentados pelo autor, os países maiores e mais desenvolvidos continuarão sendo beneficiados pela harmonização, pelas suas situações internas já serem suficientes para atrair investimentos (Alemanha, Espanha, França e Reino Unido), ao passo que os menores países continuarão enfrentando dificuldades na atração de empresas (como Irlanda e Luxemburgo) ver também SORENSEN, P. B. *Tax coordination in the European Union: what are the issues?* Stockholm: European Union's Conference on Macroeconomic Policy Co-ordination, 2001.

³⁷¹ Ibid., p. 78. Segundo esse autor, “Tax harmonization has a fundamental flaw in its conception: it formulates the economic and social integration of countries purely *from a government's perspective* by considering how to maximize tax revenue when economies integrate. The obvious and better alternative would be to formulate it *from the citizen's perspective*: as a safeguard against punitive taxation. Tax competition has another advantage. It informs governments on the quality of their fiscal policy, it indicates whether they offer the right level of public services or not.” Ibid., p. 118.

³⁷² TIEBOUT, Charles. A pure theory of local expenditures. *Journal of Political Economy*, v. 64, p. 416-424, 1956.

³⁷³ TEACHER, Richard. *The benefits of tax competition*. London: The Institute of Economic Affairs, 2005, p. 13 et seq.

Ao expor seus argumentos, o autor britânico destaca que a condenação da concorrência fiscal internacional é uma mescla de falta de entendimento dos paraísos fiscais, que não atraem investimentos por si só, e de ideologias radicais sobre as políticas públicas. Afirma Richard Teather, expressamente, que “In the real world, tax competition is beneficial.”³⁷⁴

No mesmo diapasão, reportando-se em específico ao caso da Suíça, menciona Robert Waldburger que numerosos estudos sobre os efeitos da concorrência fiscal entre os cantões chegam a uma única conclusão, qual seja, “that tax competition has positive effects on the economic development of the country. No ‘race to the bottom’ effects were identified.”³⁷⁵

Veja-se que, dentre os países que conseguiram prosperar em termos econômicos graças a mudanças nas suas políticas tributárias, ressalta-se o caso da Holanda cuja economia, nos anos 80, era marcada por problemas e por profunda crise fiscal. Para resolver tais problemas, mudanças no sistema fiscal, com a redução de tributos, políticas de estímulo de emprego e o controle do gasto público, a Holanda superou suas dificuldades³⁷⁶.

³⁷⁴ Ibid., p. 14. Mais adiante, argumenta o autor que a concorrência fiscal acaba criando vantagens para os mercados, para as empresas e para os governos: “This tax competition has grown as part of the general increase in international trade and investment, and is part of the process of globalization. The opinion across the governments of most of the world’s richest countries, however, is that it is bad and must be stamped out, and they are using various bodies (the EU, the OECD and the UN) in attempts to bring this about. Is tax competition really damaging, or is it rather a force for good? There are three main áreas where tax competition, and tax havens in general, affect the economy: they can have an impact on markets, on companies and also on governments. [...] The benefits of tax competition have been visible for the last twenty years; the post-war climate for high taxation was coupled with insularity and strong controls on emigration of capital and business. As controls were swept away, allowing people and investment funds to move more readily again, governments once again faced the possibility of a flight of money, investment and (to some extent) people. Furthermore, in an increasingly multinational economy it was necessary for a country not only to retain its own people and capital but also to attract people and capital from abroad. These changes, and this need to be competitive internationally in the face of tax competition, forced governments to adopt more internationally competitive taxation systems and hence more efficient and streamlined government operations. The era of free international capital markets and the increased tax competition that these allowed led to the public finance reforms of the 1980s and 1990s. In the UK this was most visible in the Howe/Lawson reforms of the 1980s; punitive taxation of investments returns was ended, and for companies a system of high taxes but a narrow tax base was replaced by a more business-friendly approach of low rates applied to broad tax base roughly in line with accounting profits, which removed many perverse incentives. Even the OECD admits these benefits [...]” Ibid., p. 25-37.

³⁷⁵ Cf. WALDBURGER, Robert. *National report Switzerland*. In: Tax competition in Europe. p. 471 et seq. Lembra o autor que uma das causas da concorrência fiscal doméstica na Suíça é a baixa carga tributária em geral e a diferença do grau de desenvolvimento das regiões. Paradoxalmente, enquanto as regiões mais ricas impõem menos tributos, as menos desenvolvidas precisam de mais receitas, impondo mais tributação.

³⁷⁶ Cf. BOVENBERG, A. Lans; GRAAFLAND, Johan J.; MOOIJ, Ruud A. de. The dutch employment miracle and fiscal challenges of the twenty-first century. In: BUTI, Marco; SESTITO, Paolo; WIJKANDER, Hans. *Taxation, welfare state and the crisis of unemployment in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2001, p. 211-218.

Tal qual admitido por Carlo Pinto, a concorrência fiscal internacional pode gerar efeitos positivos e, nas experiências submetidas ao estudo econômico, verifica-se a evolução de vários países com a concessão de subvenções³⁷⁷. Assim, a questão torna-se ainda mais complexa, pois o problema passa a ser o ponto divisório entre a concorrência fiscal legítima e a concorrência fiscal prejudicial, que distorce o sistema econômico e as decisões dos sujeitos econômicos.

Em estudos econômicos, são apontadas em determinadas situações melhoras nos sistemas econômicos em função de incentivos fiscais e subvenções diretas, principalmente em países em desenvolvimento e na atração de investimentos financeiros³⁷⁸.

Em sentido oposto, muitos autores se manifestam como é o caso de Ben J. Kiekbeld³⁷⁹, que lança os seguintes problemas decorrentes da concorrência fiscal prejudicial: i) em longo prazo, a menor eficiência na alocação de recursos; ii) a erosão das bases da tributação; iii) um possível *déficit* das finanças públicas, pois haverá perda de arrecadação, impondo, como solução, a diminuição dos gastos do Estado concedente; e iv) “the race to the bottom”, entendida como o “processo que pode resultar na erosão extensiva das bases da

³⁷⁷ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 372-376. o que chama a atenção da doutrina europeia é a formatação do mercado comunitário, na forma do Tratado da União Europeia. Não fosse isso, não se atribuiria ao tema tamanha relevância, porque na prática a concessão de vantagens fiscais acaba, por dados estudados empiricamente, gerando benefícios aos países e aos seus sistemas econômicos. *Ibid.*, p. 381 et seq.

³⁷⁸ A esse respeito, ressalte-se a posição de GUGL, Elisabeth; ZODROW, George R. *International tax competition and tax incentives in developing countries*. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge; RIDER, Mark. *The challenge of tax reform in a global economy*. New York: Springer, 2006, p. 181-182, que afirmam: “Some simulations of the model suggest that investment tax incentives can in some circumstances be quite beneficial in reducing the inefficiencies attributable to the taxation of highly mobile capital, including the underprovision of public services in the presence of international tax competition. These results do not necessarily overturn the traditional presumption against the use of tax incentives by developing countries, as many of the arguments typically marshaled against the use of such incentives, especially the administrative problems and avoidance/evasion opportunities they create. [...] Nevertheless, our results do suggest that the desire to use tax incentives to lower the tax burden on highly mobile (foreign) capital within the context of administratively convenient and politically appealing nominally uniform taxation of both domestic and foreign capital provides a counterargument to the traditional case against the use of such incentives, and may provide a partial explanation for their widespread use.”

³⁷⁹ “Factors of productions can be said to be allocated inefficiently in economic terms if an investment decision is taken primarily on tax grounds and if, in the absence of these tax grounds, the investment would otherwise have been made in another country. In these situations, tax competition simply serves to shift rather than create economic activity to influence the allocation of profits within a group. Similarly, it prevents the establishment of a common market in the EU since it would be real economic factors rather than tax that primarily determine allocation.” Cf. KIEKEBELD, Ben J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 12-13.

tributação ou até mesmo o total desaparecimento da imposição sobre o capital”³⁸⁰, fazendo com que o nível dos serviços públicos seja colocado em risco.

Os países desenvolvidos, pois, são os mais preocupados com esse fenômeno, como adverte Gauthier Blanluet a respeito da França, considerada pelo autor parte do que ele chama de círculo trágico dos países vulneráveis à concorrência fiscal³⁸¹.

O mesmo caminho é perfilado por outros pesquisadores europeus, que chegam a afirmar que a globalização acaba impondo limites na capacidade dos países de imporem tributos mais altos em face dos demais, o que acaba pressionando os governos a gastarem menos³⁸².

Na literatura alemã, a questão é também bastante controversa. De um lado, alguns autores são favoráveis à concorrência fiscal internacional, já que ela acabaria levando os governantes a controlarem os gastos públicos³⁸³; de outro, fala-se na desnecessidade de o Estado alemão entrar nessa disputa internacional, já que o sistema tributário é apenas um fator de escolha dos agentes econômicos, temendo-se, ainda, a perda da soberania fiscal³⁸⁴; e,

³⁸⁰ Ibid., p. 14.

³⁸¹ “France is undoubtedly part of the ‘tragic circle’ of countries highly vulnerable to tax competition. The country has to face ever-increasing public spending obligations to sustain its high level of public services. Accordingly, the overall tax burden (including social contributions) on corporate and individual taxpayers is heavy in comparison with other countries, in particular the other members of the European Union. As an obvious and predictable consequence, France is in a difficult and awkward position in terms of tax competition. As a developed country it is, of course, particularly subject to unfair competition. Moreover, it is also the victim of fair competition, which is a real matter of concern. This worrying situation may explain why the French government has always strongly believed that France should not stand back and accept the erosion of its tax base through the combined actions of tax havens and countries offering preferential tax regimes. The political attitude of the government towards tax competition has focused on two separate policy directions. First, unilateral and bilateral measures have been implemented with a view to counteract harmful tax competition. Second, particular emphasis has been given to the multilateral approach, in order to pursue coordinated action at the international level.” Cf. BLANLUET, Gauthier. National Report France. In: *Tax competition in Europe*. p. 230.

³⁸² Destaque-se, nesse contexto, a posição de TIKKA, Kari S. National Report Finland. In: *Tax competition in Europe*. p. 227, da Finlândia, que pontua: “The result of tax competition will be a downward pressure on public revenues. In coming years Finland faces fiscal constraints, which will force it to consider how its welfare programmes can be maintained. On the other hand, there is no reason to underestimate the positive impact of public services and transfers on the competitiveness of a welfare state. A good public education system produces a talented workforce. Well-organized care for children and people who need assistance promotes quality of life. A low crime rate and social stability are also factors to take into account. On the other hand, as a state that has a such a highly developed welfare system, Finland must improve the efficiency of its public sector. Finland is a fair competitor in the field of international tax competition and is accustomed to adopting a defensive role in the game. At the same time, Finland welcomes international efforts to curb harmful tax competition and will be an active participant in this work within the European Union and the OECD.”

³⁸³ Cf. RITTER, Wolfgang. Perspectives for Further Development of German International Taxation. In: *Internationales Steuerrecht*. 2001, p. 430.

³⁸⁴ Cf. KIRCHHOF, Paul. The constitutional point of view. In: Kirchhof; Neumann (Ed). *Freiheit, Gleichheit, Effizienz*, Bad Homburg, 2001. p. 13-17.

finalmente, uma terceira linha aponta a concorrência fiscal como um fato irreversível, que deve ser encarado com medidas como a migração à tributação para o “consumption-based income taxation.”³⁸⁵

A preocupação explicitada por Paul Kirchhof, ex-presidente da Corte Constitucional Alemã, que adere à segunda linha literária, é dirigida à interpretação constitucional do problema, devendo-se adotar na União Européia uma Carta de Direitos Fundamentais, a fim de se proteger a liberdade e a igualdade em todos os países-membros³⁸⁶. Evitar-se-ia, então, a discriminação, que é o principal problema da concorrência fiscal, que gera distorções justamente pelo tratamento seletivo e discriminatório.

Já Joachim Lang fala na migração da base de tributação para a “consumption-based income taxation”, que seria uma forma de entrar na concorrência fiscal internacional sem violar o direito constitucional da isonomia, medida aceita por vários estudiosos³⁸⁷.

O tema tem chamado a particular atenção do professor Wolfgang Schön, que acaba, diante de tamanha complexidade, questionando, em tom crítico: “**Competition and harmonization – are they the same?**”³⁸⁸.

³⁸⁵ Cf. LANG, Joachim. *Principles and systems of the taxation of Income* apud Johanna Hey. National Report Germany. In: *Tax Competition in Europe*. p. 255.

³⁸⁶ Cf. KIRCHHOF, loc. cit.

³⁸⁷ Cf. HEY, Johanna. National Report Germany. In: *Tax competition in Europe*. p. 256.

³⁸⁸ “The whole discussion on the merits of institutional competition refers to the concept that there exist two levels where decisions may be taken: a ‘federal level’, where some central institution has the power to enact laws binding the whole community, and a ‘regional’ level, where local institutionals are in the position to frame the legal situation. When we look at the state of the European Union we have – superficially – the impression that there exists an antagonism between the institutions of the European Union which embody the ‘federal’ tendency to harmonize and the Member States which defend their fiscal sovereignty. Taking a closer look, we discover that the fundamental policy decisions which shape the development of European tax law are taken by the European Council, where the representatives of the Member State convene in order to discuss the options they have for the future structure of taxes in Europe. In this Council, according to the principle of unanimity laid down in Article 95, paragraph 2 of EC Treaty, no decision in tax matters can be taken unless all Member States agree to specific measure. Within this legal context it seems clear that there is no real difference between policies at the ‘European’ and at ‘domestic’ level. It is always the Member States themselves who either act in concert or do it alone. It is not ‘Brussels’, it is them! Therefore, in our present situation, the difference between tax harmonization and tax competition in Europe boils down the difference between consensus and dissent among the Member States of the European Union. From this perspective it should be clear that the question of whether Member States should adhere to this principle or move towards majority voting in tax matters is of paramount importance for the future of European tax law. So far, Member States have (most recently in Nice) not dared to go this way. On the day their attitude changes, the alternative between tax harmonization and tax competition will be back on the table.” Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe*: general report. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, p. 41-42.

Ou seja, diante da concorrência fiscal, os sistemas tributários acabaram se tornando cada vez mais semelhantes, a fim de se tornarem competitivos na atração das atividades econômicas³⁸⁹.

Segundo o professor alemão, a questão, na União Européia, diz respeito à posição política assumida pelos países-membros, em face dos princípios do Tratado Europeu³⁹⁰. Seria, pois, na visão de Schön, uma questão de coordenação política. A mesma opinião é manifestada por Malherbe, que adverte: “The future of preferential tax regimes is of course heavily dependent on political decisions.”³⁹¹ Em síntese, a concorrência fiscal institucional, no contexto europeu, contraria a idéia do mercado comum, suas bases de liberdade e de não-discriminação.

Entretanto, vários países europeus persistem empregando subvenções, diante da constante migração do capital. Isso acaba impondo a redução da tributação do capital e o

³⁸⁹ “This [...] has demonstrated the remarkable stability of national fiscal systems and fiscal outcomes in the context of increasing competition within the European and international economy. Governments, in their anxiety to prevent tax competition from eroding their revenue, and unwilling to relinquish sovereignty over taxation to the European Commission, have managed to cooperate with each other in order to remain largely in control of taxation.” Cf. LYNCH, Frances M. B. Harmonization through competition? the evolution of taxation in Post-War Europe. In: NEHRING, Holger; SCHUI, Florian (Org.). *Global debates about taxation*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 131.

³⁹⁰ “The whole discussion on the merits of institutional competition refers to the concept that there exist two levels where decisions may be taken: a ‘federal level’, where some central institution has the power to enact laws binding the whole community, and a ‘regional’ level, where local institutionals are in the position to frame the legal situation. When we look at the state of the European Union we have – superficially – the impression that there exists an antagonism between the institutions of the European Union which embody the ‘federal’ tendency to harmonize and the Member States which defend their fiscal sovereignty. Taking a closer look, we discover that the fundamental policy decisions which shape the development of European tax law are taken by the European Council, where the representatives of the Member State convene in order to discuss the options they have for the future structure of taxes in Europe. In this Council, according to the principle of unanimity laid down in Article 95, paragraph 2 of EC Treaty, no decision in tax matters can be taken unless all Member States agree to specific measure. Within this legal context it seems clear that there is no real difference between policies at the ‘European’ and at ‘domestic’ level. It is always the Member States themselves who either act in concert or do it alone. It is not ‘Brussels’, it is them! Therefore, in our present situation, the difference between tax harmonization and tax competition in Europe boils down the difference between consensus and dissent among the Member States of the European Union. From this perspective it should be clear that the question of whether Member States should adhere to this principle or move towards majority voting in tax matters is of paramount importance for the future of European tax law. So far, Member States have (most recently in Nice) not dared to go this way. On the day their attitude changes, the alternative between tax harmonization and tax competition will be back on the table.” Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe*: general report. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, p. 41-42.

³⁹¹ Cf. MALHERBE, Jacques. *Harmful tax competition and the future of financial centre*. In: The European Union, p. 122.

aumento do ônus sobre a renda com salários, destacando-se, a propósito, a situação da Itália³⁹².

Ou seja, outro aspecto considerado dos mais relevantes é a possível degradação fiscal de uma grande parte dos países que deferem incentivos em busca de investimentos internacionais, pois a consequência mais evidente desse processo é o empobrecimento desses Estados, exceto de alguns países que dependem de investimentos, e dos “contribuintes-móveis internacionais”, como aduz Carlo Pinto³⁹³.

Como consigna Franz Philipp Sutter, por outra via, o tema pode acabar levando os países a um conflito sem fim e sem vencedores, pois a única consequência será a migração cada vez maior da tributação do capital para o trabalho, como tem ocorrido na União Européia, onde ocorreram aumentos sucessivos nos últimos quinze anos, além da queda do nível dos serviços públicos³⁹⁴.

³⁹² “Public finance scholars have investigated both the economic effects on entrepreneurs’ behaviour and the redistributive effects that tax avoidance and evasion cause. Indeed, economic science has a prevailing interest in examining the effects of the trade-off between matching on the one hand equity and neutrality and, on the other hand, international tax competition. This dichotomy appears also in political choices. The former Italian Minister of Finance favoured objectives of equity and neutrality of taxation while the current one gives priority to the international competitiveness of the Italian tax system. [...] In the last 30 years Italy suffered a huge emigration of capital. The reason behind this emigration is not only the avoidance of Italian taxation but also the search for a shelter from the political choices of successive governments in the 1970s. [...] Italy, like other developed countries, has suffered the consequences of electronic commerce. During recent years the taxation of income from capital has decreased but the taxation of income from employment has increased. Finally, it must be noted that Italy occupies the last position in the EU Report 2000 on State aids. This means that Italy influences competition via State aids more than other EU countries do.” Cf. SACCHETTO, Claudio. National Report Italy. In: *Tax competition in Europe*. p. 281-282.

³⁹³ “The most dangerous is so-called ‘fiscal degradation’, that is the loss of tax revenue borne by countries engaged in the lowering of taxes on income derived from inbound investment or, in other words, the excessive erosion of their taxable bases on such income. This is mainly the result of the various countries bidding against each other in minimizing the tax burden in order to attract foreign investment through dangerous beggar-thy-neighbour policies, also referred to as ‘poaching’. As a consequence of this *race to the bottom*, countries to which investment shies away lose large amounts of tax revenue: in the end, everyone winds up poorer (except some internationally-mobile taxpayers). Also ‘inter-nation’ equity is affected by this phenomenon, as countries losing revenue on such mobile taxpayers poached by other jurisdictions will in most cases still provide public services to them, and they become ‘free riders’, paying low taxes (if at all) therein.” Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 11.

³⁹⁴ Cf. SUTTER, Franz Philipp. National Report Austria. In: *Tax competition in Europe*. p. 156. Assevera em sentido análogo TIKKA, Kari S. *National Report Finland*. In: *Tax competition in Europe*. p. 227.: “Globalization will unavoidably limit a country’s ability to impose higher taxes than other countries, especially on mobile factors such as capital and high-skilled labour. The result of tax competition will be downward pressure on public revenues.”

Acaba que a concorrência fiscal funciona como um jogo em que as empresas manipulam “as jurisdições umas contra as outras”, escolhendo, ao final, a melhor oferta para exercer suas atividades econômicas³⁹⁵.

Veja-se que a concorrência fiscal, no plano doméstico dos países, pode servir de base para o entendimento do problema. Um desses exemplos envolveu a Mercedes-Benz, quando o Estado de Alabama, nos Estados Unidos, concedeu àquela empresa incentivos equivalentes a duzentos e cinquenta milhões de dólares, isto é, cento e sessenta e oito mil dólares por cada emprego criado pela indústria automobilística alemã³⁹⁶. Se por um lado criou-se um “clima” de crescimento, por outro não se sabe o custo desse crescimento, uma vez que inexistem dados precisos sobre a relação entre os incentivos outorgados e os benefícios no Estado³⁹⁷.

O mesmo problema é visto no Brasil, com a rotulada “guerra fiscal” entre Estados e Municípios, que, contrariando muitas vezes as normas constitucionais que visam a proteger a Federação, acabaram gerando problemas financeiros a Estados como a Paraíba, que, atraindo centenas de empresas para seu território com incentivos tributários, acabou se submetendo a essa degradação fiscal depois que as empresas dali migraram, sem recolher tributos como os concorrentes que, afetados no mercado, fizeram a duras penas.

Também no conflito entre Rio Grande do Sul e Bahia pela atração de indústria da FORD viu-se situação análoga, gerando-se perdas tributárias consideráveis e dificilmente compensáveis pela atividade econômica captada.

Revela-se fundamental, em tal perspectiva, a lição de Reuven Avi-Yonah, para quem a consequência da concorrência fiscal internacional acabará sendo dramática. Segundo Avi-Yonah, a disputa entre países se desenvolveu a partir de dois movimentos históricos: i) a suspensão de retenções tributárias sobre os ganhos sobre investimentos por não-residentes, como ocorreu nos EUA em 1984, com sua reforma fiscal; ii) a instituição de vantagens fiscais por países em desenvolvimento, alguns deles, inclusive, criando paraísos da tributação³⁹⁸.

³⁹⁵ Cf. MUTTI, John H. *Foreign direct investment and tax competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003, p. 11.

³⁹⁶ V. WALL STREET JOURNAL, Londres, 3 abr. 2002, A1.

³⁹⁷ Cf. MUTTI, loc. cit.

³⁹⁸ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In: *U. S. international taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press. 2005, p. 532.

O primeiro fato tem relação com três diferentes aspectos da economia dos EUA³⁹⁹: i) a reforma fiscal adotada pelo Governo de Ronald Reagan, no movimento de reduzir o tamanho do Estado, com a redução da carga tributária para atrair investimentos, principalmente do Japão; ii) o tratado fiscal entre EUA e Japão impunha uma retenção de 10% (dez por cento) de imposto sobre ganhos com investimentos, enquanto os tratados com outros países não impunha tributação; iii) a denúncia pelos EUA do tratado com os países-baixos, para evitar o pagamento de imposto sobre juros, resolvendo tanto o problema do governo como das multinacionais, fomentando, ainda, o investimento estrangeiro no país e facilitando o acesso a financiamentos sem o custo tributário⁴⁰⁰.

Essa prática do governo dos EUA acabou iniciando essa disputa rotulada nos dias de hoje de concorrência fiscal, inaugurando a chamada “*race to the bottom*”, pois logo depois dessas medidas norte-americanas, praticamente todos os países desenvolvidos adotaram a mesma prática, isto é, “most developed countries levy no withholding tax on interest paid to non-resident on bank deposits, government and corporate bonds.”⁴⁰¹

A Alemanha, por exemplo, entre 1988 e 1991, acabou sendo prejudicada com a tributação dos ganhos com investimentos de capital, submetendo-se a perdas enormes com a migração de recursos para Luxemburgo. Foi, então, obrigada a adotar um mecanismo para solucionar o problema, mantendo a tributação em tela, mas não sobre os residentes, e permitindo que investidores em Luxemburgo fossem assemelhados a residentes alemães.

O fato é que a diminuição de tributos, direta ou indiretamente, induz ao que a doutrina chama de “financial flows” ou “capital flows”, constituindo os sistemas fiscais um dado estrutural do mercado global, não obstante influencie limitadamente as atividades econômicas⁴⁰². Essa disputa fiscal, que, numa comparação ao funcionamento do mercado, consiste na redução dos “preços” que representam os tributos e os sistemas fiscais dos países, acaba realmente beneficiando os contribuintes, reduzindo as suas obrigações nos países com

³⁹⁹ Cf. HERMAN, Doron. *Taxing portfolio income in global financial markets*. The Netherlands: IBFD, 2002, p. 118. et seq.

⁴⁰⁰ Chegam os EUA, em face desse tratamento preferencial ao investidor não-residente, a serem caracterizados como verdadeiro paraíso fiscal em alguns aspectos, como assevera SCHNEIDMAN, Leonard. *U. S. taxation of foreign portfolio investors*. Boulder, USA, 2006, p. 1-13.

⁴⁰¹ Cf. AVI-YONAH, op cit., p. 535.

⁴⁰² Cf. DEVERAUX, Michael P. The OECD harmful tax competition initiative. In: BISWAS, Raijv (Ed.) *International tax competition: globalisation and fiscal sovereignty*. London: Marborough House, 2002, p. 98.

alta tributação e boa estrutura de serviços públicos, permitindo o planejamento tributário e a adoção de medidas evasivas⁴⁰³.

A questão, portanto, acaba envolvendo o chamado planejamento tributário internacional, já que os investidores de grande porte quase sempre criam engenharias fiscais para reduzir suas cargas tributárias, prejudicando a arrecadação dos países em que residem. Veja-se, como exemplo, um investidor de um país que, através de uma empresa situada num paraíso fiscal, transfere seus recursos para os EUA. Mesmo que entre os EUA e o seu país de residência exista um tratado, tornar-se-á impossível, sem a ajuda do paraíso fiscal, com a emissão de informações financeiras, identificar a operação e impor tributação.

Estudos demonstram, nessa linha de raciocínio, que os países da América Latina, somente nos anos 80, tiveram uma migração de recursos para países desenvolvidos entre \$ 15 e \$ 60 bilhões por ano, dos quais aproximadamente \$ 300 bilhões ingressaram como investimento somente nos EUA⁴⁰⁴. Também os países desenvolvidos, como Alemanha e Japão, também acabaram sendo envolvidos nessa mobilidade de capital em face das medidas de deferimento de regimes preferenciais, com a movimentação de recursos em outros países e sem a tributação nas suas residências⁴⁰⁵.

O segundo ponto, ao seu turno, tem relação com a própria integração econômica internacional, com a evolução da tecnologia e da comunicação, facilitando as trocas entre países e a formação de um novo mercado, aspectos da globalização.

A concorrência fiscal internacional é tão evidente que, apenas em 1998, quando da publicação do relatório da OCDE sobre *harmful tax competition*, havia nada menos que 103 (cento e três) países empregando regimes fiscais preferenciais ou vantagens para a atração de investimentos. Com isso, tem havido uma efetiva migração das bases tributárias, ocorrendo a diminuição geral da tributação sobre a renda e sobre o capital, diante da já falada mobilidade,

⁴⁰³ “The ‘prices’ involved in tax competition are tax rates on mobile tax bases – which can apply to the location of real or financial investment, or the location of taxable income. Reducing the ‘price’ of locating activity in one country makes that country more attractive relative to other countries. In the long run, other countries are likely to respond by reducing their tax rates as well. Many economic models suggest that the long-run outcome of this process must be ‘prices’ – i. e. tax rates – of zero.” Ibid., p. 99-100.

⁴⁰⁴ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In: *U. S. international taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press. 2005, p. 537.

⁴⁰⁵ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In: *U. S. international taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2005. p. 537.

e, em sentido inverso e extremamente preocupante, o aumento da imposição sobre bases menos voláteis, como o salário e o consumo.

E o problema surge com essa mudança de bases tributárias, pois a tributação acaba resultando em problemas econômicos e sociais. Afinal, como enfatiza Avi-Yonah, a alta tributação sobre o trabalho desestimula-o; a alta tributação do salário inibe a criação de empregos e contribui para o desemprego; e a alta tributação do consumo, de bens e serviços, acaba induzindo o consumidor a comprar fora de seu território de residência⁴⁰⁶.

Tece, ainda, Avi-Yonah, a ponderação de que os países, por não poderem tributar a renda do capital diante desse movimento internacional, têm como única medida possível o corte da seguridade social e de seus serviços públicos, criando-se um dilema a respeito da própria globalização⁴⁰⁷.

Sendo assim, essa falada degradação fiscal abrange a diminuição de receitas governamentais, o que acaba por restringir a capacidade de custeio das políticas públicas, fazendo com que os governos, por necessidade de recursos, acabem aumentando a tributação sobre bases econômicas menos voláteis, apontando-se, nesse caso, para os trabalhadores e para o consumo, como visto.

Veja-se o caso da Rússia, que, pretendendo atrair investimentos e capital no período de transição para a economia de mercado, acabou sofrendo com a concessão injustificada de incentivos tributários, culminando com problemas contínuos de déficits fiscais e a famosa crise de 1998⁴⁰⁸.

Também outros países em fase de transição são exemplos das conseqüências severas de uma política econômico-tributária mal conduzida, como, por exemplo, a Romênia, que,

⁴⁰⁶ Ibid., p. 534.

⁴⁰⁷ Cf. AVI-YONAH, loc. cit. Arremata Avi-Yonah, a esse respeito, o seguinte: "Thus, globalization leans an increased need for revenues at while simultaneously limiting the ability of governments to collect them. This dilemma threatens to undercut the social consensus that underlies modern industrialized societies and create a backlash against globalization, despite its overall benefits. [...] To prevent such a collapse and maintain the social compact underlying the modern welfare state, it is necessary (inter alia) to limit tax competition so that cross-border income from capital is taxed rates approximately the same as those that are imposed domestically on labor income. However, any limits on tax competition must (as normative and practical matter) be balanced against the desire of democratic countries to control the size of their public sectors." Ibid.

⁴⁰⁸ Cf. TURLEY, Gerard. *Transition, taxation and the State*. Aldershot: Atheneum Press, 2006, p. 148.

além de incentivos tributários e subsídios diretos a empresas, de forma não-transparente, ficou conhecida internacionalmente pela tolerância com a inadimplência fiscal, que acabou, também, impondo-lhe sérios problemas fiscais⁴⁰⁹.

Aponta-se, ainda, que políticas mal conduzidas acabaram aumentando os problemas fiscais de países como a Bulgária, Hungria, Polônia e Eslovênia⁴¹⁰.

Desse modo, há uma possível perspectiva⁴¹¹ de aumento nas taxas de desemprego e os problemas sociais resultantes, criando-se, ainda, ineficiências econômicas, como a mudança na alocação de recursos financeiros apenas em função dos aspectos fiscais, deixando-se de lado questões como o tamanho do mercado, a estrutura política e econômica dos Estados e a mão-de-obra, dentre outros.

Deve-se, também, consignar que para alguns teóricos que se dedicam à questão, a concessão de auxílios fiscais pode ser um obstáculo à criação de empregos, pois acaba gerando uma concorrência imperfeita no mercado. Nessa linha, argumenta Eckhard Janeba⁴¹², por exemplo, que a concorrência perfeita no mercado internacional garantiria o pleno emprego, o que não ocorrerá com a distorção concorrencial em face de políticas governamentais unilaterais.

⁴⁰⁹ “The tax system can be used to soften the budget constraint of firms. Under the socialist system enterprise, in addition to receiving direct budgetary subsidies, bargained for ‘tax’ concessions from the state. The arbitrary nature of pricing and the vertical relationship that existed between the state and the enterprise sector allowed the state to channel funds, through the tax system, to the enterprise. In postsocialist countries, market-economy style tax systems have been introduced. However this has not stopped enterprises continuing to extract funds from the state. One such way is by means of tax arrears. Tax arrears are tax liabilities that are known to the tax authorities, have come due but have not been settled, i. e. they are overdue tax liabilities. As these tax liabilities are known to the authorities, the problem is one of collection rather than detection as in the case of tax evasion. Delayed payment of taxes can provide cheap working capital to firms. In a high inflation environment and assuming relatively low penalties/interest on overdue taxes, the real cost to the enterprise of this breach of obligation is reduced. In this sense, tax arrears can be viewed as a subsidy from the state to the enterprise. Ultimately, tax arrears might prevent financially distressed firms from bankruptcy and, in doing so, ensure their survival.” Ibid., p. 63-64.

⁴¹⁰ Ibid., p. 66.

⁴¹¹ Cf. MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. Fiscal coordination and competition. In: *Na International Setting*, p. 68-69.

⁴¹² “In the public debate tax competition is very often discussed in the context of unemployment. New jobs may be created and unemployment diminishes when foreign investment is attracted through favorable tax policies. Neither of the two above objective functions captures the unemployment aspect, even through national income is usually correlated with employment. The two objectives are not the same, however. It is difficult to implement a theory of unemployment into a tax competition model. For example, in a standard trade model with international capital mobility, perfect competition in all markets ensures full employment.” Cf. JANEBA, Eckhard. *International tax competition*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 18.

Consoante a pesquisa de Eckhard Janeba, a concorrência fiscal distorce numerosos elementos do mercado, ressaltando-se: i) a mobilidade das empresas e dos investimentos; ii) a formação de preços; iii) a discriminação fiscal em face de não-residentes e estabelecimentos estrangeiros; iv) a crescente substituição da tributação da fonte por créditos tributários; v) a criação de novas bases econômicas de imposição⁴¹³. Conclui o autor, finalmente, que a decisão dos sujeitos econômicos no que diz respeito ao país de fixação de seus investimentos não se limita à análise dos custos, mas depende também da credibilidade dos governos⁴¹⁴. A tributação, portanto, é um dos vários elementos levados em conta pelo mercado.

Andreas Haufler apresenta três externalidades decorrentes do emprego da concorrência entre países: i) a externalidade sobre as bases de tributação; ii) a externalidade quanto à exportação de tributos; e iii) a externalidade sobre o comércio internacional⁴¹⁵.

A primeira hipótese diz respeito aos efeitos da redução e/ou do aumento dos tributos de um país sobre os seus vizinhos, que pode gerar externalidades positivas para alguns atores econômicos⁴¹⁶.

A chamada *tax exporting externality*, por sua vez, ocorre quando estrangeiros auferem vantagens nos seus países de residência por políticas fiscais não-coordenadas. Ainda de acordo com Haufler, essas políticas fiscais não-coordenadas acabam impondo flutuações de capitais e, com a redução da tributação dos lucros, por exemplo, podem ser geradas externalidades negativas para os países vizinhos, com a volatilidade da base tributária.

⁴¹³ Ibid., p. 81-98.

⁴¹⁴ “Throughout this book we maintained the assumption that governments have commitment power and therefore governments choose their policies before the private sector responds. This assumption is often realistic, in particular for politically stable countries. However, there are many not so stable countries which also compete for international business. The location decision of multinational firms is then not only a matter of country’s cost structure, but also depends on government credibility.” Ibid., p. 117.

⁴¹⁵ Cf. HAUFNER, Andréas. *Taxation in a global economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 31-33.

⁴¹⁶ “For example, a tax on internationally mobile capital in country *A* will reduce the net return to capital in this country and cause it to move to jurisdiction *B*, where the tax (and thus the net return) is unchanged. Thus the imposition of the tax in country *A* causes a *positive* fiscal externality for country *B*. The same positive externality is caused by a commodity tax increase in country *A*. This will make the product more expensive for consumers shopping in country *A* and will cause some of them to move instead to country *B*. As is well known from the general theory of externalities, activities that cause positive externalities for others will be undersupplied in a non-coordinated equilibrium. For the tax competition literature this implies that the tax base externality will generally cause taxes on an internationally mobile factor or commodity to fall *below* their levels in a global welfare optimum.” Cf. HAUFNER, Andréas. *Taxation in a global economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 31-32.

Com relação às externalidades em termos de comércio internacional, ou *terms of trade externality*, a tributação de certas atividades pode ser usada como mecanismo para influenciar os preços praticados no mercado internacional, como os *commodities*, em favor de alguns países e ao custo dos agentes econômicos estrangeiros. E como adverte Haufler, “countries can impose domestic taxes on capital in order to influence the world rate of return, i. e., the intertemporal terms of trade.”⁴¹⁷

Todas as situações descritas e exemplificadas por Haufler são entendidas, pela doutrina jurídico-econômica, como falhas dos chamados mecanismos de mercado, pois acabam distorcendo a correta alocação de recursos e modificando a política fiscal dos países envolvidos no processo de integração do mercado. Reforça-se, diariamente, a preocupação da literatura e dos políticos e economistas no que se refere à constante migração das bases tributárias, porquanto os Estados, necessitando de recursos, têm que manter suas receitas, impondo-as, crescentemente, sobre bases menos móveis, como o trabalho, o salário, a propriedade e o consumo⁴¹⁸.

2.2 A ATRAÇÃO DE CAPITAL FINANCEIRO E DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

No contexto de interação constante dos mercados e das economias nacionais, grande parte dos governos têm se utilizado de diferentes medidas para atrair investimentos internacionais, como a liberalização de normas jurídicas e da regulação para permitir o estabelecimento de investimentos estrangeiros, a implementação de garantias à repatriação dos lucros das empresas e a criação de mecanismos de solução de controvérsias mais rápidos e eficientes⁴¹⁹. Nessa perspectiva, surgem também os auxílios/incentivos fiscais⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ibid., p. 33.

⁴¹⁸ Cf. HAUFNER, Andréas. *Taxation in a global economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 308.

⁴¹⁹ Cf. *TAX incentives and foreign direct investment: a global survey*. New York/Geneve: United Nations, 2000, p. 3. No mesmo sentido ver EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International Publishers, 2004, p. 19. Segundo o autor, os fatores de escolha racional dos investimentos incluem, além dos incentivos, os seguintes elementos: “economic and political stability; adequate physical, business and legal infrastructure; absence of bureaucratic obstacles; adequate communications; appropriately skilled labour force; the ability to repatriate profits freely; the availability of an adequate dispute resolution mechanism.”

⁴²⁰ *TAX*, loc. cit.

O denominado investimento direto estrangeiro⁴²¹ é incontestavelmente importante na transferência internacional de capital e de tecnologia e detém um significativo impacto no comércio internacional⁴²², sendo “a mais tradicional de suas motivações a obtenção de vantagens com o baixo custo da mão-de-obra local”⁴²³. Ou seja, o capital acaba se dirigindo a partir da idéia de eficiência na alocação de recursos, o que acaba levando em conta os custos de cada país, nos quais se incluem os custos tributários.

Veja-se, por oportuno, que os investimentos diretos internacionais são conceituados como aqueles realizados em atividades exercidas em outro ambiente que não o do investidor, sendo o objetivo deste possuir um efetivo direcionamento de sua atividade⁴²⁴.

Eles ocorrem de várias formas, porquanto a aquisição de bens em outro país, a transferência dos mesmos para outro e o re-investimento dos lucros obtidos em outro são exemplos concretos do investimento direto internacional.

Como ressalta Alex Easson, são extremamente variadas as formas de investimento internacional direto, podendo-se falar em alguns exemplos, como: i) aquisições de negócios em outro país; ii) constituição de parcerias com empresas de outro país (*joint venture*); iii) licenciamento de tecnologia e de propriedade intelectual; e, dentre outros, iv) subcontratação de operações e/ou formação de alianças empresariais⁴²⁵.

⁴²¹ Cf. CUNHA, Tânia Meireles da. *O investimento directo estrangeiro e a fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 26, em trabalho científico apresentado em Portugal, menciona a distinção do investimento estrangeiro direto e indireto, aduzindo que: “O investimento indirecto estrangeiro define-se por antítese ao IDE. Este último visa como referimos a constituição de laços econômicos estáveis e duradouros, aos quais subjaz a existência de um efectivo poder de decisão, por parte do investidor, na empresa a constituir ou já constituída. Nesse seguimento, o investimento indirecto engloba as demais situações de investimento que não se enquadram nessa definição e que não seja financiamento oficial. Neste âmbito, é de destacar, particularmente, o investimento de carteira ou *portfolio investment*, que, em regra, a doutrina tem vindo a contrapor ao IDE, e o investimento imobiliário estrangeiro. [...] O objectivo do investimento de carteira (*portfolio investment*) passa pela obtenção de um ganho pelas participações, frequentemente obrigações públicas ou privadas, por via da respectiva negociação. A ele não está associado qualquer poder de decisão por parte do investidor, ao contrário do que sucede no IDE, que tem como característica distintiva precisamente a existência desse poder. Esta distinção implica a existência de diferenças em termos de tratamento, designadamente em termos de incentivos a que cada poder aceder.”

⁴²² Cf. FELDSTEIN, Martin. The effects of outbond foreign direct investment on the domestic capital stock. In: *The effects of taxation on multinational corporations*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1995, p. 43.

⁴²³ FELDSTEIN, loc. cit.

⁴²⁴ Ver *The determinants of foreign direct investment: a survey of the evidence*. New York, 1992, p. 121.

⁴²⁵ Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 5.

Na década de oitenta, estima-se que ocorreu, anualmente, um movimento global de investimentos diretos internacionais da ordem superior de \$ 1,5 trilhões (um vírgula cinco trilhões de dólares), com um crescimento acentuado a partir de 1982⁴²⁶.

Assim sendo, como aponta relatório das Nações Unidas, os incentivos visam quase sempre à atração de investimentos internacionais diretos, utilizando-se grande parte da doutrina mundial da expressão *Foreign Direct Investment – FDI*, e podem ser definidos como “qualquer vantagem financeira mensurável para determinados negócios e setores econômicos”, concretizando-se com a concessão de estímulos que induzem a certos comportamentos por parte dos agentes, tais como a “redução de custos e riscos empresariais”⁴²⁷.

A atração de investimentos estrangeiros, ademais, se revela como um tema deveras complexo, exigindo a atenção dos governantes e dos responsáveis pelas políticas públicas. Observa Kristen Willard, por oportuno, que o aumento do movimento financeiro nos últimos trinta anos teve efeitos dramáticos sobre os negócios, investidores e governos. Segundo o autor, assuntos econômicos conduzidos em dois países são pelo menos três vezes mais complicados: não apenas os governantes devem entender o ambiente de seus países, mas especialmente conhecer as normas jurídicas, os costumes e os riscos dos outros países e do mercado internacional. Ademais,

Governantes, também, aprenderam que o movimento livre do capital torna mais complicado a edição de políticas públicas: mudanças nacionais podem ter efeitos internacionais que podem ajudar ou prejudicar residente e, principalmente, outros governos podem usar políticas nacionais para se beneficiar.⁴²⁸

Atrair, pois, investimentos internacionais constituem tarefa árdua e impõe uma análise interdisciplinar de suas conseqüências. E não obstante sejam objeto de numerosos estudos científicos, sobretudo jurídicos e econômicos, as vantagens e desvantagens dos auxílios fiscais nunca foram claramente estabelecidos, especialmente pela sua repercussão assimétrica sobre o sistema social e, principalmente, sobre o subsistema econômico. De qualquer sorte, os

⁴²⁶ Ibid., p. 6-8.

⁴²⁷ “They include measures specifically designed either to increase the rate of return of a particular FDI undertaking, or to reduce (or redistribute) its costs or risks.” *Tax incentives and foreign direct investment*, p. 3. (Tradução nossa).

⁴²⁸ Cf. WILLARD Kristen Leigh. *Essays on international taxation*. 1994. Tese (Doutorado) - Universidade de Princeton, p. 3. Tradução nossa. Reprodução: Ann Arbor: University Microfilms International, 1994, p. 1-4.

incentivos são considerados determinantes para as escolhas dos agentes econômicos, que, agindo racionalmente, pretendem aumentar suas eficiências e aumentar suas rentabilidades, o que acabou tornando-os um bem escasso, diante da grande concorrência mundial à sua atração⁴²⁹⁻⁴³⁰.

Corretamente, afirma-se que “os incentivos fiscais são examinados juntamente com outros aspectos da atividade econômica, como o tamanho do mercado, o acesso a insumos e materiais acessórios e a disponibilidade de mão-de-obra qualificada”⁴³¹.

Destarte, na doutrina estrangeira, fala-se, comumente, em incentivos ao investimento direto internacional⁴³², que possuem uma grande variedade, em todos os sistemas fiscais existentes, de formas jurídicas, sendo eles usualmente classificados em financeiros e fiscais⁴³³, ambos com expressão econômico-financeira e que, por tal razão, chegam a ser batizados, por alguns, de incentivos monetários, os primeiros diretos e os segundos, indiretos⁴³⁴.

⁴²⁹ “[...] O que significa, vistas as coisas por outro ângulo, que todo o investimento estrangeiro é, em face da ordem jurídica portuguesa actual, muito bem-vindo. Uma visão das coisas que, podemos dizer, é, hoje em dia, partilhada pela generalidade dos países, o que não surpreende se tivermos em conta que o investimento estrangeiro constitui, sem dúvida, um indispensável factor de desenvolvimento económico e de criação de riqueza, sendo, por isso, desejado de se reforçar nos últimos tempos, por se tratar de um bem que, por ser objecto de uma procura globalizada em nível mundial, apresenta-se cada vez como um bem escasso. Daí que a competição pelo investimento estrangeiro de qualidade, seja extraordinariamente intensa. Não se admira, por isso, que o seu regime jurídico, no que agora nos interessa, se reconduza, em larguíssima medida, ao seu favorecimento ou incentivo seja em geral, seja em sede do direito fiscal.” Cf. NABAIS, José Casalta. Investimento estrangeiro e contratos fiscais em Portugal. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Comércio internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 613.

⁴³⁰ Pondera NAPOLEONI, Cláudio. *Curso de economia política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997, p. 476. Tradução de Alberto Di Sabatto, em sua obra sobre Economia Política, a respeito da importância dos investimentos estrangeiros no desenvolvimento dos países, em específico, dos subdesenvolvidos: “É evidente que os programas de desenvolvimento dos países subdesenvolvidos poderiam ser notavelmente facilitados por uma entrada de capital dos países desenvolvidos. Algo neste sentido já foi feito a partir do fim da guerra. A entrada de capital nos países subdesenvolvidos assumiu tanto a forma de investimentos privados quanto a forma de ajudas prestadas aos governos destes países por governos de países desenvolvidos ou por organismos internacionais, em particular o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Banco Mundial). O montante global desta entrada de capital foi, porém bastante modesto em relação à necessidade dos países subdesenvolvidos e, além disso, do montante global de capital se deduzem aqueles investimentos privados que mantém ainda a característica de investimentos em atividades que são separadas do ambiente econômico geral dos países em que têm lugar.”

⁴³¹ Cf. WILLARD, Kristen Leigh. *Essays on international taxation*. 1994. Tese (Doutorado) - Universidade de Princeton, p. 3. Tradução nossa. Reprodução: Ann Arbor: University Microfilms International.

⁴³² Cf. ZEE H. H.; STOTSKY J. G.; LEY E. *Tax incentives for business investments: a primer for policy makers in developing countries*. Washington: International Monetary Fund, 2002, p. 14.

⁴³³ Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 1.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 2.

Os incentivos financeiros para o investimento, ou diretos, são concretizados por meio de empréstimos sob condições especiais, em regra à aquisição de bens de capital, como ocorre com a implementação de infra-estrutura para os agentes econômicos; e os incentivos fiscais, ou monetários indiretos, são deferidos através dos sistemas tributários e conferem benefícios na forma de redução dos tributos sobre as atividades econômicas, tais como: i) redução da tributação do lucro de atividades específicas ou setores econômicos; ii) redução ou isenção de tributos por um período limitado – “*tax holidays*”; iii) depreciação acelerada de bens de capital; iv) permissão de dedução superior de custos para fins de recolhimento de tributos sobre a renda; v) diminuição da tributação sobre a renda e a seguridade de empregados e/ou executivos de empresas investidoras; vi) isenção ou diminuição dos impostos circulatorios/sobre o valor agregado; vii) redução de tributos sobre as propriedades; viii) diminuição dos custos tributários sobre importações⁴³⁵.

Os incentivos fiscais ao investimento internacional, nesse contexto, quase sempre visam aos seguintes fins: i) fomento de investimentos em regiões menos desenvolvidas; ii) investimentos em setores econômicos considerados cruciais para o desenvolvimento, como a exploração e extração de reservas minerais, a promoção da exportação, o turismo e a indústria em geral; iii) instituição de zonas livres de comércio, para facilitar o exercício das atividades econômicas prioritárias para o desenvolvimento; iv) transferência de tecnologia, fundamental para a integração econômica internacional⁴³⁶.

De modo mais preciso, as Nações Unidas fazem a seguinte classificação dos incentivos fiscais ao investimento internacional direto: i) *reduced corporate income tax rate* - redução do imposto de renda das empresas; ii) *loss carry forwards* - dedução de custos para contabilidade tributária; iii) *tax holidays* - redução de tributos por períodos fixos; iv) *investment allowances* - deduções de custos relativos à depreciação de bens adquiridos; v) *investment tax credit* – instituição de créditos tributários que podem ser fixos (*flat*) ou variáveis⁴³⁷; vi) *reduced taxes on dividends and interest paid abroad* – diminuição da imposição tributária sobre dividendos e juros pagos ao investidor internacional; vii)

⁴³⁵ Cf. EASSON, loc. cit.

⁴³⁶ Cf. *Tax incentives and foreign direct investment: a global survey*, p. 7.

⁴³⁷ “Investment tax credit may interact with depreciation system. In many countries, the depreciable capital base of given investment must be reduced in respect of investment tax credits and other forms of government assistance related to that investment. This practice recognizes that the cost to the firm of acquiring the capital is reduced by such relief, and is adopted to avoid unintended overlap of investment subsidy.” *Tax incentives and foreign direct investment: a global survey*. p. 13.

preferential treatment of long-term capital gains – tratamento diferenciado para aquisições com ganho de capital a longo prazo; viii) *deduction for qualifying expenses* – possibilidade de dedução de custos com certas atividades complementares ao investimento, como treinamentos, *marketing*, encargos de exportações etc.; ix) *zero or reduced tariffs* – eliminação e/ou redução das tarifas de importação⁴³⁸; x) *employment-based deductions* – redução de contribuições sociais ou concessão de créditos tributários; xi) *tax credits for value addition*; e xii) *tax reductions/credits for foreign hard currency earnings*⁴³⁹.

Adotando essa classificação internacional, vê-se que, como regra, os incentivos financeiros, ou monetários diretos, são utilizados pelos países desenvolvidos, que detêm maior capacidade financeira, inclusive sendo de maior transparência o seu impacto para a sociedade. E os incentivos fiscais, ou monetários indiretos, são aplicados pelos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, como o Brasil, pela indisponibilidade de suficientes fundos para o fomento direto de atividades empresariais em seu território⁴⁴⁰. Ressalta-se, a esse respeito, o relatório da Organização das Nações Unidas⁴⁴¹.

Pode-se sustentar que, na doutrina estrangeira, uma considerável parte dos autores é contrária à concessão de incentivos ao investimento internacional. Nesse sentido, manifesta-se, dentre outros, Alex Easson, o qual considera que incentivos fiscais para o investimento não são recomendáveis diante da distorção das decisões empresariais e da concorrência no mercado⁴⁴². A tais efeitos, acrescenta o autor a ineficácia e a ineficiência dos incentivos, já que, em longo prazo, os danos são superiores aos avanços econômicos e sociais⁴⁴³.

⁴³⁸ “Tariff protection has been quite a common form of investment incentive in many countries. Its use, however, has decreased over the decades as developing countries have lowered their tariffs following agreements under the WTO and under various regional trade agreements.” *Tax incentives and foreign direct investment: a global survey*. p. 14.

⁴³⁹ V. *Tax incentives and foreign direct investment: a global survey*. p. 12-14.

⁴⁴⁰ Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment: an introduction*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 2.

⁴⁴¹ “Most countries, irrespective of their stage of development, employ a wide variety of incentives to realize their investment objectives. Developed countries, however, more frequently employ financial incentives such as grants, subsidized loans or loan guarantees. It is generally recognized that financial incentives are a direct drain on the government budget, and as such, they are not generally offered by developing countries to foreign investors. Instead, these countries tend to use fiscal incentives that do not require upfront use of government funds.” Ver *Tax incentives for foreign direct investment: a global survey*, p. 4.

⁴⁴² Cf. EASSON, Alex. *Tax Incentives for foreign direct investment: an introduction*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 64-65.

⁴⁴³ “The pragmatic objection to tax incentives is, basically, that they do not work. A tax incentive can be considered effective if it induces a person to act in the desired manner, that is, to do what that which the incentive was designed to encourage. Investment incentives are effective only if the result in investment (of the desired type) that would not have occurred but for the availability of the incentive (i. e. *incremental investment*). [...] An incentive can be said to be ‘inefficient’ (i. e. not cost-effective) if the costs of granting it are higher than

Ainda de acordo com Easson, os investidores podem até analisar os custos fiscais, mas não decidirão onde investir exclusivamente pelo critério dos incentivos estatais, ainda mais quando podem ser classificados os investimentos em três espécies: i) investimentos dirigidos a um mercado já existente; ii) investimentos orientados à exportação; iii) investimentos em centros de funções elementares da atividade econômica, como a coordenação, a distribuição, o *marketing*, a pesquisa e o financiamento⁴⁴⁴. Em todas as situações, entretanto, segundo o autor, o incentivo fiscal passa a ser a segunda questão a ser encarada pela decisão empresarial de investimento.

Mutatis mutandis, Easson analisa as espécies de incentivos que têm maior efetividade comprovada, baseando-se em cinco estudos técnicos elaborados de 1991 a 2001, que acabam informando que os incentivos mais efetivos variam por territórios, isto é, no Caribe são os relacionados à importação, enquanto na Europa eles nem sequer foram lembrados em face dos tratados entre os países-membros no que se refere a tarifas de importação⁴⁴⁵.

No que diz respeito aos benefícios criados pelos incentivos, a doutrina especializada menciona o possível aumento de arrecadação tributária e a criação de empregos, a transferência de tecnologia, o aumento da eficiência da indústria. Mas a comprovação de tais efeitos dependerá do ambiente de cada Estado e a circunstância de cada momento econômico.

Apesar de tais críticas, reiteradas desde a década de oitenta, a cada ano se infere a introdução de novos incentivos para a atração de investimentos internacionais, conforme levantamento da UNCTAD, que indica a existência de centenas de países praticando a concessão de incentivos, o que comprova a receptividade quase que pacífica ao capital estrangeiro⁴⁴⁶.

the value of the benefits that results from its being granted. [...] Investment incentives normally have a cost, in terms of revenue foregone. They also have non-fiscal costs in the form of the distortions they create and in the additional administrative burden that they might impose, in addition to which there may be other ‘spillover’ costs. [...]” Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 66-78.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 68-70.

⁴⁴⁵ EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 73-74.

⁴⁴⁶ Cf. BOND, E. W.; SAMUELSON, L. Tax holidays as signals. *American Economic Review*. 1986, n. 76, p. 820.

Trata-se, de qualquer sorte, um fenômeno globalizado a concessão de auxílios estatais, fazendo com que países que chegaram a aboli-los os reintroduzissem mais recentemente, como a República Tcheca e a Indonésia. As explicações abrangem as seguintes hipóteses: i) todos os países empregam-nos; ii) as advertências não são levadas em consideração quando da elaboração das políticas públicas; iii) os incentivos fiscais são considerados o método mais aplicado para a atração de investimentos estrangeiros⁴⁴⁷.

Como aduz Reuven Avi-Yonah, o emprego de incentivos fiscais por parte dos países em desenvolvimento se dá quase sempre por causa da concorrência com outros países⁴⁴⁸. Exemplo disso se deu no Brasil e na Argentina, na década de noventa, com a criação de regimes tributários preferenciais para o estímulo da produção de automóveis, criando um verdadeiro conflito fiscal internacional e uma guerra nacional, entre os Municípios e os Estados que pretendiam atrair as sedes das empresas⁴⁴⁹. A competição se tornou tão prejudicial ao Brasil que sucessivos pedidos foram feitos pelo Poder Executivo ao Legislativo para a criação de mecanismos de restrição a tais conflitos.

O mesmo exemplo se repete em todo o mundo, destacando-se: i) o conflito fiscal entre Quebec e Montreal, no Canadá, para atrair empresas de tecnologia⁴⁵⁰; ii) as unidades federativas dos EUA com a concessão de subsídios à instalação de novas empresas⁴⁵¹; iii) a existência, apesar das limitações introduzidas pela União Européia, de mais de quarenta regimes prejudiciais à concorrência⁴⁵²; e iv) finalmente, na Ásia, a concessão de incentivos perpétuos por parte de mais de dez países-membros da Associação das Nações do Sudeste da Ásia, visando à atração de mais investimentos estrangeiros, especialmente a partir da crise financeira de 1997⁴⁵³.

⁴⁴⁷ Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment: an introduction* The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 85.

⁴⁴⁸ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. *Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state*. Boston: Harvard Law Review 1573, 2000, p. 1645.

⁴⁴⁹ Cf. SILVA, D. Soares da. Proposed tax reforms aim to end Brazilian states tax wars. *Tax Notes International*, 2002, p. 10.

⁴⁵⁰ Cf. BRANSWELL, B. *High times for high tech; tax incentives to help make Montreal a multimedia mecca*. *Maclean's*: 1999, p. 30.

⁴⁵¹ Cf. OMAN, C. P. *Policy competition for foreign Direct Investment: a study of competition among governments to attract FDI*. Paris: OECD, 2000, p. 50.

⁴⁵² Cf. EASSON, Alex. *State Aid and the primarolo list*. 5 *EC Tax Journal*, 2001, p. 111.

⁴⁵³ Ver Un competitive incentives cost RP Canon deal. In: *BusinessWorld*, 2001.

Note-se que na década de noventa houve um considerável conflito entre Canadá e Estados Unidos, instituído pela menor tributação das indústrias de tabaco nesse último. Com isso, as empresas passaram a industrializar o tabaco nos Estados Unidos, migrando seus investimentos e empregando ali pessoas. Nada obstante, mantiveram as companhias o ingresso de seus produtos no mercado canadense, mesmo que, muitas vezes, através de práticas desleais e ilícitas⁴⁵⁴. E assim, a crise de alguns países, principalmente em fase de desenvolvimento, acaba suscitando questionamentos sobre as políticas fiscais a serem implementadas, criando um verdadeiro dilema sobre o papel de cada governo⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶.

Outro problema é a possível distinção do investimento internacional em relação aos negócios praticados pelos residentes no país concedente dos incentivos, o que acabou se tornando realidade de alguns governos quando da atração desmedida de empresas para seus territórios. Viola-se, nessa hipótese, um dos princípios nucleares da tributação, qual seja a igualdade, que corresponde à noção da proibição de arbítrio, isto é, a orientação de tratamento iguais entre iguais e desigual entre desiguais⁴⁵⁷. Não se pode desprezar, ainda, os efeitos da desigualdade da tributação sobre outros princípios fundamentais da atividade fiscal, especialmente a uniformidade e a capacidade econômica, consistindo este no “critério comparativo para *normas de fim fiscal*”⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Cf. HAUFNER, Andréas. *Taxation in a global economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 27.

⁴⁵⁵ “Countries are placed in the dilemma of having to choose whether to continue to engage in a possibly ruinous competition or to opt out of the competition and abandon the hope of attracting much-needed new investment.” Cf. KEBONANG, Z. *To compete or not to compete: the case of tax incentives in Botswana*. Tax Notes International, 2003, p. 873.

⁴⁵⁶ “As políticas públicas de um país têm efeitos intencionais e não intencionais dentro de seu território. Vários países, particularmente os classificados como paraísos fiscais, são criticados por manipularem suas políticas fiscais para atrair investimentos a custo de outros. Para prevenir a ‘corrida para o fundo’ – a situação na qual as receitas dos países são reduzidas como resultado da concorrência fiscal por investimentos de capital – a Organização de Cooperação para o Desenvolvimento (OCDE) denuncia a prática da concorrência fiscal prejudicial. Economistas contribuem para a discussão da concorrência fiscal de duas formas. Primeiro, são distinguidos os custos e os benefícios da concorrência fiscal: Oates (1972), Zodrow e Mieszkowski (1986), e Bucovetsky e Wilson (1991) argumentam que a concorrência fiscal é prejudicial, por limitar o gasto público, enquanto Brennan e Buchanan (1977, 1978) sustentam que a concorrência fiscal gera benefícios, por disciplinar os gastos governamentais. [...]” Cf. TULAYASATHIEN, Soraphol. *Tax effects on investment location*. Tese (Doutorado em Filosofia - Política Pública e Economia) - Universidade do Michigan, 2003. p. 1. et seq. Tradução nossa.

⁴⁵⁷ Cf. TIPKE, Klaus.; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuernrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (Ed.), 2008, v. 1, p. 193 et seq. Tradução de Luiz Dória Furquim.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁵⁹ “The taxation of direct investment in foreign countries is economically efficient only if the investor pays no more tax than imposed on domestic enterprises in the same country in which the enterprise was established.” Cf. VOGEL, Klaus. *World-wide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments*. In: *Influence of tax differentials on international competitiveness: proceedings of the VIII th Munich Symposium on International Taxation*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 143-144.

No Brasil, exemplo relevante de incentivo ao investimento externo se deu com a Lei Federal nº 11.312⁴⁶⁰, de 15 de fevereiro de 2006, que reduziu a zero a alíquota de imposto de renda sobre negócios estrangeiros realizados no país através de “fundos de investimento em participações” – “FIP”. Segundo consta na exposição de motivos da lei, visou-se à atração de investimentos internacionais no segmento de capital de risco (*venture capital*), diante da dificuldade de acesso ao crédito no mercado interno.

2.3 FOMENTO À PESQUISA E AO DESENVOLVIMENTO (*R&D – RESEARCH AND DEVELOPMENT*)

Outro ponto que chama a atenção quando se enfrenta o tema deste trabalho é a concessão de estímulos à pesquisa e ao desenvolvimento, rotulados na literatura internacional de *R&D – Research and Development*⁴⁶¹, que correspondem a determinadas atividades de criação de novas tecnologias de produção e que fomentam a inovação industrial.

O gasto com *R&D* dos países mais desenvolvidos é inegavelmente superior ao dos países em desenvolvimento, o que tem levado a literatura a apontar críticas aos governos destes⁴⁶², uma vez que sem investimento nessas áreas de inovação, a tendência é a da dominação daqueles e a manutenção do *status* de dependência econômica dos menos evoluídos economicamente.

⁴⁶⁰ Consta no texto legal: “**Art. 1º** Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos definidos nos termos da alínea *a* do § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, exceto em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).” A vedação se refere aos chamados países de tributação favorecida, comumente entendidos como paraísos fiscais.

⁴⁶¹ “Any systematic or intensive study carried out in the manufacturing and industrial fields, the results of which are to be used for the production or improvement of products and processes. As a general proposition, R&D only extends from the laboratory or drawing board to phototype status, i. e. so long as an activity still contains an element of uncertainty/technical risk it is within the realm of R&D. Quality control, routine product testing, data collection, efficiency surveys, management studies, market research and sales promotion are normally not considered R&D activities. Not all countries define R&D in their national legislations; some define it in regulation, others rely on commercial law, accounting principles, case law, etc. In many countries the definition of R&D for deduction purposes is broader than the definition for R&D credits or incentives. Expenditure on R&D incurred by a **taxpayer** related to manufacturing, trade or business carried on by him and for R&D institutions servicing a taxpayer may, for tax purposes, be allowed either as a current deduction, for instance where it relates to existing products and processes, or as a **depreciation** deduction, for instance where it results in the creation of a new product or process seq.” Cf. *IBDF International Tax Glossary*. 15. ed. The Netherlands: IBDF, 2005, p. 341.

⁴⁶² Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007, p. 12.

Normalmente, os recursos destinados a pesquisas científicas nessa área são auferidos com incentivos de natureza tributária, como as deduções de impostos e a concessão de créditos para os custos das respectivas atividades⁴⁶³.

Veja-se, nesse panorama, que os Estados Unidos eram apontados pelo elevado gasto com *R&D*, o que acabou influenciando para o crescimento de sua economia e a excelente *performance* no início da década de 90. De 1994 a 2000, por exemplo, aquele país aumentou os gastos com *R&D* de 169,2 bilhões para 264,4 bilhões de dólares, impondo um crescimento econômico da ordem de 5,8 por cento ao ano⁴⁶⁴.

Desde 2001, entretanto, o investimento norte-americano nessa área tem sido reduzido, o que, somado a outros problemas estruturais, como o sistema educacional, a diminuição de doutores nas áreas tecnológicas e a concorrência dos imigrantes, tem prejudicado a economia daquele país⁴⁶⁵.

Tem aumentado, nessa perspectiva, a preocupação dos governantes e legisladores norte-americanos com a concessão de incentivos fiscais direcionados ao fomento da inovação tecnológica, através de alguns mecanismos como a concessão de subvenções diretas e/ou de créditos tributários para empresas que auxiliem as pesquisas⁴⁶⁶.

No mesmo sentido, os países-membros da União Européia têm grande atenção com esses incentivos à pesquisa e ao desenvolvimento de processos industriais. E no âmbito da União Européia, estão concentrados cerca de 25% de todos os incentivos dedicados à chamada *R&D*, destacando-se os incentivos concedidos pela Alemanha, Reino Unido e França⁴⁶⁷.

⁴⁶³ Ibid., p. 18.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 13.

⁴⁶⁵ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007, p. 17. No original: "In addition to the reduction in federal spending on R&D, as mentioned above, there are a number of serious structural problems facing the United States."

⁴⁶⁶ São apontadas por RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 562, as seguintes medidas que são empregadas nos EUA: i) *Compensation for Researchers*; ii) *Overhead*; iii) *Supplies*; iv) *Contract Research*; v) *Capital Expenditures*; vi) *Licence for Intangible Assets*; e vii) custos com *Softwares* de pesquisa. Ibid., p. 18.

⁴⁶⁷ A Alemanha, por exemplo, é considerada a líder da Europa na concessão de auxílios à pesquisa e ao desenvolvimento, havendo optado, na história, por deferir subvenções diretas ao invés de incentivos tributários, o que está mudando diante de algumas mudanças no seu sistema tributário. O citado país chega a destinar cerca de 3% de seu PIB para esse desiderato, sendo aproximadamente 2/3 desses recursos vinculados às empresas

Em 2000, por exemplo, diante da concorrência crescente de países em desenvolvimento, o Reino Unido instituiu um novo programa de incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento de inovações tecnológicas – o *R&D Tax Relief Program* –, com o deferimento de deduções tributárias, créditos presumidos e até mesmo subvenções diretas⁴⁶⁸. E essas vantagens foram dirigidas, especialmente, para os setores de tecnologia, incluídas as áreas de computação, automobilismo, aviação, farmácia⁴⁶⁹.

Ademais, é de se asseverar que o Tratado da União Européia, ao regular o chamado *State Aid*, admite a concessão de incentivos para a inovação tecnológica, mantendo a sua compatibilidade desde que não sejam seletivos e/ou discriminatórios e exigindo três pressupostos: i) o auxílio deve se dirigir a uma falha de mercado bem definida; ii) o auxílio deve ser comprovadamente apropriado e proporcional ao problema do sistema econômico; e iii) as distorções na concorrência têm que ser limitadas, sob pena de se tornarem os auxílios incompatíveis com o Tratado.

No plano da OMC, a regulamentação também restringe o uso de tais auxílios, impondo, por exemplo, que eles não superem, por exemplo, o equivalente a 75% dos custos das pesquisas ou 50% de certas atividades que possam afetar a concorrência na forma do denominado ASMC, que utiliza a expressão *precompetitive development activities*⁴⁷⁰.

A importância das medidas ora estudadas para fomentar a pesquisa e a inovação tecnológica é indiscutível, tanto que os países que outorgam-nas vêm obtendo sucessiva melhora em seus níveis de desenvolvimento, com a atração, simultaneamente, de investimentos e com a qualificação de seus cidadãos, o que acaba gerando melhoras no sistema econômico.

privadas, como registra Rashkin: “Some of its larger companies, such as Daimler Chrysler, Siemens, BMW, Volkswagen, and Robert Bosch are ranked among the top 25 research performers in the world.”

⁴⁶⁸ Cf. BRAITHWAITE, Bruce; HOWE, Greg. *Research and development tax credits*. West Sussex: Tottel Publishing, 2007, p. 17-34.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 257-295.

⁴⁷⁰ “Precompetitive activity is defined as the translation of industrial research findings into a plan, blueprint, or design for new, modified, or improved products, processes, or services whether intended for sale or use, including the development of a first prototype which could not be capable of commercial use. The term may also include conceptual design of products and initial demonstration or pilot projects, provided that these projects cannot be used for commercial exploitation.” Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007, p. 24.

2.4 POLÍTICAS ECONÔMICAS E SOCIAIS EM GERAL

O tema se relaciona também com as políticas econômicas em geral, no mais das vezes através do estímulo a determinadas atividades produtivas, como a indústria exportadora, visando-se à criação de *superávits*. Nesse sentido, tem constituído verdadeira orientação da tributação a noção de desoneração das exportações, o que demonstra a relevância do tema com a indução dos agentes econômicos a comportamentos desejáveis do ponto de vista da concretização dos objetivos do Estado.

Veja-se, por oportuno, o caso da tributação brasileira, que, adotando a tradição mundial, privilegia a desoneração da produção destinada às exportações. Os efeitos possíveis são muito bem expostos por Paulo Roberto Coimbra Silva, que os enumera da seguinte forma: a) o fomento do parque industrial exportador (*export drive*), aumentando-se a competitividade do produto nacional no mercado internacional; b) o fomento das atividades industriais no país, atraindo investimentos e ampliando a capacidade produtiva; c) o combate ao desemprego e a preservação do nível de oferta de empregos no setor produtivo; d) o incremento da economia nacional em face do aumento do consumo pelo fomento da produção e pelo ingresso de investimentos; d) a proteção da produção atrelada ao mercado interno⁴⁷¹.

A importância das exportações para a economia brasileira é notada na história, com a comparação do ingresso e da remessa de capitais em face do comércio exterior⁴⁷². Nesse contexto, valoriza-se a atividade exportadora em face do alto custo do investimento. Melhor dizendo, como registra Armando Castelar Pinheiro, “um elevado volume de exportações é um ingrediente básico para se conseguir acesso a capitais externos a baixo custo, uma vez que isso facilita a reação a choques externos.”⁴⁷³

Não é apenas o fomento das exportações que tem interessado ao legislador brasileiro. Desde 1962, através da Lei nº. 4.131⁴⁷⁴, que instituiu o Estatuto do Investimento Internacional

⁴⁷¹ Cf. SILVA Paulo Roberto Coimbra. Estruturação de operações de exportação para indústrias de base. In: NETO, Miguel Hilú (Coord.) *Questões atuais de direito empresarial*. São Paulo: MP, 2007, 456 p.

⁴⁷² Cf. BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 23. ed. Petrópolis: Vozes;Unijuí, 2002, p. 506.

⁴⁷³ Cf. PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. São Paulo: Manole, 2005, p. 286.

⁴⁷⁴ Dispõe a lei em questão: “Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades

no Brasil, depreende-se a busca por investimentos internacionais, inclusive garantindo ao capital internacional o mesmo tratamento jurídico-tributário do nacional, em evidente respeito à não-discriminação. A noção de não-discriminação, como assevera Eduardo Teixeira Silveira, diz respeito à possibilidade de o Estado proibir a entrada de capitais externos, “mas uma vez que o autoriza, o capital estrangeiro deve receber o mesmo tratamento do nacional nas mesmas condições⁴⁷⁵”.

Outro exemplo do impacto das medidas de fomento se dá com o auxílio a atividades socialmente relevantes. Veja-se, assim, o conteúdo de incentivo instituído pela União Federal no que se refere a atividades desportivas, tal qual previsto na Lei nº. 11.472, de 2 de maio de 2007, que permite a dedução, para efeitos de apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas, de patrocínios a projetos desportivos e para-desportivos.

Outra medida de caráter social diz respeito, no Brasil, a uma ajuda estatal que pode ser deduzido também da apuração do imposto de renda das empresas. Trata-se de medida veiculada pela Lei Federal nº. 11.770, de 2008, que dispõe a respeito da prorrogação de licença-maternidade.

Isto posto, evidencia-se a relação entre as medidas de fomento e a regulação econômica, bem como entre aquelas e as políticas estatais visando à mudança do *status quo* do sistema social, através de políticas de redistribuição de riqueza. Em outras palavras, as medidas de fomento pela via da tributação podem superar a finalidade de atração, servindo, também, de mecanismos de desenvolvimento dos valores sociais, ressaltando a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei. [...].Art. 41. Estão sujeitos aos descontos de imposto de renda na fonte, nos termos da presente lei, os seguintes rendimentos: a) os dividendos de ações ao portador e quaisquer bonificações a elas atribuídas; b) os interesses e quaisquer outros rendimentos e proventos de títulos ao portador, denominados "Partes Beneficiárias" ou "Partes de Fundador"; c) os lucros, dividendos e quaisquer outros benefícios e interesse de ações nominativas ou de quaisquer títulos nominativos do capital de pessoas jurídicas, percebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, ou por filiais ou subsidiárias de empresas estrangeiras. Art. 42. As pessoas jurídicas que tenham predominância de capital estrangeiro ou sejam filiais ou subsidiárias de empresas com sede no exterior ficam sujeitas às normas e às alíquotas do imposto de renda estabelecidas na legislação deste tributo. [...]"

⁴⁷⁵ Cf. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil.

2.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO SEGUNDO

A. A concorrência fiscal internacional é reflexo da globalização econômica, influenciando as decisões políticas internas quanto à tributação e aos incentivos fiscais em face da alta mobilidade do capital financeiro e dos investimentos internacionais.

B. Diante dos avanços tecnológicos (industriais e comunicacionais), é comum o exercício das atividades empresariais em diferentes países, fazendo com que o custo tributário e o gasto público passem a ser considerados pelas decisões dos agentes econômicos, que visam, sempre, ao maior lucro e à maior eficiência, como técnica capitalista e também como necessidade de competitividade internacional. Os sistemas fiscais, no contexto da concorrência fiscal internacional, devem levar em consideração não apenas os custos dos tributos, mas também os gastos públicos.

C. A competitividade entre países na seara das finanças públicas (que abrange a tributação) acaba gerando efeitos assimétricos em relação aos países, conforme se verifica pelas seguintes assertivas: c.1.) os países menos desenvolvidos acabam se tornando mais atrativos para as empresas transnacionais; c.2.) os países desenvolvidos, apesar de possuírem maior capital para auxiliarem seus mercados, acabam tendo que diminuir suas receitas, acarretando na redução dos serviços públicos e na previdência de seus cidadãos, para evitarem a fuga de capitais; c.3.) a eficiência da produção privada (em termos econômicos) aumenta, possibilitando a melhor colocação dos agentes econômicos no mercado internacional.

D. Isso tudo acaba gerando um efeito cascata (dominó) e possivelmente um ciclo vicioso, pois o financiamento público do lucro do “contribuinte internacional” tem um rápido fim: aquilo que se rotulou na doutrina estrangeira de degradação fiscal, que representa o empobrecimento do Estado diante da força da concorrência (imperfeita, evidentemente!) que existe internacionalmente. Os países ficam, pois, entre duas hipóteses de atuação: e.1) conceder incentivos e atrair ou manter as empresas em seus sistemas internos e, com isso, diminuir suas receitas, diminuindo os serviços públicos e o fornecimento de garantias ao cidadão; e e.2) não conceder incentivos e arriscar a fuga de capitais, o que acaba resultando na diminuição de receitas também.

E. Outra coisa, entretanto, é a concessão de incentivos fiscais como política de fomento do desenvolvimento. Portanto, não se pode deixar de considerar que sistemas econômicos com incorreções necessitam de incentivos fiscais para a mudança do *status quo*. Isso impõe que sejam concedidos os incentivos fiscais, mas numa perspectiva de controle rigoroso, em respeito às normas de direito econômico (que, como já visto, abrange o direito concorrencial) e, caso a caso, do direito tributário, do direito financeiro e do direito internacional (principalmente dos tratados).

F. É necessário, enfim, enfatizar que o deferimento de auxílios por parte dos Estados deve promover mais benefícios ao sistema do que custos (eficiência em sentido macro). Impõe-se a vinculação dos auxílios à proteção do regular funcionamento do mercado, que pressupõe, por sua vez, da concorrência. Incentivos que aumentem as falhas dos mecanismos de mercado são inaceitáveis e contrários à ordem jurídica e aos objetivos dos tratados de livre comércio.

CAPÍTULO 3 - A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL

Como aponta Sharman, a tentativa de se instalar uma regulação internacional da concorrência fiscal foi suscitada pelos países mais desenvolvidos, preocupados com a possível diminuição de suas arrecadações tributárias face à migração das atividades econômicas⁴⁷⁶.

3.1 OCDE – ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Desse modo, a preocupação com a concessão de incentivos tributários, regimes fiscais preferenciais, *tax holidays* e outros mecanismos de atração de investimentos, passou a ser demonstrado por parte dos países desenvolvidos através da OCDE - Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico.

Referida organização, constituída através da convenção celebrada em Paris, em 14 de dezembro de 1960, cujos efeitos se deram a partir de 30 de setembro do ano subsequente, visa a promover, em teoria, políticas destinadas ao crescimento econômico e ao emprego e contribuir para o desenvolvimento da economia internacional.

Formada originariamente por Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo e Reino Unido, trata-se de organização que acaba, na prática, defendendo os interesses dos países com maior grau de desenvolvimento econômico.

Como explica Tulio Rosembuj, a OCDE é, atualmente, uma das fontes primeiras dos princípios gerais em matéria de direito tributário internacional, eis que suas recomendações, apesar de não terem força obrigatória em sentido estrito, “son actos que, a la vez, exponen la realidad intergubernamental de sus miembros y el efecto reflejo sobre los no miembros, por el peso y significado de las opiniones implicadas.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Cf. SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax competition*. New York: Cornell University Press, 2006, p. 8.

⁴⁷⁷ Cf. ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001, p. 227-228.

Com essa realidade, a OCDE passou a tentar instituir a regulação internacional da concorrência fiscal para evitar a queda de receitas públicas de seus países-membros, seja em face da existência de paraísos fiscais, seja pelas oportunidades surgidas com a globalização nos países em transição.

A entidade acabou publicando quatro informes sobre o assunto, elaborados pelo Comitê de Assuntos Fiscais.

O primeiro deles foi aprovado em 9 de abril de 1998 e denominado “*Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*”⁴⁷⁸, que teve como objeto examinar os regimes fiscais preferenciais “potencialmente prejudiciais dos países membros e, bem assim, os países que, de acordo com os critérios definidos no relatório, configurem paraísos fiscais.”⁴⁷⁹

O citado Relatório da OCDE definiu metas e recomendações dirigidas contra as chamadas práticas fiscais prejudiciais, fixando “um calendário para os países membros identificarem, declararem e suprimirem as características prejudiciais dos seus regimes preferenciais”⁴⁸⁰.

Os outros informes foram publicados em 2000⁴⁸¹, 2001⁴⁸² e 2004⁴⁸³ e tiveram, em suma, como objetivo demonstrar os avanços das medidas de controle internacional das práticas fiscais prejudiciais, além de fortalecerem os métodos de controle das práticas fiscais anti-concorrenciais.

Veja-se que, no Relatório de 2000, rotulado “Para uma cooperação fiscal global”, a Comissão de Assuntos Fiscais da OCDE definiu mecanismos para integrar as práticas dos países membros, para aprofundar o “diálogo com os países que se apresentam cooperativos na

⁴⁷⁸ Ver *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OECD, 1998.

⁴⁷⁹ Cf. NABAIS, José Casalta. *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização econômica*. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 205.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 206.

⁴⁸¹ V. *Towards global tax co-operation: progress in identifying and eliminating harmful tax practices*. Paris: OECD, 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org.dataoecd/9/61/2090192.pdf>>

⁴⁸² V. *The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report*. Paris: OECD, 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org.dataoecd/60/28/2664438.pdf>>.

⁴⁸³ V. *The OECD's project on harmful tax practices: the 2004 progress report*. Paris: OECD, 2004. Disponível em: <<http://www.oecd.org.dataoecd/60/33/30901115.pdf>>.

eliminação das práticas fiscais prejudiciais, seja de participação”⁴⁸⁴ até mesmo dos países não membros da entidade, que é o caso do Brasil.

Os documentos recomendam medidas unilaterais para a repressão da concorrência fiscal no âmbito internacional, dentre as quais: i) a adoção do regime da transparência fiscal internacional, conhecido como a expressão *Controlled Foreign Companies*, ou pela sigla *CFC*; ii) a introdução do chamado *Foreign Investment Fund* ou simplesmente *FIF*; iii) exclusões de créditos tributários resultantes da tributação em países que praticam a *harmful tax competition*; iv) a cooperação internacional para troca de informações financeiras internacionais; v) conferir transparência, publicando objetivamente as condições aplicáveis para os auxílios, subvenções, suas rejeições e exclusões, bem como da denúncia dos tratados pelas autoridades fiscais; vi) adoção de princípios aceitos internacionalmente na prática de *transfer pricing*, como o guia da própria OCDE; e vii) suprimir o sigilo bancário no que se refere ao interesse da tributação e da fiscalização.

No plano bilateral, a OCDE delineiou os seguintes mecanismos: i) cooperação na troca de informações entre países; ii) limitação de benefícios dos tratados fiscais internacionais para contribuintes não-residentes ou com a fonte de recursos beneficiada por regimes preferenciais danosos; iii) declaração de previsões de medidas aplicáveis contra o abuso de contribuintes no plano dos tratados; iv) exclusão de créditos que seriam auferidos por contribuintes que obtenham vantagens fiscais dos países responsáveis pela *harmful tax competition*; v) denúncia de tratados com paraísos fiscais; vi) desenvolvimento de assistência mútua em respeito à recuperação dos prejuízos causados pela concorrência entre países; e vii) adoção de medidas apropriadas nos tratados para evitar a prática da concorrência fiscal.

Desde 2000, entretanto, muitas têm sido as críticas contra as medidas da OCDE. A condenação dos regimes preferenciais de tributação, nestes abrangidas as mais variadas formas de auxílios fiscais, passou a ser menos efetiva a partir de 2001, com o advento da nova administração norte-americana⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Cf. NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 207.

⁴⁸⁵ Cf. NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 206.

De fato, os Estados Unidos, “aceitando” a argumentação dos países em desenvolvimento e dos paraísos fiscais, acabaram “relativizando” a condenação tão explícita da OCDE. Em verdade, como aponta Campbell, os Estados Unidos adotaram essa posição por conseguirem, em numerosos casos, negociar a cooperação de informações fiscais e bancárias com vários dos países que praticam o sigilo e medidas fiscais de incentivo.

Com os atentados de 11 de setembro de 2001, a posição norte-americana tornou a mudar, enfatizando-se, sob o argumento da defesa de sua soberania e da segurança nacional, a necessidade de os paraísos fiscais abrirem mão de seus sigilos fiscais e bancários para auxiliarem no controle da lavagem de dinheiro relacionada à prática de crimes.

De um lado, pois, colocou-se a OCDE, com um discurso, originariamente, bastante duro em relação ao tema, e, de outro, os países considerados paraísos fiscais, que, diante da falta de eficácia da tentativa de regulação daquele órgão, passaram a participar de mesas de discussões para uma eventual “cooperação” em torno do assunto. Países classificados como incentivadores da concorrência fiscal prejudicial, nesses termos, passaram a, mesmo não sendo membros da OCDE, terem “voz ativa” na organização.

E um dos principais argumentos usados contra a OCDE era a abstenção, nas assembleias relativas ao assunto, de países-membros que também praticam os incentivos condenados pelo Relatório de 1998, como Suíça e Luxemburgo, ratificado, apesar de relativização dos termos duros do início, nos anos subseqüentes.

Em termos pragmáticos, assenta-se que a tentativa de regulação por parte da OCDE, apesar do “barulho” mundial, surtiu pouco ou quase nenhum efeito. Suas recomendações, no mais das vezes, podem ter auxiliado na negociação de tratados internacionais em matéria tributária, mas, diante da “força” dos países não-membros, inclusive os paraísos fiscais, e até mesmo pelo poder dos grandes agentes econômicos internacionais, constituem nada mais que simples modelos de políticas tributárias, as quais, sem visarem à proteção dos interesses dos países em desenvolvimento e dos subdesenvolvidos, não serão por estes adotadas, a não ser, hipoteticamente, no caso de tratados bilaterais ou multilaterais.

3.2 OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O início da regulamentação internacional no que se refere às práticas desleais do comércio se deu através da Convenção de Paris, em 1883, posteriormente revisada em Estocolmo, no ano de 1967. Com a crescente evolução da industrialização e do comércio internacional, o assunto foi ganhando maior importância, até que se observou, a partir de 1987, a imposição de medidas compensatórias por parte de alguns Estados, como os Estados Unidos, interessados em proteger as suas empresas⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷.

Em 1947, foi celebrado o *GATT*, que fez expressa referência à contenção dos auxílios às exportações, compromissos que foram ratificados em 1979, através da Rodada Tóquio, extensivamente revisada, finalmente, na chamada Rodada Uruguai, no qual se definiu o conceito de subsídios, de subsídios específicos, instituiu-se o procedimento de investigação das práticas ilegítimas do comércio internacional e também se implementou o comitê competente para tratar do tema⁴⁸⁸.

A partir dos anos 70, ressurgiram as práticas protecionistas⁴⁸⁹, levando os organismos internacionais que objetivam o chamado livre-cambismo a estabelecer mecanismos de repressão às práticas danosas à integração global do comércio. Surgiu, então, inspirada na legislação norte-americana de defesa comercial, obviamente pela sua maior influência perante OMC, o denominado ASMC, tratado que significou um avanço na regulamentação internacional dos subsídios e das demais figuras na esfera multilateral do comércio, comparando-se com o sistema anterior, do *GATT*.

⁴⁸⁶ Cf. JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 1999, p. 286 et seq.

⁴⁸⁷ Registre-se que, em 1970, o Relatório do Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, Alexander Hamilton, veiculou as teses protecionistas através de um programa para promover as indústrias locais. Depois disso, ainda nos Estados Unidos, viu-se a edição de uma série de normas atinentes às práticas de protecionismo econômico, destacando-se o *Trade Act*, de 1974, que determinava, em seu art. 21, que poderiam ser “aplicadas restrições toda vez que o volume das importações crescer de maneira significativa”. Cf. AZUÁ, Daniel E. Real de. *O neoprotecionismo e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1986. p. 107.

⁴⁸⁸ Cf. BLIACHERIENE, Ana Carla. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação: uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 289.

⁴⁸⁹ “Teoricamente, os países industrializados são, ou pelo menos foram, partidários do livre-cambismo enquanto as condições do mercado internacional lhes foram favoráveis. [...] Por sua vez, a história econômica demonstra claramente que, de fato, todo país começa a colocar barreiras protecionistas sempre que vê ameaçadas suas indústrias ou quando inicia-se numa nova atividade, mantendo-as até o momento em que estiver em condições de competitividade.” Cf. AZUÁ, Daniel E. Real de. *O neoprotecionismo e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1986, p. 106.

No caso do Brasil, atendendo às disposições dos tratados internacionais, especialmente os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do *GATT*, foram editadas várias normas à regulação de tais elementos, conforme o próprio Decreto nº. 1.355, de 30 de dezembro de 1994⁴⁹⁰.

Há, no entanto, alguns problemas de ordem prática, a saber: i) a inexistência de uma definição objetiva do limite que faz um auxílio estatal ser considerado ilegítimo; ii) as dúvidas em torno dos prazos para a implementação dos chamados painéis; iii) a distinção entre os níveis de desenvolvimento dos países membros da OMC, já que o OSC é considerado uma entidade que “tem como principal usuário o primeiro mundo”⁴⁹¹, falando-se, com razão, numa “desvantagem razoável quando um país desenvolvido aplica medidas retaliatórias ou medidas compensatórias contra um país menos desenvolvido”, da mesma forma que é evidente a maior “ineficácia do meio de repressão” quando promovido por um Estado menos desenvolvido. Assim, dos problemas que se verificam, destacam-se as diferentes conseqüências da celebração do tratado para os países com graus desnivelados de desenvolvimento, uma das preocupações com o estudo que se pretende desenvolver.

De um modo geral, o que se condena, no âmbito da integração internacional, é a manipulação do processo econômico, ou seja, as práticas desleais ou ilegítimas, principalmente quando houver discriminação de atividades e produtos estrangeiros.

Como visto, a não-discriminação é expressão ligada à isonomia, vinculando o tratamento igual dos Estados a situações semelhantes, independentemente da origem e/ou do destino dos produtos⁴⁹² e é concebida como uma cláusula geral de todos os tratados

⁴⁹⁰ Além desse Decreto, compõem a legislação brasileira, fundamentalmente, de defesa comercial a Lei nº. 9.019/95 e os Decretos nº. 1.602/95, nº. 1.751/95 e nº. 1.488/95. Referidos dispositivos regulam os procedimentos administrativos referentes à aplicação de medidas *antidumping*, de medidas compensatórias e de medidas de salvaguarda, ambos devendo ser instaurados e instruídos perante o Departamento de Defesa Comercial, a Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e que posteriormente são submetidos à decisão da Câmara de Comércio Exterior (Camex), composta pelos seguintes Ministros de Estado: do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; das Relações Exteriores; da Fazenda; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; do Planejamento, Orçamento e Gestão; e o Chefe da Casa Civil da Presidência. Sobre o assunto, ver em especial, **AMARAL**, Antonio Carlos Rodrigues do. (Org.). *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003; BAGNOLI, Vicente. Dumping, subsídios, preço predatório e underselling, In: *Reflexões em direito político e econômico*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

⁴⁹¹ Cf. BLIACHERIENE, Ana Carla. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação: uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 319-320.

⁴⁹² Cf. FERNANDES, Edison Carlos. *A não-discriminação tributária nos acordos multilaterais do comércio*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 52.

internacionais. Para os efeitos das medidas da OMC, a causa da concorrência fiscal internacional prejudicial é realmente a globalização⁴⁹³, que acaba impondo um processo de atração de investimentos com a disputa entre países.

A OMC parte da premissa de que a concorrência fiscal prejudicial distorce a concorrência empresarial e contraria o fundamento da formação do livre comércio mundial. Dessa forma, medidas adotadas pelos paraísos fiscais e/ou por países que concedem regimes fiscais preferenciais (tributação reduzida da renda, inexistência de troca de informações, falta de transparência e discriminação) devem ser combatidas e tem acarretado na mudança das políticas de vários países⁴⁹⁴⁻⁴⁹⁵.

Atualmente, o organismo em tela possui mais de 150 membros, com maior abrangência do que a OCDE e do que a própria União Européia, sendo, por tal razão, sugerido por parte da literatura como a entidade que deva regular a chamada *tax competition*. E nessa visão de ser a OMC uma entidade que pode controlar tal fenômeno, surgem as questões da possível compatibilidade dos incentivos e subsídios às suas regulamentações.

Chamam a atenção os arts. I e III do *GATT* e II e XVII do *GATS*, que estabelecem as limitações da intervenção econômica dos países no comércio internacional de bens e serviços⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Cf. LU, Lingbo. WTO-compatibility of harmful tax practices. In: *International tax competition*. p. 392.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 394.

⁴⁹⁵ Note-se que a China, por haver aderido à OMC, acabou tendo que modificar suas políticas incentivadoras, como traduz BROWN, Lehman. *Tax planning & compliance in Asia*. 5. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, v. 1, p. 16-706: “The current tax incentives provided to foreign investments are unlikely to be abolished overnight and some provisional policies will be made for the transition period. It seems that the current tax holidays will be phased out gradually without grandfather rules being made available to certain enterprises. The current geographic-oriented incentives will also be shifted to an industry-based system, as seen with the present tax incentives on investments in high technology industries and transfers of advanced technologies. With the phasing out of tax holidays in most of the coastal areas, it is expected that the preferential tax policies for foreign investment in the Central West Area will be retained into the foreseeable future. The post WTO tax incentives will, in most cases, take form of accelerated depreciation, expanding deductible expenses, special deductions for certain industries or investments, investment tax credit and reinvestment refund.”

⁴⁹⁶ “Art. I – *GATT* – 1. [...] Any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.”

“Art. III – *GATT* – 1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantity regulations requiring the mixture, processing or use of products in special amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production. 4. The products of the territory of any contracting party involved into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable of that accorded to like products of

No mesmo diapasão, o art. II do *Trade-Related Investment Measures – TRIM* ressalta que todos os Membros têm plena consciência dos arts. III e IV do *GATT* 1994.

Sabe-se que os órgãos internacionais têm como finalidade servir de foro para a tomada de decisões gerais, podendo os tratados serem bilaterais como aqueles que dispõem sobre a dupla tributação da renda, ou multilaterais, a teor do *GATT – General Agreement on Tariffs and Trade*, sucedido pela atual OMC – Organização Mundial do Comércio. Esta, como entidade internacional específica, serve para centralizar as negociações para a implementação do comércio internacional, dispondo das barreiras fiscais, tarifárias, métodos de administração e operação multilaterais.

Surgem, então, algumas figuras do direito tributário e do direito financeiro que podem violar os mencionados acordos internacionais, acarretando na adoção de medidas compensatórias contra os produtos objeto das ajudas de Estado: os auxílios/subsídios acionáveis e os condenáveis.

De acordo com o denominado ASMC (Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias) da OMC, quaisquer contribuições financeiras de um governo e/ou de entidades públicas para a concessão de vantagens a uma determinada empresa, grupo empresarial e/ou até a um ramo específico da indústria (produção), consistem subsídios, representados por determinada vantagem (*benefit*) que inexistiria naturalmente no exercício da atividade econômica. E os subsídios, não obstante possam se apresentar através dos incentivos fiscais, que estão inseridos no âmbito do direito tributário, podem também existir em outros casos estranhos à área mencionada, como a concessão de vantagens financeiras, como empréstimos subsidiados (juros abaixo das taxas de mercado), ou através de doações, aportes de capital, fornecimentos diretos e/ou indiretos de bens e serviços. Veja-se que, na esteira do que foi estabelecido anteriormente, pode-se configurar tais medidas como meras espécies de subvenções.

national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution and use.”

“Art. II – *GATS* – 1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.” “Art. XVII – *GATS* – 1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.”

A prática dos subsídios específicos, no âmbito das relações internacionais, é vedada pela OMC e a sua violação acarreta a instauração de um processo internacional e a imposição, pelos países prejudicados, de medidas compensatórias, de defesa comercial, que visam a equilibrar a relação de concorrência entre os países envolvidos.

O Brasil, no âmbito internacional, tanto já impôs medidas compensatórias, como no caso dos subsídios do Canadá no caso das aeronaves (*Technology Partnership Canadá*)⁴⁹⁷, como já se sujeitou a elas, como no caso do PROEX (taxas de juros que eram subsidiadas e que foram substituídas por um índice internacional), por força de decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC⁴⁹⁸.

Desse modo, o Brasil, ao fazer parte de um acordo internacional, *in casu* da OMC, abre mão de parte de seu poder político interno, tendo que se sujeitar às determinações multilaterais, dentre elas as que impedem a concessão de incentivos fiscais e subsídios condenáveis para a formação do livre comércio mundial, não sujeita a influências dos Estados-membros.

Nesse ponto, merece destaque a classificação dos subsídios em aqueles proibidos, acionáveis/recorríveis e não-acionáveis/não-recorríveis⁴⁹⁹. Somente os subsídios específicos estão submetidos à disciplina da OMC, sendo considerados condenáveis, já que somente eles acarretam, na visão daquele organismo, distorções no mercado. Destarte, a especificidade existe quando o subsídio é restrito a uma empresa ou a um grupo de empresas e/ou a um setor ou grupo específico de setores, e/ou, ainda, quando é deferido apenas a empresas de determinada região. Ou seja, não se admite, no cenário internacional, hipoteticamente, a discriminação.

⁴⁹⁷ V. WT/DS70/AB 2 August 1999. *Canada: measures affecting the export of civilian aircraft*. Report of the Appellate Body.

⁴⁹⁸ V. WT/DS46/R14 April 1999. *Brazil: exporting financing programme for aircraft*. Panel Report, 1999.

⁴⁹⁹ Afirma CEZAROTI, Guilherme Subsídios e Incentivos Fiscais: Uma Visão a partir do Tratado da OMC. In. *Tributação, Justiça e Liberdade: homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Cordenadores: Marcelo Magalhães Peixoto; Edison Carlos Fernandes. Curitiba: Juruá, 2004, p. 245, a esse respeito: “Para a caracterização do subsídio, a OMC, organismo internacional competente para a resolução das controvérsias comerciais, leva em consideração diversos aspectos formais, tais como a generalidade ou não do benefício, a vinculação a determinados resultados de exportação, a participação do país no comércio internacional de determinado produto ou serviço, mas todos estes critérios são aplicados com raras distinções entre os países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos.”

Na acepção de Marco Bronkers, um subsídio proibido é automaticamente considerado ilegal no âmbito internacional, mas para ser acionável, é pressuposto que se trate de medida discriminatória, ou, em outras palavras, específica⁵⁰⁰.

A conceituação de subsídio específico, que é, como visto, proibido e acionável, de acordo com o ASMC da OMC, inclui duas características: i) ser uma contribuição financeira, na forma de dinheiro ou de fornecimento de algum benefício econômico; ii) que beneficie o destinatário de forma diferente dos demais concorrentes no mercado. E o benefício, em verdade, ocorre quando um agente econômico assume certa posição financeira que não alcançaria sem o auxílio representado pelo subsídio. E enquanto os subsídios proibidos são entendidos como ilegais, *per se*, pela regulamentação da OMC, os acionáveis podem não ser proibidos, mas, por gerarem efeitos danosos à competitividade e à economia de um país, podem ser objeto de contramedidas (medidas compensatórias ou de defesa comercial).

Em face da crescente preocupação mundial com o uso de subsídios como forma de intervenção dos governos pelo seu evidente impacto na competitividade internacional, as constantes negociações de livre comércio abrangem, quase sempre, a redução de tarifas e outras medidas aduaneiras, além de questões relativas à adoção, pelos países prejudicados, de medidas compensatórias (*countervailing measures*)⁵⁰¹.

Por oportuno, comente-se que as medidas de defesa comercial constituem mecanismos jurídicos usados pelos Estados para a proteção de suas empresas e atividades econômicas, tendo em vista os danos causados por práticas desleais no comércio internacional. Constituem exceções às regras do Sistema Multilateral de Comércio, que objetivam implementar a integração do comércio internacional⁵⁰².

⁵⁰⁰ “Specific subsidies are defined as those to which access is, formally or in fact, limited to: (a) a certain specific enterprises or groups of enterprises; (b) to industries or to groups of enterprises; or (c) to enterprises and/or industries in a specific geographical region (Art. 2). Non-specific subsidies are those which are generally available according to objective criteria and are broadly distributed to all enterprises or industry in a country. *De jure* non-specificity may be challenged on a number of grounds, including the track record of the granting authority and the actual concentration in the use of a subsidies program (Art. 2 (c)).” Cf. BRONKERS, Marco. WTO Regulation of Subsidies. In: *EC State Aid*. p. 171.

⁵⁰¹ Cf. BRONKERS, Marco. WTO Regulation of Subsidies. In: *EC State Aid*. p. 167.

⁵⁰² Cf. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Práticas desleais no comércio internacional: defesa comercial. In: *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 103.

Destaque-se, finalmente, que as citadas medidas de defesa comercial não podem ser impostas em casos de inexistirem práticas desleais de comércio, ou, utilizando-se de outro signo, ilegítimas, como o *dumping* e os auxílios fiscais contrários aos tratados internacionais.

Desse modo, os textos do *GATT* e do *GATS* acabam sendo interpretados em nome do princípio da nação mais favorecida (“Most Favoured Nation Principle”), que impõe o tratamento isonômico para os produtos e serviços dos países-membros, sem diferenças em face de origem. A noção desse princípio visa a concretizar a neutralidade da intervenção dos países, evitando a imposição de sistemas, custos e medidas diferenciais para distorcer a livre concorrência⁵⁰³.

Do ponto de vista do citado princípio, pode-se argumentar que muitos dos auxílios fiscais atribuídos por alguns países e paraísos fiscais não são incompatíveis com o *GATT* e o *GATS*, na medida em que os privilégios não são seletivos e/ou discriminatórios, sendo outorgados a qualquer indivíduo ou empresa⁵⁰⁴.

Entretanto, os problemas causados pelos regimes preferenciais e/ou auxílios fiscais dizem respeito, muitas vezes, à falta de transparência, tendo em vista os possíveis acordos individuais entre alguns agentes econômicos e autoridades fiscais de certos países. Como exemplo disso, cite-se o *Dutch Advance Pricing Agreement*, que acabou diferenciando certos contribuintes do setor financeiro em face de outros, distorcendo a concorrência no mercado⁵⁰⁵.

Medidas como a concedida pelos Países Baixos acabam sendo incompatíveis com os acordos celebrados no âmbito da atual OMC por violarem o princípio da nação mais favorecida, ou seja, a idéia de não-discriminação.

O principal ponto da regulamentação no âmbito da OMC, por outro lado, se refere aos chamados subsídios proibidos, conforme estatuem o art. XVI do *GATT*⁵⁰⁶ e o art. 3 do

⁵⁰³ Cf. SCHÖN, Wolfgang. World trade organization law and tax law. *Bulletin of International Fiscal Documentation*. The Netherlands: IBFD, p. 283, 2004.

⁵⁰⁴ Cf. LU, Lingbo. *WTO-compatibility of harmful tax practices*. p. 398.

⁵⁰⁵ Cf. MEUSSEN, Velthuizen. APA's and ATR's: the new dutch regime in a european perspective. In: *EC law review*, 2002. p. 4.

⁵⁰⁶ “Art. XVI, Section B – *GATT* - 4. [...] contracting parties shall cease to grant either directly or indirectly any kind of subsidy on the export of any product other than a primary product which results in the sale of such

denominado ASMC – Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. E disso decorre a comparação entre subsídios, seu regime, e a concorrência fiscal.

Afinal, a finalidade da OMC em controlar a concessão de subsídios é evitar a interferência dos países no processo de integração do livre comércio. Os subsídios, nesse sentido, constituem uma ajuda financeira, equivalente a qualquer vantagem de cunho tributário, por exemplo.

E a literatura parece divergir da configuração de algumas medidas concessivas de vantagens fiscais como subsídios proibidos, não obstante a grande maioria dos casos consista em deferimento indireto de ajudas, que efetivamente distorcem a oferta de produtos e serviços no mercado global.

Note-se, a propósito, que os EUA se sujeitaram a uma disputa com a União Européia em relação ao denominado *FSC – US Foreign Sales Corporation*, que se tornou um dos mais importantes precedentes da regulamentação mundial do assunto⁵⁰⁷.

O caso acabou suscitando os seguintes questionamentos: i) tratava-se o *FSC* de prática relacionada à concorrência fiscal prejudicial? e ii) existia vinculação do regime a performances de exportação?

Como se infere do relatório da OMC, em novembro de 1997, as então Comunidades Européias solicitaram informações aos Estados Unidos, não havendo, até dezembro daquele ano, solução satisfatória da questão. Foi a partir disso que, em 1º. de julho de 1998, as Comunidades solicitaram o estabelecimento do *panel*, o que acabou ocorrendo em setembro do mesmo ano. Depois de várias discussões, intervenções de terceiros países, inclusive do Brasil, e apelações, a decisão final foi proferida pelo OSC em janeiro de 2006⁵⁰⁸.

product for export at a price lower than the competitor's price charged for the like product to buyers in the domestic market.”

⁵⁰⁷ Cf. *WTO Dispute settlement, DS108: United States:tax treatment for “Foreign Sales Corporations” (Complainant: European Communities)*, November 1997. Sobre essa questão, v. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.html>. Acesso em: 26 jul. 2008, 13:47.

⁵⁰⁸ Foram essas as conclusões do Relatório Final do *Panel*: “The European Communities’ panel request does identify the continued operation of Section 5 of the ETI Act sufficiently to put the United States on notice in this respect. The Appellate Body *upholds* the Panel’s finding in Paragraph 7.87 of the Panel Report, that Section 5 of the ETI Act, grandfathering prohibited FSC Subsidies, was within the Panel’s terms of reference. The Appellate Body *upholds* the Panel’s finding, in paragraph 7.65 of the Panel Report, that ‘to the extent that the United States, by enacting Section 101 of the Jobs Act, maintains prohibited FSC and ETI subsidies through

A resposta aos questionamentos feitos anteriormente, portanto, é positiva. Primeiramente, o regime *FSC* foi identificado como um dos 47 regimes preferenciais nocivos pelo Relatório da OCDE, havendo sido a mesma a conclusão do relatório do caso na OMC, já que o citado regime tinha as seguintes características: i) concessão de isenção de tributo sobre a renda oriunda do comércio internacional; ii) exigência de que o negócio tenha sido praticado fora dos EUA; iii) instituição de regras de transferência de preços diferenciais às comumente adotadas⁵⁰⁹. Ademais o regime norte-americano acabou sendo entendido como incompatível com as normas da OMC por vincular-se a cláusulas de performance de exportações.

O caso do *FSC* acabou sendo alçado a um precedente de êxito da regulamentação internacional da *harmful tax competition*, porquanto acabou sendo controlada mesmo diante da força política e econômica dos EUA⁵¹⁰.

A tudo isso se acrescente: i) a relevância da questão em termos de representatividade das sanções impostas pela OMC, que ultrapassam US\$ 4 bilhões⁵¹¹; e ii) a repercussão da questão, em face da intervenção da decisão da OMC no âmbito das normas internas, que acabou representando, em verdade, no dizer de Welber Barral e Michels, “o expurgo de todo um regime tributário regularmente editado sob as leis norte-americanas e que está, de há muito, incorporado à cultura jurídico-tributária dos EUA”, inovando na medida em que “atinge princípios jurídicos”, determinando “ajustes na base do sistema tributário de um Estado.”⁵¹²

[the] transitional and grandfathering measures, it continues to fail to implement fully the operative DSB recommendations and rulings to withdraw the prohibited subsidies and to bring its measures to conformity with its obligations under the relevant covered agreements.” Ver *World Trade Organization Dispute Settlement Decisions*. Volume 77 (Decisions Reported – December, 6, 2005 – April, 3, 2006), p. 4.

⁵⁰⁹ Cf. *Report of the panel – United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*. WT/DS 108/R, 1999, p. 3.

⁵¹⁰ Cf. LU, Lingbo. *WTO-compatibility of harmful tax practices*, p. 404.

⁵¹¹ **“OMC autoriza UE a aplicar sanções de US\$ 4 bilhões contra os EUA -** A Organização Mundial de Comércio decidiu nesta sexta-feira que a União Européia (UE) poderá implementar sanções no valor de US\$ 4 bilhões contra os Estados Unidos por causa de incentivos fiscais que o país oferece a empresas americanas. A União Européia havia calculado esse montante com os benefícios obtidos pelos exportadores americanos por causa de uma disposição fiscal, conhecida como Foreign Sales Corporations (FSC). O FSC incidia como ajuda às exportações graças a uma redução fiscal de 30%. Os EUA, por sua vez, argumentavam que esse ganho financeiro não passava de US\$ 918 milhões. Não convenceram. A decisão da OMC não deverá impulsionar sanções imediatas da UE, que deverá primeiramente consultar suas indústrias sobre quais produtos sofrerão retaliação. A UE disse que adiará as sanções caso Washington trabalhasse na reforma de seu regime tributário.” Disponível em: <http://cidadebiz.oi.com.br/paginas/3001_4000/3080-1.html>. Acesso em: 17 dez. 2008, 00:55.

⁵¹² Cf. BARRAL, W. O.; Michels, G. W. *Sistema Tributário e Normas da OMC: lições do caso Foreign Sales Corporation. Comércio internacional e tributação*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 30.

Como aduzem os autores brasileiros, do exame do caso, surgem algumas lições para os sistemas tributários dos países-membros da OMC, que podem ser assim sintetizadas: i) todo processo de integração demanda o que se rotulou de harmonização tributária; ii) a violação dos acordos comerciais não se refere apenas a disposições normativas em específico, mas também em relação a princípios e técnicas gerais de tributação; iii) através da OMC, pode haver tanto uma coordenação de políticas tributárias, como uma verdadeira compatibilização de suas legislações ou até mesmo uma uniformização⁵¹³.

Outro precedente interessante se relaciona com medidas tributárias empregadas pelo México para o setor de bebidas (*Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*), que abrangiam: i) a instituição de uma nova tributação de 20% (vinte por cento) sobre o transporte e a importação de bebidas com a utilização de adoçantes; ii) uma tributação símile sobre serviços específicos (intermediação, agenciamento, distribuição etc.) quando prestados com o objetivo de transporte e comércio das bebidas com uso de adoçantes; iii) uma série de novas obrigações tributárias acessórias aos contribuintes relativos às atividades de comércio e transporte de tais bebidas⁵¹⁴.

Acabou que essas medidas prejudicaram a concorrência das empresas norte-americanas e canadenses, fazendo com que os Estados Unidos, em junho de 2004, requisitassem a instauração do *Panel*, havendo a participação como terceiros de Canadá, China, das Comunidades Européias, Guatelama e do Japão⁵¹⁵. E os argumentos dos Estados Unidos se basearam no art. XX, d, do *GATT*, porquanto haveria na espécie um tratamento diferencial em relação às atividades exercidas dentro do México, ou seja, “internal taxes in excess of those applied to like domestic sweeteners”⁵¹⁶, em violação ao princípio da não-discriminação. Nesse *Panel*, discutiu-se a violação das medidas tributárias do México às disposições do *GATT* (art. XX, d), havendo o OSC da OMC entendido que “Mexico has not established that the challenged measures are justified under Article XX of the GATT

⁵¹³ “Assim é que, dentro do quadro atual, os dois caminhos que se revelam como imediatamente aplicáveis para os Estados são: primeiro, a consideração das decisões do OSC na formulação de seus sistemas tributários; segundo, a promoção, no âmbito internacional, de esforços no sentido da inclusão de preocupações com a matéria tributária nos acordos da OMC.” Cf. BARRAL, W. O.; Michels, G. W. *Sistema Tributário e Normas da OMC: lições do caso Foreign Sales Corporation. Comércio internacional e tributação*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 48 et seq.

⁵¹⁴ World Trade Organization Dispute Settlement Decisions. v. 77 (Decisions Reported – December, 6, 2005. April, 3, 2006). p. 75.

⁵¹⁵ *Ibid.*; p. 67.

⁵¹⁶ *World*, loc. cit.

1994”⁵¹⁷, o que levou o organismo a recomendar ao México que o emprego de tais medidas tributárias passasse a se compatibilizar com as obrigações do acordo internacional.

De alguns anos para cá, tem havido uma tentativa no âmbito da OMC de instituir um novo *round* sobre a concorrência fiscal internacional, iniciando-se, em 2001, a rodada de Doha, *DDA – Doha Development Agenda*, que vem sendo, sucessivamente, suspensa dado o interesse de membros da União Européia e dos EUA em manterem certos incentivos a atividades agrícolas, por exemplo⁵¹⁸.

Observa-se da lógica das medidas adotadas pela OMC, e dos casos concretos a ela submetidos, que a prática de regimes fiscais preferenciais passa a ser incompatível quando seja discriminatório e quando presentes as seguintes características: i) falta de transparência; ii) vinculação a exportações (cláusula de performance); e iii) distorça a oferta de bens e serviços no comércio internacional. Por isso, diz-se que a OMC é a mais forte candidata para o combate internacional à *harmful tax competition*⁵¹⁹.

Paradoxalmente, entretanto, o regime de controle da OMC possui inúmeros problemas pelos subsídios dos países industrializados, que, conforme visto, são justamente os que visam a controlar a concorrência fiscal internacional. Nesse contexto, ressalte-se a posição do Brasil que, recentemente, condenou publicamente os subsídios norte-americanos e ameaçou discuti-los perante o OSC.

3.2.1 O regime da OMC quanto aos subsídios dos países com menor grau de desenvolvimento

É visível que os subsídios podem constituir forte instrumento de regulação econômica, principalmente para os países em desenvolvimento⁵²⁰.

⁵¹⁷ Ibid., p. 97.

⁵¹⁸ “It seems that many members are cautious about adding investment-related issues to the WTO negotiations. It is expected that making further negotiations on taxation or tax preference on investment will be impossible in the DDA. [...] It seems that before fighting harmful tax competition, the WTO have to face the converse problem presented by the tax havens: may the WTO be tax havens’ defence against OECD Harmful Tax Practices Project?” Cf. LU, Lingbo. *WTO-compatibility of harmful tax practices*. p. 407.

⁵¹⁹ Nessa linha: “Harmful tax competition does violate the purpose of the WTO. [...] In the field of combating harmful tax competition WTO is still on the candidate’s list.” Cf. LU, Lingbo. *WTO-compatibility of harmful tax practices*. p. 408.

⁵²⁰ Cf. LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003, p. 135.

O ASMC, nesse sentido, é considerado menos restritivo no controle de subsídios em relação aos países menos desenvolvidos, não sendo completamente vedada, por exemplo, a concessão de tais mecanismos para o fomento de exportações⁵²¹. Dentro de certas condições, os países com baixo nível de desenvolvimento são excepcionados pelas regras gerais de controle de subsídios, justamente para reduzir-se a desigualdade mundial.

Na verdade, para os efeitos do ASMC da OMC, consideram-se três categorias de países em desenvolvimento: i) os menos desenvolvidos, de acordo com relatório das Nações Unidas; ii) certos países identificados como menos desenvolvidos até alcançarem uma renda per capita de mil dólares por ano⁵²²; iii) os demais países⁵²³.

No caso dos países em desenvolvimento, três requisitos são impostos para que os subsídios às exportações sejam compatíveis com a OMC, conforme determina o art. 27 do ASMC: i) primeiramente, deve haver a redução, em até oito anos a partir de janeiro de 2003, dos subsídios conferidos, prazo que pode ser revisto pelo Comitê de Subsídios e Contramedidas da OMC quando justificado pelos países, devendo as razões ter relevância econômica, financeira e em termos de desenvolvimento; ii) não deve haver aumento no nível de subsídios no período de transição; iii) finalmente, os subsídios às exportações devem ser eliminados antes do prazo do ASMC quando sejam incompatíveis com as necessidades do desenvolvimento dos países.

⁵²¹ V. Anexo VII do ASMC, que dispõe desse regime de controle para os países com renda *per capita* inferior a mil dólares por ano.

⁵²² Ressalte-se que essa foi a questão do caso envolvendo o Brasil no Programa de Exportações de Aeronaves – ver WT/DS46/AB/R, Agosto de 1999, parágrafo 140.

⁵²³ “Developing countries are treated somewhat differently under the SCM, pursuant to the recognition that ‘subsidies may play an important role in economic development programs of developing country members’ (Art. 27. 1). The SCM defines three categories of developing country member: (i) least developed country members (LDCs) designated as such by the United Nations (Annex VII (a)); (ii) certain members identified in Annex VII (b) until their GNP per capita has reached US\$ 1.000 per year; and (iii) other developed countries. The first two categories of developing countries are exempt from the prohibition on export subsidies, while the others initially agreed to give up their export subsidies by January 1, 2003. Regarding subsidies contingent upon the use of domestic over imported goods, least developed countries were granted an exemption for eight years from the date of entry in force of the WTO Agreement, while other developing countries were granted an exemption for five years. At the Doha Ministerial Conference, it was however decided to direct the Committee on SCM to extend the transitional periods for certain existing subsidies and regarding certain members. The Committee on SCM decides on the extensions on a program-by-program approach. Some (additional) special and differential treatment is also accorded regarding actionable subsidies and countervailing duties.” Cf. BRONKERS, Marco. *WTO regulation of subsidies*. p.175-176.

3.2.2 A questão dos subsídios aos produtos agrícolas

A Rodada do Uruguai teve como um dos avanços a inclusão da agricultura no sistema multilateral de controle dos subsídios. Apesar de o acordo de agricultura da OMC permitir o suporte dos países no âmbito do mercado interno e subsídios para os produtos agrícolas destinados às exportações, estabeleceu-se uma agenda para a redução progressiva de tais mecanismos, listando-se todos os mecanismos existentes nos países signatários do tratado.

Note-se, a esse respeito, que uma das preocupações mais atuais do comércio internacional é com os subsídios aos produtos agrícolas, para os mercados interno e internacional.

E isso porque os subsídios como quaisquer incentivos fiscais ou financeiros, acabam modificando o preço dos produtos, interferindo, evidentemente, na competitividade internacional. Quanto mais subsídios, menores os preços e maior o mercado dos agentes favorecidos.

Dessa forma, de conformidade com a regulamentação da OMC, os níveis de permissão dos subsídios não podem ser ultrapassados⁵²⁴. Além disso, novos subsídios, fora os já existentes e listados, não são permitidos no sistema, isto é, a introdução de subsídios novos é vedada pelo acordo de agricultura da OMC⁵²⁵.

E a incidência do ASMC, cujos efeitos foram suspensos até janeiro de 2004, através da chamada “Peace Clause”⁵²⁶, é um dos fatores de regulação dos subsídios à agricultura. Veja-se que, examinando-se o acordo em tela, infere-se a expressa menção ao ASMC quando da imposição de subsídios e contra-medidas⁵²⁷.

Um grande número de disputas no OSC se refere aos subsídios agrícolas, destacando-se o entendimento do órgão no sentido de que numerosos subsídios, inclusive dos países desenvolvidos, são ilegais de acordo com as regulamentações internacionais do comércio. Ressalta-se, nesse contexto, o entendimento do órgão nos casos envolvendo subsídios do

⁵²⁴ Ver arts. 3.2 e 3.3 do Acordo de Agricultura da OMC.

⁵²⁵ Cf. BRONKERS, Marco. *WTO regulation of subsidies*. p. 176.

⁵²⁶ Ver art. 13 do Acordo de Agricultura da OMC.

⁵²⁷ Ver nesse sentido, o teor dos arts. 3º., 5º. e 7º. do ASMC da OMC.

Canadá ao leite, dos Estados Unidos ao algodão, e da União Européia ao açúcar⁵²⁸. Em todos os casos, entendeu o organismo multilateral que os subsídios concedidos eram incompatíveis com o acordo⁵²⁹.

3.2.3 A questão dos subsídios aos serviços

O acordo multilateral do comércio não se aplica, em regra, aos serviços, cuja regulamentação é distinta, incidindo, na espécie, o denominado *GATS (General Agreement on Trade in Services)*.

E os subsídios definidos no *GATS*, nos termos de seu art. I:2, não foram abrangidos pelo ASMC, o que acabou resultando em pouca eficácia da tentativa de controle dos mecanismos de intervenção estatal no âmbito dos serviços internacionais.

De fato, trata-se a tentativa de controle dos subsídios aos serviços de uma mera recomendação para que os países signatários do *GATS* promovam negociações para evitarem interferências no mercado por parte dos Estados.

Entretanto, com a constante suspensão da Rodada de Doha, nenhum progresso é encontrado nessas negociações⁵³⁰.

⁵²⁸ “Issues of compatibility of member’s exports with their subsidy commitments under the Agreement on Agriculture have arisen with increasing frequency in WTO dispute settlement, spurred notably by the holdings in the *Canada – Dairy* case, where WTC Panels and the Appellate Body ultimately concluded that Canada had provided illegal export subsidies to products derived from Canadian milk by setting up a system that provided them with access to milk powder at less than its ‘proper value’, determined by comparison to its average total cost of production. More recent cases are the *EC – Sugar Subsidies* and *US – Cotton Subsidies* cases. In the *EC – Sugar Subsidies* case, the Panel and Appellate Body found that the EC’s sugar regime, taken as a whole, resulted in illegal export subsidies under Art. 9. 1 (c) of the Agreement on Agriculture, which covers payments on export financed by virtue of governmental action. The crux of the *EC – Sugar Subsidies* case was the finding that EC regime operated to provide EC producers with revenues that cross-subsidised their exports. In the *US – Cotton Subsidies* case, the Appellate Body upheld the Panel’s findings that the so-called 2 payments to exporters of US upland cotton were subsidies contingent upon export performance within the meaning of the Agreement on Agriculture. Since the United States had no scheduled export subsidy reduction commitments for upland cotton, it included that the United States had acted inconsistently with the Agreement on Agriculture obligation not to provide subsidies in respect of any agricultural product not specified in the Schedule. In addition, it should not be forgotten that export subsidies not specified in a member’s schedule to the Agreement on Agriculture are still covered, and thus potentially prohibited, by Art. 3. 1. (a) of the SCM Agreement. This was confirmed most recently by the *EC – Sugar Subsidies*, and *US – Cotton Subsidies* cases.” Cf. BRONKERS, Marco. *WTO regulation of subsidies*. p. 177-178.

⁵²⁹ Ver especialmente, WT/DS267/R (2004); WT/DS267/AB/R (2005); WT/DS265/R (2004).

⁵³⁰ Cf. BRONKERS, Marco. *WTO regulation of subsidies*. p. 179.

3.3 UNIÃO EUROPÉIA

Em verdade, a preocupação maior da União Européia é com a formação de um mercado livre de distorções, o que levou os países a inserirem, no Tratado de Roma, o regime do chamado *State Aid* ou simplesmente auxílio de Estado.

Como adverte Wolfgang Schön, debater a concorrência fiscal na Europa não é o mesmo que fazê-lo em relação a uma economia abstrata, porquanto o comportamento dos agentes econômicos e as instituições públicas na Europa têm um *status* diferenciado, especialmente pelo aspecto geográfico, econômico e jurídico, considerado, nos dias de hoje, um continente de países evidentemente democráticos e industrializados⁵³¹. Ainda de acordo com o citado autor, apesar de alguns avanços em todo o mundo, seja em relação à OCDE, com recomendações sobre a questão, seja no que se refere à OMC (Organização Mundial do Comércio), mais recentemente com a decisão contrária aos EUA na disputa sobre as *Foreign Sales Corporations*, nada se compara ao poder existente na União Européia sobre a concessão de incentivos fiscais, em função do que dispõe o Tratado Constitucional Europeu⁵³².

A doutrina chama a atenção para a oposição de dois conceitos contemporâneos e paradoxalmente contraditórios: harmonização fiscal, sob a influência da teoria integracionista, e concorrência fiscal, como uma prática individual de países que mantêm laços comerciais e cujos sistemas repercutem uns nos outros⁵³³.

Ao mesmo tempo, surge a questão das soberanias fiscais, devendo-se questionar se o Tratado Constitucional Europeu suprimiu os poderes de tributar e de regular ou se eles são compatíveis com a União Européia.

⁵³¹ Cf. SCHÖN, Wolfgang . Tax competition in Europe: general report. In: *Tax competition in Europe*. The Netherlands: IBFD Publications BV, 2003, p. 1.

⁵³² “The fundamental freedoms were meant to get rid of discrimination against foreign workers or investors – but the discussion of tax competition takes the opposite view, looking at the specific tax advantages granted to workers or investors from other Member States. The State aid provisions enshrined in the EC Treaty specifically target subsidies given to certain domestic enterprises or branches – but how they provide rules for changes in the tax systems with respect to foreign taxpayers or specific activities within an enterprise such as management or research and development? And the power to harmonize national tax law was given to the European institutions in order to further the economic freedom of the citizens of Europe, not to provide a safety net for national budgets. Therefore, tax competition forces us to rethink the fundamental values and the hard law of the EC Treaty and its secondary legislation.” Cf. *Ibid.*, p. 3.

⁵³³ Cf. WEHKE, Sven. *Tax competition and partial coordination*. Magdeburg: Faculty of Economics and Management, 2006, p. 17-18.

Na visão de alguns autores, o Tratado não suprimiu as competências oriundas das soberanias fiscais, que permanecem nas “mãos dos governos nacionais e parlamentos”⁵³⁴, não havendo dúvida de que cabe a cada Estado-Membro “decidir quando aumentar ou diminuir a carga tributária dentro de sua jurisdição”⁵³⁵, atribuição própria do federalismo fiscal, “que permite aos sujeitos econômicos a livre escolha de mudar suas atividades para uma jurisdição com um alto nível de tributação (e uma alta qualidade de serviços públicos) ou mudar para um país com tributos e *budgets* modestos.”⁵³⁶

O que o Tratado veda, na visão desses autores, é a imposição, pelos Estados-membros, direta ou indiretamente, sobre produtos de outros países, qualquer tributação interna em excesso aos existentes para o mercado nacional⁵³⁷, pretendendo, pois, garantir a não-discriminação⁵³⁸, como resultado da política de integração.

Fala-se, ainda, que os principais objetivos da União Européia são a instauração de um mercado único e a manutenção de um adequado nível da concorrência, servindo a legislação comunitária para garantir a livre circulação de pessoas, serviços e capital no âmbito do território comunitário⁵³⁹.

Para tanto, é necessário que as legislações nacionais sejam uniformizadas, evitando regulações diferenciadas. Segundo Mario Damiani, o direito comunitário se sobrepõe às legislações nacionais, em função da criação de um sistema econômico comunitário, supranacional, que se baseia, principalmente, no princípio da não-discriminação, que, na

⁵³⁴ Cf. HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT Piet Jan. *EC state aids*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 243. Tradução nossa.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 244.

⁵³⁶ Cf. HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT Piet Jan. *EC state aids*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 244.

⁵³⁷ Cf. HANCHER, loc cit.

⁵³⁸ Note-se que a não-discriminação acaba sendo concretizada em ambas as hipóteses da tributação, ou seja, na exigência de tributos e na concessão de incentivos, sob qualquer forma, como se infere do exame dos julgamentos do Tribunal de Justiça da União Européia, como no Caso C-156/98, em que foram partes a República Federal da Alemanha e a Comissão Européia, havendo a Corte decidido que “specific incentives for the acquisition of small and medium-sized businesses in the *New Lander* infringed both Art. 43 EC and Art. 87 (1).”

⁵³⁹ “Il diritto tributario di livello comunitario è vincolato, come altri settori del diritto, da alcuni principi essenziali, alcuni derivanti dal diritto comunitario altri dai diritti tributari nazionali che sono subordinati ai primi.” Cf. DAMIANI, Mario. *Libertà europea e imposizioni fiscali: per una convivenza senza distorsioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 2.

doutrina tributária internacional, expressa-se na proibição de diferenciação, isto é, é o tratamento igual na forma da lei⁵⁴⁰.

A mesma interpretação é vista no trabalho de Carlo Pinto, que assevera: “the Treaty provisions analysed above also set out limits to the fiscal sovereignty of Member States and have no impact on tax competition between them.”⁵⁴¹

Com pensamento semelhante ao de Mario Damiani, posiciona-se Jorge Martín López, para quem “el Derecho comunitario restringe cualitativamente la autonomia de los Estados miembros a la hora de conformar sus próprios sistemas impositivos, influyendo de manera significativa em la ordenación jurídica de la actividad financeira.”⁵⁴² Nesse contexto, as disposições do Tratado Constitucional Europeu condicionam a liberdade dos países-membros, uma vez que limitam a utilização das normas tributárias com o fim extrafiscal de atração de atividades empresariais para o interior de suas fronteiras⁵⁴³.

Também é de se enfatizar a posição ilustrada pelo Professor José Casalta Nabais, que lembra a mudança dos elementos de conexão no que se refere à tributação internacional, impondo-se mudanças na forma de analisar-se o poder tributário dos Estados em face da progressiva internacionalização da economia, fazendo com que os Estados passassem a ter políticas fiscais externas orientadas para o “combate à dupla tributação internacional que as actuais economias abertas favorecem extraordinariamente”, políticas essas que, na visão do autor, visam a “adequar o sistema fiscal, de um lado, à internacionalização das empresas nacionais evitando tratar lucros por elas gerados no estrangeiro e repatriados em termos desfavoráveis face aos lucros gerados no país e, de outro, incentivar o investimento estrangeiro procurando não prejudicar a repatriação dos lucros gerados pelos estabelecimentos estáveis nacionais de sociedades em sede no estrangeiro.”⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Ibid., p. 3-11.

⁵⁴¹ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 62.

⁵⁴² Cf. LÓPEZ, Jorge Martín. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado em La Unión Europe* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 27.

⁵⁴³ Ibid.; p. 29. Tradução nossa.

⁵⁴⁴ Cf. NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização econômica. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71 et seq.

Ou seja, na prática, não obstante não tenha a União Européia competência para instituir tributos, o seu Tratado acabou limitando a soberania fiscal clássica⁵⁴⁵, em vista da necessidade de harmonização das políticas fiscais em face do mercado comunitário⁵⁴⁶.

Destarte, a harmonização fiscal na Europa começou com o Ato Único Europeu de 1986, que representou a efetivação da não-discriminação em razão da nacionalidade, elemento que acabou servindo de base para o atual Tratado Constitucional Europeu⁵⁴⁷.

Individualmente, entretanto, observa-se que vários países têm instituído limites à concorrência fiscal doméstica, chamada correntemente, no Brasil, de guerra fiscal. Destacam-se, nesse ponto, Suíça, com a edição de um Código de Conduta das Regiões em 1948, e Espanha, com a limitação de poderes às comunidades autônomas⁵⁴⁸.

Desde então, observa-se a edição de numerosas medidas por parte dos organismos da União Européia para a concretização da integração econômica, como se infere da coordenação de políticas públicas, do uso da moeda única e da chamada Agenda 2000⁵⁴⁹.

Nesse contexto, a Comissão Européia com atribuições para definir as políticas de harmonização fiscal vem suscitando, desde 1996, que a soberania fiscal de cada país-membro tem deixado lugar para os mercados, criando-se um paradoxo, pois tornou-se necessário “o

⁵⁴⁵ “The notion of sovereignty has changed in the European Union and will continue to change as the needs and expectations of the Member States change in relation to each other. Some of those changes will be associated with the changes made to the laws of the Member States, resulting in changes to the relative ‘competitiveness’ of each state. The pressure on both the ECJ and the E. U. Commission to harmonise the tax schemes of the membership overlooks the not insubstantial pressures on those very states by their current (and potential) investors to remain competitive.” Cf. SMOLNIK, Dan. Sovereignty Meets the E. U.: The ECJ announces the defeat of Keynes in Europe. In: *European court of justice tax cases 2006: a Review*. Washington: BNA International, 2006, p. 27.

⁵⁴⁶ Segundo a lição de Andrea Amatucci, a norma internacional acaba, na prática, impondo a criação automática de idênticas normas não escritas que se aplicam à administração financeira e ao contribuinte, estando a seara jurídica incluída num círculo do ordenamento nacional e este, por sua vez, incluído no ordenamento comunitário. Cf. AMATUCCI, Andrea. La normativa comunitaria quale fonte per l’ordinamento tributario interno. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Diritto tributario internazionale*. 3. ed. Milano: CEDAM, 2005, p. 1196.

⁵⁴⁷ Cf. NABAIS, José Casalta. *A Soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

⁵⁴⁸ Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe: general report*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, p. 15.

⁵⁴⁹ Cf. NABAIS, José Casalta. *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económica*. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

deslocamento da soberania fiscal para o nível da Comunidade Européia com o objetivo de não perdê-la para os fortes agentes econômicos.”⁵⁵⁰

Em dezembro de 1997, por exemplo, a Comissão Européia apresentou um pacote de medidas que, analisadas pelos Ministérios das Finanças de cada país-membro, acabaram resultando na aceitação de três propostas com relação à concorrência fiscal prejudicial (*harmful tax competition*): i) a elaboração de um Código de Conduta que deveria conter as orientações à abolição dos incentivos fiscais que estavam em desacordo com um comportamento fiscal legítimo e para evitar novos incentivos; ii) uma proposta para uma diretiva sobre a transparência nas informações bancárias; e iii) uma nova iniciativa quanto ao pagamento de juros e de *royalties* no mercado comum⁵⁵¹.

Em conformidade com a idéia do Código de Conduta, o grupo de representantes dos países-membros (“Primarolo Group”) editou um relatório em 1999, no qual foram listados sessenta e seis incentivos fiscais concedidos pelos diferentes governos, impondo-se, com outras reuniões, a abolição de tais medidas até 31 de dezembro de 2005⁵⁵². Por força de pressões de vários países-membros (Bélgica, Irlanda, Luxemburgo e Holanda, em especial), todavia, a Comissão acabou prorrogando a abolição de alguns regimes fiscais preferenciais para 2010/2011.

De fato, há de se concordar, à vista da realidade contemporânea, com a tese da hierarquia do Tratado em relação aos sistemas nacionais, porquanto aquele efetivamente condiciona as soberanias fiscais⁵⁵³, tanto que a prática individual de países-membros,

⁵⁵⁰ Cf. *Taxation in the European Union: report on the development of tax systems*. European Commission, 1996, p. 228.

⁵⁵¹ V. *Towards Tax-Coordination in the European Union – A Package to tackle harmful tax competition*. In: *European Commission - Council Conclusions*, December 1997.

⁵⁵² Cf. *Code of Conduct (Business Taxation)/Primarolo Group*. Brussels: Press Release, 2000; *ECOFIN Council of 21 January 2003*.

⁵⁵³ “La soberanía fiscal es la manifestación, en el ámbito financiero y tributario, del principio general de soberanía estatal, tal y como éste es comúnmente entendido desde Bodino en adelante. Así, un Estado tendrá la facultad total y exclusiva de decidir el modo de adquirir ingresos (incluida la imposición de tributos) para sufragar sus gastos, y ello a través de la propia voluntad manifestada frente a los demás Estados en la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro de su ámbito de poder territorial. En la actualidad, sin embargo, y al menos por lo que respecta a los Estados miembros de la Unión Europea, esta clásica definición debe ser matizada. Este grupo de Estados, al que España se adhirió en 1986, están inmersos en un proceso de integración política, pero sobre todo económica, en aras de la cual están viendo limitados sus antes amplios poderes en materia fiscal. Ello no ha tenido lugar a través de una cesión directa de soberanía: el Tratado de Roma, por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, no atribuyó poder financiero a la Comunidad, ni lo han hecho sus sucesivas modificaciones. En realidad, no atribuía a la Comunidad ningún tipo de competencia tributaria. La soberanía fiscal permanecía, en este sentido, en sede

aparentemente vinculadas apenas a suas jurisdições fiscais, vêm sendo coibidas pelo Tribunal de Justiça Europeu, com base nos dispositivos do Tratado que veicularam proibições de medidas contrárias à integração econômica e à livre circulação de pessoas, bens, serviços e do capital.

Em síntese, a política de redução de tributos e de concessão de regimes tributários diferenciais é prática comum dos países com menores economias, ou seja, menos desenvolvidos, como sustenta, dentre inúmeros outros, Luxemburgo, cujo relatório ressalta que há uma necessidade geral de tais países de se tornarem competitivos, devendo-se, pelas desvantagens econômicas naturais, instituir certas compensações⁵⁵⁴.

Por outro aspecto, há países que aplicam os incentivos fiscais, ou outras medidas similares, para se defenderem da concorrência dos outros. Ou seja, de acordo com relatórios nacionais, são muitos os países que atestam aplicar medidas de fomento como forma de se protegerem dos seus vizinhos.

Nessa linha de evolução do assunto, alguns exemplos são destacados por Wolfgang Schön: i) Dinamarca, que acabou reduzindo o imposto de renda das empresas para trinta por cento para viabilizar sua competitividade no mercado europeu; ii) Suécia, que vem amargurando diminuição de receitas fiscais por ser um dos países com maior carga fiscal; iii) Finlândia, que afirma estar numa posição defensiva em termos de aplicar incentivos, e, por outro lado, manter sua prestação de serviços públicos; iv) Alemanha, que poderia, ao lado dos três últimos, ser classificado como um *Welfare State*, mas que, durante os últimos anos, vem adotando uma postura ambivalente, isto é, com a aprovação da última reforma tributária, o país acabou se tornando mais competitivo, apesar de ser um dos líderes mundiais contra a *harmful tax competition*⁵⁵⁵.

Outros países como França e Áustria, têm defendido a possibilidade de re-instituírem incentivos fiscais, preocupados com o número de empresas (contribuintes) que tem deixado

nacional.” Cf. LAGUNA, Irene Roche. *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los estados miembros*: armonización de la imposición directa en la comunidad europea. Valencia: Tirant, 2000, p. 19.

⁵⁵⁴ Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Tax competition in Europe*: general report. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003. p. 17.

⁵⁵⁵ Ibid., p. 18.

seus territórios, não se caracterizando como defensores fervorosos da harmonização fiscal pelos efeitos que esta tem impostos às suas Fazendas⁵⁵⁶.

Outro assunto que merece atenção, pela sua relevância na União Européia, é o de *State Aid*, ou Auxílio de Estado, que é conceituado, pela exegese do Tratado da União Européia, como qualquer transferência de recursos públicos para um destinatário específico ou alguns destinatários⁵⁵⁷.

Essa definição, portanto, acaba implicando em: i) custos ou perdas de fundos públicos do governo concedente; ii) o correspondente enriquecimento do destinatário do auxílio, o que, conforme lição de Carlo Pinto preocupa a União Européia “por afetar as forças da livre concorrência inerente aos mercados abertos, porque as empresas, setores ou regiões beneficiárias dos auxílios ficam em situação de vantagem comparativa em relação às demais.”⁵⁵⁸

No âmbito da União Européia, a concorrência fiscal vem sendo controlada com a aplicação do Tratado Constitucional, que veda a concessão de incentivos que interfiram na concorrência, em proteção ao funcionamento das regras do próprio mercado comunitário. Em seu art. 87, parágrafo primeiro, o Tratado dispõe que:

[...] Exceto derrogações previstas pelo presente tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem os intercâmbios entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados, ou através de recursos de Estado, de qualquer forma, que falseiem ou que ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Constitui *State Aid*, pois: i) uma intervenção pública que atribui vantagem financeira anormal “(critério do investidor privado que age em economia de mercado), de qualquer forma (subsídio, isenção fiscal, empréstimos com condições não conformes ao mercado etc.)”; ii) concedido por uma autoridade pública “por meio de recursos públicos”; iii) “em

⁵⁵⁶ Cf. SCHÖN loc cit.

⁵⁵⁷ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 98.

⁵⁵⁸ Cf. PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, p. 99.

favor de uma ou de várias empresas (caráter seletivo da medida)”; e iv) que “afeta a concorrência e os intercâmbios entre os Estados-Membros.”⁵⁵⁹

As exceções dessa vedação do Tratado Constitucional Europeu estão previstas nos parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo, devendo qualquer intervenção com essas características ser notificada previamente à Comissão Europeia⁵⁶⁰, a qual deverá autorizar tal medida, sob pena de se tratar de auxílio ilegal, impondo ao agente beneficiário a devolução do valor equivalente.

Pelo exposto, a União Europeia detém pelo menos três mecanismos de controle da concorrência fiscal internacional: i) o regime do *State Aid*, previsto no Tratado da União, que acaba sendo a base da defesa da concorrência (sistema comunitário de concorrência)⁵⁶¹; ii) o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, que também procura evitar a distorção da concorrência através da tributação⁵⁶²; e iii) a participação dos países-membros na OCDE, que, como visto, tem recomendado a adoção de algumas medidas unilaterais, bilaterais e multilaterais, dependendo do caso.

Para uma grande parte da doutrina, o regime do *State Aid* se compatibiliza com as previsões do Código de Conduta, resultando em dois sistemas que acabam se complementando em nome da proteção do mercado comunitário e da sua concorrência⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Cf. BACKER, Jean-Marie de; LEPIÈCE, Annabelle. A concorrência e a tributação no direito europeu. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (Coord.). *Temas de tributação e direito internacional*. São Paulo: MP, 2008, p. 89-90.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁵⁶¹ “O sistema comunitário de defesa da concorrência tem no instituto dos auxílios de Estado o seu instrumento mais original. [...] A função clássica do instituto dos auxílios de Estado é evitar distorções de concorrência, impedindo que a concorrência no mercado seja falseada no espaço comunitário por meio de formas de *dopping* público ministrado a empresas ou produções.” Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 497.

⁵⁶² “The Code of Conduct is not a legally binding and enforceable agreement but, rather, a set of principles agreed upon by the Member States. As the preamble to the Resolution emphasizes, the Code ‘is a political commitment and does not affect the member states’ rights and obligations or the respective spheres of competence of the member states and the Community resulting from the Treaty. The principal goals of the Code are to impose a freeze on the introduction of new business tax incentives in the Member States and to eliminate existing ‘harmful’ measures as soon as possible, and not later than 1 January 2003. The Code does not determine which particular tax regimes are to be considered ‘harmful’, but establishes five criteria for determining whether or not a particular tax regime falls within its scope.” Cf. EASSON, Alex. *Taxation of foreign direct investment: an introduction*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 166.

⁵⁶³ Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 510. Afirma o autor: “Apesar dos objectivos da criação do instituto dos auxílios de Estado e do Código de Conduta serem distintos e de os critérios para detecção de um auxílio e de uma medida fiscal prejudicial não serem os mesmos, muitas das medidas que caem sob a alçada do Código de Conduta podem ser consideradas também como auxílios de Estado ou contêm elementos de auxílio, sendo algumas delas auxílios ilegais, outras auxílios

Entretanto, não obstante esses mecanismos, o controle tem sido insuficiente e pouco eficiente, porquanto continuam persistindo numerosos conflitos e disputas entre países na atração de investimentos. Ou seja, a doutrina acaba entendendo, em sua maioria, que apesar de alguns êxitos nos últimos anos, ainda há a necessidade de um controle global do fenômeno⁵⁶⁴⁻⁵⁶⁵.

No âmbito da Comissão da União Européia, algumas decisões merecem ser analisadas em relação aos chamados Auxílios de Estado (*State Aid*) na forma do Tratado, além do que estabelece o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas⁵⁶⁶.

Veja-se que a jurisprudência da Comissão é casuística, por isso merecendo severas críticas da doutrina. De fato, a jurisprudência acaba distinguindo as medidas através de

autorizados. [...] Deste modo, o Código funciona ou como um complemento do regime de auxílios ou como um sucedâneo da aplicação dos artigos 96º. e 97º. do Tratado. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁵⁶⁴ “A inexistência de um controlo global dos auxílios tributários outorgados por cada Estado membro e a aplicação casuística deste instituto faz dele um instrumento pouco adequado para combater a concorrência fiscal nefasta. Como, até ao momento, a aplicação do Código de Conduta tem dado frutos insuficientes na erradicação ou mesmo na contenção da concorrência fiscal prejudicial e não tem, a nosso ver, garantido uma verdadeira igualdade de tratamento entre os Estados membros, a Comunidade não dispõe de instrumentos eficazes para afrontar, de modo eficaz e equitativo, esse problema. O mesmo acontece, aliás, com a OCDE.” Cf. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 511.

⁵⁶⁵ Cf. COSTA, Elisabete Marisa Pinto da. *Concorrência fiscal internacional: um desafio à escala mundial*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Fiscal) - Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 2005. Segundo a autora, a entidade de controle global deveria ser a ONU, tendo em vista a existência de mais de 500 regimes preferenciais em todo o mundo.

⁵⁶⁶ “The code of conduct on business taxation fits in rather well with some characteristics of the OMC. Voluntary agreement, peer view, and timetables make the code consistent with the trust of the method. Turning to best practice, at first glance it seems that the code has nothing to say on this component of the OMC. The criteria identified by the code do not define best practice directly. Best practice works well for problems (like employment) that all member state face at the national level, whereas tax competition is a problem among member state. However, by highlighting the harmful dimension of tax competition, they code shows indirectly what good practice is. The latter does not make sense in EU tax policy, there is no idea of what the ‘best’ fiscal system should be. To determine ‘worst’ practice is therefore the closest EU business tax policy can get to the OMC emphasis on best practice. On balance, the code can be considered an example of the method, although EU tax policy-makers have not mentioned this connection. In a sense, it is an instance of OMC in disguise. [...] The code does not operate in the shadow of a relatively mature body of EU tax legislation. The code operates however in the shadow of other tax policy initiatives, both at the EU and the OECD levels. It cannot be assessed on its own merits. Thus, the future of the OMC in direct tax policy hinges on the progress of more traditional instruments of tax policy and on the effectiveness of the Commission in its fight against fiscal aids. Finally, the results in terms of convergence of policy makers are striking and at the same time limited. Striking, because for the first time in history finance ministers share a common definition of what the main EU tax problem is (that is, harmful tax competition), use the same vocabulary and concepts to make sense of reality, share criteria and norms to peer review their potentially damaging tax regimes, look at tax policy in terms of independence, and take commitments for stand-still and roll-back. Of course, these beliefs and commitments are better grounded in the tax culture of certain countries than in others, as shown by some perplexities in Britain, Luxembourg, and the Netherlands. But all fifteen countries have so far shared the approach and the most important implications of the campaign against harmful tax competition. The Primarolo Group has been platform for socialization and ideational convergence. Convergence remains limited, however. There is more policy results. The governance architecture of EU taxation remains fragile and uncertain in terms of what it can deliver.” Cf. RADAELLI, Claudio M. *The code of condute against Harmful Tax Competition: open method of moordination in sisguise*. San Domenico: European University Institute, 2002, p. 17-20.

diferentes argumentos, dentre os quais: i) a necessidade de promover o desenvolvimento e a redução de desigualdades; ii) a promoção do emprego; iii) a correção de falhas de mercado; iv) a solução de questões que digam respeito à lógica interna dos sistemas fiscais domésticos.

Destaque-se, inicialmente, o caso envolvendo a Espanha na concessão de vantagens (isenções tributárias e subvenções diretas) à Daewoo Electronics Manufacturing Espana AS (Demesa) no final da década de 90. A *Asociación Nacional de Fabricantes de Electrodomésticos de Línea Blanca* instaurou uma reclamação perante a Comissão, que acabou interpretando que aquelas medidas não são incompatíveis por não modificarem o sistema tributário e o tratamento em relação aos concorrentes. Segundo a Comissão (Decisão 1999/718/EC), uma medida fiscal específica que é justificada pela lógica interna do sistema fiscal, como pela progressividade de determinados tributos, não é incompatível com os dispositivos do Tratado⁵⁶⁷.

Outro caso (C-75-97), agora envolvendo a Bélgica, também se revela interessante para o exame deste tema. A Bélgica reduziu as contribuições sociais para certos setores industriais, pretendendo aumentar o emprego e a renda. Com a justificativa de reduzir problemas econômicos, acabou obtendo, da Comissão, a interpretação de que os países-membros remanescem com o poder de determinar os seus sistemas previdenciários. Em outros dizeres, mantêm os países-membros a competência de regular as políticas públicas direcionadas à promoção do emprego⁵⁶⁸.

Por outro lado, manifestações da Comissão são contrárias em numerosos casos envolvendo medidas discriminatórias. E essa linha de sustentação vem sendo adotada a partir de alguns precedentes, como o caso C-88/03, envolvendo Portugal, e o caso C-346/04, que diz respeito à Alemanha.

No primeiro, a Comissão entendeu que medidas de incentivo empregadas por Portugal para a atração de investimentos à área de Azores não foram autorizadas e poderiam distorcer a concorrência. Ou seja, a Comissão estabeleceu a noção de que a legislação comunitária é aplicável não apenas aos países-membros, mas aos seus territórios como um todo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cf. ALDESTAM, Mona. *EC state aids rules applied to taxes*. p. 209-210.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 217.

⁵⁶⁹ Cf. *European Court of Justice Tax Cases 2006: a Review*. Washington: BNA International, 2006, p. 51.

Já no caso da Alemanha, tratava-se de regras de não-dedução de custos de consultoria tributária para não-residentes, havendo a Comissão interpretado que a medida era contrária às liberdades implementadas no Tratado da União Européia (art. 43)⁵⁷⁰.

3.4 MERCOSUL

O bloco denominado Mercosul, Mercado Comum do Sul, não tem logrado o êxito esperado. O efeito integracionista não se sucedeu de forma eficaz, mantendo-se mais do ponto de vista diplomático, do que, propriamente, como uma zona de integração das políticas comerciais e fiscais. E isso se deve, basicamente, à inexistência de reformas nos ordenamentos dos países-membros, sendo necessário alterar-se a estrutura dos mesmos para a figura da união aduaneira, reavaliando-se conceitos estáticos como “o nacionalismo, o protecionismo e a ‘velha’ concepção da soberania dos Estados.”⁵⁷¹

Criado pelo Tratado de Assunção, em 1991, o citado bloco tinha como objetivos: a) a liberação comercial entre os países-membros; b) a coordenação de políticas macroeconômicas; c) a instituição de tarifa externa única; d) a formalização de acordos setoriais; e) a instituição de um sistema de solução de controvérsias e de cláusulas de mecanismos de controle de práticas anti-concorrenciais⁵⁷².

Nesse contexto, reitera-se que a doutrina geralmente coloca três fases de integração: a) a criação de zona de livre comércio, em que há eliminação de aduana e demais

⁵⁷⁰ “Mr Conjin, a Netherlands national residing in the Netherlands, derived income in Germany from industry, trade or business (*Gewerbebetrieb*) from a shareholding in a German limited partnership (*Kommanditgesellschaft*) which he had inherited as a joint heir. This German income accounted for less than 90 percent of this total income. In his 1998 tax return, Mr Conjin deducted from his taxable income the costs which he had incurred in obtaining tax advice, for the purpose of preparing his tax return in Germany, as special expenditure. The German *Finanzamt* refused to allow the deduction of that expenditure on the ground that such deductions are not allowed for non-resident taxpayers. Mr Conjin challenged that refusal before the *Finanzgericht* Hamburg and subsequently before the *Bundesfinanzhof*. The *Bundesfinanzhof* decided to stay proceedings and to refer a prejudicial question to the ECJ. Referring to its *Gerritse* judgement of June 12, 2003 (Case C-234/01), the ECJ decided that the freedom of establishment precludes national legislation which does not allow a person with restricted tax liability to deduct from his taxable income, as special expenditure, the costs incurred by him in obtaining tax advice for the purpose of preparing his tax return, in the same way as a person with unrestricted tax liability.” Cf. *European Court of Justice Tax Cases 2006: a Review*. Washington: BNA International, 2006, p.51.

⁵⁷¹ Cf. COUTO, Jeanlise Velloso. A Tributação no Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia (Coord.). *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 274.

⁵⁷² Cf. MACEDO, Leonardo Correia Lima. *Direito tributário no comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 41.

regulamentações restritivas; b) a formatação de união aduaneira, que, no dizer de Marco Bruno Miranda, “consiste em passo imediatamente posterior à consolidação da zona de livre comércio, porque compreende além da eliminação das barreiras tarifárias na comercialização de produtos no comércio intrazona, a adoção da tarifa externa comum (TEC) no comércio extrazona.”⁵⁷³; c) mercado comum, o verdadeiro avanço da “liberalização dos fatores de produção [...] no território do bloco regional”⁵⁷⁴.

Na prática do Mercosul, entretanto, infere-se que seus objetivos não prosperaram, sendo considerada uma união aduaneira⁵⁷⁵ imperfeita, porquanto inexistente uma política comercial comum para os seus países-membros, inviabilizando, por conseguinte, a esperada livre circulação de bens entre os membros do bloco. Veja-se, pois, que o Mercosul não foi capaz de integrar seus países-membros da forma esperada⁵⁷⁶.

Como lembra Edison Carlos Fernandes, a história do Mercosul acompanha as transformações a partir da segunda metade do século XX:

A partir da formação dos Estados Nacionais, na Idade Moderna, a condução da política internacional – por meio da diplomacia – e da economia internacional – por meio do comércio exterior – foi fundada em uma ‘teoria do conflito’, ou ‘teoria da guerra’. [...]

Os impactos das duas guerras ditas mundiais, que aconteceram num curto espaço de tempo (1914-1945), propiciaram a mudança na condução da política e da economia internacionais, em que foi trocada a ‘teoria do conflito’ pela ‘teoria da integração’ ou ‘teoria da interdependência’. Por conta disso, são assinados acordos plurilaterais marcos, que trazem para a realidade as lições da nova teoria; são exemplos: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (1948); e Declaração Universal dos Direitos do Homem (1950). Por reflexo, ou por maturidade, a América Latina se insere em tais acordos.⁵⁷⁷

O processo global de integração, portanto, em substituição à chamada “teoria do conflito”, influenciou na mudança de discurso dos governos dos países latinos, especialmente

⁵⁷³ Cf. CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *A Constituição Federal de 1988 e a integração regional: o desafio da harmonização tributária*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007, p. 40.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁷⁵ Considera-se, nesse trabalho, união aduaneira a região em que há livre circulação de bens, região esta formada por diferentes países-membros.

⁵⁷⁶ Sobre o tema, FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

⁵⁷⁷ *Id.* *A não-discriminação tributária nos acordos multilaterais do comércio*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 55-56.

no Cone Sul, que acabaram formalizando o tratado inicial. A esse respeito, cumpre observar a edição, pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe), de documentos condenando a falta de integração, o que foi reiterado pela evolução econômica da antes Comunidade Econômica Européia⁵⁷⁸. Assim, tinha-se de um lado o sucesso integracionista europeu, e, de outro, o fracasso econômico dos países do Cone Sul, marcados por problemas de suas estruturas financeiras.

Em 1º. de junho de 1960, entrou em vigor o primeiro Tratado de Montevidéu, “constituindo a Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC”, pautando-se em temas como: “liberação comercial, apoio para compensação de pagamentos; acordos de complementação econômica; e tratamento favorável aos países menos desenvolvidos.”⁵⁷⁹

Depois disso, tomadas várias medidas, foi formalizado novo Tratado entre os países-membros (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), decidindo constituir um Mercado Comum, com data programada para ter início em 31 de dezembro de 1994. Entretanto, as limitações são patentes, em face, principalmente, das exceções da não-discriminação tributária, conforme defende Edison Carlos Fernandes:

[...] 8º. A análise normativa do Mercosul deve ser efetuada à luz do fato de que se trata de um bloco eminentemente intergovernamental (e não supranacional). Daí que todas as normas vinculantes, quais sejam, as Decisões do Conselho do Mercado Comum – CMC, as Resoluções do Grupo do Mercado Comum – GMC e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul – CCM são fruto de discussões entre governos e manifestam a posição consensual dos Estados Partes. [...]

12º. Enfim, como principal conclusão do presente estudo, pode-se apresentar a seguinte definição para a norma da não-discriminação tributária do Mercosul: regra multilateral, condicional, aplicável internamente no bloco regional (para dentro), específica para as questões relacionadas a tributos, por força da qual um Estado Membro deve atribuir aos produtos oriundos de ou com destino para outro Estado Membro o mesmo tratamento fiscal, na sua aceção mais ampla, atribuído a produto similar nacional.

13º. Essa regra, conquanto possa ser aplicada a todas as espécies tributárias, possui, expressamente no ordenamento do Mercosul, três ordens de exceção, a saber: a) as listas de exceção e de adequação; b) a disciplina das áreas aduaneiras especiais (zonas francas); e c) a adoção do regime (princípio) do destino com relação aos impostos indiretos internos.”⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Ibid., p. 57.

⁵⁷⁹ Cf. FERNANDES, Edison Carlos. *A não-discriminação tributária nos acordos multilaterais do comércio*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 55-56.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 142.

Do exposto, nota-se a limitação da tentativa de harmonização tributária no âmbito do Mercosul, em face das exceções admitidas pelos países-membros no tratamento tributário das operações inter-países. Esse tratamento, portanto, acaba sendo desigual nas operações comerciais, o que não ocorre, por exemplo, na União Européia.

3.5 NAFTA

Em 12 de agosto de 1992, foi anunciado que Canadá, México e Estados Unidos celebraram um acordo de livre comércio, denominado de *North American Free Trade Agreement*, conhecido internacionalmente pela sigla NAFTA. Com o objetivo de criar uma zona de livre comércio, sem tarifas e restrições, constituiu, em verdade, o desenvolvimento de numerosas práticas de coordenação fiscal entre os ditos países.

Veja-se que, ainda na década de trinta, Estados Unidos e Canadá concluíram o primeiro tratado envolvendo tributos sobre não-residentes. Também na década de quarenta, outra convenção foi assinada pelos citados países, culminando com vários protocolos e um novo tratado em 1980⁵⁸¹.

Ao contrário da situação de Canadá e Estados Unidos, a inserção do México no processo de coordenação fiscal ocorreu apenas mais recentemente, eis que havia certa restrição de sua parte em aderir a convenções no modelo da OCDE, que, em geral, são entendidas como imposições dos países desenvolvidos em face dos em desenvolvimento⁵⁸².

Com o crescimento das trocas comerciais na América do Norte, envolvendo também o México, foram então, no final da década de oitenta, assinados tratados de troca de informações fiscais entre aquele país, Estados Unidos e, posteriormente, entre aquele país e Canadá.

⁵⁸¹ Cf. COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 50.

⁵⁸² “The OECD Model Treaty was seen as shifting revenues to the treasuries of these developed countries, which are generally capital exporters. In 1943, a subcommittee in the League of Nations (predecessor to the United Nations) came up with the so-called Mexico Draft of a model tax convention to address perceived problems in other tax treaty models. Provisions were inserted to tax income at its source in order to give the Mexicans and similarly situated countries more authority to tax foreign business operations even if they did not maintain a traditional physical presence within their borders.” Cf. COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 51.

Em 1991, México e Canadá acabaram concluindo as negociações de um tratado em matéria de dupla tributação da renda. Diante dessa evolução, foram depois formalizados outros tratados em matéria fiscal, que passaram a regular fatores como residência, lucro empresarial, estabelecimentos permanentes, dividendos, juros, *royalties*, ganhos de capital, reorganizações societárias, previsões anti-abuso (*Anti-Treaty Shopping Provisions*), anti-discriminatórias, e trocas de informações entre as autoridades fiscais⁵⁸³.

Entretanto, um dos problemas do NAFTA é a inexistência, até o momento, um tratado fiscal entre os três países-membros⁵⁸⁴.

No NAFTA, críticas são dirigidas à repartição do mercado com a disciplina de diferentes tratados entre os países, o que acaba contrariando a sua idéia inicial de implementar uma área única de livre comércio. Ademais, com recentes mudanças na legislação tributária norte-americana – *Jobs and Growth Reconciliation Act of 2003*, vários problemas têm sido pontuados em face da redução da tributação (mínima) sobre dividendos, que passou de 38,6% para 15%. Com essa redução tributária, conflitos têm surgido especialmente com o Canadá, país no qual tem sido verificada uma elevada migração de capital e investimentos diante do novo quadro fiscal do país vizinho⁵⁸⁵.

Isso acabou levando o Canadá a mudar também sua legislação, além de impor pressão política para os Estados Unidos incluírem ao regime de tributação de dividendos o incentivo da redução aos recursos repatriados ao seu território (com base na não-discriminação do investimento)⁵⁸⁶.

Diante dessa realidade e da importância indiscutível do investimento internacional para as economias de todos os países-membros do NAFTA, pode-se dizer que naquele bloco também ocorre a concorrência fiscal internacional. Ocorre que, diferentemente do resto do mundo, a predominância da força econômica norte-americana é consideravelmente superior à

⁵⁸³ Cf. COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 52-64.

⁵⁸⁴ Cf. GUSTAFSON, Charles H. Tax treaties in the Américas: the United States experience. In: AMATUCCI, Andrea. *International tax law*. AH Alphen a den Rijn: Kluwer Law International, 2006, p. 201.

⁵⁸⁵ COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 101.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 94 et seq.

dos demais membros, o que acabou levando Canadá e México a adotarem, em numerosas hipóteses, regimes tributários sobre o investimento semelhantes aos dos Estados Unidos⁵⁸⁷.

Afirma-se, então, que todas as reformas tributárias naquele bloco consideram especialmente os fatores presentes na legislação norte-americana, cujas políticas econômicas podem afetar ou auxiliar os sistemas econômicos vizinhos.

Esse processo, em verdade, tem passado a ditar até mesmo a forma de condução das políticas econômicas norte-americanas. Com efeito, como afirma Arthur J. Cockfield,

Despite its traditional 'go it alone' approach, U. S. tax policy is probably becoming more constrained by global concerns. Policy commentators and government officials within the United States increasingly focus on the competitiveness of the U. S. tax regime vis-à-vis its main trade partners. For example, the view that the United States is one of the few industrialized countries with a classical system of corporate taxation influenced to a certain extent reform efforts in 2003 to reduce capital dividend taxation for individual shareholders.⁵⁸⁸

Como a concorrência fiscal em relação aos Estados Unidos pode gerar retaliações, além das distorções fiscais próprias da concessão injustificada de incentivos tributários, tem havido uma comparação entre o NAFTA e a União Européia, a qual possui a Comissão para controlar e auxiliar a integração das políticas econômico-tributárias.

O NAFTA, entretanto, não contém instrumentos próprios de controle das políticas tributárias internas, ficando a sua regulação sob os domínios dos tratados bilaterais existentes.

3.6 BREVE COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES DE CONTROLE E AS FIGURAS EXAMINADAS

Quais são, de qualquer sorte, as similitudes e as distinções entre as diferentes figuras para efeitos de controle no âmbito dos organismos internacionais (*State Aid*, subsídios e auxílios fiscais)?

⁵⁸⁷ Ibid., p. 164-166.

⁵⁸⁸ COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 166.

Em estudo dedicado ao problema sob análise, menciona Lubica Adame que o instituto do *State Aid* (auxílio de Estado), aplicado na União Européia, assenta-se em cinco condições: i) o auxílio deve ser concedido por um Estado ou com recursos estatais; ii) o auxílio deve conter uma vantagem ao destinatário; iii) a vantagem deve favorecer setores ou atividades econômicas (seletividade); iv) o auxílio deve afetar o comércio no mercado comunitário; e v) a vantagem deve distorcer a concorrência⁵⁸⁹.

Os subsídios, ao seu turno, são entendidos no mesmo trabalho através da definição do art. 1º. do ASMC da OMC, que aponta as seguintes características: i) tratar-se de uma contribuição financeira; ii) a ser fornecida por um governo ou agências do governo; iii) que confere um benefício ao destinatário⁵⁹⁰. São exemplos de subsídios as transferências diretas de fundos, empréstimos bonificados, fornecimento de bens e serviços além dos que compõem a infra-estrutura comum, pagamentos em nome do destinatário e participações acionárias⁵⁹¹. E da mesma forma que os *State Aids*, vincula-se a proibição dos subsídios à noção de não-discriminação, pois os subsídios seletivos é que acabam distorcendo a livre concorrência de forma danosa (*selectivity*).

São similares o *State Aid* e os subsídios em termos de: i) serem ambos fornecidos pelos governos; ii) através de diferentes formas jurídicas; iii) conferindo uma vantagem ao beneficiário; iv) sendo controlados ambos pela noção de seletividade; v) criando efeitos nos demais países; vi) aplicando-se, ambos, aos tributos⁵⁹².

As diferenças, ao seu turno, são indicadas a partir: i) da conceito de proibição, que varia; ii) a não-inclusão dos serviços no âmbito das vedações de subsídios (afinal, é dirigida a vedação pelo *GATT* e não pelo *GATS*, apesar de alguns autores, como visto anteriormente, entenderem de forma diferente); iii) o que a literatura denomina de *Market Investor Principle*, já que sob o instituto de auxílios de Estado o governo pode atuar tanto como mero regulador como na forma de um investidor privado, princípio que não foi implementado pela OMC; iv)

⁵⁸⁹ Cf. Adame, Lubica. *State Aid rules vs. subsidies and countervailing measures*. In: *International Tax Competition*. p. 360.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 365.

⁵⁹¹ Cf. BOSSCHE, Van den. *The law and policy of the world trade organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 555.

⁵⁹² Cf. ADAME, Lubica. *State Aid rules vs. subsidies and countervailing measures*. In: *International Tax Competition*. p. 369-371.

a previsão na União Européia de certos incentivos à pesquisa, para a correção das desigualdades do desenvolvimento de regiões, enquanto que a OMC não faz tal distinção⁵⁹³.

Nos Estados Unidos, como adiantado, há uma grande preocupação com os subsídios atribuídos a vários setores econômicos, que acabam distorcendo a livre concorrência internacional e que podem afetar as finanças públicas. Deve-se, a propósito, questionar por que muitos dos Estados daquele país preferem conceder subsídios diretos ao invés de créditos tributários ou incentivos fiscais. E a resposta, como se infere do exame da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, reside na diferenciação entre tais institutos em face da *Commerce Clause*, que visa a proteger a liberdade das atividades econômicas, inclusive quanto às trocas comerciais interestaduais.

Como registra Hellerstein, a jurisprudência daquela Corte entende que os incentivos fiscais não podem distorcer a concorrência, como, por exemplo, na atração de investimentos ou na busca de novas tecnologias⁵⁹⁴. Mas parece ficar fora dessa regra a concessão direta de subvenções/subsídios, já que, conforme a jurisprudência constitucional norte-americana, “While ‘direct subsidization of domestic industry does not ordinarily run afoul of that prohibition; discriminatory taxation of out-of-state manufacturers does.’”⁵⁹⁵ Como registra o autor:

The Court’s explanation for this Commerce Clause dichotomy between state taxes favoring local interests and state spending favoring local interests lies in the principle to which I have already alluded above, namely, that ‘the Commerce Clause does not prohibit all state action designed to give its residents an advantage in the marketplace, but only action of that description *in connection with the State’s regulation of interstate commerce*.

Whatever difficulties this distinction may engender, the Court has drawn an explicit line between the constitutionality of domestic preference legislation, depending on whether the preference taxes the form of the exercise of the state’s regulatory or taxing power, on the one hand, or its spending power, on the other. [...] Notwithstanding the general principle that state subsidies favoring local enterprises ordinarily violate no rule of American constitutional or statutory law, there is at least one circumstance in which subsidies may offend Commerce Clause strictures, namely, when the subsidy is linked with a tax. [...]

⁵⁹³ Ibid., p. 373.

⁵⁹⁴ Cf. HELLERSTEIN, Walter. The US supreme court’s state tax jurisprudence: a template for comparison. In: AVI-YONAH, Reuven S.; HINES, James R.; LANG, Michael. *Comparative fiscal federalism: comparing the European court of justice and the US Supreme Court’s Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, p. 84-89.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 89.

Whether or not the Court's distinction between taxes and subsidies is legally or economically sound – and there has been considerable amount of scholarly debate over this issue – courts have had to struggle with the question whether a state subsidy is constitutional. In so doing, they have had to balance the general principle that subsidies are constitutional against the rule of *West Lynn Creamery* that subsidies linked with taxes may be suspect.⁵⁹⁶

Interpreta-se, aqui, que a jurisprudência daquele país entende contrária a concessão de subsídios quando vinculados a tributos, já que estes são mais difíceis de mensurar, controlar e fiscalizar. Em outras palavras, os mecanismos tributários podem ser menos transparentes para o exame da distorção do mercado e da livre concorrência.

Apresenta-se importante, a esse respeito, a análise do caso envolvendo a outorga de incentivos fiscais pelo Estado de Ohio para o desenvolvimento de um novo combustível, integrado por etanol e gasolina, e, por isso, denominado “*Gasohol*”⁵⁹⁷.

Trata-se do caso *New Energy Co. v. Limbach* (486 US 269 – 1988), em que a Suprema Corte norte-americana entendeu os incentivos inconstitucionais por serem incompatíveis com a regra da não-discriminação presente no *Commerce Clause*.

Os incentivos, por atraírem investimentos para a elaboração do novo combustível dentro do Estado de Ohio, ofendiam a liberdade econômica própria do *Commerce Clause*. Em outros termos, de acordo com a jurisprudência norte-americana, para que um incentivo fiscal viole a *Commerce Clause*, é necessária a presença de duas características: i) a medida deve favorecer as atividades dentro de um Estado, ou, nas palavras de Hellerstein, “the provision must favor in-state over out-of-state activities”; ii) a medida deve implicar o poder coercitivo do Estado⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Cf. HELLERSTEIN, Walter. The US supreme court's state tax jurisprudence: a template for comparison In: AVI-YONAH, Reuven S.; HINES, James R.; LANG, Michael. *Comparative fiscal federalism: comparing the European court of justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, p. 99-101.

⁵⁹⁷ Cf. HELLERSTEIN, Walter. The US supreme court's state tax jurisprudence: a template for comparison In: AVI-YONAH, Reuven S.; HINES, James R.; LANG, Michael. *Comparative fiscal federalism: comparing the European court of justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, p. 89. Segundo o autor, outros casos são considerados fundamentais na aplicação da liberdade econômica e da não-discriminação das práticas tributárias, dentre os quais o *Boston Stock Exchange v. State Tax Commission*, que tratava de um incentivo para atrair investidores e beneficiar a bolsa de Nova York; o caso de uma isenção de impostos por parte do Hawai, para atrair indústrias de bebidas; e os incentivos fiscais às exportações outorgados por parte do Estado de Nova York. *Ibid.*, p. 86-88.

⁵⁹⁸ Cf. HELLERSTEIN, Walter. The US supreme court's state tax jurisprudence: a template for comparison In: AVI-YONAH, Reuven S.; HINES, James R.; LANG, Michael. *Comparative fiscal federalism: comparing the*

3.7 AS ESPÉCIES DE CONTRAMEDIDAS (MEDIDAS DE DEFESA) PARA COMBATER A CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL - MECANISMOS UNILATERAIS, BILATERAIS E MULTILATERAIS

A concessão de auxílios fiscais que distorcem a alocação de recursos e prejudicam a concorrência, reduzindo as receitas tributárias dos demais países, acaba viabilizando a utilização, por parte desses países, de mecanismos para controlar os efeitos daquela.

Esses mecanismos são rotulados na doutrina de contramedidas, tradução do termo inglês *countermeasures*, e são geralmente adotadas para evitar maiores danos à economia e às finanças de alguns países, que, evidentemente, não podem, como adverte Ben Kiekebeld, “wait and see”, sob pena de assumirem um evelado risco de erodirem as suas bases tributárias⁵⁹⁹.

Em regra, essas contramedidas têm, no mais das vezes, natureza anti-abusiva, visando-se ao combate da elisão e da evasão fiscais, sendo concretizadas através do isolamento dos países que oferecem regimes fiscais preferenciais e/ou subvenções, restringindo-se os benefícios dessas vantagens no plano doméstico.

Como adiantado, a OCDE⁶⁰⁰ estabeleceu algumas medidas para o combate à concorrência fiscal prejudicial. No plano unilateral, menciona-se as seguintes: i) a adoção do regime *Controlled Foreign Companies*; ii) a introdução do *Foreign Investment Fund*; iii) a exclusão de créditos tributários resultantes da tributação em países que praticam os regimes fiscais “listados”; iv) a cooperação para troca de informações financeiras; v) a adoção de princípios comuns em termos de preços de transferência; e vi) a supressão dos sigilos bancários.

No plano bilateral, a OCDE⁶⁰¹ recomenda os seguintes métodos de controle: i) cooperação na troca de informações entre países; ii) limitação de benefícios dos tratados fiscais internacionais para contribuintes não-residentes ou com a fonte de recursos beneficiada

European court of justice and the US Supreme Court’s Tax Jurisprudence. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, p. 93.

⁵⁹⁹ Cf. KIEKEBELD, Ben J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 91.

⁶⁰⁰ Ver REPORT on Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices. Paris: OECD, 2000.

⁶⁰¹ V. Report on Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices. Paris: OECD, 2000.

por regimes preferenciais danosos; iii) declaração de previsões de medidas aplicáveis contra o abuso de contribuintes no plano dos tratados; iv) exclusão de créditos que seriam auferidos por contribuintes que obtenham vantagens fiscais dos países responsáveis pela *harmful tax competition*; v) denúncia de tratados com paraísos fiscais; vi) desenvolvimento de assistência mútua em respeito à recuperação dos prejuízos causados pela concorrência entre países; e vii) adoção de medidas apropriadas nos tratados para evitar a prática da concorrência fiscal.

Chama a atenção a tentativa da OCDE de fazer incluir, nos tratados fiscais, algumas dessas medidas bilaterais, com o objetivo de reduzir crescentemente essas “práticas prejudiciais” à concorrência⁶⁰².

Os países, em geral, têm adotado algumas das medidas sugeridas pela OCDE, mesmo os não-membros, como é o caso, exemplificadamente, do Brasil, que possui legislação *CFC*, de *transfer pricing*, e que tem implementado outras medidas como a instituição de normas anti-elisivas e formalizado tratados de cooperação contra a evasão fiscal.

No que se refere aos membros da OCDE, destacam-se as legislações da Alemanha, Reino Unido, França e Holanda, que permitem o emprego de medidas unilaterais contra práticas lesivas às suas Fazendas⁶⁰³.

Ademais, é assente na doutrina que o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, instituído na União Européia, não implantou mecanismos aptos a controlar a concorrência fiscal internacional, como pretendeu fazer o Tratado da União Européia. A única

⁶⁰² Cf. KIEKEBELD, Ben J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 97. Segundo o autor, a efetividade das medidas bilaterais é controversa, em função da necessidade de negociação entre os países, que podem acabar não adotando-as para proteger suas economias domésticas. *Ibid.*, p. 98.

⁶⁰³ Aduz KIEKEBELD, Ben J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004 que a legislação da Alemanha adotou no art. 42 *Abgabeordnung*, a previsão de que, no evento de evasão fiscal, resultante do uso de estruturas legais, podem as autoridades fiscais desconsiderar o negócio para definir a materialidade da transação e, assim, garantir a tributação. No Reino Unido, os arts. 747-756 do chamado *Income and Corporation Taxes Act* incluíram o regime *CFC*. Na França, por sua vez, o sistema vigente permite a dedução de lucros gerados por empresas subsidiárias estrangeiras para a apuração dos tributos das empresas estabelecidas em seu território, evitando, com isso, que essas migrem para outros países. E a Holanda, através do *Corporation Tax Act*, define a impossibilidade de dedução de juros e outros pagamentos relativos ao produto de empresas que obtenham vantagens dos regimes preferenciais e/ou auxílios de Estado prejudiciais à concorrência. *Ibid.*, p. 101-102.

exceção do citado Código de Conduta se refere à exclusão de créditos oriundos de isenções e de regimes preferenciais de origem de um regime tributário prejudicial à concorrência.

3.8 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (A QUESTÃO DA DUPLA OU MÚLTIPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA COMO FENÔMENO PREJUDICIAL E O PROBLEMA DA ELISÃO E EVASÃO FISCAIS INTERNACIONAIS)

A celebração de tratados bilaterais e/ou multilaterais é também resultado do fortalecimento da globalização econômica⁶⁰⁴, visando tais instrumentos à própria integração econômica entre países e ao combate à elisão e evasão fiscais⁶⁰⁵.

Tal qual mencionado por Altman, os principais objetivos dos tratados fiscais são: i) em matéria de bem-estar, aumento da prosperidade das nações, aumento da produção mundial, remoção de barreiras ao comércio internacional, prevenção da dupla tributação da renda e a discriminação fiscal, bem como a excessiva tributação na fonte, além de garantir segurança aos contribuintes e aos administradores fiscais; ii) no que se refere aos aspectos fiscais em si, preservação das bases tributárias com menores distorções econômicas, prevenção da evasão fiscal e a troca de informações entre países; iii) quanto às relações internacionais, fala-se em desenvolvimento das relações inter-governamentais, criação de um sistema multilateral com o uso de tratados bilaterais e a atração de investimentos internacionais⁶⁰⁶.

Outros objetivos são também citados na doutrina, destacando-se: i) a maximização da riqueza dos países; ii) a aplicação da igualdade da tributação, inclusive como princípio resultante da justiça fiscal; e iii) o estabelecimento de eficiência econômica, desenvolvendo-se

⁶⁰⁴ Cf. VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OEC-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital*:with particular reference to german treaty practice. 30. ed. London: Kluwer Law International, 1997, p. 11, et seq.; SCHLATZER, Iris. *The WTO and other non-tax treaties: aspects of taxation*, p. 105; TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 424. et seq.

⁶⁰⁵ “Com a globalização, as grandes empresas contemporâneas, que são, na verdade, internacionais e globais, têm – pelo planejamento tributário ou pela economia do imposto, pela elisão, licitamente, ou pela evasão – maiores oportunidades de reduzir a sua carga tributária. [...] Os sistemas interagem, há uma contínua interação. [...] Todos buscam a otimização, do ponto de vista da economia. Este, portanto, é o sentido dinâmico da concorrência tributária.” DERZI, Mizabel Abreu Machado. A concorrência tributária do ponto de vista da neutralidade econômica, da equidade entre os contribuintes, e da eficácia dos serviços públicos. A guerra fiscal e os princípios constitucionais tributários. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15.

⁶⁰⁶ Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. Thesis (Doctor of Juridical Science) - Cambridge: Harvard University, 2005, p. 171.

a competitividade de uma economia doméstica do país através de medidas fiscais que auxiliem na alocação de investimentos⁶⁰⁷.

Destarte, a prevenção da dupla ou múltipla tributação da renda⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹ é reiteradamente um dos motivos dos tratados internacionais em matéria fiscal. E esses conflitos podem surgir em face da disputa pelos recursos tributários, impondo-se dupla ou múltipla tributação sobre uma mesma base econômica, ou quando os agentes econômicos se utilizam de estruturas empresariais e financeiras para a elisão e/ou a evasão de impostos incidentes sobre a renda internacional. Enquanto a elisão significa o planejamento tributário dentro da legalidade, com a utilização de mecanismos para diminuir a carga tributária das operações internacionais, a evasão é considerada a sonegação tributária. Compreende-se que tanto uma quanto a outra acabam diminuindo as receitas fiscais dos países, daí porque têm merecido um maior controle internacional, através da cooperação intergovernamental.

Como pontifica José Souto Maior Borges,

O efeito típico dos tratados – no direito internacional ou no direito comunitário – para evitar o concurso interestatal de pretensões tributárias sobre uma única empresa ou pessoa física, residentes estrangeiros ou cidadãos nacionais, caracteriza-se como decorrente da instituição, pelo ato convencional, de uma *competência tributária exclusiva* – critério da fonte ou excludente da residência – ao isentar a situação objetiva nele contemplada. Em decorrência do tratado, apenas um dos Estados – o da fonte produtora do rendimento ou excludentemente o da residência da pessoa – poderá alcançar, tributando-a, essa situação objetiva, com exclusão do outro. Este outro Estado suportará os efeitos de uma desagregação tributária que, pelo seu regime jurídico, deve ser equiparada à isenção.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007, p. 4.

⁶⁰⁸ A expressão “dupla tributação da renda” é corrente em todo o mundo, apesar de receber críticas como a de TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p 189, que afirma: “O rigoroso cuidado com a terminologia não é exigência gramatical ou de estilo, mas uma preocupação fundamental para construir qualquer ciência, independentemente daquilo que seja mantido pela *praxis* ou pelo uso doutrinário. Exemplo claro é visto no uso da expressão ‘dupla tributação internacional’, universalmente admitida, mas ditada nos dias atuais por mera comodidade. Sem dúvidas, a correção terminológica impõe-se e requer o uso do termo pluri ou múltipla tributação internacional das rendas, por compreender no seu bojo tanto a dupla tributação quanto a ‘tripla’, a ‘penta’ a ‘hexa’ tributação etc. A pluritributação internacional vê-se, assim, denotada exclusivamente no *concurso de normas tributárias individuais e concretas*, projetado a partir de atos de aplicação do direito, autônoma e internamente a cada um, com todos os elementos de identificação de uma mesma fatispécie manifestante de capacidade contributiva, pela semelhança das materialidades, definidas segundo os critérios típicos adotados por cada um dos ordenamentos envolvidos.”

⁶⁰⁹ Cf. UCKMAR, Victor. *Los Tratados internacionales en materia tributaria. Curso de Derecho Tributario Internacional*. Bogotá: Temis, 2003, p. 86.

⁶¹⁰ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 473.

Surgem, então, os tratados como mecanismos de prevenção da elisão e da evasão fiscal internacional e das disputas fiscais entre países⁶¹¹, para evitar que o contribuinte seja tributado duas ou mais vezes quanto ao mesmo objeto econômico, o que desestimula o investimento, a integração e o desenvolvimento das nações. Os tratados acabam constituindo elementos de integração e cooperação das políticas dos países, com reflexos para todos os continentes⁶¹².

Pondere-se, por oportuno, que a dupla ou múltipla tributação da renda é entendida como fenômeno prejudicial ao movimento do capital, pessoas e serviços, em razão de desestimular os negócios internacionais e causar a adoção, pelos contribuintes, de mecanismos elisivos e evasivos.

Com efeito, essa preocupação, apesar de antiga, tem aumentado com a crescente importância econômica dos negócios internacionais⁶¹³. A constatação dos efeitos nocivos da dupla tributação é simples com a análise de exemplo dado por Kevin Holmes⁶¹⁴: na hipótese de uma empresa X, residente no Reino Unido (RESIDÊNCIA), exercer atividades na

⁶¹¹ “A busca de alocação de investimentos em países com tributação favorecida deflagrou dois problemas para as nações desenvolvidas: conter as manobras evasivas dos contribuintes e tentar contornar a ‘concorrência fiscal prejudicial’ praticada pelos países com tributação favorecida, gerando distorções não somente nos orçamentos estatais como também na própria concorrência das empresas.” Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 766 et seq.

⁶¹² “Under the Charter of the United Nations Article 102 every treaty and every international agreement entered into by a Member of the United Nations after the coming into of the Charter must be registered with the Secretariat and published by it. The General Assembly, by Resolution 97 (I) of 14 December 1946, adopted Regulations to give effect to Article 102 of the Charter. These Regulations were amended on 19 December 1978 (‘The Regulations’) and most recently by the General Assembly Resolution A/RES/52/153 of 15 December 1997.” Cf. SHELTON, Ned. *Interpretation and application of tax treaties*. London: LexisNexis, 2004, p. 223.

⁶¹³ “The phenomenon of double taxation has only assumed growing importance with increased movement of persons, capital, goods and services and increased levels of taxation regulated by systems with complex principles. Clearly the problem of double taxation was not as accurate initially as it has become over the years. However, ‘the problem of double taxation is an extremely old one, as old as the oldest of taxes. In the 5th Century BC a colony was founded in Naupakta, in Western Locrida, by inhabitants of Oponte and other cities in Eastern Locrida. The inhabitants who founded this colony were taxed there and were exempt from taxation in their homeland. In Rome Savigny mentions that double taxation was solved by exemption. However, concern was more frequent and more wide-spread when dealing with the problem in the Middle Ages. The existence of taxes in French and Italian cities led to double taxation being dealt with. The glossarists and canonists were concerned with the problem, as were theologians, the latter from the point of view of justice and ethics. [...] In the last quarter of the 19th Century the phenomenon continued to be the object of attention both relative to federal States and within the British Commonwealth as well as in relation between independent States. Recognition of the right to tax a number of entities within Federal States raised the problem of double taxation, though these problems were not always resolved in the same way. Some cases were resolved through legislation (Germany and the United Kingdom), while in others jurisprudence was particularly important (Switzerland, through its Federal Court). Finally, among actions involving relations between States, unilateral as well as bilateral or multilateral measures must be mentioned.” Cf. PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. p. 93-94.

⁶¹⁴ Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 24.

Venezuela (FONTE), submeter-se-á a uma tributação sobre a renda em ambos os países no caso de inexistir tratado em matéria fiscal. No primeiro país, a tributação será de 30%; no segundo, de 34%. Ao final, a tributação efetiva corresponderá a 64%, ou seja, será superior ao rendimento líquido do sujeito econômico. Fosse a tributação em ambos os países de 50%, o impacto fiscal superaria os 100%, não tendo o contribuinte recursos suficientes para arcar com tais obrigações (= falta de capacidade contributiva).

Em geral, classifica-se a dupla tributação em jurídica e econômica.

A primeira consiste na dupla incidência tributária por diferentes Estados, reportando-se ambas ao mesmo contribuinte e ao mesmo objeto e período. Trata-se, em outros termos, do resultado da tributação simultânea de dois ou mais países de uma mesma base econômica tanto na fonte quanto na residência⁶¹⁵.

Como ensina Klaus Vogel,

International juridical double taxation, mainly arises today because the majority of States, in addition to levying taxes on domestic assets and domestic economic transactions, levy taxes on capital situated and transactions carried out in other countries to the extent that they can benefit resident taxpayers.⁶¹⁶

Já a expressão dupla ou múltipla tributação econômica da renda, tal qual mencionado por Klaus Vogel⁶¹⁷, é utilizada para descrever a situação na qual a mesma transação econômica é tributada por dois ou mais Estados no mesmo período, mas nas mãos de diferentes contribuintes⁶¹⁸. Ou seja, segundo o professor de Munique, “Economic double taxation will occur if assets are attributed to different persons by the domestic law of the States involved, as, for example, when the tax law of one State attributes the item of capital to the person in possession of economic control.”⁶¹⁹

⁶¹⁵ Cf. WEEGHEL, Stef Van. *The improper use of tax treaties*. London: Kluwer Law International, 1998. p. 9.

⁶¹⁶ Cf. VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel. On double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital- with particular reference to german treaty practice*. 30 ed. London: Kluwer Law International, 1997. p. 9.

⁶¹⁷ VOGEL, loc.cit.

⁶¹⁸ No mesmo diapasão, v., dentre outros, HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 37.

⁶¹⁹ Cf. VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel. On double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital- with particular reference to german treaty practice*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 9.

Do mesmo modo, manifesta-se Gerd W. Rothman, da Universidade de São Paulo, para quem a dupla tributação da renda em termos econômicos “ocorre quando o mesmo objeto é tributado em relação a vários sujeitos passivos, p. ex., na bitributação do lucro da empresa pelo imposto de renda da pessoa jurídica e pelo imposto de renda da pessoa física, no caso de sua distribuição.”⁶²⁰

Muitos países, a fim de evitar as distorções da dupla ou múltipla tributação da renda, em termos econômicos, ou até mesmo a migração de investimentos para o exterior, concedem a isenção ou a não-incidência do imposto sobre a renda da pessoa física quando resultado de distribuição da renda e/ou lucro já onerado na pessoa jurídica. É, vale dizer, o caso do Brasil, cuja legislação federal implementou essa modalidade para evitar os efeitos nocivos daquele fenômeno.

Surgem, então, interesses divergentes entre países. Alguns pretendem impor a tributação sobre a renda tendo em vista o elemento FONTE. Outros, levando em conta o aspecto RESIDÊNCIA. Daí os conflitos internacionais em matéria tributária serem classificados, correntemente, em FONTE – FONTE, FONTE – RESIDÊNCIA, e RESIDÊNCIA – RESIDÊNCIA⁶²¹⁻⁶²², porquanto, na prática, o que se vê é a disputa por recursos públicos. Enquanto um país sustenta que a renda foi auferida em face da FONTE, outro impõe tributação sobre a renda com base na RESIDÊNCIA, e assim os conflitos vão surgindo.

O conflito FONTE – FONTE ocorre quando dois ou mais países disputam a FONTE, ou seja, o território no qual foi auferida a renda. Conseqüentemente, o contribuinte acaba sendo submetido a diferentes “jurisdições fiscais” sobre uma mesma base econômica. Já o conflito RESIDÊNCIA – RESIDÊNCIA existe quando dois ou mais países pretendem impor tributação considerando que o contribuinte reside em seu território, sendo comum quando este se configure como *dual resident*. E, finalmente, a disputa FONTE – RESIDÊNCIA, a mais

⁶²⁰ Cf. ROTHMAN, Gerd W. *Bitributação internacional*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 450. Com posição crítica a essa classificação em dupla tributação jurídica e econômica, ver TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional e as medidas unilaterais de controle*. p. 190. et seq.

⁶²¹ Cf., nesse sentido, HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 23-24.

⁶²² Há também outras classificações, como se observa do estudo de Weeghel, que se refere a conflitos com base em: i) residência e nacionalidade; ii) residência e fonte; e iii) nacionalidade e fonte. Cf. WEEGHEL, Stef van. *The improper use of tax treaties*. London: Kluwer Law International, 1998. p. 13.

comum de todas, verificar-se-á quando diferentes países pretendam tributar a renda com base nos diferentes critérios de conexão.

O fato é que medidas intentadas por parte de agentes econômicos internacionais acabaram modificando as políticas econômico-tributárias de numerosos países, falando-se, por isso, num processo de planificação fiscal internacional, com seqüelas para todo o mundo. Como demonstra Pietro Adonnino,

Si, por um lado, los mencionados objetivos son los fines que se proponen las empresas, por el outro lado aparece el interes de la Administración Fiscal en que sea tutelada a *integridad* de los ordenamientos y sean respetados, al mismo tiempo, algunos principios fundamentales de la imposición sobre las actividades transnacionales, tales como los principios de *no discriminación*, de *neutralidad*, de la necesidad de evitar la *doble imposición*, haciéndolos compatibles con las previsiones normativas especiales tendentes a incentivar las inversiones extranjeras. Se trata de principios que adquieren importancia para la correcta relación entre los Estados, en función del desarrollo equilibrado de las economías y al mantenimiento del orden internacional.⁶²³

Por outro lado, no mundo globalizado, marcado pela mobilidade do capital e das atividades econômicas, os sistemas tributários que visam a atrair e manter investimentos não podem ser muito diferentes uns dos outros em termos de carga tributária⁶²⁴. Caso sejam extremamente distintos em termos de carga tributária, especialmente sobre o capital, os países se sujeitarão à migração de recursos para o exterior, prejudicando suas receitas financeiras e suas respectivas economias.

Ademais, fala-se em neutralidade da importação e da exportação do capital, que, como corolário da igualdade, impõe o tratamento não-discriminatório para evitar distorções nos

⁶²³ Cf. ADONNINO, Pietro. La planificación fiscal internacional. In: *Curso de derecho tributario internacional*, p. 51.

⁶²⁴ São do autor as seguintes ponderações: "In our 'globalized' world, where capital flows between most countries, a sensible government would not want to impose significantly harsher international tax policies on investors into its country than those implemented by other countries, which results in outflow (or minimal or no inflow) of resources from (into) the country. Furthermore, where a country's international tax policies are not compatible with those of other countries, arbitrage opportunities are created by whereby tax planners can arrange international transactions to take advantage of the asymmetric international tax regimes to the detriment of the tax base of (at least) one of the countries through which the transactions take place. [...] So, in reality, in setting its international tax policies a country must take account of the policies adopted by other countries, particularly its major trading partners and (especially if it is a capital importing country) the countries that compete for the capital investment that it seeks. Therefore, the objectives of international tax policy may well conflict, in which case a government must decide which objectives are to prevail in the light of the broader social and economic aims that it is trying to achieve for the citizens of its country."

Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 5-6. Em análogo diapasão, v. ADONNINO, Pietro. *La planificación fiscal internacional*, p. 55-57.

sistemas econômicos. Como ensina o professor Klaus Vogel, a partir da doutrina econômica, relaciona-se a neutralidade com a eficiência da alocação internacional de recursos e de outros fatores de produção⁶²⁵.

As decisões econômicas, pois, também passam pela formação dos tratados, que visam a evitar distorções e desequilíbrios concorrenciais e financeiros. Como registra Altman, é comum a preocupação dos contribuintes com a segurança de suas atividades, incluindo as obrigações tributárias, evitando, sempre que possível, disputas internacionais. Com efeito, os interesses dos contribuintes e dos Estados nem sempre coincidem⁶²⁶.

Como registra Holmes, a neutralidade da importação de capital (*capital import neutrality*) representa o tratamento igual dos investimentos no país independentemente se eles são realizados por residentes ou não-residentes, isto é, “capital import neutrality is designed to achieve neutrality between the way that income derived from imported capital from foreign investors is taxed and the way that income derived from capital invested by local investors is taxed. Clearly, capital import neutrality does not occur where a country imposes different tax rates on domestic sourced income depending on whether the taxpayer is a local or foreign investor.”⁶²⁷

⁶²⁵ Cf. VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel. On double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital- with particular reference to german treaty practice*. 30 ed. London: Kluwer Law International, 1997. p. 14.

⁶²⁶ “Obviously, taxpayers and governments do not share all the above objectives. Governments prefer a dispute resolution procedure that allows them to maintain control over tax policy and tax legislation with limited influence from abroad. Taxpayers, on the other hand, would prefer a system which limits the ability of governments to change their rights *ex post*. Thus, they could prefer a system that secures compliance, maintains stability, predictability, and lower risks and transaction costs. Moreover, taxpayers and governments do not share similar objectives as to international relations. Governments are interested in maintaining good diplomatic relations with other countries, while taxpayers, on the other hand, are naturally more interested in resolving their own short-term tax issues. [...] Taxpayers would therefore like to get diplomatic protection from their own governments when dealing with foreign tax administrations, while their governments would like a procedure that allows it to dissociate itself from the dispute as long as it does not affect its own tax collection, thus avoiding the need to waste political capital in the dispute.” Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. Thesis (Doctor of Juridical Science). Cambridge: Harvard University, 2005. p. 210.

⁶²⁷ Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 6. Um dos sistemas criticados por violar essa noção de neutralidade na importação de capital financeiro foi durante anos o da China, que oferecia vantagens fiscais apenas aos não-residentes, não as admitindo para os residentes. Com o tratamento desigual, que gerou distorções na concorrência, tanto doméstica como internacional, muitos dos agentes econômicos chineses passaram a constituir empresas fora do país, aproveitando os regimes preferenciais em detrimento dos demais concorrentes (abuso de forma). *Ibid.*, p. 7.

Já a neutralidade da exportação de capital (*capital export neutrality*) corresponde à mesma tributação de um país sobre a renda dos investidores locais e estrangeiros, considerando exclusivamente os fatores do investimento e não levando em conta a residência.

Da mesma forma que a neutralidade geral, aqui se pretende evitar distorções nos sistemas econômicos, ou seja, evitar que a tributação constitua obstáculo para a livre circulação de riquezas⁶²⁸. Ela objetiva facilitar a alocação de recursos globalmente com menores custos e reduzida burocracia. Em outros dizeres, a planificação fiscal internacional parece realmente, como sustenta Pietro Adonnino, no complexo de iniciativas das empresas que exercem atividades internacionalmente⁶²⁹.

Denota-se que, da mesma forma que os incentivos tributários podem distorcer a livre concorrência, tal fenômeno interfere na decisão dos agentes econômicos, gerando conseqüências financeiras e econômicas tais quais: i) a possível diminuição das receitas públicas dos países; ii) o desequilíbrio concorrencial quando determinados agentes se utilizam de manobras para elidir ou evadir os fiscos; iii) violação das próprias noções de justiça fiscal, porquanto podem ocorrer infrações ao princípio da capacidade econômica do contribuinte; iv) a redução dos investimentos internacionais, o que acaba afetando relações econômicas, financeiras e culturais entre Estados⁶³⁰.

Diante dessa problemática realidade, os países tendem a implementar métodos para evitar e/ou mitigar o fenômeno sob exame, que, apesar de distorcer os sistemas econômicos, a alocação de riquezas e a arrecadação dos países, acaba não constituindo ilícito ou medida ilegítima por parte dos Estados⁶³¹, exceto se assim determinar a legislação interna de cada Estado e/ou as convenções internacionais. Como afirma Vogel, nem mesmo os costumes internacionais proíbem a dupla tributação, ocorrendo a vedação apenas quanto à imposição de

⁶²⁸ Ibid., p. 11.

⁶²⁹ Cf. ADONNINO, Pietro. *La planificación fiscal internacional*. In: *Curso de derecho tributario internacional*, p. 51.

⁶³⁰ Cf. PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. p. 86-89.

⁶³¹ A esse respeito, v. HOORN Jr, Van. Methods and instruments for study. In: *Curso de derecho tributario internacional*, p. 605; TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional e as medidas unilaterais de controle*, p. 195.

atos de um Estado em territórios de outros, em face do princípio por ele denominado de territorialidade formal⁶³².

Entretanto, diante dos possíveis problemas da dupla (ou múltipla) tributação da renda e do capital, surgiu alguns métodos para a sua prevenção. Esses métodos, inicialmente, foram adotados unilateralmente e consistiam nos seguintes mecanismos: i) o método da isenção (*exemption method*); ii) o método do crédito tributário (*tax credit method*); e iii) o método da dedução (*deduction method*).⁶³³

No primeiro, os residentes são tributados apenas quanto à renda doméstica, instituindo-se uma isenção da renda auferida internacionalmente, eliminando-se, assim, o conflito FONTE - RESIDÊNCIA; no segundo, o país de residência impõe tributação sobre a renda auferida fora de seu território, mas concede um crédito relativo ao imposto eventualmente pago no país da FONTE, também eliminando a disputa FONTE – RESIDÊNCIA; já o terceiro método estabelece o imposto pago no país da FONTE como despesa dedutível no pagamento do imposto na RESIDÊNCIA, hipótese em que se mitiga a dupla tributação, não eliminando-a, entretanto, completamente⁶³⁴.

Não obstante continuem sendo utilizados, os métodos unilaterais passaram a ser gradativamente substituídos, principalmente a partir do século XIX, pela formalização de acordos bilaterais contra a dupla tributação da renda, citando-se, em especial, os acordos entre Prússia e Saxônia em 1869, Áustria e Hungria, em 1869, e Itália e Alemanha em 1925⁶³⁵.

Assim sendo, a celebração de tratados internacionais vem aumentando progressivamente a partir do final da primeira guerra mundial, com especial ênfase para os acordos comerciais e, principalmente, os relativos à liberdade de trânsito de bens e serviços. A sua grande maioria inclui a chamada cláusula da nação mais favorecida, que, na lição de

⁶³² Cf. VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OEC-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to german treaty practice*. 30. ed. London: Kluwer Law International, 1997. p. 12-13.

⁶³³ Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 25.

⁶³⁴ Cf. HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 25-36.

⁶³⁵ Cf. VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OEC-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to german treaty practice*. 30 ed. London: Kluwer Law International, 1997. p. 17.

Uckmar, é aquela “mediante na cual los Estados contratantes se comprometían a adoptar recíprocamente, cualquier tratamiento más favorable concedido eventualmente a otros Estados. La ‘cláusula de la nación más favorecida’ fue recogida también por el *General Agreement on Tariffs and Trade*, con el propósito de eliminar cualquier discriminación en las relaciones comerciales entre los Estados contratantes.”⁶³⁶

Destarte, sob a influência da Liga das Nações, foram então desenvolvidos modelos de tratados contra a dupla tributação da renda, culminando com os modelos das Nações Unidas, da OEEC (Organization for European Economic Co-operation), sucedida pela OCDE, e por outros blocos, como o Grupo Andino⁶³⁷.

Especial atenção deve ser atribuída, na matéria da concessão de subvenções como forma de atração do capital e do investimento, para as disposições dos tratados e, também, para as legislações internas. E isso porque a depender destas, as medidas de indução econômica podem não ter o efeito desejado pelo governo.

Como explica Luís Eduardo Schoueri, em situações que envolvam investimentos internacionais, “os sacrifícios efetuados por países em desenvolvimento, abrindo mão de preciosos recursos tributários, podem não atingir o efeito indutor buscado, tendo em vista sua potencial anulação decorrente de maior tributação no Estado onde reside o investidor.”⁶³⁸ Ou seja, de nada adianta um incentivo tributário se o investimento terá maior tributação no seu país de RESIDÊNCIA, anulando a eventual vantagem concedida pelo país da FONTE. Essa questão, pois, é crucial na adoção de políticas estimuladoras do investimento internacional. Nas palavras do mencionado professor:

Assim, nas relações entre um Estado desenvolvido e outro em desenvolvimento, é fácil constatar que o último fica prejudicado, já que, ao conceder um incentivo fiscal, abre mão de sua receita com o objetivo de atrair investimentos. [...] A atração de investimentos, entretanto, é anulada pela

⁶³⁶ Cf. UCKMAR, Victor . *Los tratados internacionales en materia tributaria*, In: UCKMAR, Victor. *Curso de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2003. p. 87.

⁶³⁷ Cf. VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OEC-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to german treaty practice*. 30. ed. London: Kluwer Law International, 1997. p. 18-19.

⁶³⁸ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de tax Sparing & Matching Credit. Revista ESMAFE, v. 10, 2006. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007. p. 251.

tributação pelo Estado de residência, o qual, em última análise, é o único beneficiado pela renúncia fiscal.

O resultado é imediato: o Estado que concede incentivos e deixa de arrecadar com isso, o grau de risco dos investimentos que ali se fazem aumenta, em virtude de potenciais *déficits* orçamentários. Ao mesmo tempo, o sacrifício não tem contrapartida em novos investimentos, já que os investidores não têm qualquer redução em sua carga tributária final.⁶³⁹

Essa é, pois, uma das razões pelas quais muitos tratados são celebrados em matéria tributária, especialmente para evitar a dupla tributação da renda auferida com atividades internacionais, em grande parte entre países com diferentes graus de desenvolvimento⁶⁴⁰. Como a concessão de incentivos tributários é prática corrente em todo o mundo, os tratados são uma forma de regulá-los, dispondo que Estado deve tributar a renda e de que forma deve se comportar o contribuinte. De um lado, garante-se quanto o contribuinte pagará; de outro, como se dará o regime entre países.

Com efeito, há uma tendência global de adoção do princípio da tributação da renda com bases universais, denominado correntemente de *worldwide income taxation*. Com base nesse princípio, tributa-se a renda independentemente de onde ela é auferida. Ou seja, as legislações domésticas tendem a considerar o benefício da renda ao seu residente. No dizer de Heleno Taveira Tôres,

Os Estados, ao adotarem para seus regimes tributários o princípio *worldwide income taxation*, geralmente elegem mecanismos internos para redução ou eliminação das suas conseqüências, em especial, para afastar o fenômeno da dupla tributação. Considerando a freqüência da presença nas várias legislações, os métodos de maior importância é o *crédito do imposto*, o da *isenção* dos rendimentos obtidos no exterior e o da *dedução* do imposto pago no exterior como despesa. Para a utilização destes, geralmente faz-se necessário alguns procedimentos por parte do contribuinte residente, de modo a demonstrar a sujeição ao pagamento de impostos no exterior pelos mesmos rendimentos ou lucros.⁶⁴¹

Diante de possíveis limitações de tais mecanismos, e como forma de atração de investimentos internacionais, determinados governos passaram a adotar espécies de crédito fictício de impostos, que ganharam importância na década de setenta e “que são o *crédito presumido* (cláusula *matching credit*) e o *crédito fictício propriamente dito* (cláusula *tax*

⁶³⁹ Ibid., p. 253.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 254.

⁶⁴¹ Cf. TÔRES, Heleno Taveira. *A pluritributação internacional e as medidas unilaterais de seu controle*. In: *Curso de derecho fiscal internacional*, p 197.

sparing).”, reconhecendo-se, como aduz Tôrres, um crédito para garantir os incentivos fiscais concedidos pelo Estado da fonte⁶⁴².

Com efeito, as chamadas cláusulas de *Tax Sparing* e *Matching Credit* consistem em métodos para incentivar o investimento internacional. Segundo a doutrina de Luís Eduardo Schoueri, no caso do *Tax Sparing*, o “Estado de residência se compromete a não reduzir o montante do crédito a ser conferido ao contribuinte, caso este deixe de recolher impostos no Estado da fonte, por conta de incentivo fiscal dado pelo último”, e no caso do *Matching Credit*, o “Estado da fonte compromete-se a não tributar determinados rendimentos além de um teto e o Estado de residência, ao aplicar o método do crédito, considera pago no Estado da fonte montante superior àquele teto, de modo que se garante efetivo benefício ao investidor.”⁶⁴³

Muitos governos, entretanto, se negam a outorgar tais créditos fictícios pelo potencial favorecimento a abusos por parte dos agentes econômicos ou de Estados com regimes fiscais preferenciais⁶⁴⁴. Para fins de atração de investimentos, portanto, tais cláusulas de crédito tributário fictício podem não ser suficientes, porquanto também devem ser examinadas as legislações internas, que podem impor limitações⁶⁴⁵. E daí surge mais uma razão para a celebração de tratados internacionais em matéria tributária, já que aqueles instrumentos são, em verdade, unilaterais, não logrando, sempre, o efeito pretendido, servindo os tratados fiscais, em geral, para esses objetivos⁶⁴⁶.

No que se refere à questão dos conflitos internacionais, nota-se que estes se vinculam aos métodos de solução próprios do direito internacional público, havendo, como aduz Igor

⁶⁴² Ibid., p 210.

⁶⁴³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de tax Sparing & Matching Credit. Revista ESMAFE, v. 10, 2006. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007, p. 256-259.

⁶⁴⁴ Cf. PISTONE, Pasquale. El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal. In: *Curso de derecho fiscal internacional*, p. 101 et seq.

⁶⁴⁵ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de tax Sparing & Matching Credit. Revista ESMAFE, v. 10, 2006. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007, p. 259.

⁶⁴⁶ Cf. UCKMAR, Victor. *Los tratados internacionales en materia tributaria*, In: *Curso de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2003. p. 86. Segundo o autor, “Así como para la liberalización del comercio internacional se arribó a la conclusión del *General Agreement on Tariff and Trade*, adotado por la *World Trade Organization (WTO)*, así será de esperarse que en un futuro próximo se arribe a la elaboración de un *General Agreement on Taxes*.” Ibid.,

Mauler Santiago, a preferência quase unânime à negociação direta entre países, à arbitragem e à instauração de casos perante as Cortes Internacionais Permanentes⁶⁴⁷.

Lembra Altman que a recomendação da utilização da arbitragem em matéria de tratados internacionais existe desde o final do século XIX, implementando-se, primeiramente, no tratado entre Estados Unidos e Alemanha, celebrado em 1989⁶⁴⁸, seguindo-se de numerosos outros e, especialmente, da chamada “Convention on Elimination of Double Taxation”, em 1990, quando doze países europeus passaram a impor medidas de controle da dupla tributação.

No âmbito das disputas em matéria de *State Aid*, são numerosos os casos submetidos à Comissão e ao Tribunal de Justiça da União Européia. Outra é, porém, a realidade das Cortes Internacionais Permanentes, como relata Igor Mauler Santiago, pois desde “a sua fundação, há oitenta e seis anos, as Cortes de Haia só tiveram três ocasiões de se pronunciar sobre questões tributárias, nenhuma delas fundada em convenção contra a dupla tributação internacional.”⁶⁴⁹

3.9 POSIÇÃO CRÍTICA DO CONTROLE INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA FISCAL

Há quem afirme que as tentativas de controle internacional da concorrência fiscal internacional falharam⁶⁵⁰. Nessa visão, entretanto, reconhece-se que essas tentativas de

⁶⁴⁷ Segundo Igor Mauler Santiago, partindo das concepções do direito internacional público, há, para a solução dos conflitos, os seguintes métodos: i) os meios diplomáticos, que incluem: i. 1) a negociação direta; i. 2) os bons ofícios (ações amistosas de terceiros); i.3) a mediação (participação de um terceiro na composição do conflito, que propõe soluções); i.4) a conciliação (versão mais formal da mediação, “desempenhada por comissão formada por representantes das partes em conflito e membros neutros indicados”, consistindo, na prática, “confundível com os bons costumes e a mediação”; i. 5) o inquérito, que serve de medida preliminar para a “instauração de métodos diplomáticos, políticos ou jurisdicionais”; ii) os meios políticos, na maioria das vezes através de recomendações, não configurando o “seu descumprimento ato ilícito”, mas que podem envolver o Conselho de Segurança da ONU, por exemplo, fazendo-se valer pelo uso da força; e iii) os meios jurisdicionais, que incluem: iii. 1) a arbitragem; e iii. 2) as Cortes Internacionais Permanentes. Cf. SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução dos conflitos*, p. 124-154. Conclui o autor, finalmente, que: “Dos diversos métodos de solução de diferendos existentes no Direito Internacional – diplomáticos, políticos e jurisdicionais – três conquistaram a preferência dos Estados e dos estudiosos para o enfrentamento de questões tributárias: a negociação direta (procedimento amigável) e, de uns tempos a esta parte, a arbitragem e o recurso a cortes permanentes.” Ibid., p. 270.

⁶⁴⁸ Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. Thesis (Doctor of Juridical Science). Cambridge: Harvard University, 2005. p. 16.

⁶⁴⁹ Cf. SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*, p. 168-169.

⁶⁵⁰ Cf. SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006. p. 33 et seq.

controle acabaram gerando efeitos nocivos, enfatizando-se a lista negra da OCDE quanto aos paraísos fiscais, o que acabou prejudicando a migração de recursos para seus territórios⁶⁵¹⁻⁶⁵².

Ao seu turno, os paraísos fiscais acabaram afirmando que a OCDE estava violando os princípios de sua formação, particularmente as virtudes da concorrência no mercado e a necessidade de mudanças através do consenso⁶⁵³. E segundo os paraísos fiscais, é curioso o fato de a OCDE condenar os seus regimes fiscais preferenciais quando fazem parte da organização Luxemburgo e Suíça, dois centros financeiros famosos pelos incentivos e pelo sigilo bancário.

A disputa entre os dois blocos acabou suscitando críticas à posição agressiva da OCDE, o que acabou impondo a revisão de suas medidas contra a concorrência fiscal prejudicial, culminando com o convite do Primeiro-ministro de Barbados, em nome dos paraísos fiscais, para uma reunião, que acabou sendo organizada em janeiro de 2001. Essa reunião, como considera Campbell, fez com que a OCDE instituísse um grupo de trabalho reunindo membros e não-membros para discutir as perspectivas da questão⁶⁵⁴.

Posteriormente, acabou sendo formado um organismo denominado *International Tax and Investment Organization (ITIO)*, composto para consolidar as posições entre os pequenos países e os membros da OCDE⁶⁵⁵.

Nesse ínterim, chama a atenção a alternância do discurso do governo norte-americano, pois, se no âmbito da administração de Bill Clinton o apoio às iniciativas da OCDE era considerável, na administração George W. Bush ela foi alterada de acordo com os interesses dos grandes grupos econômicos e da política econômica dos Estados Unidos. Isso se tornou mais visível com a comparação entre os discursos antes e depois dos atentados de 11 de setembro de 2001, a partir do qual o governo norte-americano em vigor passou a dedicar

⁶⁵¹ A lista negra da OCDE, de junho de 2000, se referiu aos seguintes *tax havens*: Andorra, Anguilla, Antigua e Bermuda, Aruba, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cook, Dominica, Gibraltar, Maldivas, Ilhas Marshall, Mônaco, Montserrat, Nauru, Antilhas Holandesas, Niue, Panamá, Samoa, Seicheles, St. Lúcia, St. Kitts e Nevis, Grenada, Guernsey, Ilha de Man, Jersey, Libéria, Liechtenstein, St. Vincent e Grenadines, Tonga, Turks e Caicós, Ilhas Virgens Norte-americanas e Vanuatu.

⁶⁵² Cf. SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006. p. 9.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁵⁴ Cf. SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006. p. 16.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 16.

atenção à transparência e ao controle das informações bancárias, como forma de evitar fraudes, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e novos ataques terroristas⁶⁵⁶.

Explicitamente, autoridades norte-americanas, a partir de 2001, vêm afirmando que as medidas da OCDE têm que ser repensadas, sob pena de violarem a concepção de soberania. Os métodos da OCDE, pois, deveriam, nesse caso, ser negociadas com os países com regimes fiscais preferenciais e sigilo bancário.

Houve, diante da mudança de alguns sistemas dos países considerados paraísos fiscais, uma flexibilização na condução das medidas contrárias da OCDE à *harmful tax competition*, expressão que aquele organismo reviu, passando, a partir de 2000, a falar em *Towards Global Tax Cooperation*.

De 2003 para os dias de hoje, nota-se essa mudança de posição, diante, principalmente, da composição da entidade por Luxemburgo e Suíça, e com a adoção de negociações com países não-membros, merecendo de Campbell a conclusão de que a OCDE acabou desistindo de impor suas recomendações, optando, agora, por implementar a regulação através do diálogo⁶⁵⁷.

Por outro lado, um aspecto que merece abordagem nesse tópico diz respeito à falta de clareza nas recomendações da OCDE quanto ao ponto preciso de divisão entre a concessão legítima de subvenções e a concorrência lesiva, porque aparecem indevidamente mescladas situações totalmente diferentes, daí porque devem ser interpretadas caso a caso, para diferenciar-se uma prática danosa à concorrência das medidas legítimas de países menos desenvolvidos, que precisam atrair investimentos para corrigir suas falhas econômicas⁶⁵⁸. Afinal, as medidas são prejudiciais a que países?

⁶⁵⁶ Ibid., p. 17.

⁶⁵⁷ “Finally, tax havens won the concession in October 2003 that even if every OECD member agreed to the new standards, they still would not be bound to introduce these regulations until third party competitors such as Singapore and Hong Kong had done likewise. As a result, the OECD abandoned the goal of establishing a uniform standard and timetable for the exchange of civil tax information, freeing ‘participating partners’ from the commitments they had made earlier. Thus the OECD had to give up its ambition to regulate international tax competition. Furthermore, it had abandoned the exclusionary ‘name and shame’ approach and had been forced back on its traditional methods of seeking to raise regulatory standards by dialogue, persuasion, and peer pressure.” Ibid., p. 18.

⁶⁵⁸ Cf. ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001. p. 229. Adverte o professor da Universidade de Barcelona: “Una vez que se individualiza la elusión de Estado y la evasión de Estado como componentes de la competencia fiscal nociva; los efectos de las retorsiones en ningún caso deberían afectar a

Como argumenta Alain Steichen, é curioso que os regimes fiscais declarados prejudiciais de acordo com o Código de Conduta na União Européia nunca tenham resultado num considerável crescimento econômico em Luxemburgo, ao mesmo tempo em que nunca atraíram grande número de empresas. E de qualquer sorte, os regimes fiscais condenados acabam sendo semelhantes aos empregados por Alemanha, Bélgica, Espanha, França e Holanda⁶⁵⁹.

Em outras palavras, é necessário entender que, no cenário contemporâneo, o fluxo de recursos econômicos transita dos países desenvolvidos aos emergentes e vice-versa⁶⁶⁰, ou seja, trata-se de um fenômeno assimétrico por natureza, variável e extremamente dinâmico. E o pior é que, em ambos os pólos, como arremata Túlio Rosembuj, se verifica atividade fiscalmente danosa, não sendo, pois, “paradógico que la crítica a un Estado por su bajo nivel fiscal, coincida con su impotencia para aumentarlo, so pena de deslocalización de capitales hacia aquellos países que la formulam”⁶⁶¹.

Conclui o professor espanhol, ademais, que a concorrência fiscal lesiva não pode servir de pretexto para a imposição de sanções impróprias sobre terceiros Estados somente porque seus sistemas tributários acarretam em menores custos. Na verdade, como ensina o autor, a concorrência fiscal não é lesiva quando difiram os sistemas fiscais dos países, não consistindo a extrafiscalidade um regime fiscal privilegiado próprio da concorrência lesiva. Da mesma forma, a alta carga fiscal não significa sempre prática fiscal leal⁶⁶².

terceros Estados que no incurrir en dichas conductas, puesto que desbordan la proporcionalidad que debe presidir la retorsión en el plano internacional. Por ejemplo, no puede advertirse competencia fiscal lesiva por mero hecho de constatar diferencias en el nivel de la carga tributaria o disparidad en los impuestos sobre la renta o beneficios, sin prestar atención a la desigualdad en desarrollo económico y social, o, en igual sentido, confundiendo regímenes promocionales o incentivos con infundado privilegio fiscal. La deslocalización de renta o inversiones hacia Estados de menor presión fiscal, que no son paraísos fiscales ni establecen zonas de preferencia, puede significar erosión lícita de base imponible de otro Estado; pero, sin que se incurra en elusión o evasión reprochable por parte del Estado receptor. La competencia fiscal lesiva no puede ser un pretexto de exoneración de la responsabilidad propia del Estado que se siente víctima, con respecto a la defensa legal, en su territorio, de las prácticas de elusión y evasión de sus residentes. O sea, no debe servir de excusa para desplazar sanciones improprias sobre terceros Estados huéspedes de creación y aplicación de las normas tributarias; aunque muestran baja presión fiscal, no representan necesariamente las circunstancias de daño o lesividad predicadas. Por eso, hay Recomendaciones OCDE que no cuadran con su propósito, porque tienen un carácter que excede el de la retorsión, para interpretarse como manifestaciones (indeseables) de ultraterritorialidad agresiva. La utilización indiscriminada de retorsiones sobre terceros Estados que no pueden calificarse como competencia fiscal lesiva consentirían que éstos, a su turno, adoptaran retorsiones en su propia tutela como reacción.” Ibid., p. 229-230.

⁶⁵⁹ Cf. STEICHEN, Alain. *National Report Luxembourg. In: Tax Competition in Europe*, p. 321.

⁶⁶⁰ Cf. ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001. p. 230.

⁶⁶¹ Ibid., p. 230.

⁶⁶² Ibid., p. 262-263.

Por outro aspecto, veja-se que há quem afirme a ineficácia de todos esses mecanismos de controle⁶⁶³. Adverte-se, em tal contexto, a constante redução da tributação da renda das empresas em grande parte dos países para a atração de investimentos e capital⁶⁶⁴.

Todavia, ao contrário do que pensa parte da doutrina, entende-se aqui que as recomendações da OCDE, o ASMC da OMC, o Tratado da União Européia e o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas de fato auxiliaram na redução da concorrência fiscal internacional.

⁶⁶³ “Rules against tax competition do not prevent jurisdictions from trying to attract favorable investments. All they do is push such competition elsewhere. One obvious ‘elsewhere’ is increased governmental expenditure on goods or services that benefit such investors. Government money may be used to create desirable infrastructure (such as water, sewage purification facilities, or roads) which the investors might otherwise have to fund on their own. The more such money is funneled into benefits for investors, the less it is available for redistribution to others. The experience outside of the United States gives no additional grounds of optimism. GATT has long imposed restriction on subsidies that operate to increase exports or decrease imports. However, implementation of those restrictions has proved unsatisfactory because ‘the search for a standard for restraining domestic subsidy policies has proven difficult’. Although GATT panels have agreed that certain tax subsidies targeted specifically at imports violate the rule, they have thus far proved largely unwilling to rule against ‘upstream’ subsidies. Moreover, the rules allow resource only against ‘specific’ subsidies; a considerable amount of litigation has ensued over the meaning of that term without generating any clear answer. The rules have been limited in this fashion precisely because of a general reluctance to interfere with ‘benefits and services that government routinely provide to their population at large.’ Other scholars have expressed skepticism that such distinctions are workable. If they are not, all that harmonization is likely to do is to push competition into spending programs rather than taxing provisions, producing few if any redistributive consequences.” Cf. ROIN, Julie. *Competition and evasion: another perspective on international tax competition*. In: *Foundations of International Income Taxation*, p. 520-521.

⁶⁶⁴ Lembra Mutti, entretanto, que a tributação é apenas um dos fatores de decisões dos agentes econômicos, isto é, “because the corporate income tax is only one of many government influences on a business location decision, no argument is presented here either in favor or for against comprehensive measures to control tax competition.” Mais adiante, conclui o autor: “Even if it were clear that most countries would gain additional FDI from a tax reduction, without a more complete representation of other economic circumstances and government policies pursued in host and home countries, it would be premature to conclude that world efficiency must improve. In a limited way, countries have addressed some of the concerns over the relocation of production that results from tax competition. For instance, the WTO has defended the principle that countries should not subsidize exports, but broader action against subsidies (and favorable tax treatment) provided to specific domestic producers or industries, without a direct commitment to export, has received much more qualified support. Most countries are not willing to cede much sovereignty to a multilateral organization, when the issues at stake are traditionally regarded as domestic policy decisions, no matter how they spill over to affect international trade. Even if the WTO were to more aggressively discipline such specific subsidies, the organization never was designed to promote the harmonization of general corporate income tax rates. [...] The surprising similarity of statutory corporate tax rates among low-income countries, along with the greater dispersion of their effective tax rates, indicate that countries with low effective rates have adopted tax structures to attract new investment, employment, and production. Middle-income countries are required to comply with the WTO constraints on export subsidies, but because they already impose lower statutory and effective rates, any differentially favorable tax treatment of export income by implication is smaller for them and thus less of a change in policy needs to occur. Whether such a policy change will cause activity in middle-income countries to be diverted to low-income ones remains to be seen, because the empirical estimates presented here could not convincingly make that distinction. [...]” Cf. MUTTI, John H. *Foreign direct investment and tax competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003. p. 98-100.

Veja-se, nesse sentido, que enquanto a OCDE institui meras recomendações, seus países-membros acabam impondo medidas compensatórias e adotando métodos de controle unilaterais, bilaterais e multilaterais, todos previstos naqueles Relatórios contra a concorrência fiscal internacional.

Por outro lado, são de grande importância os casos concretos submetidos ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, inclusive no que diz respeito ao controle de medidas de países industrializados, como os Estados Unidos (*FSC Regime*, por exemplo).

No caso da União Européia, em que a base da integração é a implementação de um mercado único, tanto o Tratado, com o regime do *State Aid*, como o Código de Conduta, apresentaram benefícios ao controle das práticas fiscais “prejudiciais”. Se não são suficientes tais medidas, não se pode negar a sua importância pragmática, como se infere das numerosas manifestações da Comissão e do Tribunal de Justiça daquele bloco de países.

O problema é que, apesar de tantas tentativas multilaterais de regulação internacional do fenômeno, as teses suscitadas, especialmente no âmbito da OCDE, parecem não coincidir com a prática dos países industrializados. Enquanto pregam estes países a redução dos mecanismos de intervenção econômica, sob o fundamento do “livre mercado”, persistem empregando incentivos e subsídios (espécies de subvenções). Ou seja, o discurso de regulação internacional no âmbito da OCDE tinha como objetivo maior a eliminação da concorrência dos países em desenvolvimento e dos paraísos fiscais como destinatários de recursos financeiros sobre os quais se impõe, regularmente, tributação.

Nessa perspectiva, a estrutura dos países industrializados sugere o maior poder destes na concessão de subvenções do que os menos desenvolvidos⁶⁶⁵. E para que os países em desenvolvimento e os paraísos fiscais adotem as “recomendações da OCDE”, por exemplo, tornar-se-á necessário levar em conta os seus diferentes interesses, diferentemente do que ocorreu nas tentativas vistas e, principalmente, no caso da OCDE⁶⁶⁶. Com essa visão,

⁶⁶⁵ Cf. MUTTI, John H. *Foreign direct investment and tax competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003. p. 89.

⁶⁶⁶ “One persistent criticism of the 1998 OECD Report’s approach to harmful tax competition has been its emphasis in the concerns of developed countries. Accordingly, the Report has been said not to represent adequately the legitimate interests of developing countries in competing for investments through, *inter alia*, aggressively competitive tax policies.” Cf. BARKER, William B. *Optimal international taxation and tax competition*. In: *Foundations of international income taxation*. p. 527.

concorda-se com a noção de que, para o fim de regulação internacional do fenômeno ora estudado, deveria ser instituído organismo internacional, no formato da OMC.

Outra idéia ventilada na doutrina é a celebração de um tratado multilateral, que facilitaria as reformas dos sistemas de todos os países, isto é, “the multilateral treaty context could institutionalize the process, by providing a fórum and procedure for additional agreements, which would be brought from time to time to legislatures for ratification.”⁶⁶⁷ O problema para a efetiva regulação internacional, entretanto, é a pressão dos investidores internacionais, ou seja, dos grandes agentes econômicos com poder de mercado. Todas as tentativas de implementação de um tratado multilateral em matéria tributária (no estilo do *GATT*, ou no âmbito de uma verdadeira OMT (*WTaxO*) – Organização Mundial de Tributação), apesar de fundamentais nesse processo, encontrariam um forte obstáculo: o que os autores chamam de *Smart Money*, como adverte Michael Graetz, da Universidade de Yale⁶⁶⁸.

3.10 O CASO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS MEDIDAS DE FOMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS - TRATAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

O Brasil, como exposto, utiliza diferentes mecanismos de indução econômica, que variam desde imunidades tributárias, isenções, regimes especiais, a subvenções diretas. E como introduzido alhures, há, na legislação, uma confusão terminológica interminável, o que acabou auxiliando para boa parte da doutrina a rotular tais mecanismos de incentivos fiscais⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Cf. THURONYI, Victor. International tax coordination and a multilateral treaty. In: *Foundations of International Income Taxation*. p. 538-539.

⁶⁶⁸ “While a multilateral agreement – a GATT for taxes – would have to be adopted through the sovereignty-respecting mechanisms nations now use to enter into bilateral treaties, after agreement is achieved, policy-making would be at a remove from national officials, just as trade policy is now done through the WTO. Perhaps more importantly, the success of the WTO has much to do with its dispute-resolution powers. Given the centrality of tax policy to basic questions of sovereignty, however, an international tax court might be especially unpalatable to national governments and might well also be resisted by multinationals corporations. The ‘smart money’ would bet on the continuation of the current system, despite its considerable drawbacks.” Cf. GRAETZ, Michael J. *Foundations of international taxation*. New York: Foundation Press, 2003. p. 541.

⁶⁶⁹ “Incentivo é um conjunto de disposições legais da administração pública, fiscal e de outras naturezas, com o intuito de favorecer a realização de investimentos nas áreas ou setores desejados por quem estimula.” Cf. CEZAROTI, Guilherme. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Crédito-Prêmio de IPI Instituído pelo Decreto-lei nº. 491/69. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 93. São Paulo: Dialética, 2003.

⁶⁷⁰ “Em uma primeira abordagem, e ao menos que para saciar o desejo de uma definição, vemos que os ‘Incentivos Fiscais’ são instrumentos de desoneração tributária, aprovados pelo próprio ente político autorizado à

Tais medidas, no Brasil, podem ser deferidas desde que em conformidade com algumas condições, dentre as quais serem instituídas por entidades que possuam a devida competência constitucional.

3.10.1 Divisão de competências na Federação

Havendo o Estado brasileiro adotado a forma de uma Federação⁶⁷¹, com características todas próprias, com a integração de três graus de entidades - União, Estados e Municípios -, é de se analisar que há, pelo histórico constitucional, uma tentativa de impor certa descentralização, acompanhando-se o movimento mundial⁶⁷² e visando-se a uma concentração menor de poder.

Essa noção de descentralização, aliás, pode ser relacionada com o princípio da subsidiariedade, também vinculada à idéia de eficiência das finanças públicas⁶⁷³⁻⁶⁷⁴. Nesse

instituição do tributo, através de veículo legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de cunho econômico.” Cf. CEZAROTI, Guilherme. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13.

⁶⁷¹ “Las reglas y criterios generales mediante los que se asignan las responsabilidades que competem a cada nivel de gobierno son una cuestión tan fundamental que, en los países federales, suelen estar definidos en la Constitución. En general, existen tres procedimientos para distribuir las tareas: a) Definir una relación de materias exclusivas del gobierno central, dejando en manos de los gobiernos subcentrales todo lo allí no incluido. B) Elaborar tres listas de funciones: exclusivas del gobierno central; exclusivas del nivel regional; y concurrentes de ambos niveles. En algún caso, implícitamente existe una cuarta lista, la de las materias residuales, que son las no incluidas en ninguna de las tres anteriores, y que dejan la puerta abierta a cualquier asignación futura. C) Se detallan dos series de asuntos: los reservados en exclusiva al gobierno central, y los concurrentes. En este caso suelen dejarse en manos de los gobiernos regionales las competencias de todo lo no incluye en las anteriores. [...] El avance del federalismo cooperativo en los últimos años, y las elásticas interpretaciones que han efectuado los respectivos tribunales constitucionales, son las manifestaciones más obvias de la voluntad de usar mecanismos de adaptación que no pasen por la reforma de la carta magna. Los acuerdos bilaterales, la ampliación del campo de concurrencia, o la creación de instituciones mixtas, son ejemplos frecuentes de este tipo de soluciones.” Cf. MONTERO, Antonio Gimenez. *Federalismo fiscal: teoría y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 115-116.

⁶⁷² Segundo Wallace E. Oates, “Fiscal decentralization is in vogue. Both in the industrialized and in the developing world, nations are turning to devolution to improve the performance of their public sectors.” Cf. OATES, Wallace E. An essay on fiscal federalism. In: BAIMBRIDGE, Mark; WHYMA, Philipp. *Fiscal Federalism and European Economic Integration*. London: Routledge, 2004. p. 13. Mais adiante, afirma Oates: “The Basic presumption here is that more decentralized political systems are conducive to increased citizen impact on political outcomes and political participation. The evidence on this issue, in truth, is somewhat mixed, but overall it suggests on balance ‘that both citizen influence and effort increase as the size of government declines’ (1997 a 1215). The basic political objectives thus strengthen the case of increased decentralization; they point to a system that is more decentralized than one chosen simply on the grounds of an exercise in economic optimization.” Ibid., p. 30-31.

⁶⁷³ Cf. GILLESPIE, W. Irwin. Effect of public expenditures on the distribution of income. In: *Essays in Fiscal Federalism*. Washington: The Brookings Institution, 1965. p. 122-125.

⁶⁷⁴ “A experiência estrangeira indica que a utilização exacerbada dos ‘grant-in-aid’ para o custeio das funções administrativas cometidas aos governos locais não soluciona com consistência e perenidade o problema da

sentido, note-se a lição de Gustavo Miguez de Melo, para quem “a finalidade política da cobrança de tributos diz respeito à aplicação do princípio político de subsidiariedade segundo o qual tudo aquilo que possa ser feito adequadamente por sociedades menores deve ser por elas feito e não por sociedades maiores as quais devem atuar subsidiariamente”⁶⁷⁵, o que acaba ocorrendo no Brasil pela discriminação de rendas tributárias a todos os entes que compõem a Federação.

E como se sabe, essa faceta do federalismo, que cuida da divisão de rendas, denomina-se federalismo fiscal⁶⁷⁶, que, no Brasil, é marcada por uma divisão rígida de competências tributárias, encarregando-se a Constituição de catalogar, outorgar e distribuir essas competências, delimitando o âmbito de atuação de cada pessoa política interna⁶⁷⁷⁻⁶⁷⁸.

Tendo em vista justamente a questão de suprir cada unidade federativa de recursos suficientes à sua manutenção, e principalmente pela situação inovadora de os Municípios criarem sua própria esfera de atribuições autonomamente, tendo que atender a todos os seus dispêndios, no que diz respeito à receita, a Constituição de 1988 optou por um sistema misto, que abrange: i) o regime de partilha de competência; e ii) a partilha do produto arrecadado.

redistribuição de riqueza nos Estados federais: antes, muito pelo contrário, expressa o perigoso anacronismo de um tipo de ‘modelo cooperativo’ já abandonado nas Federações mais desenvolvidas, o qual realimenta o círculo vicioso formado pela centralidade do poder financeiro e pela acomodação dos entes locais à situação de dependência que é gerada.” Cf. LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

⁶⁷⁵ Cf. MELLO, Gustavo Miguez de. Política fiscal e reforma tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). *Direito tributário e reforma do sistema*. Caderno de Pesquisas Tributárias, 9. São Paulo: RT; Centro de Extensão Universitária, 2003, p. 129.

⁶⁷⁶ “O estudo da maneira pela qual as esferas de governo se relacionam do ponto de vista financeiro, que podemos denominar de Federalismo fiscal, engloba a análise da maneira pela qual está organizado o Estado, qual é o tipo de federação adotado, qual é o grau de autonomia dos seus membros, as incumbências que lhe são atribuídas e, fundamentalmente, a forma pela qual são financiadas.” Cf. CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 24-25.

⁶⁷⁷ “Essa possibilidade ou exercício do poder de tributar, no Estado de Direito Constitucional, está submetido em primeiro lugar à disciplina da Constituição, dentro da qual, explícita ou implicitamente, encontramos as bases do Direito Constitucional Positivo. [...] Disciplinando o exercício do poder de tributar, cabe à Constituição do Estado federativo catalogar, outorgar e distribuir competências tributárias delimita-las, classificar os tributos, dispor sobre sua partilha e arrecadações, impedir conflitos de competências e garantir o status do cidadão-contribuinte.” Cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 117-118.

⁶⁷⁸ A doutrina é pacífica no sentido de que se adotou, no Brasil, um regime rígido de repartição de competências tributárias por ser a melhor solução para se garantir a cada unidade o montante de ingressos necessários à manutenção de sua independência (autonomia). Cf., a esse respeito, SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 82.

No primeiro mecanismo, o poder de criar tributos é repartido entre os entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor as espécies tributárias dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Dessa forma, todos, dentro de certos limites estabelecidos na ordem jurídica, podem criar tributos e definir seu alcance obedecendo a Constituição quanto aos critérios de partilha de competência.

O que na verdade se apreende do segundo sistema é que o ente político que tiver competência para legislar sobre determinado tributo delimitará sua abrangência e seu nível de incidência. No entanto, a arrecadação que dele resultar não lhe pertencerá integralmente, mas será partilhada, daí que resulta uma segunda classificação de competência, determinando-se três modalidades: i) privativa, ii) residual e iii) comum⁶⁷⁹.

Para a edição de normas tributárias indutoras, ou seja, os instrumentos estudados neste trabalho tornar-se-á fundamental a observância da esfera de competência de cada uma das entidades federativas. E por serem tais espécies de normas vinculadas à regulação econômica, pressupõe-se o exame, também, da divisão de competência reguladora, ou, como falam alguns autores, competência legislativa, que acaba abrangendo a tributária.

Nesse passo, a Constituição acaba outorgando competências de forma concorrente, para suprir o Estado de instrumentos hábeis a controlar e corrigir o sistema social. Estabelece, assim, o texto constitucional que a competência reguladora é, em regra, concorrente, isto é, podem a União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre os temas relacionados à matéria econômica, que abrange a produção, o consumo, a proteção do consumidor e do meio ambiente⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ “Designa-se privativa a competência para criar impostos atribuída com exclusividade a este ou àquele ente político; assim, o imposto de importação seria de competência privativa da união; o ICMS pertenceria à competência privativa dos Estados e do Distrito Federal; o ISS comporia a competência privativa dos Municípios e do Distrito Federal. Diz-se residual a competência (atribuída à União) atinente aos outros impostos que podem ser instituídos sobre situações não previstas. Seria comum a competência (referente às taxas e contribuição, de melhoria) atribuída a todos os entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

⁶⁸⁰ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; [...] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...] § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

A competência concorrente, todavia, prevê que cabe à União estabelecer normas gerais, podendo os Estados e o Distrito Federal, ao inexistirem normas federais, exercer a sua competência legislativa plena (poder de regular), até a eventual “superveniência de lei federal sobre normas gerais”, que “suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”⁶⁸¹

Desse modo, a competência reguladora, em regra, é concorrente (União, Estados e Distrito Federal), cabendo à chamada ordem central o papel de estabelecer leis gerais. E por essa razão, sustenta Luís Roberto Barroso que a atual ordem jurídica coloca à disposição dos órgãos governamentais um impressionante elenco de competências para impor, estimular ou desestimular comportamentos dos agentes econômicos, para que sejam atingidos os objetivos da ordem constitucional, nela inserida o fenômeno econômico⁶⁸².

Pelo exposto, não faltam ao Estado brasileiro, na sua composição plena, instrumentos legislativos para a regulação. Aos Municípios⁶⁸³, por sua vez, foi outorgada competência reguladora desde que a matéria esteja no âmbito de seu peculiar interesse, tendo em vista a preocupação, já notada acima, com a harmonização nacional, pois seria extremamente danosa à Federação a existência de mais de 5.500 políticas públicas diferentes em todos os temas afetos à regulação.

Todos os entes, portanto, podem outorgar auxílios de natureza financeira para a captação de investimentos, desde que, ressalte-se, em respeito à estrutura federativa, mantendo a soberania do Estado brasileiro, porquanto a autonomia dos entes não sobrevive sem aquela, que é atributo da União das pessoas jurídicas.

Também no que pertine ao modelo federativo brasileiro, convém reconhecer-se a importância da Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000, denominada correntemente de Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe das limitações na concessão ou ampliação de incentivos fiscais⁶⁸⁴, importante marco no controle das políticas indutoras dos entes federativos.

⁶⁸¹ Art. 24, § 4º, da Constituição de 1988..

⁶⁸² Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Crise econômica e direito constitucional*. p. 32.

⁶⁸³ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]VIII - promover, no que couber adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; [...]”

⁶⁸⁴ Confira-se, especialmente, o disposto em seu art. 14, *verbis*: “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa

3.10.2 Princípios da ordem jurídico-constitucional – a importância da Constituição como forma de controle da outorga de medidas de estímulo econômico – breve comparativo internacional a partir do signo eficiência

Resta evidente a relevância da tributação não apenas como instrumento de financiamento público, mas principalmente como mecanismo de indução econômica, através das chamadas normas tributárias indutoras, que podem instituir incentivos e/ou agravamentos fiscais.

Ocorre que o resultado das normas tributárias indutoras há de se conformar com os objetivos estatais, isto é, com os princípios que informam as ordens jurídicas. No caso do Brasil, tal impõe o exame dos princípios aplicáveis à ordem econômica, que determinam a forma de atuação do Estado e dos agentes econômicos. Instituir incentivos em ofensa a esses princípios, bem como às normas próprias da tributação e das finanças públicas, é gerar situações totalmente diferentes das propostas na Constituição Econômica. Os incentivos, independentemente da forma jurídica aplicável, devem considerar essas normas sob pena de, ao invés de gerar desenvolvimento econômico, acabar prejudicando as finanças do país e, nessa hipótese, gerar crises fiscais.

A concessão de incentivos como mecanismos de regulação se submetem às normas próprias da ordem econômica. Nesse contexto, a interpretação da ordem econômica há de se pautar pela sistematização de todos os princípios⁶⁸⁵, a saber: soberania econômica, propriedade e sua função econômica e social, livre iniciativa e livre concorrência, valorização do trabalho humano e promoção do pleno emprego, proteção do meio ambiente, proteção do consumidor e redução de desigualdades regionais e sociais.

do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso”.

⁶⁸⁵ Cf., especialmente, PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005. p. 36.

Da mesma forma, constituindo-se em mecanismos relacionados a despesas públicas, sujeitam-se as subvenções aos princípios da ordem financeira. E, quando concretizados na forma de incentivos tributários, devem levar em conta, especialmente, as normas da tributação, destacando-se legalidade, isonomia e capacidade contributiva.

Mais, por se tratar as ajudas fiscais de mecanismos públicos, submetem-se, também, aos princípios aplicáveis à Administração Pública, ou seja, aos princípios gerais do Direito Administrativo, dentre os quais publicidade (transparência), moralidade, e eficiência.

Comente-se, por oportuno, que entre as décadas de 1950 e 1970, a concessão de subvenções era comum em todo o mundo, a partir da premissa de que tais mecanismos correspondiam à contrapartida de um interesse público⁶⁸⁶.

Ocorre que, como bem registra Ricardo Lobo Torres, tal realidade acabou recebendo severas críticas em função dos desequilíbrios causados nas finanças públicas:

Com efeito, os países europeus e os Estados Unidos viram crescer o déficit público e se desequilibrarem as finanças nacionais. No Brasil o reflexo foi imediato e a política de incentivos se mostrou perversa e nociva aos interesses da coletividade, pois não produziu o desenvolvimento econômico esperado e até gerou o desperdício de dinheiro público; até o advento da CF 88 adotou-se a política de concessão indiscriminada de isenções e subsídios, instrumentos que permitiam a canalização de recursos públicos para setores atrasados e improdutivos da economia, que não chegavam a ser conhecidos e nominados. Com a virada dos paradigmas jurídicos, políticos e econômicos ocorrida nos anos 80/90 – a queda do Muro de Berlim, a desestruturação do socialismo real e a consolidação do Estado Democrático de Direito – cresce a desconfiança sobre a virtude de tais incentivos para o desenvolvimento econômico e o bem-estar do povo, não sendo raro que se transformem em uma *perverse fiscal policy*. Sobre eles paira a suspeita de ilegitimidade, ainda mais porque, não raro, provocam a desigualdade entre os contribuintes e se transformam em privilégios odiosos.⁶⁸⁷

Diante desse quadro, a doutrina passou a tratar de mecanismos de controle e fiscalização. E grande parte dos Estados passou a adotar tais métodos, como fez o Brasil. Entretanto, com a crescente integração mundial, principalmente na década de 1990, o fenômeno da concorrência fiscal internacional mudou tal realidade novamente, através da

⁶⁸⁶ Cf. NEUMARK, Fritz. *Problemas economicos y financieros del Estado intervencionista*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. p. 334.

⁶⁸⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal*. São Paulo: MP, 2007. p. 212.

concessão de regimes preferenciais para atrair as atividades econômicas em sentido amplo. E assim continua a discussão em torno dos mecanismos de indução econômica.

Ou seja, não obstante a aplicação por praticamente todos os países do mundo, nota-se que a doutrina é ainda controversa quanto à efetividade e à eficiência das medidas de estímulo econômico-financeiro, seja no plano da atração de investimentos, seja no plano da manutenção de atividades nos territórios dos países, havendo, ainda, o questionamento a respeito de ser a melhor opção o incentivo tributário ou a subvenção direta.

As críticas aos mecanismos de indução ora examinados são, muitas vezes, fundamentadas nas distorções que eles podem causar à concorrência e ao mercado. Mas no caso de ser a subvenção outorgada de forma não-discriminatória, essa questão se suprime.

A resposta, ademais, de ser melhor a subvenção direta ou indireta, como bem acentua Rashkin, dependerá de cada país e de cada sistema econômico⁶⁸⁸. E isso porque cada sistema tem seus próprios problemas, suas falhas de mercado, agindo os seus atores de forma diferente.

Cite-se, nesse contexto, o caso da Alemanha, que, para corrigir suas falhas de mercado, acabou rejeitando o uso de incentivos tributários, preferindo outorgar subvenções diretas⁶⁸⁹. Mais recentemente, todavia, a legislação germânica tem sido modificada para aliviar a carga fiscal das empresas e investimentos e evitar a migração dos agentes econômicos. Como se comprovou recentemente em pesquisa econômica da influência do tributo sobre as multinacionais alemãs, elaborado por Thiess Buettner e Martin Ruf⁶⁹⁰, viu-se que: i) o aumento de 10% da carga tributária impõe uma redução de 20% nos investimentos; ii) o aumento da tributação sobre o trabalho (salários, contribuições etc.) equivalente a U. S. \$ 10,00 reduz o investimento na proporção de 30%; iii) é crescente a “sensibilidade” das empresas alemãs aos incentivos fiscais, constituindo atualmente este num dos principais fatores de decisão econômica.

⁶⁸⁸ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 535.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 557.

⁶⁹⁰ Cf. BUETTNER, Thiess; RUF, Martin. *Tax incentives and the location of FDI: evidence from a panel of German multinationals*. Frankfurt: Deutsche Bundesbank, 2005. p. 14-15. Segundo os pesquisadores: “Among the different indicators of tax incentives, the statutory tax rate has the strongest predictive power and yields the strongest effects. In contrast, the marginal effective tax rate is not significant at all.” *Ibid.*, p. 15.

Em outros casos, como na China, por exemplo, emprega-se a isenção do imposto circulatório e os encargos de importação, além da existência de um *tax holiday* de 5 a 10 anos para determinadas atividades econômicas, o que tem levado a um crescimento acelerado de sua economia⁶⁹¹.

A Índia, por sua vez, emprega tanto incentivos tributários, com um regime de *tax holiday* de tributação crescente por 10 anos, como deduções tributárias e até mesmo subvenções diretas para determinados setores econômicos relacionados à tecnologia⁶⁹². E essas medidas têm causado um efetivo impacto na modernização econômica do país, como atestam as suas exportações e a sua participação crescente no comércio mundial.

Um elemento, entretanto, não pode passar despercebido pelos países na conformação desses mecanismos: o estudo da eficiência, ou seja, o comparativo entre os custos da medida e as vantagens para o sistema econômico e, por conseguinte, à sociedade. Há de se ter em mente o objetivo da atuação estatal, que é o de melhorar as condições de vida da população, mantendo competitivo seu sistema econômico e garantindo o acesso de todos aos elementos básicos da vida em sociedade (moradia, saúde, educação, entretenimento).

Dessa forma, requisitos devem ser impostos aos agentes econômicos que pretendam usufruir dessas medidas de incentivo, constituindo um bom exemplo a legislação da Índia que, ao admitir regimes fiscais preferenciais e subvenções diretas, exige certos valores mínimos de investimento por parte da iniciativa privada.

No mesmo plano, ressalte-se a legislação de China e Israel, que impõem condições para a fruição de tais vantagens, como o investimento mínimo e o número de empregados.

⁶⁹¹ Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 559.

⁶⁹² “India also is providing capital subsidies for capital-intensive high-tech manufacturers. Companies that establish semiconductor, data storage, LCD, plasma monitor and other high tech manufacturing operations in India can qualify for a 20 percent capital subsidy over a ten-period. Companies that set up in a SEZ would be entitled to the applicable tax benefits as well. A semiconductor company would have to make a minimum investment of \$ 550 million and other operations would have to make a minimum investment of \$ 220 million. If a company locates outside a SEZ, the subsidy is increased to 25 percent.” Cf. RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 565.

Exemplo inverso é notado na Indonésia, que, ao adotar um modelo de descentralização fiscal, acabou dando pouca importância à responsabilidade fiscal, gerando *déficits* sucessivos⁶⁹³. Além disso, o *status* daquele país é marcado por problemas de corrupção, que acaba auxiliando na concessão de incentivos discriminatórios e prejudiciais à concorrência e às finanças públicas, e, também, pelas transferências intergovernamentais, que prejudicam as finanças e geram ineficiências econômicas⁶⁹⁴.

O Brasil tem exemplos positivos e negativos na concessão de tais medidas de estímulo. Os positivos podem ser notados no desenvolvimento da atividade industrial, das exportações e do turismo, principalmente em regiões menos evoluídas, como o nordeste. Os negativos, por sua vez, foram notados em todo o país quando a concessão de vantagens não respeitava a transparência, a isonomia e era marcada pela corrupção e pela “ajuda política” dos mais poderosos. Isso era visto, principalmente, no âmbito da SUDENE e da SUDAM, que, até alguns anos atrás, não possuía o grau necessário de controle e fiscalização. E como consequência, o Estado brasileiro acabou financiando o lucro privado sem benefícios ao sistema econômico, ao mercado e à sociedade como um todo, aí sim distorcendo a concorrência e a alocação de recursos.

Provavelmente por essa razão, e depois de medidas de controle provocadas por autoridades públicas e bem aceitas pelo Poder Judiciário, a concessão de tais medidas de cunho incentivador passou a se sujeitar a um maior controle, inclusive com a evolução da legislação, como se observa da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Legislação Orçamentária das entidades federativas, tal qual demonstrado pela União, através da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que faz publicar, anualmente, o valor das subvenções outorgadas, independentemente da espécie adotada.

Internacionalmente, algumas medidas brasileiras têm sido elogiadas, como o SIMPLES, que, na visão, por exemplo, do *Brazil Tax Guide*, acabou aumentando a produtividade, o emprego formal e a eficiência no controle e fiscalização dos contribuintes, diminuindo os custos da tensão com o governo⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Cf. ALFIRMAN, Luky. *Essays on Indonesian taxation, inefficiency, and corruption*. 2004. Tese (Doutorado) - Departamento de Economia, Universidade do Colorado, Colorado. p. 76.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 108-109.

⁶⁹⁵ BRAZIL TAX GUIDE. Washington: International Business Publications, 2005. p. 129.

No entanto, as principais críticas à realidade brasileira se referem à falta ou à pequena coordenação entre as unidades federativas em suas políticas públicas⁶⁹⁶⁻⁶⁹⁷, o que acaba afetando o gasto público, tornando-o muitas vezes ineficientes. Põe-se em risco, ainda, uma série de mecanismos que poderiam auxiliar na correção dos problemas do sistema econômico, como as próprias subvenções. Em outras hipóteses, prejudica-se a livre iniciativa e a livre concorrência, seja por mecanismos ineficientes, seja por verdadeira omissão estatal.

3.11 EXAME DE CASOS CONCRETOS E ALGUMAS PONDERAÇÕES PERTINENTES

A análise de casos concretos do sistema brasileiro servirá apenas para relacionar os aspectos teóricos à realidade pragmática, não se prestando a enfrentar questões técnicas de cada tributo ou regime tributário, mas apenas confrontá-los com os tratados internacionais.

Reitere-se, por oportuno, que esse trabalho leva em consideração um conceito bem abrangente de subsídio, valendo-se de orientações já consolidadas na doutrina brasileira e internacional. Ou seja, na esteira do pensamento, dentre outros, de Guilherme Cezaroti:

Esta contribuição financeira pode assumir a forma de:

- i) transferência direta de fundos, v.g., empréstimos subsidiados, doações ou aportes de capital, ou transferência potencial de fundos, v.g., a garantia de empréstimos; ou
- ii) renúncia de receitas fiscais, v.g., mediante a concessão de incentivos fiscais; ou
- iii) fornecimento e/ou aquisição de bens ou serviços, bem como colocação à disposição de infra-estrutura; ou
- iv) qualquer forma de apoio acima descrita, realizada por uma instituição particular por determinação governamental.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 16 et seq.

⁶⁹⁷ “One of the main criticism made to the Brazilian federative structure is the little coordination between the government spheres. In general, all collection entities act on the citizen’s same contributive capacity, who must provide information, collect taxes and follow up the legislative modifications of the three government levels. By virtue of the stressed federative autonomy, Brazil did not develop a standard system of fiscal records and documents, payment data or file. The complexity of legislation and the multiplicity of tax administrations became a factor that was substantially burdensome for the taxpayers, especially the small ones, thus becoming an inducer of tax evasion. The lack of integrated database renders fragile fiscal controls as well as renders difficult joint actions. Nevertheless, in view of these problems, the government recently implemented some actions aimed at improving tax administration in the country.” BRAZIL TAX GUIDE, op cit., p. 48.

⁶⁹⁸ Cf. CEZAROTI, Guilherme. Subsídios e incentivos fiscais: uma visão a partir do Tratado da OMC. In: MAGALHÃES Marcelo; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.) *Tributação, justiça e liberdade: homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 239-240

Também a partir do registro de Guilherme Cezaroti, nota-se que a OMC estabeleceu três categorias de subsídios específicos que não podem ser impugnados: i) subsídios para pesquisa básica, em algumas condições; ii) assistência para adaptação de instalações já existentes a novos parâmetros de proteção do meio ambiente, também em certas condições; e iii) subsídios para o desenvolvimento de indústrias em regiões desfavorecidas, “(com renda *per capita* não superior a 85% da renda *per capita* nacional ou taxa de desemprego 10% superior à média do país), desde que esses subsídios não se direcionem a empresas ou indústrias específicas dentro da região.”⁶⁹⁹

Lembre-se que o ASMC (Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), da OMC, veda quaisquer contribuições financeiras de um governo e/ou de entidades públicas para a concessão de vantagens a uma determinada empresa, grupo empresarial e/ou até a um ramo específico da indústria (produção), consistem subsídios, representados por determinada vantagem (*benefit*) que inexistiria naturalmente no exercício da atividade econômica. Em outros dizeres, a prática dos subsídios específicos, no âmbito das relações internacionais, é vedada pela OMC e a sua violação acarreta a instauração de um processo internacional e a imposição, pelos países prejudicados, de medidas compensatórias, de defesa comercial, que visam a equilibrar a relação de concorrência entre os países envolvidos.

E somente os subsídios específicos é que estão submetidos à disciplina da OMC, sendo considerados condenáveis, já que somente eles, na forma da regulamentação internacional, acarretam distorções no mercado. Considera-se o subsídio como específico, vale dizer, quando é restrito a uma empresa ou a um grupo de empresas e/ou a um setor ou grupo específico de setores, e/ou, ainda, quando é deferido apenas a empresas de determinada região.

Por outro lado, é importante lembrar que o capital estrangeiro, depois de introduzido no sistema econômico brasileiro, passa a se submeter ao mesmo disciplinamento do nacional, conforme dispõe a Lei Federal nº 4.131/62:

Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas

⁶⁹⁹ Ibid., p. 235.

desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

E na esteira das concepções da OCDE (Código de Conduta sobre a regulação da circulação de capitais), deve-se ponderar que, para o fim de se caracterizar o capital estrangeiro como investimento, os requisitos seguintes devem ser verificados: i) intenção de permanência; e ii) influência no controle⁷⁰⁰.

Diante do que estabelece a lei brasileira, certas transferências de recursos não gozam da configuração como investimento, como ocorre com algumas aplicações realizadas no mercado financeiro, aos quais faltam a noção de permanência⁷⁰¹. E sem que seja considerado investimento estrangeiro, o capital terá outra disciplina jurídico-tributária, vale dizer.

Cumpra, nessa fase, relacionar alguns mecanismos instituídos no Brasil e a regulamentação internacional.

3.11.1 Crédito-prêmio de IPI⁷⁰²

Um incentivo instituído na década de 60, na forma de restituição de créditos tributários federais, se tornou figura pontual no âmbito das discussões judiciais no país. Tratava-se do crédito-prêmio de IPI, inserido no ordenamento por meio do Decreto-lei n.º 491, de 5 de março de 1969, beneficiando as empresas fabricantes exportadoras de produtos manufaturados⁷⁰³.

⁷⁰⁰ Cf. RIBEIRO, Eduardo Teixeira. *O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil*, p. 381. Afirma o autor que devem ser observados, também, os seguintes elementos: “(i) deve ser propriedade de não-residente, provindo do exterior (trânsito entre fronteiras), (ii) há que ter uma destinação econômica, vinculada à produção de riqueza, (iii) possuir intenção de permanência e (iv) seu ingresso deve ser efetivo (a não ser no reinvestimento) e desvinculado, ou seja, não deve haver uma contraprestação de pagamento para sua entrada.”

⁷⁰¹ Ibid., p. 382. Cita o autor decisão do TRF da 1ª Região, nos autos da Apelação n. 89.01.21.744-9-DF, da qual se extrai a afirmação no sentido de que “O capital estrangeiro é aceito com o objetivo de incrementar a produção econômica do nosso país e não o jogo pernicioso, e só lucrativo a quem joga, nas bolsas, e faz aplicações especulativas no mercado imobiliário e financeiro”.

⁷⁰² Cf. TROIANELLI, Gabriel Lacerta. *Crédito-prêmio de IPI*. São Paulo: MP, 2008. O estudo do Crédito-Prêmio de IPI, nesse trabalho, dar-se-á apenas sob o aspecto da regulamentação internacional, não lhe interessando a vigência da sua norma instituidora, objeto alheio ao tema central desta exposição.

⁷⁰³ “Art. 1.º - As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.

O que importa para o âmbito delimitado desse estudo é o objetivo do incentivo fiscal deferido e seus efeitos no comércio exterior, ou seja, se poderia a medida concedida estar contrariando tratados de livre comércio. Para tanto, cumpre, inicialmente, asseverar que se for o incentivo de natureza específica, estaria, *a priori*, violando o tratado da OMC quanto aos subsídios, porquanto se trataria de medida ilegítima de intervenção sobre o processo econômico.

Surgido num contexto de profundas alterações na economia brasileira, o dito incentivo, como aduz Gabriel Lacerta Troianelli, pretendeu fomentar a substituição das importações de bens de consumo e capital por meio de uma produção própria, e, “num segundo momento, tentar exportar esses bens industrializados, que, então incapazes de concorrer com as grandes economias industriais sob o aspecto da qualidade, tinham como único meio de aceitação no mercado externo a oferta desses bens por preços que os fizessem competitivos.”⁷⁰⁴

Essa preocupação com o crescimento das exportações foi também objeto de registro por parte de Mizabel Derzi:

A exportação brasileira de manufaturados foi incrementada não só por meio da não-incidência dos impostos aduaneiros, sobre produtos industrializados e sobre operações de circulação de mercadorias, com manutenção dos créditos gerados nas etapas de produção ou operações mercantis anteriores, mas também foi isento todo o lucro advindo da exportação de produtos em geral, que constassem da relação aprovada pelo Ministério da Fazenda.

Finalmente, além dos incentivos apontados, instituíram-se prêmios de exportação e prêmios de câmbio como bonificações em dinheiro, que integravam a receita de exportação de produtos incentivados.⁷⁰⁵

Caracterizava-se, assim, uma ajuda estatal na formação de preços dos bens colocados no mercado internacional, isto é, verdadeira intervenção no comércio internacional,

§ 1.º - Os créditos tributários acima mencionados serão deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre as operações no mercado interno. § 2.º - Feita a dedução, e havendo excedente de crédito, poderá o mesmo ser compensado no pagamento de outros impostos federais, ou aproveitado nas formas indicadas por regulamento.”

⁷⁰⁴ Continua o autor, que tem se dedicado ao tema de forma especial: “Como se vê, o incentivo da exportação de manufaturas significava não apenas uma tentativa de aumentar o nível das exportações, mas também de diversificar as atividades de países tradicionalmente rurais que passariam a exportar, além dos produtos agrícolas, ou minerais tradicionais, produtos industriais, manufaturados, operando, assim, em todo o campo da produção econômica de bens.” Cf. TROIANELLI, Gabriel Lacerta. *Crédito-prêmio de IPI*. São Paulo: MP, 2008. p. 24.

⁷⁰⁵ Cf. DERZI, Mizabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 235.

ocasionando a diminuição, por meio de subvenção indireta, dos custos de produção das empresas nacionais.

Dedicando-se ao assunto, sustenta Heleno Taveira Tôrres que o crédito-prêmio de IPI não é espécie de subsídio na forma do *GATT*, mas uma decorrência de princípio aplicável ao IPI, previsto constitucionalmente. Seria a não-cumulatividade, que admite a dedução dos custos fiscais na apuração do *quantum* do crédito devido. Segundo o autor, o crédito-prêmio é “amparado sob a evidência de confirmação de garantia da não-cumulatividade em todos os seus termos, aliada àquela exigência de tributação pelo regime de ‘destino’, que se deve entender a lógica que preside o regime do chamado ‘crédito-prêmio’, que tem sempre menos de ‘prêmio’ e mais de ‘crédito’, em confirmação de anseios constitucionais. [...] Nenhum ‘favor’ ou ‘privilégio’, portanto.”⁷⁰⁶

Em suas conclusões, depois de analisar o regime de controle dos subsídios proibidos e acionáveis, Heleno Tôrres arremata que “verificamos que em nada seu regime jurídico toca-se com os requisitos acima indicados como suficientes para definir a ‘especificidade’ do subsídio, única condição para justificar o emprego de medidas de controle”, e isso “porque não está limitado a determinadas empresas, localizadas dentro de uma região geográfica do país, na medida em que se aplica a todas as empresas que produzam bens destinados à exportação, além daquelas que lhes foram equiparadas, como as *tradings*.”⁷⁰⁷

Sendo assim, na tese do autor citado, se submeteria ao controle internacional o crédito-prêmio se: i) fosse específico para um grupo de empresas, ou a um ramo qualquer; ii) fosse concedido sob certas condições; iii) se limitado a certas empresas no interior de uma região do país.

Destaca Tôrres, ainda, o Decreto nº. 1.751, de 1995, que regulamentou o ASMC, e que estabelece os critérios dos subsídios específicos, em harmonia com o texto do acordo internacional da OMC⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. Parecer. In: *Crédito-Prêmio de IPI*. São Paulo: Manole, 2004. p. 167.

⁷⁰⁷ *Ibid.* p. 203.

⁷⁰⁸ Está assim redigido o Decreto em questão: “[...] Art. 4º Para os fins deste Decreto, considera-se que existe subsídio quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir: I - haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou II - haja contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportador, denominado a partir daqui “governo”, nos casos em que: a) a prática do governo implique transferência direta de fundos (doações, empréstimos, aportes de capital,

No caso sob análise, portanto, a conclusão é de que o referido incentivo é uma forma de fomentar a exportação e industrialização, intervindo, pois, sobre o processo econômico. Trata-se, sem dúvidas, de medida inserida no conceito amplo de subsídio/subvenção. Todavia, em concordância com os pontos suscitados por Heleno Tôrres, não é subsídio específico, e, por essa razão, não se choca com a regulamentação da OMC, na medida em que é amplo a qualquer região do país, a atividades do setor de indústria-exportação, não se limitando a um grupo de empresas ou a uma região qualquer. Ou seja, o incentivo é legítimo do ponto de vista internacional, não obstante seja dever o reconhecimento das limitações internacionais à soberania fiscal do Estado brasileiro⁷⁰⁹.

entre outros) ou potenciais transferências direta de fundos ou obrigações (garantias de empréstimos, entre outros); ou b) sejam perdoadas ou deixem de ser recolhidas receitas públicas devidas (incentivos fiscais, entre outros), não sendo consideradas como subsídios as isenções, em favor dos produtos destinados à exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados ao produto similar quando destinados ao consumo interno, nem a devolução ou abono de tais impostos ou taxas, desde que o valor não exceda os totais devidos, de acordo com Artigo XVI do GATT/1994 e os Anexos I e III do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; ou c) o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados à infra-estrutura geral, ou quando adquiria bens; ou d) o governo faça pagamentos a um mecanismo de fundo, ou instrua ou confie à entidade privada a realizar uma ou mais das funções descritas nas alíneas anteriores, as quais seriam normalmente incumbência do governo, e cuja atuação não difira, de modo significativo, da prática habitualmente seguida pelos governos. Parágrafo único. O termo "produto similar" será entendido como produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se está examinado, ou, na ausência de tal produto, outro que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto em consideração. [...] Art. 5º Para os fins deste Decreto, um subsídio, como definido no artigo anterior, será denominado acionável, sujeito a medidas compensatórias, se o mesmo for específico, com exceção daqueles previstos nos arts. 11, 12 e 13. Art. 6º Um subsídio é específico quando a autoridade outorgante, ou a legislação pela qual essa autoridade deve reger-se, explicitamente luminar o acesso ao subsídio a uma empresa ou indústria, ou a um grupo de empresas ou indústrias, dentro da jurisdição daquela autoridade, aqui denominadas de "determinadas empresas". § 1º Não ocorrerá especificidade quando a autoridade outorgante, ou a legislação pela qual essa autoridade é regida, 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, estipulados em lei, regulamento ou outro ato normativo, sejam estritamente respeitados e se possa proceder à sua verificação. § 2º A expressão "condições ou critérios objetivos" significa condições ou critérios imparciais que não favoreçam determinadas empresas em detrimento de outras e que sejam de natureza econômica e de aplicação horizontal, como número de empregados ou dimensão de empresa. § 3º Nos casos em que não haja, aparentemente, especificidade nos termos dos §§ 1º e 2º, mas haja razões que levem a crer que o subsídio em consideração seja de fato específico, poder-se-ão considerar outros fatores, como uso de um programa de subsídio por um número limitado de determinadas empresas, uso predominante de um programa de subsídios por determinadas empresas, concessão de parcela desproporcionalmente grande do subsídio apenas a determinadas empresas e o modo pela qual a autoridade outorgante exerceu seu poder discricionário na decisão de conceder um subsídio. [...] Art. 7º Será específico o subsídio que seja limitado a determinadas empresas, localizadas dentro de uma região geográfica situada no interior da jurisdição da autoridade outorgante. Parágrafo único. Não será subsídio específico a instituição de tributos ou a alteração de alíquotas genericamente aplicáveis a toda e qualquer nível de governo com competência para fazê-lo. [...]"

⁷⁰⁹ Concorda-se, invariavelmente, com a argumentação de CEZAROTI, Guilherme. "Os subsídios às exportações continuam permitidos apenas para os países menos adiantados e para aqueles em desenvolvimento com renda *per capita* inferior a US\$ 1.000,00, mas devem ser eliminados em oito anos se o país tornar-se competitivo, ou seja, com participação igual ou superior a 3,25% do mercado mundial de determinado produto durante dois anos civis consecutivos. [...] Quando os países firmam tratados internacionais sujeitando-se a limitações sobre a faculdade de instituir tributos e firmando regras sobre distribuição de competências, estão concordando não só em limitar sua competência sobre os tributos que gravam diretamente as importações e as exportações, mas também sua competência sobre os tributos internos, para evitar que venham a ser utilizados como instrumentos que impeçam a livre circulação de bens e serviços importados. Dessa forma, os países estão concordando em

3.11.2 Redução (alíquota zero) de IOF em operações internacionais

A atribuição de incentivo no que pertine ao IOF, para a atração de investimentos no mercado de capitais, ao contrário do caso anterior, pode constituir violação ao princípio da não-discriminação tributária. E isso na medida em que trata de forma desigual sujeitos passivos que pratiquem o mesmo negócio, privilegiando o estrangeiro em relação ao residente.

Instituídos alguns incentivos em 2008, por meio do Decreto nº. 6.613, o que se observa é a redução de alíquotas do imposto federal para auxiliar o mercado de capitais, atraindo investimentos de outros países. Há, nesse contexto, a redução de alíquotas, até zero, em situações como: i) liquidações de operações de câmbio para o exterior; ii) liquidações de operações com juros sobre o capital próprio para investidores internacionais; iii) na captação de recursos de fora para o país, a partir de 23 de outubro de 2008.

Não obstante se trate de medida legítima sob a ótica da atração de investimentos, acaba contrariando a noção de não-discriminação, princípio dos tratados de livre-comércio, base da teoria da integração dos países, gerando uma desigualdade de tratamento.

Note-se que situação símile foi condenada pela OMC quando da adesão da China, em 2001, aos seus quadros, impondo àquele país a mudança de tratamento no que diz respeito aos incentivos às empresas residentes. Ou seja, a China acabou equalizando o tratamento entre residentes e estrangeiros⁷¹⁰.

limitar também sua competência no que diz respeito à utilização de tributos como instrumento de política comercial, uma vez que estão assumindo o compromisso de o fazer ou de o fazer dentro de parâmetros bem definidos.” Cf. CEZAROTI, Guilherme. Subsídios e incentivos fiscais: uma visão a partir do Tratado da OMC. In: MAGALHÃES Marcelo; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). Tributação, justiça e liberdade: *homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 239 et seq.

⁷¹⁰ “China Adjusts Tax System for WTO Entry - The Chinese government is accelerating the process of amending and perfecting its taxation system for its pending accession to the World Trade Organization (WTO). According to Xiang Huaicheng, Minister of Finance, the on-going national meeting of fiscal affairs in Beijing, China will equalize tax treatment for both Chinese and overseas companies. The country will adopt uniform rates of corporate income tax, tax on using cultivated land and tax on transport vehicles so as to give national treatment to foreign investors. The Ministry of Finance is increasing its efforts to streamline tax incentives for foreign companies that are due to expire this year. The ministry is working on developing a management system that will assess the efficiency and control the size of tax incentives. The ministry said that China will levy consumption tax on a wider variety of consumer goods, especially luxury goods and goods that harm the environment. China will also readjust the rates of consumption taxes so as to form a "reasonable" average level of tax rates, according to the ministry. For example, the country will change the method of calculating taxable prices of tobacco and alcohol products so as to plug in loopholes in tax collection. According to the Ministry of Finance, China is accelerating the development of a nation-wide information network that will trace the personal

Não deve, entretanto, haver a constituição de um *panel* em face de que tal incentivo interessa aos não-residentes, isto é, quem deve discutir a discriminação de tratamento é o residente, diretamente no Poder Judiciário.

3.11.3 PIS e COFINS sobre importações

Através da Lei Federal nº. 10.865, de 2004, foram instituídas, em verdade, novas contribuições sociais, nada obstante relativas à mesma destinação (PIS e COFINS), incidindo sobre a importação de bens e serviços⁷¹¹.

A incidência sobre as importações, entretanto, acabou constituindo ofensa à não-discriminação, na medida em que não garantiu aos signatários dos acordos multilaterais (*GATT* e *GATS*, por exemplo), o mesmo tratamento tributário dos residentes, impondo-lhes ônus superior, o que é contrário ao livre comércio entre as nações.

Verifica-se, pois, ofensa tanto ao *GATT* quanto ao *GATS*, porquanto estes privilegiam a isonomia de tratamento entre residentes e não-residentes quando praticadas operações símiles. É, destaque-se, o que Heleno Taveira Tôrres também comenta:

incomes and large-sum payments made by individual residents. It will also adopt a new set of staggered rates for income tax, raising the tax rate for high-income earners. At the same time, the country will put in place scientific methods of tax collection in order to prevent tax evasion. In order to facilitate the re-organization of State-owned enterprises (SOEs), the Chinese government will formulate a set of rational fiscal and tax policies to encourage the SOEs to shed old burdens and adapt themselves to international competition.” Disponível em <http://english.peopledaily.com.cn/english/200012/15/eng20001215_57853.html>. Acesso em: 18 dez. 2008, 22:43.

⁷¹¹ Consta no texto legal: “**Art. 1º.** Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º. § 1º Os serviços a que se refere o caput deste artigo são os provenientes do exterior prestados por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, nas seguintes hipóteses: I - executados no País; ou II - executados no exterior, cujo resultado se verifique no País. § 2º Consideram-se também estrangeiros: I - bens nacionais ou nacionalizados exportados, que retornem ao País, salvo se: a) enviados em consignação e não vendidos no prazo autorizado; b) devolvidos por motivo de defeito técnico para reparo ou para substituição; c) por motivo de modificações na sistemática de importação por parte do país importador; d) por motivo de guerra ou de calamidade pública; ou e) por outros fatores alheios à vontade do exportador; II - os equipamentos, as máquinas, os veículos, os aparelhos e os instrumentos, bem como as partes, as peças, os acessórios e os componentes, de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno pelas empresas nacionais de engenharia e exportados para a execução de obras contratadas no exterior, na hipótese de retornarem ao País.”

Em desfavor das indigitadas contribuições, pelo seu conflito com o inteiro teor dos artigos III e VII do GATT 1994, devem-se analisar as disposições da Lei n. 10.865/04 em relação ao princípio da não-discriminação, ou do tratamento nacional, e bem assim do regime de apuração da base de cálculo do imposto de importação, nos moldes do Acordo de Valoração Aduaneira.

[...]

Segundo o princípio do tratamento nacional, ou da não-discriminação de tratamento fiscal, plenamente consagrado inclusive na nossa Jurisprudência, como se vê das Súmulas n. 20 e n. 71 do STJ, os produtos originários de qualquer um dos Estados signatários do acordo gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerte a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno.⁷¹²

Dessa forma, são discutíveis ambas as contribuições sobre as importações de bens e serviços, desde que o interessado seja proveniente de qualquer dos países signatários do *GATT* ou *GATS*⁷¹³. A base da discussão, pois, é a não-discriminação ou o tratamento nacional dos negócios internacionais, elemento-chave do livre comércio e maior fundamento da celebração de tratados internacionais.

3.11.4 Isenção de Imposto de Renda aplicável aos estrangeiros em Fundos de Investimento em Participações (FIP's)

Em 2006, através da Lei n.º. 11.312, foi instituída isenção de imposto de renda aplicável aos investimentos estrangeiros em Fundos de Investimento em Participações. No âmbito deste estudo, o que importa, exclusivamente, é se a isenção tributária outorgada está em consonância com os princípios do comércio exterior, especialmente aqueles corolários da isonomia (não-discriminação e neutralidade).

Veja-se que, num primeiro momento, pode-se ter a impressão de um tratamento tributário desigual, de fato discriminatório em relação ao nacional, o que foi duramente criticado na doutrina. Nesse sentido, sustentou Harada o seguinte:

⁷¹² Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. Base de cálculo do imposto de importação e o acordo de valoração aduaneira. In: *Comércio internacional e tributação*. p. 252-253.

⁷¹³ A discussão da questão abrange, também, a base de cálculo, que deveria observar o Acordo de Valoração Aduaneira, prevista no *GATT* e devidamente regulamentada no Brasil. Há, então, outro argumento que constitui objeto de discussão perante o Judiciário. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em face do exame do Recurso Extraordinário n.º. 559.607/SC, resolveu decretar a repercussão geral.

É curioso notar que a proposta apresentada pelo Sr. Ministro da Fazenda torna o estrangeiro residente no exterior mais igual do que aquele residente em nosso País. Na forma do art. 5º da Constituição, a igualdade assegurada diz respeito aos brasileiros e aos estrangeiros **residentes no País**. É estranha essa inversão em que o brasileiro tenha que continuar lutando para obter idêntico benefício outorgados ao estrangeiro. Deveria ser o contrário, pois, afinal de contas, o Brasil é do brasileiros.⁷¹⁴

Evidentemente, é interesse do país a atração de capitais e de investimentos. No entanto, atribuir a estrangeiros benefícios que não se aplicam aos brasileiros é admitir um tratamento discriminatório⁷¹⁵ que não condiz com os princípios da tributação, muito menos na seara internacional. Afasta-se, *in casu*, o incentivo da igualdade que deve nortear o mercado, tratando-se de forma análoga o investidor, seja ele brasileiro ou estrangeiro.

Entretanto, há uma regra na lei que modifica toda a questão. Trata-se da exceção contida no art. 1º., que assim está redigido:

Art. 1º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos definidos nos termos da alínea *a* do § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, **exceto em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento)**. (Grifos acrescidos).

Em outros dizeres, evidencia-se que a isenção tributária não se aplica no caso de sujeitos passivos do imposto residentes em paraísos fiscais ou em países com tributação inferior a 20%. Isso significa que a lei pretende imprimir neutralidade na tributação sobre o investimento, evitando que haja a múltipla incidência do imposto de renda sobre o ganho financeiro.

⁷¹⁴ Cf. HARADA. Kyoshi. *Medida Provisória nº 281. Isenção de capital estrangeiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8050>>. Acesso em: 23 dez. 2008, 21:14.

⁷¹⁵ Considere-se a lição de Victor Uckmar, ao relacionar a igualdade da tributação aos critérios da generalidade, da uniformidade e da abolição de privilégios. Segundo o professor italiano, há dois possíveis sentidos para a igualdade nas relações fiscais: i) o sentido jurídico propriamente dito, como “paridade de posição, com exclusão de qualquer privilégio de classe, religião, raça, de modo que os contribuintes que se encontrem em idênticas situações sejam submetidos a idêntico regime fiscal;” e ii) o sentido econômico, como dever de contribuir aos encargos públicos em igual medida, “entendida em termos de sacrifício, isto é, [...] em relação à capacidade contributiva dos indivíduos.” Cf. UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67. Tradução de Marco Aurélio Greco.

Esse elemento, contido na exceção da lei incentivativa, acaba modificando a tônica da temática, porquanto acaba mantendo competitivo o investimento financeiro no Brasil, a par de admitir certa compensação pela tributação do aplicador no seu país de residência.

Entretanto, cumpre que se imponha uma crítica, uma vez que a lei pode se aplicar as outras situações não contempladas na exceção. E assim ocorrendo, acabará, de um lado, atraindo o investimento, mas, por outro, tratando de forma desigual e, portanto, discriminatória o nacional em face do estrangeiro.

Sob a ótica da neutralidade da tributação, evita-se o afastamento do capital, do investimento financeiro. Sob a ótica da ordem econômica, entretanto, pode se estar diante de violação à livre iniciativa e à livre concorrência, na medida em que a isenção pode, eventualmente, desincentivar o agente econômico nacional a concorrer no mercado em certas atividades.

Note-se que não há uma resposta objetiva no caso deste exemplo. A situação, como não poderia ser diferente, revela a dinâmica do tema, aliado à árida interdependência entre tributação e ordem econômica.

Convém ponderar-se, ainda, acerca do possível empobrecimento fiscal do Estado brasileiro enquanto outorga incentivos a estrangeiros, financiando, em parte, o lucro do investidor e não estendendo o mesmo tratamento ao nacional. Isso implica em consequências nefastas para o nacional, na medida em que a tributação lhe retirará parte de seus recursos, que poderiam ser reinvestidos no país, com a criação de empregos, de renda, de investimentos produtivos.

Nada impede que o Estado conceda incentivos ao crédito internacional. Porém, restringir esses mecanismos ao estrangeiro é andar na contramão do Estado forte que deve regular as operações internacionais, pois: i) primeiramente, acaba incentivando a prática de planejamentos tributários, com a constituição, no exterior, de empresas por brasileiros, como ocorria na China; ii), por conseguinte, acaba entrando no jogo das forças econômicas do mercado global, que acabam obrigando os Estados a migrarem a tributação sobre o capital para as atividades produtivas e sobre o emprego, aumentando a desigualdade econômica e social e piorando a regressividade fiscal; iii) acaba prejudicando o poder econômico dos

nacionais frente aos estrangeiros, incorrendo em grave erro sob a ótica dos princípios da ordem econômica, especialmente quanto à soberania nacional (que é, como visto, econômica), livre iniciativa e livre concorrência, busca do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais. Um investidor de regiões pobres acaba ficando mais pobre, dificultando sua atividade e, possivelmente, tornando-a mais frágil no contexto da concorrência internacional. Viola-se, é evidente, a capacidade contributiva⁷¹⁶, princípio norteador de qualquer sistema tributário que pretenda ser ótimo.

Assim sendo, a não ser nos casos contidos na exceção da lei isentiva do imposto federal, o tratamento desigual pode estar contrariando a ordem econômica, tratando diferentemente agentes de uma mesma atividade econômica, o que evidenciaria ofensa às liberdades do mercado (livre iniciativa e livre concorrência).

Por analogia, poderia ser suscitada, no caso, a tese do entendimento, em verdade já consagrado no Brasil, de que é inviável o tratamento tributário diferenciado (alíquotas diferenciadas) entre produtos brasileiros e estrangeiros (não-discriminação – aspecto do tratamento nacional)⁷¹⁷.

⁷¹⁶ “No plano jurídico-positivo, a conceituação de capacidade contributiva reporta-se a um sujeito com direitos e obrigações fundamentados na legislação tributária em vigor, que definirá a capacidade e o âmbito de atuação; já no plano ético-econômico, o conceito do princípio se relaciona com a aptidão de o sujeito suportar ou ser destinatário de tributos, observados o volume de recursos do sujeito e a necessidade de tais recursos; por fim, no nível técnico, a capacidade contributiva se dirige aos sujeitos que constituam unidades econômicas de posse e de emprego de recursos produtivos ou de riqueza e que sejam facilmente identificáveis pela Fazenda Pública como suscetíveis de imposição e que estejam em estado de solvência presumidamente suficiente para suportar o tributo. [...] Pelo sentido do princípio ora examinado, como norma relacionada à própria isonomia, não pode o Estado tratar desigualmente agentes econômicos que apresentem a mesma capacidade de contribuir com o Estado, a não ser que se verifiquem critérios de diferenciação, como aqueles já apontados no tópico anterior, inclusive conforme vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Seriam critérios racionais de diferenciação, portanto, a natureza das atividades econômicas e o local de seu exercício.” Cf. ELALI, André. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Mackenzie, São Paulo, 2006. p. 114 et seq.

⁷¹⁷ Nesse sentido: STF - **RE 471101/DF – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 24/11/2005; RE 300114/SP – Rel. Carlos Velloso – j. 20/04/2004**. Com a mesma argumentação, cf. o seguinte entendimento: “ALÍQUOTAS DIFERENTES – VEÍCULO IMPORTADO – IMPOSSIBILIDADE – 1. Tributário. IPVA. Carros nacionais e importados. Art. 5º da Lei nº 948/85, não recepcionado pela Constituição Federal, cujos arts. 150, II, e 152, ao consagrarem o Princípio da Isonomia Tributária, não fazem qualquer restrição relativa à procedência e destino dos bens sobre os quais deva o princípio ser aplicado. 2. O Brasil é signatário do GATT e, por isso, não pode distinguir, para efeito de pagamento do IPVA, entre automóveis de procedência nacional e estrangeira. 3. Unificação da alíquota para ambos, pois a diferença de origem entre esses carros já desapareceu, no momento em que se pagou o imposto de importação. 4. Entendimento jurisprudencial do Egrégio STF, no sentido de que o tratamento desigual significa apenas uma nova tributação pelo fato gerador do imposto de importação, pois nenhuma diferença pode ser admitida em relação à conservação de vias.” (TJRJ – AC 6.398/1998 – (Ac. 06101999) – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Júlio César Paraguassu – J. 01.07.1999).

3.12 SÍNTESE DO CAPÍTULO TERCEIRO

A. A tentativa de regulação internacional da concorrência fiscal se deu por várias causas diferentes, destacando-se: a. 1.) no âmbito geral, pelo avanço da transnacionalização das empresas (globalização econômica), e em face da preocupação dos países desenvolvidos com a mobilidade do capital e com a diminuição de suas receitas tributárias, diante, principalmente, dos paraísos fiscais; e a. 2.) no âmbito da União Européia, em face de ser a disputa entre países contrária à base do mercado comum, isto é, por ser a harmonização fiscal o fundamento da integração entre os países-membros.

B. As manifestações da OCDE receberam em todo o mundo severas críticas em face de não considerarem as diferenças econômicas e sociais com relação aos países menos desenvolvidos (em desenvolvimento e subdesenvolvidos), que não poderiam, obviamente, adotar políticas semelhantes às das potências mundiais. Também houve críticas em face de serem membros da organização dois países considerados *tax havens* (Suíça e Luxemburgo), gerando uma incoerência no plano de seus discursos.

C. No âmbito da OMC, a regulação visa a evitar a interferência dos países no livre comércio. Apesar de admitir-se a concessão de incentivos, que são, nesse âmbito, rotulados de subsídios, veda-se a discriminação e a especificidade (para empresa, setor, grupo de empresas), que beneficiem o nacional em face do estrangeiro ou quando causem dano à indústria de outro Estado-membro. Várias decisões do OSC demonstram a efetividade de seu controle, mesmo diante de países mais fortes como os EUA (caso *FSC*, por exemplo).

D. Na União Européia é onde se destaca de forma mais preponderante o controle dos incentivos. A legislação comunitária (Tratado) estabelece a disciplina do Auxílio de Estado – *State Aid*. Ademais, a edição do Código de Fiscalidade das Empresas também visou ao controle de incentivos que possam interferir no mercado comunitário. Em geral, houve avanços no controle do *State Aid* por se tratar ele da base do funcionamento do mercado ali existente. Há, entretanto, várias discussões em torno de incentivos concedidos por praticamente todos os países-membros, com a adoção de sanções por parte das autoridades da União Européia (Comissão e Tribunal de Justiça).

E. Como visto, são similares o *State Aid* e os subsídios em termos de serem ambos fornecidos pelos governos, atribuindo vantagem ao beneficiário e sendo controlados ambos pela noção de seletividade. Ambos os regimes se aplicam aos tributos e, em especial, aos impostos.

F. As diferenças, de acordo com o estudo do regime de cada um deles, são indicadas a partir do conceito de proibição, que varia; da não-inclusão dos serviços no âmbito das vedações de subsídios (e isso porque é dirigida a vedação pelo *GATT* e não pelo *GATS*, apesar de alguns autores entenderem de forma diversa), e, ainda, pelo que a literatura denomina de *Market Investor Principle*, já que sob o instituto de auxílios de Estado o governo pode atuar tanto como mero regulador como na forma de um investidor privado, princípio que não foi implementado pela OMC.

G. No plano do Mercosul e do Nafta, as dificuldades são diferentes. No primeiro, nota-se a pouca efetividade das suas normas em decorrência de ser uma união aduaneira marcada por imperfeições. No segundo, as dificuldades se originam, sobretudo, do protecionismo norte-americano e da constante concessão de incentivos por todos os membros e da celebração de tratados bilaterais que podem, caso a caso, causar incoerências ao disciplinamento geral.

H. O Estado brasileiro, por dever constitucional, deve promover o seu desenvolvimento econômico, podendo fazer uso de incentivos, desde que não incorra em violação à OMC (discriminação e especificidade). Sua situação, por não fazer parte de um mercado comum em termos pragmáticos, é diferente da União Européia, daí porque não poder, nesse momento, se basear nos institutos europeus quando do deferimento de incentivos.

I. Exemplos do caso brasileiro demonstram medidas tanto compatíveis como incompatíveis com a regulação internacional (OMC), podendo o país se submeter, como de fato já ocorreu, a discussões perante o OSC quando presente medida discriminatória e específica. O tratamento do capital estrangeiro, ainda com base na Lei nº. 4.131, de 1962, impõe requisitos que podem estar sendo desprezados por regimes tributários específicos, quando beneficiam-no em casos que não conferem a permanência do “investimento” no Brasil. Isso acaba contrariando a idéia geral de que o incentivo é ao capital produtivo, e não meramente especulativo.

J. Não obstante diferenças terminológicas, o regime dos subsídios e o controle do *State aid* se confundem, valendo-se ambos da vedação à discriminação e à inteferência injustificada no mercado pelos Estados, em nome da liberdade do mercado (livre iniciativa e livre concorrência).

CONCLUSÕES

1. É generalizada a preocupação dos países de todo o mundo com os efeitos decorrentes da globalização econômica, marcada, principalmente, pela crescente mobilidade das atividades econômicas e, em especial, do capital financeiro e do investimento. Isso tem resultado no crescimento de países pequenos e em desenvolvimento, que atraem as grandes corporações em face dos baixos custos de produção, inclusive fiscais, e na estagnação econômica de países industrializados, como, por exemplo, Alemanha, Estados Unidos e Japão.
2. A crise instaurada em 2008, que afetou as economias mais desenvolvidas do globo, ressalta a atualidade da concorrência institucional, submetendo os legisladores a questões econômicas internacionais. Se a mobilidade dos fatores econômicos, *per se*, justifica a análise das medidas de fomento que visem à atração e à manutenção de investimentos, com a verificação da crise financeira global a situação se torna ainda mais dinâmica.
3. A reação do Governo Federal brasileiro demonstra essa assertiva, na medida em que instituiu, em meio à crise, incentivo fiscal através da redução de IOF para investimentos internacionais. No mesmo diapasão, viu-se a redução de IPI para determinadas situações, visando-se a evitar a diminuição do consumo no mercado doméstico. É, vale dizer, a demonstração da relevância das denominadas normas tributárias indutoras, mecanismos hábeis a regular os comportamentos econômicos indiretamente.
4. A globalização, por si só, torna a concorrência entre países problema de todos. A competitividade entre empresas aumenta em face das diferenças das estruturas econômicas e fiscais dos países. E se por um lado as empresas dos países desenvolvidos se beneficiam da globalização, por outro eles acabam preferindo investir em países com menores custos. Os efeitos da globalização, portanto, são extremamente assimétricos.
5. Um dos efeitos positivos da globalização econômica é o estabelecimento de oportunidades mundiais, facilitando-se a inovação tecnológica e os métodos de produção de bens e serviços. Com isso, países com dificuldades econômicas e financeiras acabam encontrando oportunidades de acesso a créditos internacionais, podendo, a depender das

políticas empregadas, atrair capitais financeiros e investimentos internacionais, que acabam gerando empregos, aumento de renda, circulação de riqueza e outros benefícios.

6. Esses países com dificuldades econômicas e financeiras, nesse contexto, não obstante tenham mais facilidade de integrarem-se ao globo, não são, muitas vezes, competitivos no que diz respeito à atração das atividades econômicas. Diante de distorções de seus sistemas econômicos, podem ficar alheios a esse grande movimento financeiro internacional. Surge, então, a possibilidade de serem concedidos incentivos aos agentes econômicos internacionais, representados por vantagens econômico-financeiras.

7. Através de diferentes mecanismos, os Estados podem compensar, de certa forma, suas imperfeições, tornando-se mais competitivos na ordem econômica internacional. Por meio de incentivos tributários e subsídios diretos, agentes econômicos podem considerar investir nesses países, alocando seus recursos, que antes permaneceriam nos países de origem e/ou em outros centros desenvolvidos. Destaca-se, então, o tema da concorrência fiscal internacional, a disputa entre os países para atração de capital e de investimentos, através da concessão de medidas de fomento com conteúdo econômico-financeiro, no mais das vezes na forma de incentivos fiscais, reduções e regimes especiais que diminuem o custo dos tributos para as empresas e/ou para os investidores. E sendo o custo dos tributos um dos fatores de decisão dos agentes econômicos, a alocação de recursos no âmbito internacional fica cada dia mais dependente dos sistemas tributários e dos regimes de tributação existentes. Em outros dizeres, as empresas podem ter sua sede na Alemanha ou nos EUA, mas manter uma cadeia produtiva em diferentes partes do globo. Veja-se, por exemplo, o caso da AUDI, uma das maiores indústrias da Alemanha, que, atualmente, não produz um único motor em seu território, preferindo fazê-lo na Hungria, em face dos menores custos fiscais e laborais. No mesmo sentido, note-se o caso da Intel, que exerce atividades em mais de uma dezena de países na produção de seus chips. E a lista vem aumentando consideravelmente, diante da constante integração mundial e da inserção de mais países no comércio internacional.

8. A consequência mais imediata é a mudança, em grande parte dos países, das bases de tributação. Ou seja, tributa-se cada vez mais as bases menos móveis, como o consumo, a propriedade e o trabalho, e, por outro lado, cada vez menos o capital e o investimento internacional. No final de tudo, ganham os grandes contribuintes internacionais, que, sem pensar duas vezes, migram seus recursos para o ambiente fiscal mais favorável, gerando um

desequilíbrio econômico e financeiro aos países que necessitam prestar serviços públicos e garantir os direitos básicos de seus cidadãos.

9. E a cada dia que se passa, os países de todo o mundo têm que encontrar mecanismos para manter suas receitas tributárias, o superávit financeiro e a participação no mercado global de seus agentes econômicos. De um lado, aumenta-se o movimento econômico internacional, capiteneado pelas chamadas empresas transnacionais; de outro, aumenta-se, em grau considerável, a exclusão social, já que o empobrecimento dos Estados acarreta em diminuição de políticas de redistribuição de riqueza, dificultando a resolução de problemas de escassez (por isso mesmo, falando-se em exclusão social).

10. Esse processo de crescente internacionalização das empresas e do capital financeiro vem impondo aos Estados, inclusive os mais desenvolvidos, reformas tributárias e diminuição do gasto público, como forma de, aliviando a tributação do investimento, manter atrativos e competitivos seus territórios. Essas mudanças, entretanto, caso mal planejadas, podem gerar o que os especialistas chamam de degradação fiscal, com crises sérias, como ocorreu na Rússia, por exemplo, com o empobrecimento dos países e a regressividade da tributação, que afeta a economia e produz enormes distorções sociais.

11. O Brasil, não obstante tenha se beneficiado da globalização econômica, inserindo seus produtos e serviços no mercado global, pode também ser uma vítima dessa mobilidade financeira. Basta analisar-se o exemplo recente da migração de bilhões de investimentos feitos na Bolsa de Valores de São Paulo. De um lado, tais investimentos ficaram no país, gerando circulação de riqueza; de outro, assim que outra opção mais lucrativa ou a necessidade de caixa nos países de residência surgiu, os recursos foram retirados do país. Pior: sem qualquer dificuldade operacional e incidência de tributos, pois o investimento internacional, em regra, é tratado melhor que o investimento nacional em termos de fiscalidade.

12. Para o fim de outorgar incentivos tributários ou subsídios diretos, cada país deve levar em consideração elementos econômicos, financeiros e até mesmo culturais. Cada sistema responderá de forma diferente, podendo ou não obter melhoras e correções nos seus mercados. Ratifique-se, entretanto, que a tendência, comprovada empiricamente, de conceder incentivos tributários é maior nos países com menor capacidade de investimento, enquanto que os subsídios são preferidos na grande parte dos países industrializados. Tecnicamente,

entretanto, não há distinção entre tais mecanismos se medidas de controle forem implementadas no que diz respeito aos incentivos tributários (com transparência, como, por exemplo, com a divulgação oficial dos dados anualmente, como ocorre no Brasil em relação, pelo menos, à Secretaria da Receita Federal do Brasil).

13. Apesar de muitas críticas do emprego de incentivos tributários e subsídios, principalmente pela doutrina econômica, infere-se que tal prática continua existindo em todo o mundo e foi fundamental em numerosos países que alcançaram melhoras em seus sistemas econômicos, podendo-se citar, apenas como exemplos, Alemanha, Estados Unidos, China, Espanha e Reino Unido.

14. A principal crítica ao emprego de incentivos fiscais e de outras medidas semelhantes é a distorção que elas impõem ao mercado, manipulando-se o processo econômico com a ocorrência de comportamentos que não seriam adotados sem tais mecanismos.

15. Para rebater essa crítica, todavia, basta que se analise que é objetivo de qualquer país corrigir as imperfeições de seu sistema econômico. Ao exercerem o seu papel, os governos acabam, de certa forma, mudando o *status quo*, dirigindo ou induzindo os agentes econômicos. E é essa a função da regulação estatal. Afinal, manter o *status quo* marcado por problemas econômicos e sociais é ilógico e irracional, servindo suas medidas regulatórias para corrigir tais dificuldades existentes. Nesse sentido, apresenta-se a indução econômica como uma das vias de solução dos problemas existentes, no mais das vezes por meio das chamadas normas tributárias indutoras, expressão introduzida no Brasil por Luís Eduardo Schoueri.

16. A tentativa de se implementar um controle internacional das ajudas (incentivos) fiscais foi originariamente suscitada pelos países desenvolvidos, preocupados com a migração das atividades econômicas para outros territórios, pondo em risco suas receitas tributárias. Ora, com a migração do capital financeiro e dos investimentos, além de possivelmente diminuir o crescimento desses países, verificar-se-ia a diminuição da produção e do consumo internos, reduzindo, como efeito imediato, as receitas com a tributação.

17. Intencionados em evitar esse risco de diminuição de receitas tributárias, base de financiamento dos países contemporâneos (o Estado contemporâneo sobrevive da tributação, com raras exceções, como os denominados países petrolíferos), os países desenvolvidos

passaram a, mediante organismos internacionais, condenar as práticas de países subdesenvolvidos, em desenvolvimento e especialmente dos paraísos fiscais no tocante à outorga de incentivos tributários, regimes fiscais preferenciais e subsídios diretos (todas, repita-se, espécies de subvenções).

18. Nesse contexto, a OCDE, que representa, de fato, os interesses dos países desenvolvidos, passou a editar sucessivas recomendações contra os mecanismos preferenciais fiscais, rotulando-se então o fenômeno global de concorrência fiscal internacional, e, mais precisamente, de concorrência fiscal prejudicial.

19. A prejudicialidade que se verifica, entretanto, é para os próprios países desenvolvidos, porquanto o capital financeiro e o investimento internacional são bases fundamentais na evolução dos sistemas econômicos dos demais países, que, como visto, têm que reduzir seus problemas econômicos e sociais, instituindo ambientes mais favoráveis para o mercado global.

20. A OCDE, diante da crescente importância econômica e política dos países em processo de desenvolvimento, perdeu muito em termos de reputação. E isso pela incoerência de suas recomendações com as práticas de seus países-membros, em que estão incluídos, curiosamente, dois centros financeiros mundialmente conhecidos: Suíça e Luxemburgo.

21. No entanto, as suas recomendações (unilaterais e bilaterais) acabaram sendo adotadas por grande parte dos países de todo o mundo, especialmente no que se refere à exclusão de créditos relativos à (não) tributação nos paraísos fiscais, e aos métodos de controle da elisão e evasão fiscais internacionais (regime de *CFC*, por exemplo, e os mecanismos dos preços de transferência). Desenvolveu-se, também no âmbito da OCDE, modelos de convenções (tratados) internacionais em matéria tributária, cujas disposições adotaram as citadas recomendações contra a concorrência fiscal.

22. No âmbito da OMC, o controle se dirige aos subsídios, visando-se a evitar a interferência dos países no comércio internacional. Sua regulamentação, na prática, acabou sendo eficaz em termos de regular as práticas abusivas por parte de diferentes países, inclusive os mais desenvolvidos, como Estados Unidos e Alemanha. Assim, os casos

submetidos ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC comprovam que o poder dessa organização é crescente no controle de práticas desleais no comércio mundial.

23. O Estado brasileiro, ao integrar órgãos internacionais de liberalização do comércio, e, principalmente, ao celebrar tratados, que se incorporam com *status* de lei ordinária, salvo casos específicos (direitos fundamentais ou procedimento legislativo diferente), deve adequar o regime jurídico de determinados tributos existentes. Podem suscitar mudança no regime de tributos brasileiros recentes decisões, v. g., do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, tendo em vista que algumas situações concretas no Brasil podem não estar em consonância com as noções daquele órgão.

24. Da mesma forma, surge como um problema de discriminação o tratamento desigual a agentes econômicos em situação análoga. É o caso, ressalte-se, da diferenciação de alíquotas para residente e não-residentes que invistam em fundos de investimento, o que pode ser medida contrária à idéia de não-discriminação. As perspectivas de liberalização do comércio internacional, em sentido amplo, impõem a revisão de algumas técnicas tributárias aplicadas no país há tempos, que não expressam a tendência de maior respeito à isonomia de tratamento fiscal.

25. Recentemente, os avanços da OMC têm sido relativamente pequenos em face da constante suspensão das negociações da chamada Rodada de Doha, que tem como objetivo regular novamente os subsídios dos países para o fortalecimento do comércio internacional, livre de interferências estatais. Países como os Estados Unidos, entretanto, têm evitado a celebração de novo acordo multilateral, para defender o interesse dos seus agentes econômicos e para manter sua posição de predominância internacional (defesa do mercado doméstico através da aplicação de altas tarifas e impostos sobre importações).

26. Em termos de controle das medidas de intervenção econômica, destaca-se a posição da União Européia, que atribui ao tema indiscutível relevância. Aliás, é no controle do chamado *State Aid* que reside a base do direito concorrencial europeu, evitando as interferências econômicas estatais para preservar o mercado único e a livre circulação entre os países. Reitera-se, nesse ponto, a importância das liberdades fundamentais que lastreiam o mercado comunitário e que acabam perfilando o regime de controle das ajudas estatais (livre circulação de mercadorias – próprio da União Aduaneira; livre circulação de trabalhadores; liberdade de

estabelecimento e livre prestação de serviços; e liberdade do movimento de capitais financeiros).

27. O Tratado da União Européia, ao dispor do regime do *State Aid*, acabou inovando no tratamento que o sistema europeu atribui às intervenções estatais, que em verdade estão sendo reduzidas no tempo. Várias exceções previstas no Tratado, ademais, demonstram a preocupação dos seus países-membros com a redução das desigualdades entre países, inclusive com a possibilidade de utilização de fundos para a correção de imperfeições dos sistemas econômicos dos membros mais recentes. O regime de controle do *State Aid* admite a compatibilidade de algumas medidas de cunho incentivador, destacando-se: i) as destinadas ao desenvolvimento econômico de regiões com condições gerais abaixo ou com grave situação de desemprego; ii) as que visam a fomentar um projeto relevante para o projeto da União Européia ou para corrigir graves falhas de mercado; iii) as que objetivam fomentar o desenvolvimento de determinadas atividades prioritárias e para a promoção da integração cultural e a proteção do meio ambiente; iv) outras que venham a ser aprovadas por maioria qualificada dos representantes dos países-membros no Conselho da União, a requerimento da Comissão.

28. Finalmente, ressalte-se que cabe à Comissão da União Européia o controle e aprovação dos auxílios de Estado, bem como ao Tribunal de Justiça o julgamento de compatibilidade de quaisquer das medidas com a regulamentação comunitária. No mesmo sentido, ressalta-se, ainda na União Européia, a importância do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, cujas disposições também auxiliam na prevenção e regulação de interferências estatais na concorrência.

29. Há, entretanto, muito a se fazer na União Européia, uma vez que ainda persistem vários conflitos entre países diante das diversas interpretações e do casuísmo das decisões judiciais. E a influência do controle dos subsídios no âmbito da OMC pode ser considerado razoavelmente forte na adoção de novas políticas concorrenciais européias.

30. No Mercosul e no NAFTA, porém, a posição é totalmente diferente. Ambas as organizações não são suficientemente fortes para controlar os incentivos fiscais e os subsídios de seus países-membros, principalmente em comparação com a União Européia e a OMC. Destarte, se não fosse pelos tratados bilaterais, especialmente de livre comércio e dupla

tributação da renda, seriam ambos os organismos meramente formais, e mais: sempre em proteção dos países mais fortes do ponto de vista econômico.

31. A situação do Brasil na concessão de incentivos fiscais e subsídios diretos é totalmente diversa dos países industrializados e dos membros da União Européia. Sem participar de um mercado comum, e devendo, por mandamento constitucional, promover o desenvolvimento econômico (sustentável), o emprego de tais medidas de intervenção econômica é indubitavelmente importante na disputa internacional por capital financeiro e investimentos.

32. Se de um lado, pode-se afirmar que sua economia é uma das maiores do mundo, diante, especialmente, de um grande mercado consumidor doméstico, por outro, ainda persistem muitas de suas imperfeições. Os mecanismos de estímulo, portanto, são hábeis para atrair as atividades econômicas.

33. O que ocorre, no entanto, é que apenas atribuir vantagens financeiras e fiscais aos agentes econômicos não resolverá os problemas de seu sistema econômico. Na verdade, o aspecto tributário e financeiro, dentre os vários fatores de decisão econômica, tem papel importante, mas essa importância não se sobrepõe a outros elementos como: i) estabilidade econômica e monetária; ii) segurança jurídica; iii) controle do *déficit* público; iv) taxas de câmbio; v) controle da inflação; vi) complexidade do sistema etc. De fato, a tributação e os subsídios podem até ajudar a atrair as atividades econômicas, mas sozinhos jamais serão suficientes para tal desiderato. Nesse sentido, muitas outras questões devem ser conduzidas simultaneamente, para o quê, por exemplo, a coordenação entre as unidades da Federação é algo fundamental.

34. O caminho do Brasil, ao promover o desenvolvimento de sua economia. Nesse percurso, atribuir vantagens fiscais e subsídios é medida legítima, desde que de conformidade com o sistema jurídico, destacando-se, *in casu*, os princípios da ordem econômica, da tributação, das finanças públicas e da Administração Pública. Deve-se respeitar, de um lado, esses princípios e, de outro, as não menos importantes regras do mercado, principalmente diante dessa postura contemporânea dos Estados reguladores, ao qual se moldou o Brasil. Caso contrário, entrar nessa disputa internacional, rotulada de concorrência fiscal internacional, será sinônimo de sua degradação fiscal, com o financiamento público do lucro das operações internacionais, o que, ressalte-se, é inaceitável.

35. Não menos importante é considerar que o Estado brasileiro, ao fazer parte de organismos internacionais, tem o dever de adequar regimes de tributação para evitar a interferência dos órgãos de solução de controvérsias. Decisões recentes, como a do caso *FSC* dos Estados Unidos, demonstram que os métodos e técnicas de tributação dentro de cada país devem ser alterados quando da celebração de tratados de livre comércio. Por conseguinte, é passível de interferência internacional o tratamento desigual entre residentes e não-residentes quando da mesma atividade econômica. É também passível de interferência a concessão de incentivos fiscais de modo específico, incorrendo em discriminação de tratamento.

36. Desse modo, infere-se que os governos brasileiros têm que planejar corretamente suas políticas econômicas e tributárias a fim de conduzirem de forma equilibrada a participação brasileira na globalização, sob pena de gerarem a degradação fiscal do país com todas as suas distorções econômicas e sociais. Isso inclui o disciplinamento do capital estrangeiro, que há de ser atraído desde que auxilie na promoção do desenvolvimento (art. 170 e et seq., Constituição) e não quando se trate apenas de especulação, muitas vezes livre de tributação.

37. As políticas tributárias devem ser examinadas sob a ótica do direito econômico (e concorrencial, por conseguinte), para evitar ofensas à livre iniciativa e livre concorrência no mercado, que são nocivas ao sistema social como um todo. Tratar, portanto, de forma melhor (fiscalmente) em situação igual o capital estrangeiro é contrariar as bases da ordem econômica teorizada na Constituição.

38. É de se lembrar que a função primeira da tributação é manter o Estado Fiscal ou Financeiro. Sem impor tributação sobre os negócios praticados no mercado, ocorrerá o empobrecimento do Estado. Assim sendo, deve-se instituir subvenções em atenção a critérios de ordem jurídica e econômica, a partir de conceitos como a eficiência, sem desprezar-se, por óbvio, os chamados direitos fundamentais do cidadão, como, v. g., os princípios da isonomia e da legalidade da tributação.

39. A fim de exercer o seu papel no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, o Estado brasileiro deve se tornar cada dia mais forte, impondo, com critérios técnicos e a partir dos princípios constitucionais, regulação no mercado, sob pena de, ao mesmo tempo de degradar-se fiscalmente, não conseguir controlar a exclusão social.

40. Isto posto, é dever do Estado a fiel obediência aos princípios da Constituição (normas que visam a um estado ideal das coisas), seja na regulação direta do mercado, seja na instituição de incentivos de caráter financeiro, qualquer que seja o rótulo adotado. Respeitar a Constituição, por assim dizer, será a única forma de fortalecimento do Estado, estrutura necessária à coexistência do mercado e da concorrência, bases da cidadania contemporânea.

REFERÊNCIAS

ABDALLAH, Wagdy M. *Managing multinationals in the Middle East: accounting and tax issues*. London: Quorum Books, 2001.

ADAME, Lubica. State Aid rules vs. subsidies and countervailing measures. In: _____. *International Tax Competition*.

ADONNINO, Pietro. La planificación fiscal internacional. *Curso de derecho tributario internacional*.

AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: Lei nº. 4.320 comentada ao alcance de todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALDESTAM, Mona. *EC state aids rules applied to taxes: an analysis of the selectivity criterion*. Hardcover: Iustus Forlag, 2005. (Skifter Fran Juridiska Fakulteten I Uppsala).

ALFIRMAN, Luky. *Essays on Indonesian taxation, inefficiency, and corruption*. Tese de Doutorado, Departamento de Economia, Universidade do Colorado, Colorado, 2004.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOSO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo; SANTOS Márcia Batista dos. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. Thesis (Doctor of Juridical Science). Cambridge: Harvard University, 2005.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Práticas desleais no comércio internacional: defesa comercial. In: _____. (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMATUCCI, Andrea. La normativa comunitaria quale fonte per l'ordinamento tributario interno. In: UCKMAR, Victor. *Diritto tributario internazionale*. 3. ed. Milano: CEDAM, 2005.

_____. Misure tributarie per lo sviluppo economico. In: *Comércio internacional e tributação*. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANAN JR, Pedro (Coord.) *Imposto de Renda: teoria e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ANDIC, Suphan. *Some aspects of taxation in less developed countries*. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982.

ANDRADE, F. Rocha, Concorrência fiscal e concorrência fiscal internacional na tributação directa do capital. *Boletim de Ciências Econômicas*, n. 44, p. 209, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVI-YONAH Reuven, S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. In *U. S. International taxation: cases and materials*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2005.

_____. Corporate social responsibility and strategic tax behavior. In: SCHÖN, Wolfgang. *Tax and corporate governance*. Berlin: Springer, 2008.

_____. Tax competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime. In: *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

AVI-YONAH, Reuven S. *WTO and direct taxation*.

AZUÁ, Daniel E. Real de. *O neoprotecionismo e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1986.

BACKER, Jean-Marie de; LEPIÈCE, Annabelle. A concorrência e a tributação no direito europeu. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (Coord.). *Temas de tributação e direito internacional*. São Paulo: MP, 2008.

BARKER, William B. Optimal international taxation and tax competition. In: *Foundations of international income taxation*.

BAGNOLI, Vicente. Dumping, subsídios, preço predatório e underselling. In: _____. *Reflexões em direito político e econômico*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRAL, W. O.; Michels, G. W. Sistema Tributário e Normas da OMC: lições do caso Foreign Sales Corporation. *Comércio internacional e tributação*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros; Fundação Armando Álvares Penteado, 2004.

_____. Crise econômica e direito constitucional. *Revista Forense*, n. 323, 1983.

_____. A crise econômica e o direito constitucional. *Revista Forense*, p. 40, 1993.

_____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: _____. *Temas de direito constitucional, tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.
- BAUM, Herald. Globalizing capital markets and possible regulatory responses. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki (Org.). *Legal aspects of globalization: conflicts of law, internet, capital markets and insolvency in a global economy*. Hague: Kluwer Law International, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalization: the human consequences*. New York: Columbia University Press, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BHAGWATI, Jagdish. *In defense of globalization*. New York: Oxford University Press, 2007.
- BIX, Brian H. *A dictionary of legal theory*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BLANLUET, Gauthier. National Report France. In: *Tax competition in Europe*.
- BLIACHERIENE, Ana Carla. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação: uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Coord.) *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BOND, E. W.; SAMUELSON, L. Tax holidays as signals. *American Economic Review*. 1986, n. 76, p. 820.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOSSCHE, Van Den. *The law and policy of the world trade organization*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- BOVENBERG, A. Lans; GRAAFLAND, Johan J.; MOOIJ, Ruud A. de. *The dutch employment miracle and fiscal challenges of the twenty-first century*. In: BUTI, Marco; SESTITO, Paolo; WIJKANDER, Hans. *Taxation, welfare state and the crisis of unemployment in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2001.
- BRAITHWAITE, Bruce; HOWE, Greg. *Research and development tax credits*. West Sussex: Tottel Publishing, 2007.
- BRANSWELL, B. *High times for high tech: tax incentives to help make Montreal a multimedia mecca*. Maclean's: 1999.
- BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- BRONKERS, Marco. WTO Regulation of Subsidies. In: *EC State Aid*.
- BRONORI, David. *State tax policy: a political perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2001.
- BROWN, Lehman. *Tax planning & compliance in Asia*. 5. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.v.1.
- BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BUETTNER, Thiess; RUF, Martin. *Tax incentives and the location of FDI: evidence from a panel of German multinationals*. Frankfurt: Deutsche Bundesbank, 2005.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves. *Direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*. Buenos Aires: Abaco, 2006.
- CARLOS, Américo Fernando Brás. *Impostos: teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2006,
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latiin, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CASSIRER, Ernest. *The myth of the State*. 5. ed. New Haven: Yale University Press, 1946.

CASTRO, Aldemario Araujo. Repercussões da globalização na tributação brasileira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (Coord.). *Elementos atuais de direito tributário*. Curitiba: Juruá, 2005.

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2006.

CEZAROTI, Guilherme. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Crédito-Prêmio de IPI instituído pelo Decreto-lei nº. 491/69. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, n. 93, 2003.

CEZAROTI, Guilherme. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Subsídios e incentivos fiscais: uma visão a partir do Tratado da OMC. In: MAGALHÃES Marcelo; FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). *Tributação, justiça e liberdade: homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Curitiba: Juruá, 2004.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A Constituição Federal de 1988 e a integração regional: *o desafio da harmonização tributária*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. Ordem econômica na constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 93, p. 256.

COCKFIELD, Arthur J. *Nafta tax law and policy: resolving the clash between economic and sovereignty interests*. Toronto: University of Toronto Press, 2005.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the law of taxation*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Economic analysis of law*.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. Nova York: The Addison-Wesley Series in Economics, 2004.

CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo: liberalismo, comunismo, marxismo, coletivismo, socialismo, solidarismo, socialismo liberal, capitalismo, neoliberalismo, liberalismo social*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

COSTA, Elisabete Marisa Pinto da. *Concorrência fiscal internacional: um desafio à escala mundial*. Tese (Doutorado em Direito Fiscal) - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004/2005.

COUTO, Jeanlise Velloso. A Tributação no Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia (Coord.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito da defesa da concorrência: Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003.

CUNHA, Tânia Meireles da. *O investimento directo estrangeiro e a fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

DAHLBERG, Mathias. *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free market movement of capital*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

DAMIANI, Mario. *Libertà europee e imposizioni fiscali: per una convivenza senza distorsioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2005.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. A concorrência tributária do ponto de vista da neutralidade econômica, da equidade entre os contribuintes, e da eficácia dos serviços públicos. A guerra fiscal e os princípios constitucionais tributários. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEVERAUX, Michael P. The OECD harmful tax competition initiative. In: BISWAS, Rajiv. *International tax competition: globalisation and fiscal sovereignty*. London: Marlborough House, 2002.

DEVEREUX, Michael P.; LOCKWOOD, Bem; REDOANO, Michela. *Horizontal and vertical indirect tax competition: theory and some evidence from the USA*. London: Centre for Economic Policy Research, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.) et al. *Incentivos fiscais para o Desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky, 1970.

DOURADO, Ana Paula. *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Européia*. Lisboa: DGCI/CEF, 1996.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

EASSON, Alex. *State aid and the primarolo list*. 5 EC Tax Journal, 2001.

EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Netherlands: Kluwer Law International Publishers, 2004.

_____. *Taxation of foreign direct investment: an introduction*. London: Kluwer Law International, 1999.

ELALI, André. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade Mackenzie, São Paulo, 2006.

ELALI, André. Incentivos fiscais, desenvolvimento econômico e neutralidade da tributação: a questão da redução das desigualdades regionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO Marcelo Magalhães (Coord.) *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2006.

European Court of Justice Tax Cases 2006: A Review is published by BNA International Inc., a subsidiary of The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D.C., U.S.A.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARRERES, G. Fernádes. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

FAVEIRO, Vitor. *Estatuto do contribuinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Meyer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FELDSTEIN, Martin. The effects of out bond foreign direct investment on the domestic capital stock. In: *The effects of taxation on multinational corporations*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.

FERNANDES, Edison Carlos. *A não-discriminação tributária nos acordos multilaterais do comércio*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Sistema tributário do MERCOSUL: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & processos de integração*. Curitiba: Juruá, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 47-48, p. 269.

_____. Crédito-prêmio de IPI e incentivo fiscal setorial: da inaplicabilidade do art. 41 do ADCT da CF/1988. In: *Crédito-prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III*. Vários autores. São Paulo: Manole, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de economia: Introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. *Sociologia*. 2. ed. Tomo II. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1969.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FINEGAN, Brian. *The federal subsidy beast: the rise of a supreme power in a once a great democracy*. Sun Valley: Alary Press, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, António L. de Souza. *Finanças públicas e direito financeiro*. v. I e II. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotação à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 60, p. 19, 2005.

FRÄS-EHRELD, Clarisse. *Grants and incentive programmers in the ten new EU-Member States*. Wien: Linde International, 2005.

FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo global: História econômica e polícia do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

FURTADO, Celso. *Crise e transformação na economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico de las subvenciones públicas: Ley 38/2003 General de Subvenciones*. 4. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004.

GELLHORN, Ernerst. *Antitrust law and economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1986. p. 55. *Apud* RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como expressão do abuso do poder econômico*. Tese (Doutorado em Direito Econômico-Financeiro) - Universidade de São Paulo, 2005.

GENTRY, William M. The future of tax research: a mostly economic perspective. *Journal of the American Taxation Association*, 95, 2007.

GILLESPIE, W. Irwin. Effect of public expenditures on the distribution of income. In: _____. *Essays in fiscal federalism*. Washington: The Brookings Institution, 1965.

GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

GRAETZ, Michael J. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

GUGL, Elisabeth; ZODROW, George R. International tax competition and tax incentives in developing countries. In: ALM, James; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge; RIDER, Mark. *The challenge of tax reform in a global economy*. New York: Springer, 2006.

GUSTAFSON, Charles H. Tax treaties in the Américas: the United States experience. In: AMATUCCI, Andrea. *International tax law*. AH Alphen a den Rijn: Kluwer Law International, 2006.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*, n. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan. *EC state aids*. London: Sweet & Maxwell, 2006.

HAUFNER, Andréas. *Taxation in a global economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001.

HEINEMANN, Friedrich; JANEBA, Eckhard. The globalization of tax policy: what German politicians believe. *Discussion Paper*, n. 7-57. Mannheim: Centre for European Economic Research, 2007,

HELLER, Heinz Robert. *O sistema econômico: uma introdução à teoria econômica*. Tradução: Terezinha de Santoro. Revisão de José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977.

HELLERSTEIN, Walter. The US Supreme Court's State Tax Jurisprudence: a template for Comparison. In: AVI-YONAH, Reuven S.; HINES, James R.; LANG, Michael *comparative fiscal federalism: comparing the european court of justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005. Traducción de Andrés Báez Moreno; María Luiza González-Cuéllar Serrano; Enrique Ortiz Calle. Traducción: Andrés Báez Moreno; María Luiza González-Cuéllar Serrano; Enrique Ortiz Calle. Traducción de la obra original *Steuerrecht*, Berlín/Heidelberg: Julius Springer, 1986.

HERMAN, Doron. *Taxing portfolio income in global financial markets*. The Netherlands: IBFD, 2002.

HEY, Johanna. National Report Germany. In: *Tax competition in Europe*.

HOLMES, Kevin. *International tax policy and double tax treaties*. Amsterdam: IBFD Publications, 2007.

HOORN Jr, Van. Methods and instruments for study. In: *Curso de derecho tributario internacional*.

JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2 ed. Massachusetts: MIT Press, 1999.

JANEBA, Eckhard. *International tax competition*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

JENNY, Frédéric. Prefácio In: OLIVEIRA, Gésner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

JOHANSSON, Sven-Erik. The utopia of neutral taxation. In: LINDENCRONA, Gustaf; LODIN, Sven-Olof; WIMAN, Bertil. *International studies in taxation: law and economics*. London: Kluwer Law International, 1999.

KALDOR, Nicholas. *An expenditure tax*. 15. ed. Oxon: Routledge, 2003. Reprinted 1955.

KANNIAINEN, Vesa; PANTEGHINI, Paolo M. *Tax neutrality: illusion or reality? The case of entrepreneurship*. Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research: CESinfo, 2008.

KEBONANG, Z. To compete or not to compete: the case of tax incentives in Botswana. *Tax Notes International*, 2003.

KEEN, Michael; SIMONE, Alejandro. Is tax competition harming developing countries more than developed? *Tax Notes International*, 34.

KIEKEBELD, Ben. J. *Harmful tax competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax; Foundation for European Fiscal Studies; Erasmus University Rotterdam, 2004.

KIRCHHOF, Paul. *The constitutional point of view*. In: Kirchhof/Neumann (editors). *Freiheit, Gleichheit, Effizienz*, Bad Homburg, 2001.

KIRCHLER, Erich. *The economic psychology of tax behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007.

LACOSTE, Yves. *Os países subdesenvolvidos*. 17. ed. São Paulo: DIFEL, 1985. Tradução: Américo E. Bandeira.

LAGUNA, Irene Roche. *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los estados miembros (Armonización de la imposición directa en la Comunidad Europea)*. Valencia: Tirant, 2000.

LANG, Joachim. *Principles and systems of the taxation of Income*. Apud HEY, Johanna. *National Report Germany*. In: *Tax Competition in Europe*. p. 255.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. Tradução: José Lamego.

LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÓPEZ, Jorge Martín. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

LU, Lingbo. *WTO-compatibility of harmful tax practices*.

LUJA, Raymond H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: A view on state AIDS, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003.

LYNCH, Frances M. B. *Harmonization through competition? The evolution of taxation in Post-War Europe*. In: NEHRING, Holger; SCHUI, Florian (Org.). *Global debates about taxation*. New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2007.

MADURO, Miguel Poiares. *Is there any such thing as free or fair trade?* In: BÚRCA, Grainne de; SCOTT, Joanne (Org.). *The EU and the WTO: Legal and constitutional issues*. Oregon: Hart Publishing, 2001,

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2006.

MALHERBE, Jacques. *Harmful tax competition and the future of financial centres in the european union*. In: *Curso de derecho tributario internacional*.

MACEDO, Leonardo Correia Lima. *Direito tributário no comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito internacional da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Os benefícios fiscais: sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aproximação dos sistemas tributários. In: ELALI, André; MARTINS, Ives Gandra da Silva; BACKER, Jean-Marie de. *Temas de tributação e direito internacional*. São Paulo: MP, 2008.

_____. Aspectos tributários da nova constituição. *Resenha Tributária*, p. 288, 1990.

_____. Descompetitividade empresarial e lei tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.

_____. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. Pesquisas Tributárias, v. 12. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2006.

_____. *Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Estado e a ordem econômica. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 62, p. 34, 1997.

MELLO, Gustavo Miguez de. Política fiscal e reforma tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). *Direito tributário e reforma do sistema*. Caderno de Pesquisas Tributárias, n.9, São Paulo: Revista Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2003.

MEUSSEN, Velthuizen. *APA's and ATR's: the new dutch regime in a european perspective*. In: _____. *EC law review*, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTERO, Antonio Gimenez. *Federalismo fiscal: teoría y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. São Paulo.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

_____. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

MOURA, Maria Aparecida de; SCIARÂNTOLA, Roselene Lopes; SANTOS, Claid de Lima. Efeitos concretos das isenções na área da SUDENE. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio(Coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1970.

MUSGRAVE, Peggy B. Taxation and american investment abroad: the interests of workers and investors. In:_____. *Tax policy in the global economy: selected essays*. Northampton: USA, 2002.

MUSGRAVE, Peggy B.; MUSGRAVE, Richard A. fiscal coordination and competition in an international setting. In: *Influence of tax differentials on international competitiveness*.

MUSGRAVE, Peggy B. A. *fiscal coordination and competition in an international setting*. Munich: [s.n.], 1990.

MUSGRAVE, Peggy B. Merits and demerits of fiscal competition. In: *Tax policy in the global economy*

MUTTI, John H. *Foreign direct investment and tax competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. In: *Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável*. Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*.

_____. Investimento estrangeiro e contratos fiscais em Portugal. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Comércio internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NAPOLEONI, Cláudio. *Curso de economia política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997. Tradução: Alberto Di Sabatto.

NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. Bauru: EDICAMP, 2004.

NEUMARK, Fritz. *Problemas economicos y financieros del Estado intervencionista*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORBERT, Reich. *Mercado y derecho*. Traducción: Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985,

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OATES, Wallace E. An essay on fiscal federalism. In: BAIMBRIDGE, Mark; WHYMA, Philipp. *Fiscal federalism and European economic integration*. London: Routledge, 2004.

OATES Wallace E. *Fiscal federalism*

OECD & World Bank. *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Paris: OECD/World Bank, 1998.

OKUMA, Alessandra. Princípio da não-discriminação e a tributação das rendas dos não-residentes no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

OLIVEIRA, Gésner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Os tratados internacionais e seus reflexos no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLLERO, Gabriel Casado. *Los fines no fiscales de los tributos: comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*. Libro-homenaje al profesor Sainz de Bujanda. VV.AA. v. 1. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

OMAN, C. P. *Policy competition for foreign direct Investment: a study of competition among governments to attract FDI*. Paris: OECD, 2000.

OMC: lições do caso Foreign Sales Corporation; Comércio Internacional e Tributação, 1, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

OWEN-SMITH, Eric. Government Intervention in the economy of the Federal Republic of Germany. In: MAUNDER, Peter. *Government intervention in the developed economy*. London: Croom Helm, 1979.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Macial Pons, 1998.

PEAKE Robert; BURKERT, Manfred. *UK/German tax treaty*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro. In: *Curso de Direito Administrativo*.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In: _____. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. São Paulo: Manole, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2006.

PINTO, Carlo. *Tax competition and EU law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIRES, Adilson Rodrigues. Incentivos fiscais e o desenvolvimento econômico. In: _____. *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. Coordenação de Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos Incentivos fiscais no Brasil. In: Ives Gandra da Silva Martins; Marcelo Magalhães Peixoto. (Org.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007.

PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

PISTONE, Pasquale. El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal. In: *Curso de derecho fiscal internacional*,

POSNER, Richard. *Creating a legal framework for economic development*. In: Law and economic development. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing Inc., 2006.

_____. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. Tradução de Mariana Mota Prado

PREST, A. R. *How much of subsidy: a study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974.

QUEIROZ, Mary Elbe. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Manole, 2004.

RAAD, Kees Van. *Non discrimination in international tax law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1986.

RADAELLI, Claudio M. *The code of conduct against harmful tax competition: open method of coordination in disguise*. San Domenico: European University Institute, 2002.

RASHKIN, Michael D. *Practical guide to research and development tax incentives*. 2. ed. Chicago: CCH, 2007.

- REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel, 1985. Tradução: Antoni Font.
- REVIGLIO, Franco. *La teoria della curva di domanda e gli effetti delle imposte*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.
- REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Eduardo Teixeira. *O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil*,
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de finanças públicas*.
- RITTER, Wolfgang. Perspectives for Further Development of German International Taxation. In: *Internationales Steuerrecht*. 2001
- RODI, Michael. Concorrência tributária internacional por investimentos. Tradução de Victor Borges Polizelli. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo. (Coord.). *Direito Tributário Atual n. 21*. São Paulo: Dialética, 2007.
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O Dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2005.
- ROIN, Julie. Competition and evasion: another perspective on international tax competition. In: _____ *Foundations of International Income Taxation*,
- ROQUE, Ana. *Regulação do mercado: novas tendências*. Lisboa: Quid Júris, 2004.
- ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001.
- ROTHMANN, Gerd Willi. *Extrafiscalidade e desenvolvimento econômico*. Separata do Relatório 1966-1970, São Paulo: Câmara Teuto-Brasileira de Comércio e Indústria.
- _____. *Bitributação internacional*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SACCHETTO, Claudio. National Report Italy. In: *Tax competition in Europe*
- SACHES, J. L. Saldanha. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. Cambridge/USA: Massachusetts Institute of Technology, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de direito fiscal*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do Século XXI*. São Paulo: Record, 2005.

SANTAMARÍA, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003.

SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução dos conflitos*.

SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SANTOS, J. Albano, *Teoria fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa; Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003.

SARKAR, Chitta Ranjar. *Tax incentives and economic growth: an international comparison*. New Delhi: New Century Publications, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado interventor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCHLATZER, Iris. *The WTO and other non-tax treaties: aspects of taxation*.

SCHNEIDMAN, Leonard. *U. S. Taxation of foreign portfolio investors*. Boulder, USA, 2006.

SCHÖN, Wolfgang. Tax and corporate governance: a legal approach. In: _____. *Tax and corporate governance*. Berlin: Springer, 2008.

SCHÖN, Wolfgang. World trade organization law and tax law. *Bulletin of International Fiscal Documentation*. The Netherlands, IBFD, p. 283, 2004.

_____. *Tax competition in Europe: general report*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de tax Sparing & Matching Credit. *Revista ESMAFE*, v. 10, 2006. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário e ordem econômica. In: _____. *Tratado de direito constitucional econômico: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Coordenador: Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: reaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SCHREIBER, Ulrich. Consolidation, allocation and international aspects. In: SCHÖN, Wolfgang; Ulrich Schreiber; Christoph Spengel. *A common consolidated corporate tax base for Europe: eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungs-grundlage für Europe*. Berlin: Springer, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 3 ed. New York: Harper & Brothers, 1950.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pintanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SELVA, José María Martínez. *Los paraísos fiscales: uso de las jurisdicciones de baja tributación*. Madrid: Difusa, 2005.

SENNA JR, Roberto Di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003.

SHARMAN, Jason Campbell. *Havens in a storm: the struggle for global tax regulation*. New York: Cornell University Press, 2006.

SHAVIRO, Daniel N. *Taxes, spending, and the U. S. government's march toward bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007.

SHELTON, Ned. *Interpretation and application of tax treaties*. London: LexisNexis, 2004.

SILVA Paulo Roberto Coimbra. Estruturação de operações de exportação para indústrias de base. In: NETO, Miguel Hilú (Coord.) *Questões atuais de direito empresarial*. São Paulo: MP, 2007.

SILVA, D. Soares da. *Proposed tax reforms aim to end Brazilian States' Tax Wars*. In: Tax Notes International, 2002.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. O regime jurídico do investimento estrangeiro no Brasil.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: Qualificação de Partnership Joint Ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SINN, Hans-Werner. *Can Germany be saved? The malaise of the world's first welfare state*. Hardcover: MIT Press, 2007.

SINN, Hans-Werner. Tax harmonization and tax competition in Europe. In: Michael J. Graetz. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003.

SMITH, Eric Owen. *Government intervention in the economy of the Federal Republic of Germany*.

SMOLNIK, Dan. Sovereignty Meets the E. U. The ECJ announces the defeat of Keynes in Europe. In: *European court of justice tax cases 2006: a review*. Washington: BNA International, 2006.

SORENSEN, P. B. *Tax coordination in the European Union: what are the issues?* Stockholm, European Union's Conference on Macroeconomic Policy Co-ordination, 2001.

_____. (Coord.). *Measuring the tax burden on capital and labor*. Cambridge, Massachusetts, USA – London, England: The MIT Press, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTR, 1994.

STARINGER, Claus; SCHNEEWEIET, Hermann. Tax treaty non discrimination and EC freedoms. In: _____. *Tax treaty law and EC law*. Wien: Linde Verlag, 2007.

STEICHEN, Alain. Tax competition in Europe or the taming of leviathan. In: SCHÖN, Wolfgang (Org.). *Tax competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.

STERN, Klaus. *O Estado do presente: tarefas, limites e reflexões sobre sua reforma*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Org.): *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Tradução de Marcelo de Aguiar Coimbra.

STIGLITZ, Joseph. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York; London: W. W. Norton & Company, 2000.

STREETEN, Paul Patrick. *Thinking about development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.

SUTTER, Franz Philipp. National Report Austria. In: *Tax competition in Europe*.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.

TANZI, Vito. *Taxation in an integrating world*. Washington: The Brookings Institution, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEACHER, Richard. *The benefits of tax competition*. London: The Institute of Economic Affairs, 2005.

TIEBOUT, Charles. A pure theory of local expenditures. *Journal of Political Economy*, v. 64, p. 416-424, 1956.

THIEBEN, Ulrich. *The impact of fiscal policy on economic growth: analyses and options for transition countries*. Baden-Baden: Nomos, 2007.

TIKKA, Kari S. National Report Finland. In: *Tax competition in Europe*.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

_____. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. Tradução: Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETTI, Fernando (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerecht)*. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

TOBENAS, José Castan. *Lãs diversas escuelas jurídicas y el concepto del derecho*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1947.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TÔRRES, Heleno Taveira. Parecer. In: _____. *Crédito-Prêmio de IPI*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Pluritributação internacional sobre as rendas e empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Pluritributação internacional e as medidas unilaterais de controle*.

_____. Base de cálculo do imposto de importação e o acordo de valoração aduaneira. In: *Comércio internacional e tributação*.

_____. *Incentivos Fiscais na Constituição e o “Crédito-prêmio de IPI”*. In: *Direito Tributário Atual*, 18. São Paulo: Dialética & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005.

_____. *Crédito-Prêmio de IPI*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. (Coord.) *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado II*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado III*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. Tendências da tributação dos lucros e do investimento. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, Del Rey, n. 4. p. 33, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo. (Coord.) *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP, 2006.

_____. *O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal*. São Paulo: MP, 2007.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TROIANELLI, Gabriel Lacerta. *Crédito-prêmio de IPI*. São Paulo: MP, 2008.

TULAYASATHIEN, Soraphol. *Tax effects on investment location*. Tese (Doutorado em Filosofia - Política Pública e Economia) - Universidade do Michigan, 2003.

THURONYI, Victor. International tax coordination and a multilateral treaty. In:_____. *Foundations of International Income Taxation*.

TURLEY, Gerard. *Transition, taxation and the State*. Aldershot: Atheneum Press, 2006.

UCKMAR, Victor. Los tratados internacionales em matéria tributaria. In:_____. *Curso de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2003.

_____. *Princípios comuns de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Tradução de Marco Aurélio Greco.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VIHERKENTTÄ, Timo. *Tax incentives in developing countries and international taxation: a study on the relationship between income tax incentives for inward foreign investment in developing countries and taxation of foreign income in capital-exporting countries*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Axis Mundis & IBET, 2004.

VOGEL, Klaus. A importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS; SILVA, Ives Gandra da (Coord.) *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto* Tradução de Brandão Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *On double taxation conventions: a commentary to the OEC-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital: with particular reference to German treaty practice*. 30. ed. London: Kluwer Law International, 1997.

_____. *Influence of tax differentials on international competitiveness seq*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

_____. *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community law*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1994

_____. World-wide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of Arguments. In: Influence of tax differentials on international competitiveness: proceedings of the VIII th Munich Symposium on International Taxation. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

_____. Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 4-10, 2002.

WALDBURGER, Robert. *National report Switzerland*. In: Tax competition in Europe.

WEEGHEL, Stef van. *The improper use of tax treaties*. London: Kluwer Law International, 1998.

WEHKE, Sven. *Tax competition and partial coordination*. Magdeburg: Faculty of Economics and Management, 2006.

WEINRAUCH, Roland. *Competition law in the WTO: the rationale for a framework agreement*. Wien: BWV; Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.

WHITLEY, Richard. *Divergent capitalism: the social structuring and change of business systems*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000.

WILLARD Kristen Leigh. *Essays on international taxation*. Tese de Doutorado, Universidade de Princeton, 1994. p. 3. Reprodução: Ann Arbor: University Microfilms International.1994.

WILSON, John Douglas. Theories of tax competitive. In: GRAETZ, Michael J. *Foundations of international income taxation*. New York: Foundation Press, 2003.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

YOINGCO, Angel Q.; TRINIDAD, Ruben F. *Fiscal systems and practices in asian countries*. New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1968.

YOUNG, David; METCALFE, Stan. *Competition policy in the economics of the European Union: policy and analysis*. UNCTAD/World Investment Report 1997.

ZEE H. H.; STOTSKY J. G.; e LEY E. *Tax incentives for business investments: a primer for policy makers in developing countries*. Washington: International Monetary Fund, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Direito Tributário Atual, 19*. São Paulo: Dialética/Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005.

PUBLICAÇÕES DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Code of Conduct (Business Taxation)/Primarolo Group. Brussels: Press Release, 2000; ECOFIN Council of 21 January 2003

Towards Tax-Coordination in the European Union – A Package to tackle harmful tax competition. In: *European Commission - Council Conclusions*, December 1997.

Taxation in the European Union: Report on the development of tax systems. European Commission, 1996,

WT/DS267/R (2004); WT/DS267/AB/R (2005); WT/DS265/R (2004).

WT/DS46/AB/R, Agosto de 1999.

World Trade Organization Dispute Settlement Decisions.v. 77 (Decisions Reported – December, 6, 2005. April, 3, 2006).

REPORT on Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices. Paris: OECD, 2000.

Report of the panel – United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”. WT/DS 108/R, 1999

WORLD TRADE ORGANIZATION DISPUTE SETTLEMENT DECISIONS.VOLUME 77 (DECISIONS REPORTED – DECEMBER, 6, 2005 – APRIL, 3, 2006)

CODE OF CONDUCT (BUSINESS TAXATION)/PRIMAROLO GROUP. Brussels: Press Release, 2000; *ECOFIN Council of 21 January 2003*.

HARMFUL TAX COMPETITION. *An emerging global issue*. Paris: OECD, 1998

IBDF International Tax Glossary. 5 ed. The Netherlands: IBFD, 2005.

INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *International tax glossary*. 5. ed. The Netherlands: IBFD, 2005.

WT/DS70/AB 2 August 1999. *Canada – Measures affecting the export of civilian aircraft*. Report of the Appellate Body.

WT/DS46/R14 April 1999. *Brazil: Exporting financing programme for aircraft*. Panel Report, 1999.

WT/DS267/R (2004); WT/DS267/AB/R (2005); WT/DS265/R (2004).

UNITED NATIONS CENTER ON TRANSITIONAL CORPORATIONS. *The determinants of foreign direct investment: a survey of the evidence*. New York, 1992. p. 121.

Towards Tax-Coordination in the European Union – A package to trackle harmful tax competition. In: *European Comission: Council Conclusions*, December 1997.

Towards Global Tax Co-operation: Progress in identifying and eliminating harmful tax practices. Paris: OECD, 2000.

STF - RE 471101/DF – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 24/11/2005; RE 300114/SP – Rel. Carlos Velloso – j. 20/04/2004

Uncompetitive incentives cost RP Canon deal. In: *BusinessWorld*, 2001.

WTO Dispute Settlement, DS108: United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (Complainant: *European Communities*), November 1997.

BRAZIL TAX GUIDE. Washington: International Business Publications, 2005.

PORTUGAL TAX GUIDE. Washington: International Business Publications, 2005

TAX incentives and foreign direct investment: A global survey.

Tax Incentives and Foreign Direct Investment. A global survey. New York/Geneve: United Nations, 2000.

The Determinants of Foreign Direct Investment: a survey of the evidence. New York: United Nations, 1992.

The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report. Paris: OECD, 2001.

The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report. Paris: OECD, 2004.

OECD & World Bank. *A framework for the design and implementation of competition law and policy 1.* Paris: OECD; World Bank, 1998

WTO Dispute settlement, DS108: United States: tax treatment for "Foreign Sales Corporations" (Complainant: European Communities), November 1997

Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a global survey. New York and Geneva: UNITED NATIONS, 2000.

MEIO ELETRÔNICO

Disponível em: <<http://www.economyincrisis.org/articles/show/2178>>. Acesso em: 11 dez. 2008, 00:12.

Disponível em:

<http://english.peopledaily.com.cn/english/200012/15/eng20001215_57853.html>. Acesso em: 18 dez 2008, 22:43.

Disponível em:< http://cidadebiz.oi.com.br/paginas/3001_4000/3080-1.html>. Acesso em: 17 de dez.2008, 00:55.

<www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.html>. Acesso em: 26 jul. 2008, 13:47. <http://www.iconebrasil.org.br/Estatisticas/EUA_gastos_subsidios-site.pdf>.

Acesso em 27 de setembro de 2006, às 11:16.

<http://www.iconebrasil.org.br/Estatisticas/EUA_gastos_subsidios-site.pdf>. Acesso em: 27 set. 2006, 11:16.

HOEKMAN, Bernd; HOLMES, Peter. *Competition policy, developing countries, and the World Trade Organization*, 2-3; 12. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>

<<http://solveclimate.com/blog/20080717/german-clean-energy-tax-credit-attracts-big-money-us-firm>>. Acesso em: 16 out. 2008, 16:35.

<<http://www.mynetpreetseq.com/pdf/2008/novembro/20081128173058.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2008, 9:31.

<http://www.ft.com/cms/s/0/7928a77a-6183-11dd-af94-000077b07658.html?nclick_check=1>. Acesso em: 4 ago. 2008, 13:32.

<<http://solveclimate.com/blog/20080717/german-clean-energy-tax-credit-attracts-big-money-us-firm>>. Acesso em: 16 out. 2008, 16:35.

<<http://www.mynetpreetseq.com/pdf/2008/novembro/20081128173058.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2008, 9:31.

<http://english.peopledaily.com.cn/english/200012/15/eng20001215_57853.html>. Acesso em: 18 dez. 2008, 22:43.

WT/DS46/R14 April 1999. *Brazil: exporting financing programme for aircraft*. Panel Report,

European Court of Justice Tax Cases 2006: a Review. Washington: BNA International, 2006,

WTO Dispute settlement, DS108: United States: tax treatment for "Foreign Sales Corporations" (Complainant: European Communities), November 1997. Sobre essa questão, v. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.html>. Acesso em: 26 jul. 2008, 13:47.

HARADA, Kyoshi. *Medida Provisória nº 281. Isenção de capital estrangeiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8050>>. Acesso em: 23 dez. 2008, 21:14.

The future of tax research: a mostly economic perspective, 29 *Journal of the American Taxation Association* 95 (2007)

Tribuna do Norte, Natal, 21 dez, 2008, Economia.

Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000.

WALL STREET JOURNAL, Londres, 3 abr. 2002, A1.

Towards global tax co-operation: progress in identifying and eliminating harmful tax practices. Paris: OECD, 2000. Disponível em: <http://www.oecd.org.dataoecd/9/61/2090192.pdf>

The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report. Paris: OECD, 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org.dataoecd/60/28/2664438.pdf>.

The OECD's project on harmful tax practices: the 2004 progress report. Paris: OECD, 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org.dataoecd/60/33/30901115.pdf>. acesso????

WT/DS70/AB 2 August 1999. *Canada: measures affecting the export of civilian aircraft.* Report of the Appellate Body.

WT/DS46/R14 April 1999. *Brazil: exporting financing programme for aircraft.* Panel Report, 1999.