

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

20



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Tributação Direta e Direito Comunitário Europeu em Relação a Terceiros Países*

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular da Cadeira de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dos Cursos de Pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Departamento de Fundamentos Sociais da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e da Associação Comercial de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Direito. Advogado em São Paulo.

Resumo

O presente estudo examina o escopo do artigo 56 do Tratado da Comunidade Econômica Européia, o qual traz uma das liberdades fundamentais da União Européia, qual seja, a liberdade de movimentação de capitais e pagamentos. A análise é feita sob a ótica de Estados não-membros da União Européia, especialmente o Brasil, uma vez que a redação do artigo 56 parece trazer a possibilidade de sua aplicação a terceiros países. O autor defende uma aplicação ampla do artigo 56, estendendo a liberdade nele prevista a terceiros países. O estudo ainda examina o referido tema a partir de casos julgados pela Corte Comunitária Européia. Por fim, ainda é analisado o impacto exercido pelas outras liberdades fundamentais, pelo direito secundário europeu e pelos tratados bilaterais com terceiros países.

Abstract

This paper examines the scope of article 56 of the EC Treaty, which brings one of the EU fundamental freedoms, namely, the freedom of capital movements and payments. The analysis is done from a non-member states' point of view, especially Brazil, since wording of article 56 seems to bring the possibility of its application to third countries. The author defends a broad application of article 56, extending the freedom therein foreseen to third countries. The paper examines, furthermore, the referred topic from cases judged by the ECJ. Finally, the impact of other fundamental freedoms, secondary EC law and of treaties with third countries is also analyzed.

Dentre as liberdades fundamentais inseridas no Tratado da União Européia, o artigo 56 pede atenção especial, uma vez que ele se aplica a movimentos de capital envolvendo países que não são membros da União Européia. É claro que esta regra não é interessante apenas para a Europa, mas também para países que dela não fazem parte. Neste artigo, pretendemos contribuir para uma melhor compreensão das conseqüências trazidas pelo Direito Comunitário Europeu em relação à tributação direta sobre investimentos de e para países terceiros à União Européia.

* Este artigo foi preparado para apresentação, feita pelo autor, a convite da União Européia, na Conferência "The EU and Third Countries: Direct Taxation", ocorrida em Viena de 12 a 14 de outubro de 2006. Os dados estão atualizados até 30 de setembro de 2006.

“Terceiros países” é uma expressão ampla (todo e qualquer país que não é um membro da União Européia), o que significa que uma solução que possa ser adequada para um país pode apresentar sérias dificuldades quando colocada em um cenário diferente. Parece razoável, portanto, não considerá-los todos juntos, mas levar em conta as particularidades de cada um. Em uma primeira análise, pode-se considerar a existência dos seguintes grupos: (i) países que, apesar de não serem membros da União Européia, adotam os seus princípios em virtude do Tratado da EEA (Islândia, Liechtenstein e Noruega); (ii) países que podem exigir tornarem-se membros da União Européia; (iii) países associados à União Européia; (iv) a Suíça, como um grupo próprio; (v) paraísos fiscais; (vi) os Estados Unidos da América; e (vii) os países em desenvolvimento¹.

Mesmo este tratamento por grupos pode não ser suficiente para o entendimento de alguns problemas, especialmente levando em conta que um país pode simultaneamente pertencer a mais de um grupo.

Para evitar estes riscos, este artigo focar-se-á na perspectiva de um único país. O Brasil, como um terceiro país, pode muito bem ser incluído no grupo de países em desenvolvimento (e, em muitos aspectos, não se deve hesitar em considerá-lo como tal), ainda que figure como uma das 15 maiores economias do mundo. Portanto, este artigo considerará os aspectos tributários dos investimentos do e para o Brasil, *vis-à-vis* liberdades da UE.

Para uma melhor compreensão da importância do artigo 56 do Tratado da Comunidade Econômica Européia (“TCEE”) para o Brasil, apresentaremos, em primeiro lugar, nossa opinião acerca da extensão da liberdade fundamental ali estabelecida.

I. Artigo 56 do TCEE: Redação e Escopo

Os artigos 56, 57 e 58 do TCEE foram incorporados na *Charta* européia como um resultado do Tratado de Maastricht. Este último deve ser considerado como uma consequência de toda história de integração européia, a qual começou com o Tratado de Roma.

Em um estágio inicial, a livre movimentação de capital não era uma questão relevante para os Estados-Membros. O Tratado de Roma não impôs qualquer requisito formal concernente à liberalização dos mercados de capital, a qual, de acordo com o seu artigo 67, ocorreria apenas “na extensão necessária para garantir o funcionamento adequado do mercado comum”. As primeiras diretivas lidando com este assunto, as quais datam de 1960 e 1962, determinaram apenas uma liberalização parcial, acompanhada de inúmeras cláusulas de salvaguardas para as quais os Estados-Membros teriam grande possibilidade de recurso.

Entretanto, já na assinatura do Tratado de Roma, os seis países que originalmente formaram a Comunidade se comprometeram a harmonizar as suas economias nacionais e políticas monetárias². Este objetivo parece ter inspirado a deci-

¹ Cf. Pasquale Pistone, “O Impacto do Direito Comunitário Europeu nas Relações com Terceiros Países em Matéria de Tributação Direta sobre a Renda”. *Revista de Direito Tributário Internacional* n° 3, São Paulo: Quartier Latin, ano 1, 2006, pp. 243-273.

² Cf. Baltke-Spitzer Dehmer, “Die Einführung des Euro zum 1.1.1999 - Europarechtliche Rahmenbedingungen, aktuelle nationale Gesetzesvorhaben”, *Deutsches Steuerrecht* caderno 1-2, 1998, pp. 36-46 (36).

são de, em dezembro de 1969, se criar uma união econômica e monetária. Um time de alto nível, liderado pelo Primeiro Ministro de Luxemburgo Pierre Werner, foi indicado para estudar os meios necessários para atingir dito objetivo até 1980. Em 1970, o “Plano Werner” foi apresentado pela Comissão Européia, já prevendo uma união econômica e monetária até 1980. Devido a dificuldades econômicas (*e.g.*, a decisão dos Estados Unidos de permitir a flutuação do dólar em agosto de 1971³) e desarmonias políticas, este objetivo não pôde ser atingido; contudo, o objetivo de progressivamente se reduzir a flutuação da moeda entre cifras européias não foi abandonado, resultando na criação do Sistema Monetário Europeu - EMS - em 1º de julho de 1979⁴.

Oito anos depois, o Ato Único Europeu entrou em vigor com o principal objetivo de dar novo impulso ao processo de construção européia, completando o mercado interno. Visto que este objetivo era de difícil complexão sob as estruturas existentes, notadamente em virtude do processo decisório no âmbito do Conselho, o qual demandava a unanimidade para a harmonização da legislação, os Estados-Membros decidiram transformar as suas relações como um todo, visando à criação de uma União Européia. Neste sentido, para facilitar o estabelecimento de um mercado interno, o Ato Único aumentou o número de casos em que o Conselho poderia tomar decisões por votos da maioria qualificada, em vez da unanimidade. Ademais, o Ato determinou como seu objetivo político o progressivo estabelecimento do mercado interno até 31 de dezembro de 1992. O Mercado Único foi definido como “uma área sem fronteiras internas na qual a livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital é garantida de acordo com as normas deste Tratado”. A partir de então, a liberdade garantida à movimentação de capital passou a ter a mesma base daquela outorgada aos bens e serviços.

Um importante passo para a implementação da livre movimentação de capital ocorreu no final da década de 1980, quando o Conselho considerou que uma incondicional liberalização da movimentação de capital entre os Estados-Membros seria essencial para o adequado funcionamento do mercado interno. Esta liberalização foi determinada na Diretiva 88/361/CEE, a qual passou a vigorar em 1º de julho de 1990. Esta diretiva apresentava, no seu Anexo I, uma ampla lista de transações que deveriam ser consideradas inseridas no conceito de movimentação de capital, tais quais: (i) investimentos diretos; (ii) investimentos imobiliários; (iii) operações sobre títulos normalmente transacionados no mercado de capitais; (iv) operações sobre certificados de participação em organismos de investimento coletivo; (v) operações sobre títulos e outros instrumentos normalmente transacionados no mercado monetário; (vi) operações em contas-correntes e de depósito junto de instituições financeiras; (vii) créditos ligados a transações comerciais ou a prestações de serviços em que participa um residente; (viii) empréstimos e créditos financeiros; (ix) cauções, outras garantias e direitos de garantia; (x) transferências em execução de contratos de seguro; (xi) movimentos de capitais em caráter pessoal (empréstimos, doações, heranças etc.); (xii) importação e exportação física de valores; (xiii) outros movimentos de capitais.

³ <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/125018.htm>.

⁴ Cf. Baltke-Spitzer Dehmer (nota 2), 36.

A diretiva não foi elaborada apenas para prover total dimensão ao mercado único, mas protegeu ainda mais o princípio da total liberalização dos movimentos de capital, vigorando a partir de 1º de julho de 1990, tanto entre os Estados-Membros quanto com terceiros países (liberalização *erga omnes*). De acordo com o preâmbulo da Diretiva 88/361/CEE, o artigo 7 determina que os Estados-Membros devem esforçar-se para que a liberalização relacionada a transferências de moeda de e para terceiros países alcançasse nível equivalente àquele que se busca atingir nas transferências dentro da União Européia. As conclusões do Conselho Europeu de Madri, em 26 e 27 de junho de 1989, mostram que a liberalização dos movimentos de capital correspondem ao primeiro estágio de uma união econômica e monetária⁵.

O princípio da plena liberdade de capital não era, todavia, naquele estágio, considerado diretamente aplicável (os países deveriam *esforçar-se* para alcançar aquele nível de liberalização), e a Diretiva (Direito Comunitário secundário) não era tida como forte o suficiente a ponto de ser eficaz a sua aplicação. Com a entrada em vigor do Tratado da União Européia (1º de novembro de 1993), o princípio da plena liberdade de movimentação de capital foi incorporado ao tratado.

A partir de janeiro de 1994, que corresponde ao início da segunda etapa da união econômica e monetária, os artigos 56 a 60 do Tratado (renumerados de acordo com o Tratado de Amsterdã), estabelecendo a Comunidade Européia, introduziram novos arranjos para a movimentação de capital. Vejamos:

- *artigo 56*: introduziu o princípio da plena liberdade de movimentação de capital e pagamentos, ambos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e terceiros países. Este artigo tornou-se diretamente aplicável;
- *artigo 57*: introduziu a possibilidade de se manterem algumas restrições existentes até 31 de dezembro de 1993 sob a lei nacional ou o Direito Comunitário *vis-à-vis* terceiros países (*grandfathering clause*);
- *artigo 58*: determina as áreas em que os Estados-Membros podem manter informação, supervisão prudente e requisitos de tributação sem ferir a movimentação de capital;
- *artigo 59*: estabelece a possibilidade de tomar medidas de salvaguardas caso os movimentos de capital de ou para terceiros países venha a causar sérias dificuldades para a operação da união econômica e monetária;
- *artigo 60*: permite à Comunidade, ou a um Estado-Membro, tomar medidas sobre a liberdade de movimentos de capital de e para terceiros países por razões de segurança ou de política externa.

O escopo do artigo 56 do TCEE deve ser entendido, assim, como um resultado de uma aspiração que já estava presente no início da Comunidade Européia. Esta parece ser a razão pela qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (“ECJ”) entendeu em sua jurisprudência⁶ que a livre movimentação de capital e pagamentos inclui não apenas os investimentos diretos, como investimentos em capital de empresas, mas também o retorno decorrente destes investimentos, na medida em que, conforme entende a Corte, o recebimento de dividendos deriva

⁵ [http:// europa.eu/scadplus/leg/en/s01010.htm](http://europa.eu/scadplus/leg/en/s01010.htm).

⁶ Cf., por exemplo, decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias de 6 junho de 2000, Caso C-35/98 *Verkooijen* [2000], ECR I-4071, parágrafos 28-30.

de um investimento direto. Isto implica a ampliação do escopo do artigo 56 e parece indicar que o Anexo I da Diretiva 88/361/CEE deve ser levado em conta na análise do escopo do dito artigo 56.

Parece claro, numa primeira análise, que a livre movimentação de capital foi um passo tomado com o objetivo de criar o Mercado Único. O último, de acordo com o Ato Único Europeu, requereria a remoção de *fronteiras internas* pela qual a livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital é garantida.

A liberalização *erga omnes*, contudo, parece ir além do escopo declarado, uma vez que não são consideradas apenas as fronteiras internas, mas também restrições relativas a terceiros países. Isto poderia levar à conclusão de que o dito escopo deve ser mais limitado do que em relação aos Estados-Membros⁷. Poder-se-ia argüir que uma união econômica ou monetária não foi estabelecida em relação a terceiros países e, adicionalmente, a liberalização mundial dos fluxos de capital mal pode, atualmente, ser considerada um sucesso, tendo em vista que a OCDE e o FMI ainda não estabeleceram normas para a liberalização da movimentação de capital que tenham efeitos diretos. O mesmo raciocínio se aplicaria aos membros da OMC, uma vez que também não há nenhum acordo acobertando a liberalização do investimento. Em relação ao GATS, pode-se adicionar que apenas algumas medidas foram tomadas no que tange aos investimentos relacionados a serviços⁸.

Por outro lado, quando se verifica a redação do artigo 56, parece não haver qualquer previsão de diferenciação para as relações com terceiros países. Pelo contrário: o dispositivo claramente proíbe restrições à livre movimentação de capital (e pagamentos) entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e terceiros países.

É claro que se poderia argüir que nem *todas* as transações entre Estados-Membros e terceiros países deveriam ser incluídos no escopo do artigo 56, e que tal artigo deveria ser interpretado de acordo com o escopo do Tratado como um todo. Mais uma vez, no entanto, a redação do Tratado indica uma conclusão diversa, uma vez que o artigo 57, ao mesmo tempo em que permite a aplicação de restrições existentes anteriormente a 31 de dezembro de 1993 a terceiros países, adota um conceito amplo de livre movimentação de capital entre os Estados-Membros e estes terceiros países. Neste sentido, o artigo 57 (1) permite restrição existente “que envolva investimento direto, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimentos, prestação de serviços financeiros ou a admissão de valores mobiliários no mercado de capitais”. Se a liberdade de movimentação de capital entre Estados-Membros e terceiros países fosse limitada a ponto de não incluir investimentos diretos, por exemplo, não haveria motivos para eles serem mencionados no artigo 57.

Expõe-se na doutrina que, na medida em que o Direito Comunitário adota o princípio do “mercado aberto com livre concorrência”, demandando, assim, uma alocação eficiente de recursos, o escopo da livre movimentação de capitais pode ser visto como a “alocação ótima do capital”, por meio da qual o capital deveria ser empregado onde é mais eficiente, ou mais produtivo. Neste sentido, a exten-

⁷ Kristina Ståhl, “Free Movement of Capital between Member States and Third Countries”, *EC Tax Review* 2, 2004, p. 50.

⁸ Cees Peters e Jan Gooijer, “The Free Movement of Capital and Third Countries: some Observations”, *European Taxation*, novembro de 2005, pp. 476 e 477.

são a terceiros países poderia ser vista como uma busca por uma alocação de capital globalmente mais eficiente (o que não seria muito claro) ou, em uma interpretação mais restrita, como uma medida para tornar possível a movimentação do capital dentro do mercado: esta última iria requerer que os Estados-Membros adotassem regras comuns para a entrada e saída do capital para terceiros países. Desta maneira, a livre movimentação de capital, em relação a terceiros países, apenas garantiria que não houvesse obstáculos técnicos para a entrada e saída do próprio capital, mas não o tratamento igual para o capital estrangeiro e interno em outras relações⁹.

Por outro lado, o artigo 57 (2) dispõe que o Conselho deve esforçar-se “para alcançar, *em toda a medida do possível*, o objetivo da livre circulação de capitais entre Estados Membros e países terceiros”. É necessária a unanimidade para restringir esta liberdade fundamental (“um passo atrás para o Direito Comunitário no que concerne a liberalização do movimento de capital de ou para terceiros países”), a não ser que esta restrição decorra da *grandfathering clause*. Restrições adicionais especificamente direcionadas à movimentação de capital de e para terceiros países são previstas no artigo 59, mas tais restrições são excepcionais e não podem durar mais do que seis meses¹⁰.

Pode-se notar, portanto, que este não é um caso em que o texto não é claro, requerendo assim uma interpretação baseada na sua suposta finalidade. Pelo contrário, em diversas oportunidades, o texto insiste em garantir um âmbito amplo para a livre movimentação de capital (e pagamentos) entre Estados-Membros e terceiros países. Não se pode concordar, desta forma, com uma interpretação baseada no escopo, reduzindo a clara letra do texto.

Ademais, não é pacífico que o escopo do TCEE iria excluir terceiros países. É verdade que terceiros países não estão incluídos no “mercado interno”. Isto não significa, todavia, que um mercado interno forte, como vislumbrado pelo TCEE, iria excluir relações entre os Estados-Membros e terceiros países.

Nesse sentido, se se considerar que a livre movimentação de capital foi alargada no contexto da introdução do Euro como a moeda europeia, então a livre movimentação entre países *em toda a medida do possível* pode indicar que os Estados-Membros desejaram que o Euro fosse o mais forte possível. Dentre outros fatores que viabilizam uma moeda ser forte, deve-se considerar as economias nas quais ela é empregada e, além disso, a liberdade que pode ser garantida ao investidor estrangeiro (entrada e saída). Restrições de qualquer ordem à livre movimentação de capital podem reduzir a intenção do investidor em manter o seu capital aplicado. Assim, a extensão da livre movimentação de capital a terceiros países pode ser considerada como uma medida para fortalecer o próprio mercado de capitais europeu. Nesse sentido, uma interpretação ampla do artigo 56 não seria apenas condizente com a sua letra, mas também estaria de acordo com o objetivo de fortalecer o mercado de capitais europeu.

⁹ Cf. Wolfgang Schön, “Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht”, *Körperschaftsteuer - Internationales Steuerrecht - Doppelbesteuerung: Festschrift für Franz Wassermeyer zum 65. Geburtstag*, Gocke/Gosch/Lang (eds.), München: Beck, 2005, p. 506.

¹⁰ Cf. Mathias Dahlberg, “Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital”, *EucoTax Series on European Taxation*, 2005, pp. 323 e 324.

Outro argumento favorável à interpretação ampla desta liberdade fundamental é que ela seria condizente com a liberalização dos mercados, conforme previsto pelo GATT. Com efeito, este acordo permite acordos regionais. Contudo estes não devem ser vistos como uma medida contra a liberalização plena, mas como um primeiro passo para ela. Em outras palavras, firmando acordos regionais, as economias locais tendem a adaptar-se para agir em uma esfera internacional e, assim, fortalecer-se para maior liberalização. Com isso, o escopo de um acordo regional deve ser visto como a construção de economias fortes, capazes de agir em um livre mercado internacional.

Tampouco merece prosperar a argumentação de que não se poderia conceber uma concessão unilateral por parte da Comunidade Européia. Ao contrário, exemplos de aberturas unilaterais não faltam no comércio internacional e o exemplo chileno é emblemático, a evidenciar os ganhos para a própria economia que se abre.

Também as decisões da ECJ não parecem indicar uma abordagem diversa para as relações entre Estados-Membros e terceiros países. Se se levar em conta a decisão no caso *Sanz de Lera*¹¹, imediatamente se chegará a esta conclusão. Embora o caso *Sanz de Lera* não tenha envolvido uma questão tributária, a Corte teve de decidir se a sua decisão no caso *Bordessa*¹² deveria ser estendida a terceiros países. Foi decidido que as regras que subordinam a exportação de moedas, notas bancárias ou cheques ao portador à autorização administrativa, e que sujeitam o requerimento desta autorização a penalidades criminais, entrariam no escopo da liberdade de capitais. O caso *Sanz de Lera* tratava do mesmo assunto, mas em relação a terceiros países. A Corte estendeu ao caso *Sanz de Lera* a conclusão a que chegou no caso *Bordessa*, sem maiores preocupações (exceto por ter de examinar se a exceção constante do artigo 57 seria aplicável).

Uma questão importante é se a aplicabilidade do artigo 56 pode ser reduzida caso outra liberdade da EU também se aplique. Especificamente, considerando o caso de dividendos pagos por um estabelecimento, deve-se imediatamente ter em mente que tais dividendos somente recairiam sob a proteção da liberdade de estabelecimento (artigo 43 (2) do Tratado) se tal estabelecimento estiver dentro das fronteiras dos Estados-Membros.

Se se considerar esta regra como *lex specialis*, então se concluirá que a proteção do artigo 56 não seria garantida, uma vez que o artigo 43 seria aplicável, o que iria requerer que o estabelecimento estivesse “no território de outro Estado Membro”. Outro argumento seria que a liberdade de estabelecimento é mais antiga e, portanto, mais consolidada e básica para o próprio TCEE. Na doutrina, esta questão foi decidida a favor da não-exclusividade, ou seja, uma situação pode ser coberta por mais de uma liberdade. O principal argumento para tanto parece ser que isto traria maior proteção para toda e qualquer liberdade, correspondendo ao *effet utile* na interpretação do TCEE¹³. Ademais, a livre movimentação de capital e outras liberdades fundamentais protegem diferentes dimensões da mesma situação

¹¹ ECJ, Casos C-163/94, C-165/94 e C-250/94 *Sanz de Lera and Others* [1995], ECR I-4.821.

¹² ECJ, Casos C-358/93 e C-416/93, *Bordessa* [1995], ECR I-00361.

¹³ Cf., para se ter um resumo dos posicionamentos doutrinários, Wolfgang Schön (nota 9), pp. 489-521 (498-499).

(o ato de transferência de valores, o exercício de uma profissão, a oferta de serviços etc.) e a circunstância de que uma situação possa ser afetada por mais de uma liberdade não leva à conclusão de que cada uma das liberdades cobre o mesmo escopo de situações sob outras proteções¹⁴.

Se pensado de maneira diversa, poder-se-ia concluir que uma liberdade seria mais ampla para situações não cobertas por outras liberdades do que situações abarcadas por mais de uma liberdade.

A ECJ também nunca aceitou uma hierarquia entre as liberdades do TCEE, quando aplicáveis simultaneamente. Apesar de entendimentos diversos de alguns Advogados-Gerais¹⁵, baseados no assim chamado objetivo “direto” ou “indireto” de cada liberdade, o Tribunal das Comunidades Europeias nunca colocou a liberdade de movimentação de capital abaixo da liberdade de estabelecimento ou de serviços¹⁶. Pelo contrário, ele declarou que no caso de interação entre os artigos 43 ou 49, não haveria a necessidade de exame do artigo 56 e vice-versa. Nesse sentido, a ausência de proteção sob a liberdade de estabelecimento não deveria interferir na aplicação da liberdade de capital e pagamentos¹⁷, se também aplicável.

Vale ressaltar, como se fará adiante, na análise do caso *Fidium Finanz*, que a igual hierarquia entre as liberdades apenas se considera se aplicáveis simultaneamente; quando a fruição de uma liberdade só ocorre se outra previamente for garantida, então a última terá prevalência.

Ademais, a insistência em se verificar uma hierarquia entre as liberdades não pediria que se considerasse que o artigo 43 seria aplicável contra o artigo 56, mas confirmaria que a sua aplicação está sujeita ao “disposto no capítulo relativo aos capitais”.

Isto não significa, por outro lado, que o artigo 43 não deve ser considerado na aplicação do artigo 56. Pelo contrário: o artigo 58 (2) determina que no caso de uma limitação de estabelecimento ser permitida sob o TCEE, tal limitação não deve ser afetada pela livre movimentação de capital. No entanto, este aspecto relaciona-se apenas aos casos nos quais o próprio TCEE permitiu alguma limitação aos seus benefícios. Se há a referida autorização expressa pelo TCEE, não se deve interpretá-lo no sentido de proibir o que o próprio TCEE permitiu.

¹⁴ Cf. Wolfgang Schön (nota 9), p. 500.

¹⁵ De fato, o Advogado-Geral Geelhoed entende que: “where the free movement of capital and freedom of establishment are both potentially at issue, the Court should look to see which of these freedoms is directly restricted by the relevant national rules. Thus, where both freedoms are directly affected, the national rules should be examined for compatibility with Articles 43 and 56 EC. In contrast, where the right of establishment is directly restricted such that the ensuing obstacle to establishment leads indirectly to a reduction of capital flows between Member States, only the rules on the right of establishment apply.” (Cf. Opinion of Advocate General Geelhoed expedida em 29 de junho de 2006, Caso C524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, parágrafo 35) Em sentido contrário, favoravelmente a uma aplicação ampla do artigo 56 a terceiros Estados, confira a opinião do Advogado-Geral Stix-Hackl emitida em 16 de março de 2006, Caso C-452/04 *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, parágrafo 74: “If reliance on Article 56 EC in relation to undertakings in third countries were automatically to be ruled out whenever another fundamental freedom is involved because of the subject-matter in question, the guarantees provided by the free movement of capital would be meaningless.”

¹⁶ Cf. os vários casos elencados por Wolfgang Schön (nota 9), p. 499.

¹⁷ Cf. Claus Staringer, “Pending Cases Filed by Austrian Courts: the *Holböck* Case”, *Pending Cases Filed by Austrian Courts: the Holböck Case in ECJ - Recent Developments in Direct Taxation*, Vienna: Linde, 2006, pp. 9-28 (18).

Esta última consideração leva a uma questão interessante: caso haja uma restrição à movimentação de capital expressamente permitida pelos artigos 45 e 46, a referida restrição não seria afetada pela liberdade de capital. Contudo, na medida em que o artigo 43 é aplicável apenas a Estados-Membros, temos que qualquer limitação expressamente autorizada de acordo com os artigos 45 e 46 não iria além do escopo do artigo 43, ou seja, seria aplicável apenas para relações entre Estados-Membros. Se a restrição afetar relações entre Estados-Membros e terceiros Estados, então a restrição não seria permitida sob o artigo 56 e a autorização expressa dada pelos artigos 45 e 46 não se aplicaria. Neste caso, dever-se-ia concluir que a restrição seria aplicável às relações entre Estados-Membros (em decorrência da permissão expressa dos artigos 45 e 46) mas não para as relações entre Estados-Membros e terceiros países. Poder-se-ia argüir que o artigo 58 (2) estenderia as restrições dos artigos 45 e 46 a terceiros países, mas nos parece que o escopo do referido artigo 58 (2) é mais estreito, cobrindo apenas as restrições à liberdade de estabelecimento que são compatíveis com o Tratado, ou seja, entre Estados-Membros.

Este resultado surpreendente implicaria que residentes de terceiros países pudessem obter proteção mais ampla que os residentes dos Estados-Membros. Isto não significa que o escopo do artigo 56 seria mais amplo para terceiros países do que para Estados-Membros: o artigo 56 teria apenas um escopo; no caso de relações entre Estados-Membros, contudo, algumas limitações seriam expressamente toleradas pelo Tratado, assim como os artigos 57 e 58 permitiriam limitações aplicáveis apenas a terceiros países.

Em suma, pode-se concluir que o artigo 56 tem um escopo amplo, aplicável tanto a Estados-Membros quanto a terceiros países. O próprio TCEE prevê, nos artigos 57, 59 e 60, a possibilidade de introdução de limitações aplicáveis apenas a terceiros Estados. Por outro lado, outras liberdades garantidas pelo Tratado, as quais não são aplicáveis a terceiros Estados, podem ser expressamente restringidas por situações permitidas pelo TCEE, sendo que tais situações, aplicáveis apenas a Estados-Membros, não seriam afetadas pelo artigo 56.

Com efeito, nas ocasiões em que o TCEE visou a restringir a aplicação do artigo 56 aos terceiros países, fez a referida restrição de maneira bastante clara.

Nesse sentido, o artigo 57 traz a chamada *grandfathering clause* pela qual a liberdade de movimentação de capital (mas não de pagamentos!¹⁸) seria garantida sem prejuízo da “aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou comunitária adotada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento direto, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais”.

O primeiro problema atinente à cláusula supramencionada decorre da determinação de quais restrições devem ser consideradas “existentes” em 31 de dezembro de 1993. Por exemplo, não fica claro se a *grandfathering clause* seria aplicável ao § 8a KStG da Alemanha, datado de 13 de setembro de 1993, vigente a partir

¹⁸ Cf. Rudolf Streinz. *Europarecht*, 6, Auflage Heidelberg: Müller, 2003, p. 332.

de 18 de setembro de 1993, mas que somente poderia ser aplicado após 31 de dezembro de 1993¹⁹. Nos casos de Estados-Membros que aderiram à UE após 31 de dezembro de 1993, poder-se-ia argüir que, em vez desta data, a *grandfathering clause* seria aplicável às restrições existentes anteriormente à adesão. Assim, para a Áustria, seria 31 de dezembro de 1994 a data que deveria ser investigada para se determinar se as regras em questão já existiam²⁰. Também é interessante o caso em que uma nova lei entra em vigor após 31 de dezembro de 1993, revogando a lei anterior a esta data que trazia uma restrição. E se a nova lei contiver uma restrição substancialmente similar àquela contida na lei revogada, ou uma restrição que tenha menor impacto do que aquela anteriormente existente? Neste caso, a doutrina sustenta que a substância da regra é que deve ser considerada existente na data de *grandfathering* e acobertada pela regra de permissividade. Alterações formais ou emendas posteriores a esta regra não deveriam afetar a aplicação da *grandfathering clause*, contanto que a sua substância permaneça a mesma²¹.

É necessário notar, por outro lado, que não é qualquer tipo de restrição que recebe amparo da *grandfathering clause*. Do parágrafo 44 da decisão da ECJ no caso *Sanz de Lera* pode-se deduzir que a exceção do artigo 57 do TCEE deve ser delimitada de forma restritiva. Esta delimitação restritiva leva a questões de interpretação relacionadas às categorias de movimentação de capital e à específica aplicação da medida a terceiros países²².

Quando, por exemplo, ele se refere a “investimento direto”, deve-se levar em conta que esta expressão é definida nas Notas Explicativas da Nomenclatura aprovada como Anexo I da Diretiva 88/361/CEE. A importância desta diretiva foi recentemente confirmada pela ECJ no caso *D*²³. Investimentos diretos são, portanto, “os investimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma atividade econômica”. Ela determina, ademais, que haveria a participação no sentido de investimento direto “quando o lote de ações que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor, dá a esses acionistas, quer por força no disposto na legislação nacional sobre as sociedades por ações, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controle”. Isto exclui, por exemplo, investimentos de *portfolio* do conceito de “investimento direto”. Como resultado, dividendos decorrentes de participação relevante podem ser excluídos da proteção do tratado, no caso de uma restrição existente anteriormente a 31 de dezembro de 1993, em virtude da *grandfathering clause*. Esta mesma restrição, contudo, não seria aplicável ao caso de dividendos pagos por investimentos de *portfolio*, uma vez que estes não se qualificariam como “investimento direto” e contra eles não se oporia, por-

¹⁹ Cf. Wolfgang Schön (nota 9), p. 494.

²⁰ Claus Staringer (nota 17), pp. 25-26.

²¹ Claus Staringer (nota 17), pp. 25-26.

²² Cees Peters e Jan Gooijer (nota 8), p. 477.

²³ ECJ, 5 de julho de 2005, Caso C-376/03 *D* [2005], ECR I - 5821 parágrafo 24; e novamente na decisão de 14 de setembro de 2006, C-386/04, *Stauffer* n° 22.

tanto, a proteção da *grandfathering clause*²⁴. Por mais que este resultado possa ser surpreendente, a doutrina tenta explicá-lo da perspectiva dos Estados-Membros, da seguinte maneira: através da exclusão de investimentos relevantes em companhias, a *grandfathering clause* garante que casos envolvendo terceiros países não alcancem, de forma indireta, a proteção oferecida pelas outras liberdades outorgadas pelo Tratado de Roma apenas aos Estados-Membros, especialmente a liberdade de estabelecimento, que, de outra forma, se tornaria disponível a terceiros Estados²⁵.

Enquanto os artigos 57, 59 e 60 claramente se referem a situações envolvendo terceiros países, o artigo 58 enumera medidas e procedimentos que podem ser adotados por Estados-Membros de forma geral (*i.e.*, não exclusivamente com relação a terceiros países) sem constituir “um meio de discriminação arbitrária nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos”. Estas medidas e procedimentos requerem uma justificação material: “Por isso, há que averiguar se a restrição aos movimentos de capitais resultante de uma disposição legal (...) pode ser objetivamente justificada por uma razão imperiosa de interesse geral.”²⁶ Isto inclui não apenas questões tributárias ou bancárias, mas também medidas consideradas como tendo sido desenhadas para prevenir atividades ilegais de considerável gravidade, como evasão fiscal, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e terrorismo²⁷. Essa limitação à liberdade de capital, baseada na proporcionalidade, deve se dar em vista do interesse geral imanente à própria liberdade e, como não se faz referência a medidas contra residentes de Estados específicos, deve ser aplicável a todas as pessoas ou empresas situadas no território do Estado²⁸.

O próprio fato de haver, de um lado, determinadas restrições aplicáveis somente em relação a situações que envolvam terceiros países e, de outro, as de caráter geral parece ser suficiente para que se negue a possibilidade de se considerar que o artigo 56 garanta uma proteção objetiva ao capital, independentemente de ele ser de propriedade de um nacional de um Estado-Membro ou de um terceiro Estado: dependendo do aspecto subjetivo da situação, deve-se aplicar uma proteção específica, conforme visto acima.

O TCEE contém outras disposições cuja relevância para a circulação do capital deveria ser examinada. Nesse sentido, ambas as liberdades relacionadas ao artigo 17 (Cidadania da União), quais sejam, a liberdade estatuída no artigo 18 (1) (direito de circular e permanecer livremente no território de Estados-Membros) e aquela derivada do artigo 12 (proibição da discriminação), podem ser relevantes. O artigo 12 não requer um atributo econômico específico (trabalhador, empresa etc.), sendo que a proibição se aplica “no âmbito de aplicação do presente Tratado”. Esta exigência foi interpretada no passado como uma limitação à sua aplicabilidade, já que outras normas constantes do TCEE (normas especiais, vide abai-

²⁴ Georg Kofler e Gerald Toifl, “Austria’s Differential Treatment of Domestic and Foreign Intercompany Dividends Infringes the EU’s Free Movement of Capital”, *European Taxation* n° 6, vol. 45, 2005, pp. 232-242 (234).

²⁵ Claus Staringer (nota 17), p. 28.

²⁶ ECJ, C-35/98, *Verkooijen*, 46.

²⁷ Caso *Bordessa* (nota 12), 19-21.

²⁸ Cf. Rudolf Streinz, *Europarecht*, 6, Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 334-335.

xo) já cobrem quase todo o “âmbito de aplicação” do TCEE, *i.e.*, quase todas as atividades *econômicas* transfronteiriças. Desde a entrada em vigor do Tratado da União Européia (Maastricht), em 1993, o artigo 12 ganhou um novo relevo, uma vez que a palavra “econômica” foi eliminada do título do anterior Tratado da Comunidade Econômica Européia, agora Tratado da União Européia, o qual não mais trataria apenas de questões econômicas, mas também de assuntos sociais, culturais, científicos e ambientais. Na mesma data, a cidadania da União e a liberdade de se mudar e de residir foram introduzidas, o que, destarte, ampliou o escopo de tais normas²⁹.

O artigo 18 já foi declarado pela ECJ como subsidiário em relação às liberdades fundamentais, o que significa que os indivíduos podem exigir o direito de se mudar sem que esse fato acarrete prejuízo de sua situação tributária, mesmo que essa mudança não se relacione a uma relação de emprego ou a estabelecimento³⁰. Esse conceito de cidadania da União é, assim, mais amplo que a participação no mercado, já que aos nacionais da União Européia é garantido o direito de viajar ou de fixar sua residência em Estados-Membros independentemente de qualquer motivação econômica³¹.

O artigo 12 contém uma proibição geral de discriminação, a qual, ao contrário do que ocorre com as liberdades fundamentais, não é relacionada a situações econômicas determinadas; ele simplesmente proíbe que haja discriminação baseada na nacionalidade. Na medida em que não-residentes são normalmente não-nacionais, o Direito Comunitário tende a considerar, em princípio, o tratamento diferenciado dirigido a não-residentes como discriminação indireta (negação de tratamento equivalente ao assegurado a nacionais) de não-nacionais³². O artigo 12 deixa claro que a sua aplicação deve ser feita sem prejuízo das disposições especiais contidas no TCEE; assim, as liberdades fundamentais, enquanto “disposições especiais” prevalecem sobre essa proibição geral³³. Nesse sentido, o artigo 12 não parece ter uma aplicação ampla para questões tributárias, visto que as liberdades fundamentais já deveriam evitar tais discriminações³⁴.

Deve-se notar que, apesar de os artigos 18 e 12 serem relacionados à cidadania da União Européia, os nacionais de terceiros países podem exigir que essa proteção lhes seja estendida caso eles sejam qualificados como residentes a longo prazo de um Estado-Membro, por ter o Conselho decidido estender aos ditos residentes a longo prazo o direito a “tratamento equivalente”, incluindo, dentre outras áreas, os benefícios tributários³⁵.

²⁹ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 4ª ed., Deventer: Kluwer, 2005, pp. 29-31.

³⁰ ECJ, 17 de setembro de 2002, C-413/99, *Baumbast and R* [2002], I-7091, parágrafo 76.

³¹ Cf. Rudolf Streinz (nota 28), p. 280.

³² Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 79. Veja também ECJ, 14 de fevereiro de 1995, Caso C-279/93 *Schumacker* [1995], ECR I-225, parágrafos 26-29.

³³ Cf. Heinrich Weber-Grellet, *Europäisches Steuerrecht*, München: Beck, 2005, p. 105.

³⁴ Cf. Axel Cordewener, “Deutsche Unternehmensbesteuerung und europäische Grundfreiheiten - Grundzüge des materiellen und formellen Rechtsschutzsystems der EG”, *Deutsches Steuerrecht*, cadernos 1-2, 2004, pp. 6-15 (9).

³⁵ Diretiva do Conselho sobre o status de nacionais de terceiros países que sejam residentes por longo prazo (Council Directive on the status of third-country nationals who are long-term residents), aprovada pelo Conselho em 25 de novembro de 2003: Documento do Conselho 10501/1/03 rev 1 (<http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st10/st10501-re01en03.pdf>).

As liberdades fundamentais referem-se primordialmente à nacionalidade; a sua extensão ao critério da residência deriva da possibilidade de discriminação indireta. É verdade que o artigo 58 permite aos Estados-Membros “aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido”. Todavia, a ECJ já considerou que “como derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objeto de interpretação estrita, não pode ser interpretado no sentido de que qualquer legislação fiscal que faça uma distinção entre os contribuintes consoante o local em que investem os seus capitais é automaticamente compatível com o Tratado. Com efeito, a derrogação (...) está ela própria limitada pelo artigo (...) que prevê que as disposições nacionais (...) ‘não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos (...)’.” A ECJ distinguiu “os tratamentos desiguais permitidos nos termos do (...) o Tratado das discriminações arbitrárias proibidas”³⁶.

Em princípio, portanto, os nacionais da União Européia podem invocar proteção das liberdades fundamentais contra um outro Estado-Membro da União Européia (incluindo aquele de sua própria nacionalidade). Literalmente, não há restrição acerca do fato de o nacional da União Européia ser, ou não, residente de um Estado-Membro. Isso poderia significar que, desde que a cidadania européia seja garantida, todas as liberdades fundamentais seriam garantidas ao cidadão europeu, mesmo quando este fosse residente de um terceiro Estado. Isto traria os seguintes resultados: (i) circulação de capital e de pagamentos é garantida tanto dentro da União Européia quanto em situações que envolvam terceiros Estados; as condições podem variar dependendo do aspecto subjetivo; (ii) outras liberdades seriam garantidas dentro da União Européia para nacionais da União Européia (residentes ou não) e para residentes da União Européia (não nacionais da União Européia). Essa conclusão pode ser contestada com base no escopo do TCEE; contudo, devido à ampliação de tal escopo, dever-se-ia considerar uma ampla proteção outorgada pelo TCEE aos nacionais da União Européia, mesmo quando não haja residência.

Ademais, se apenas se considerasse a liberdade de circulação de capital, notar-se-ia que situações que envolvam terceiros países podem requerer considerações especiais. Caso se considere, por exemplo, o teste de comparabilidade, nota-se que em situações que se dêem no âmbito interno da União Européia, a ECJ normalmente compara situações domésticas com situações transfronteiriças, com o objetivo de saber se há violação do direito comunitário. Não é claro, todavia, se, em uma situação transfronteiriça que envolva terceiros Estados, a comparabilidade tenha que ser determinada segundo o mesmo padrão que nas situações internas à União Européia.

De acordo com a ECJ, “a desigualdade de tratamento pode existir tanto quando duas categorias de pessoas, cujas situações jurídicas e factuais não apresentam qualquer diferença essencial, são tratadas de maneira diferente como quando situações não comparáveis são tratadas da mesma maneira”³⁷. Em situações inter-

³⁶ ECJ, 15 de julho de 2004, Caso C-315/02, *Lenz* [2004], ECR I-7.063, parágrafos 26-27; no mesmo sentido: ECJ, 18 de março de 2004, Caso C-319/02 *Manninen* [2004], ECR I-7.477, parágrafos 28-29.

³⁷ ECJ, 12 de setembro de 2002, Caso C-431/01 *Mertens* [2002], ECR I-7.073, parágrafo 32.

nas à União Européia, a comparabilidade depende de que se construa um padrão de comparabilidade, *i.e.*, que se coloque lado a lado a situação concreta (para fins tributários: o contribuinte) e um parceiro imaginário de comparação. O contribuinte concreto precisa poder desfrutar da proteção do Tratado (em geral: nacional da União Européia - ou companhia - residente em um Estado-Membro diverso daquele cujas normas estejam sendo testadas). O par de comparação deve: (i) ser residente no Estado-Membro cujo direito esteja sob análise e (ii) estar em uma situação econômica comparável com a situação econômica do contribuinte concreto³⁸.

Um exemplo de situações comparáveis pode ser visto no caso *Lenz*, que se refere à legislação austríaca que objetivava atenuar os efeitos econômicos da bitributação de lucros de empresas, que resultava da tributação de lucros empresariais tanto por meio do imposto de renda da pessoa jurídica quanto através da tributação dos mesmos lucros distribuídos na forma de dividendos ao acionista que, enquanto contribuinte, deve imposto de renda. Nesse caso, a situação concreta descrita pela Corte, “tendo em conta a regra fiscal que visa atenuar os efeitos da dupla tributação dos lucros distribuídos por uma sociedade em proveito da qual foi realizado o investimento”, foi: “os acionistas sujeitos de modo ilimitado ao imposto na Áustria que recebam rendimentos de capitais de uma sociedade com sede noutro Estado Membro”. O par de comparação foi: “acionistas sujeitos de modo ilimitado ao imposto igualmente na Áustria, mas que auferem rendimentos de capitais de uma sociedade com sede neste último Estado Membro”³⁹.

Situações envolvendo a proteção à circulação de capital em relação a terceiros países podem requerer padrões diversos. Enquanto a proteção à movimentação de capital dentro da União Européia pode ser sujeita à comparação clássica, situações atinentes a terceiros países podem referir-se tanto a casos de movimentações de entrada quanto de saída de capital. Caso se considerem as movimentações de entrada de capital, o contribuinte em concreto não é um residente de um Estado-Membro. Neste caso, a comparabilidade requereria um par imaginário de comparação que investisse no mesmo país no qual o contribuinte em concreto tivesse investido. Movimentações de saída de capital, por outro lado, compreenderiam o caso em que um contribuinte em concreto que desfrutasse da proteção do TCEE solicitasse de seu Estado de residência um tratamento igual aos seus investimentos, independentemente de eles serem feitos em seu país de residência, em um outro Estado-Membro, ou em um terceiro país. Neste caso, o par de comparação deveria (i) ser residente do Estado-Membro cujo direito esteja sendo testado e (ii) investir nesse Estado-Membro e/ou em um outro Estado-Membro.

Caso se fosse recorrer ao modelo de comparação desenvolvido no caso *Lenz*, seria necessário considerar qual seria a situação se os dividendos não proviessem de uma companhia estabelecida em um outro Estado-Membro, e sim em um ter-

³⁸ Cf. Ekkehart Reimer, “Os Efeitos das Liberdades Fundamentais do Tratado da Comunidade Européia sobre o Imposto de Renda nos Estados-Membros da Comunidade”, *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*, Luís Eduardo Schoueri (coord.), vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 919-959 (926-927). Cf. também ECJ, 14 de fevereiro de 1995, Caso C-279/93 *Schumacker* [1995], ECR I-225, parágrafo 46.

³⁹ ECJ, C-315/02, *Lenz*, 32.

ceiro Estado. Para esse propósito, dever-se-ia considerar o caso *Holböck*⁴⁰, em que a companhia estrangeira distribuidora de lucros é residente em um terceiro país (e não em um Estado-Membro). Os fatos são bem semelhantes aos do caso *Lenz*: esse caso envolvia um indivíduo residente da Áustria que detinha 2/3 de uma companhia suíça. Essa companhia suíça distribuiu dividendos para o indivíduo austríaco de 1992 a 1996, os quais foram tributados pela alíquota progressiva comum do imposto de renda (até 50%). Todavia, durante o lapso de tempo em questão, dividendos distribuídos por empresas austríacas eram tributados a uma alíquota mais favorável (25%). O contribuinte alegava que o princípio fundamental da livre circulação de capital que se aplica entre Estados-Membros da União Européia e terceiros países proibiria a Áustria - desde a data de sua entrada na União Européia, *i.e.*, 1º de janeiro de 1995 - de tributar os dividendos distribuídos por uma companhia suíça a uma alíquota mais elevada do que aquela que se aplica a dividendos domésticos comparáveis. Vale observar que a Lei Austríaca sobre o Imposto de Renda foi alterada em 1º de abril de 2003, de forma que dividendos domésticos e advindos do exterior são agora tributados pela mesma alíquota. O caso comentado refere-se à tributação ocorrida antes de 1º de abril de 2003.

É possível indagar se, no caso *Holböck*⁴¹, os dividendos eram efetivamente comparáveis a dividendos domésticos (como os dividendos recebidos por *Lenz* o foram), já que eles provinham de fora da União Européia. Essa questão surgiu no caso *Manninen*, mas a Corte sustentou não ser a questão relevante, dado que esse caso “não respeita, de modo algum, à livre circulação de capitais entre os Estados Membros e os países terceiros”⁴².

Em situações internas à União Européia, é irrelevante, para efeitos de comparação, saber se o outro Estado-Membro também tributa o contribuinte em concreto, já que o teste apenas considera infrações cometidas por um Estado individualmente, independentemente do comportamento do outro Estado-Membro⁴³.

Ao se raciocinar de forma semelhante com relação a casos que envolvam terceiros países, chega-se à conclusão de que, mesmo relativamente a países de tributação favorecida, a ocorrência de discriminação não dependeria de tal circunstância. A questão de se saber se o nível de tributação no Estado-Membro da companhia distribuidora de dividendos é relevante para a liberdade de capital e de pagamentos já foi analisada pela ECJ no caso *Lenz*. A Corte sustentou que, “é certo que não se pode excluir a possibilidade de a extensão da regulamentação fiscal em causa aos rendimentos de capitais originários de outro Estado Membro poder tornar vantajosa, para os investidores residentes na Áustria, a compra de ações de sociedades com sede noutros Estados Membros, em que o nível do imposto sobre as sociedades é menos elevado do que na Áustria. Todavia, esta possibilidade não pode de modo algum justificar uma regulamentação como a que está em causa no

⁴⁰ ECJ, 28 de janeiro de 2005, Caso pendente C-157/05 *Winfried L. Holböck*.

⁴¹ Cf. Claus Staringer (nota 17), p. 20.

⁴² ECJ, C-319/02, 51.

⁴³ ECJ, C-141/99 *Amid* [2000], ECR I-1.161, parágrafos 25, 28 e seguintes. Cf. Ekkehart Reimer (nota 38), p. 931. O autor também faz referência ao Dieter Birk, “Besteuerungsgleichheit in der Europäischen Union”, *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt. Veröffentlichungen der Deutsche Steuerjuristischen Gesellschaft*, vol. 19, Moris Lehner (org.), 1996, pp. 63, 65.

processo principal.” Ademais: “um tratamento fiscal desfavorável contrário a uma liberdade fundamental não pode justificar-se pela existência de outras vantagens fiscais, supondo que tais vantagens existam”⁴⁴.

É claro que isso não significa que nenhum controle deva ser feito, já que o artigo 58 do Tratado permite “medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal”. Países de tributação favorecida podem ser utilizados por residentes para propósitos de evasão fiscal e, nesse sentido, regras antielisivas não seriam discriminatórias para o artigo 56. Como a ECJ já decidiu, tratamentos diferenciados atinentes a situações objetivamente comparáveis podem ser justificados, *inter alia*, pela “luta contra a evasão fiscal e pela efetividade da supervisão fiscal”⁴⁵.

Uma discriminação poderia ser permitida sob a justificativa de que os Estados-Membros têm acesso mais limitado a informações tributárias relevantes de terceiros países do que relativamente a outros Estados-Membros. Assim sendo, entre os Estados-Membros, a ECJ não permitiu que a alegação, por um Estado-Membro, de falta de informação para cobrar os seus impostos servisse como justificativa para um tratamento tributário discriminatório, já que o Direito Comunitário Europeu garante aos Estados-Membros meios viáveis de troca de informações em matéria tributária⁴⁶. Este argumento, contudo, seria aplicável apenas se a informação fosse necessária para a própria aplicação da tributação do Estado-Membro. Nesse sentido, o artigo 58 (1) (b) do TCEE permite medidas “para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal”. No caso *Holböck*, por exemplo, esse argumento apenas seria válido “caso se precisasse de informação sobre como companhias distribuidoras de dividendos são tributadas no Estado de residência”, o que não é o caso do direito austríaco⁴⁷.

Mesmo que se precisasse da informação, a falta de um tratado com terceiros países não deveria, por si só, ser suficiente para permitir uma discriminação. O artigo 58 (3) esclarece que medidas e procedimentos não “devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos”. Se há ou não discriminação arbitrária é uma questão a ser respondida por meio da proporcionalidade.

Essa situação pode ser vista no caso *Skatteverket*⁴⁸, no qual a troca de informações era exigida por motivos de fiscalização tributária. A Comissão Jurídica para Receita entendeu essa exigência como desproporcional, mesmo no que concernesse a terceiros países, em relação aos quais a Diretiva sobre Assistência Mútua⁴⁹ não se aplicaria, desde que, dentre outros, pudesse ser dada ao contribuinte oportunidade para que ele mostrasse que todos os requisitos estão satisfeitos. Ele teria o ônus de provar que as condições teriam sido preenchidas. Nesse caso, propôs-se à ECJ, sob forma de questão prejudicial, que se decidisse se as regras de liberdade de circulação entre os Estados-Membros e terceiros países impediriam a Suécia de tri-

⁴⁴ ECJ, C-315/02, *Lenz*, 43.

⁴⁵ ECJ, C-315/02, *Lenz*, 27.

⁴⁶ Claus Staringer (nota 17), pp. 21-22.

⁴⁷ Claus Staringer (nota 17), p. 22.

⁴⁸ ECJ, 15 de outubro de 2004, Caso pendente C-101/05 *Skatteverket v A.*

⁴⁹ Diretiva do Conselho 77/799/CEE de 19 de dezembro de 1977.

butar “A” pelo fato de a companhia distribuidora “X” não ser residente de um Estado da Área Econômica Européia (“EEA”) ou de um país com o qual a Suécia tivesse um tratado para evitar a dupla tributação contendo uma cláusula de troca de informações. Em seu arrazoado, o governo sueco argumentou, *inter alia*, que o artigo 56 do TCEE precisa ser interpretado de forma mais restritiva com relação a movimentações de capital que envolvam terceiros países do que aquelas entre Estados-Membros. O governo também afirmou que, no que concerne a terceiros países, a livre circulação de capital é uma liberalização unilateral. Ademais, questionou se distribuições de dividendos de ações deveriam ser tratadas como circulação de capitais, comparadas com uma distribuição normal de divisas. O governo sueco, por fim, mencionou que o âmbito para considerar as fiscalizações tributárias como uma justificativa para uma restrição deveria ser maior em relação a terceiros países do que em relação a Estados-Membros⁵⁰.

Nessa linha de raciocínio, restrições são permitidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias “se as normas nacionais perseguirem de modo não discriminatório um objectivo de interesse geral e se respeitarem o princípio da proporcionalidade, quer dizer, se outras medidas menos gravosas não permitirem alcançar o mesmo resultado”⁵¹. O requisito da proporcionalidade implica, desta forma, a necessidade de cautela ao se autorizar determinada discriminação. Claro que o “resultado” referido pela Corte não significa “o mesmo montante de tributação”; se assim o fosse, todos os tipos de medidas tributárias discriminatórias seriam aceitas, já que combatê-las significaria reduzir as receitas tributárias dos Estados-Membros. Tampouco isso corresponde ao conceito de resultado dentro da Comunidade Européia.

Proporcionalidade significa que o interesse público, de um lado, e uma restrição, de outro, foram comparados, e que uma proporção aceitável foi encontrada, *i.e.*, que não se poderia proteger o interesse público de forma equivalente caso se minorassem as restrições. Mais exatamente: uma redução mínima da restrição significaria uma redução proporcionalmente muito maior da proteção do interesse público.

Uma restrição também não seria normalmente permitida sob o argumento da coerência fiscal, baseada na perda de receitas do Estado-Membro. Assim, a ECJ rejeitou a aceitação da perda de receitas por um Estado-Membro como uma possível justificativa para uma tributação discriminatória: “redução das receitas fiscais não pode ser considerada razão imperiosa de interesse geral susceptível de ser invocada para justificar uma medida em princípio contrária a uma liberdade fundamental”⁵². Tal fundamentação “não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma desigualdade de tratamento”⁵³.

⁵⁰ Cf. Bertil Wilman, “Pending Cases Filed by Swedish Courts: the Skatteverket v A, Skatteverket v A and B, and Bouanich Cases”, *ECJ - Recent Developments in Direct Taxation*. Wien: Linde, 2006, pp. 297-309 (300-302).

⁵¹ ECJ, C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, *Reisch and Others* [2002], ECR I-2.157, parágrafo 33.

⁵² ECJ, C-319/02, *Manninen*, 49.

⁵³ ECJ, 16 de julho de 1998, Caso C-264/96 *Imperial Chemical Industries, plc (ICI)* [1998], ECR I-4.695, parágrafo 28.

Todavia, pode-se argumentar que, em uma situação que envolva um terceiro país, a perda de receitas por um Estado-Membro não teria como contrapeso um ganho de receitas tributárias por um outro Estado-Membro, mas sim por um terceiro país, o que poderia ser afirmado como uma situação muito mais perigosa de uma perspectiva orçamentária da União Européia como um todo. Caso se aceitasse esse argumento, então não haveria liberdade de capital e de pagamentos atinentes a terceiros países quando se tratasse de questões fiscais⁵⁴.

Além disso, a justificativa para uma medida discriminatória sob o argumento da “coerência fiscal” requereria a existência de um vínculo direto entre a vantagem e a desvantagem dentro de um mesmo sistema tributário e no nível do mesmo contribuinte⁵⁵.

Contudo, vale notar que no caso *Manninen*, a advogada geral Kokot⁵⁶ propôs que a ECJ tivesse uma perspectiva mais ampla ao aplicar o argumento da coesão, analisando, no caso de dividendos, tanto o nível da empresa quanto do acionista. Da mesma maneira, no caso *Staufe*, pode-se notar a tendência da ECJ em ampliar o argumento da coerência, considerando casos de duas pessoas/entidades diferentes⁵⁷.

A doutrina também pede que “o argumento da coesão justifique a tributação discriminatória em casos que envolvessem terceiros países onde de fato haja uma menor tributação total de dividendos do que em casos domésticos comparáveis”⁵⁸. Isso tem sido considerado como ocasionador de uma “*tácita redefinição* do princípio da ‘coerência’ ou da ‘coesão’, levando em conta as situações em ambos os países envolvidos em uma atividade transfronteiriça”⁵⁹.

Tal redefinição seria “percebida em um desenvolvimento paralelo que pode ser observado na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, no que diz respeito à aplicação da ‘cláusula de comércio interestadual’ (artigo I seção 8 cláusula 3 da Constituição dos EUA): assim como as liberdades fundamentais da Comunidade Européia, ela cria uma ‘integração negativa’ através da proibição de obstáculos a transações interestaduais. No que se refere a obstáculos causados por regras de tributação, a Suprema Corte desenvolveu a exigência de que, para ser compatível com a cláusula de comércio, as respectivas normas tributárias precisam ser interna e externamente consistentes, o que *inter alia* compreende o teste sobre se determinado fato gerador é levado em conta apenas uma vez em todos os Estados envolvidos.”⁶⁰

Todavia, dever-se-ia notar que considerar efeitos estrangeiros do argumento da *coerência* no plano tributário resultaria em não exigir que um sistema tributário fosse coerente em suas próprias regras, mas sim sob uma perspectiva internacional. Como não há um sistema tributário internacional, os países devem decidir sobre a configuração de seus próprios sistemas. Uma abordagem internacional da coerência parece, assim, estar longe do cenário internacional.

⁵⁴ Cf. Claus Staringer (nota 17), p. 21.

⁵⁵ Cf. Georg Koifler e Gerald Toifl (nota 24), p. 234.

⁵⁶ Opinião da Advogada-Geral Kokot emitida em 18 de março de 2004.

⁵⁷ Cf. *Staufe* (nota 23), n° 54.

⁵⁸ Cf. Staringer (nota 17), p. 24.

⁵⁹ Cf. Axel Cordewener, *Common Market Law Review* n° 43, 2006, p. 877.

⁶⁰ Cf. Axel Cordewener (nota 59).

A partir do que se afirmou acima, é possível considerar alguns casos práticos envolvendo terceiros países e suas possíveis soluções tendo em vista o artigo 56 do TCEE.

No caso do *exit tax*, *i.e.*, um imposto através do qual os Estados-Membros procuram preservar sua pretensão tributária na hipótese de existência de reservas ocultas ou futuras, pode-se notar que em sua decisão sobre o caso *Lasteyrie du Saillant*⁶¹, a ECJ considerou o *exit tax* francês incompatível com a liberdade de estabelecimento outorgada pelo artigo 43 do TCEE. Essa decisão não deveria ser imediatamente estendida a terceiros países, por ser o artigo 43 aplicável somente no âmbito da Comunidade Européia. Todavia, como visto acima, o fato de o artigo 43 ser aplicável não impede a utilização do artigo 56, sempre que possível. Para a aplicação do artigo 43, a comparação foi feita com base nas diferenças de tratamento ao qual um residente francês que pretendesse se mudar para um outro Estado-Membro estaria sujeito, quando comparado com um francês residente que não pretenda se mudar, *i.e.*, à tributação da renda que tecnicamente não foi realizada e que não existe nos bens do contribuinte⁶².

Recentemente⁶³, a ECJ reafirmou seu entendimento do *exit tax* como atentatório ao direito comunitário, mesmo quando um diferimento do seu pagamento seja possível mediante constituição de garantias, já que estas representariam um ônus capaz de dissuadir um nacional de um Estado-Membro de mudar-se para outro. Não há proporcionalidade entre a exigência de constituição de garantia para concessão do diferimento e o propósito a que esta se destina, qual seja, facilitar a cobrança desse imposto junto a um residente estrangeiro.

Um outro fator que torna o *exit tax* contrário à liberdade de estabelecimento é a impossibilidade de dedução, por inteiro, das desvalorizações (“menos-valias”) suscetíveis de ocorrer após a transferência de domicílio do contribuinte e que não tenham sido objeto de dedução no Estado-Membro de acolhimento.

As circulações de capital ou de pagamentos não são, por si, sujeitas a *exit taxes*. *Exit taxes*, em regra, devem ser recolhidos devido à locomoção de um contribuinte para outro país, mesmo que não haja qualquer movimentação de capital. Para a aplicação do artigo 56, todavia, deveria ser feita uma comparação: dever-se-ia cotejar um contribuinte que tenha seu capital fora e que se mude para um terceiro país (situação concreta) com um que se mude para um terceiro país, mas que mantenha seu capital no Estado-Membro de sua antiga residência. O *exit tax* francês seria aplicável a participações substanciais detidas por acionistas que tenham sido residentes na França por pelo menos seis dos dez anos precedentes à transferência de residência. O requisito da participação substancial é preenchido se o acionista, direta ou indiretamente, juntamente com a sua esposa ou os seus dependentes, detém ou deteve, em qualquer momento dentro dos cinco anos anteriores à emigração, uma participação de 25% ou mais em uma companhia *residente* ou *não-residente*⁶⁴. Como se pode perceber, a tributação é a mesma sobre in-

⁶¹ ECJ, 11 de março de 2004, Caso C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* [2004], ECR I-2.409.

⁶² ECJ, C-9/02, 46.

⁶³ ECJ, C-470/04, “caso ‘N’”.

⁶⁴ Cf. Silvia Kotanidis, “French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment”, *European Taxation*, agosto de 2004, pp. 375-383 (376).

vestimentos *no* país (*residente*) e fora (*não-residente*). Assim, nenhuma restrição poderia ser alegada com base no artigo 56.

Uma outra questão sobre a qual o direito comunitário pode ser aplicável são as *regras CFC*. Assim, o Conselho sueco para decisões tributárias avançadas (*Skatterättsnämnden*), apesar de declarar que as regras CFC não violariam os acordos de bitributação, reconheceu que o regime de CFC sueco era incompatível com os artigos 43 e 56 do TCEE, embora essa regra pudesse ser justificada pela sua finalidade de norma antielisão no caso de movimentos de capital de e para Estados não-membros⁶⁵.

De acordo com as regras CFC, lucros gerados por investimentos em companhias que preencham certos pré-requisitos devem ser tributados imediatamente, mesmo que os dividendos não tenham sido distribuídos (transparência). Dentre outras exigências, encontra-se a de um investimento (investimento na CFC) que tenha sido feito no exterior (empresa estrangeira). É verdade que, geralmente⁶⁶, nem todo investimento feito em uma companhia estrangeira está sujeito à transparência, e que os países normalmente adotam listas negras ou listas brancas, para a aplicação das regras CFC⁶⁷.

Caso se aplique o teste de comparabilidade às regras CFC, então é necessário comparar um contribuinte detentor de investimentos em seu próprio país com um contribuinte com investimentos no exterior. Nesse sentido: “as regras CFC tipicamente são aplicáveis somente se um nacional detém ações em uma CFC. Elas não se aplicam a participações de acionistas nacionais em companhias do mesmo país.”⁶⁸

A questão que surge é se essa restrição pode ser tolerada no contexto do direito comunitário europeu⁶⁹. Tal tolerância poderia ser embasada em argumentos de políticas públicas, nos termos previstos no artigo 58 (1) (b) do TCEE, mas, nesse caso, o teste de proporcionalidade se aplicaria (artigo 58 (3)). Nesse sentido, seria possível sustentar, razoavelmente, que as regras CFC seriam proporcionais quando elas não se aplicassem a *todo* movimento de capital, mas *somente* aos casos em que investimentos estrangeiros pudessem ser utilizados como um meio de diferir a tributação local. A maior parte dos países adota listas brancas ou negras (o Brasil é uma exceção nesse mérito) e as regras CFC são normalmente aplicáveis apenas a rendas passivas (novamente, o Brasil é uma exceção). Outros requisitos são normalmente aplicáveis antes que se adote a transparência. Em tais casos, se poderia asseverar que a proporcionalidade teria sido atendida e que uma tal discriminação (excepcional) não iria de encontro à liberdade fundamental inserta no artigo 56 do Tratado das Comunidades Europeias.

⁶⁵ Cf. Renata Fontana. “The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union”, Part I, *European Taxation*, junho de 2006, pp. 259-267 (263).

⁶⁶ O Brasil é uma exceção a esse modelo, já que as regras brasileiras se aplicam independentemente do país no qual o investimento tenha sido feito.

⁶⁷ Cf. Renata Fontana (nota 65), pp. 266-167.

⁶⁸ Cf. Michael Lang, “CFC Legislation and Community Law”, *European Taxation*, setembro de 2002, pp. 274-279.

⁶⁹ A ser considerado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no contexto do caso pendente C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

Da mesma forma entendeu a ECJ, ao examinar as regras CFC do Reino Unido: se considerou necessário que “há que apreciar se a restrição (...) que decorre da legislação relativa às CFC pode ser justificada por motivos de luta contra expedientes puramente artificiais e, sendo caso disso, se se revela proporcionada à luz desse objetivo”. No caso concreto, o fato de que a legislação sobre CFCs continha exceções nas quais a tributação da companhia residente sobre os lucros das companhias CFCs não se aplicaria foi muito importante para o resultado da decisão⁷⁰.

Ainda no que concerne às regras CFC, é interessante notar, face ao acórdão *Cadbury Schweppes*, como as liberdades fundamentais amoldam o conceito comunitário de abuso do direito na seara tributária. Entende-se que o mero fato de uma companhia estabelecer e capitalizar uma subsidiária em outro Estado-Membro com o objetivo explícito de se beneficiar do regime fiscal favorável deste, não constitui, por si só, abuso. Destarte, a companhia *holding* teria legitimidade de invocar para si a liberdade de estabelecimento dos artigos 43 e 48 TCE⁷¹, que, conforme os parágrafos 54 e 55 do referido acórdão, significa a persecução de uma atividade econômica através de um estabelecimento situado em um determinado Estado-Membro por um período indefinido. Só não se encontram protegidas pela liberdade de estabelecimento as construções puramente artificiais, desprovidas de fundamentos econômicos e que tenham por objetivo único evitar o pagamento de imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades efetuadas no território nacional. Assim, o que permitiria aplicar regras CFC, seria saber se a subsidiária é apenas uma empresa “de prateleira” ou se ela realmente realiza atividades econômicas (expressas pela tríade “instalações, pessoal e equipamentos”)⁷² no Estado-Membro em que tenha sua sede. Neste último caso, mesmo tendo havido razões tributárias para a escolha do Estado-Membro de localização da subsidiária, não há que se falar em abuso e, portanto, restam inaplicáveis à *holding* as regras CFC, sob pena de violação do direito comunitário.

Os critérios europeus para a aplicabilidade das regras CFC poderiam servir de inspiração ao legislador brasileiro, para que este fosse mais parcimonioso na fixação do alcance de nossas normas sobre CFC.

Do acórdão *Cadbury Schweppes* extrai-se, ainda, a importância de se estabelecer corretamente a qual situação abstrata deve ser comparada determinada situação de fato, sob pena de discriminações não serem identificadas. Assim, os governos do Reino Unido, da Dinamarca, da Alemanha, da França, de Portugal, da Finlândia e da Suécia sustentaram perante a ECJ que a aplicação de regras CFC a uma sociedade “A” não seria discriminatória na medida que esta seria tributada pelos lucros da subsidiária da mesma forma que uma subsidiária nacional o seria. Assim, inexistiria tratamento menos favorável da subsidiária estrangeira e, portanto, não haveria discriminação.

A falácia da argumentação levada a cabo está em que o ônus sofrido pela sociedade *holding* “A”, que também é tributada pelos lucros de sua CFC, deveria ser comparado com o ônus sofrido por uma sociedade *holding* “B”, com sede no mesmo Estado-Membro, que tivesse uma subsidiária nacional. Neste caso, os lucros da

⁷⁰ ECJ, 12 de setembro de 2006, Caso C-196/04 *Cadbury Schweppes plc*, parágrafos 57 e 61.

⁷¹ Cf. ECJ, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, 38.

⁷² Vide ECJ, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, 67.

subsidiária não seriam imputados à *holding* “B”, mas apenas tributados na própria subsidiária. Assim, claro fica que uma *holding* com subsidiária no exterior é mais onerada do que uma *holding* com subsidiária nacional.

Para a ECJ, o que torna a tributação de uma *holding* consoante o regime de CFC discriminatória não é o ônus econômico sofrido conjuntamente pela *holding* e pela CFC (que pode ser equivalente ao ônus conjunto com que arcaiam uma *holding* e uma subsidiária nacionais), mas sim o fato de uma pessoa jurídica ser tributada pelos lucros de outra, o que inócorre em situações puramente internas⁷³.

No que se refere ao Brasil, uma *holding* européia com subsidiária aqui não poderia invocar a proteção da liberdade de estabelecimento, já que esta não se aplica com relação a terceiros países. Todavia, poder-se-ia tentar chegar ao mesmo resultado invocando a liberdade de circulação de capitais, inscrita no art. 56 do TCE, esta sim, aplicável a situações que envolvam terceiros Estados. Afinal, não há como negar que, se um Estado-Membro europeu aplicasse a legislação CFC a uma *holding* com subsidiária no Brasil, isso significaria um desincentivo a investimentos europeus aqui e, portanto, uma restrição à liberdade de circulação de capitais.

Group relief é um outro campo onde a questão aqui tratada ganha importância. Assim, alguns países, como o Reino Unido, possibilitam que companhias residentes que participem de um grupo possam transferir seus lucros e prejuízos entre si⁷⁴, desde que todas elas estejam em um mesmo país. Caso a subsidiária, todavia, esteja em um outro Estado, então o *group relief* não é permitido. Esse foi o caso do Reino Unido, em que: “a sociedade mãe com domicílio fiscal nesse Estado está impedida de deduzir do seu lucro tributável nesse Estado os prejuízos sofridos noutros Estados Membros por filiais com domicílio fiscal nesses Estados, quando tal dedução seria admissível se os referidos prejuízos tivessem sido suportados por filiais estabelecidas no Estado da sociedade mãe”⁷⁵.

Não obstante o fato de que o *group relief* do Reino Unido tenha sido submetido a julgamento pela ECJ no caso *Marks & Spencer* sob o manto da liberdade de estabelecimento, parece correto afirmar que um caso semelhante poderia ser apresentado como uma restrição à liberdade de circulação de capitais, já que está suficientemente claro⁷⁶ que o investimento de uma companhia dentro do mesmo país a habilita para um *group relief*, enquanto o mesmo investimento em um terceiro país

⁷³ Este raciocínio encontra-se exposto na seguinte passagem: “Com efeito, mesmo tendo em conta como sugerem os Governos do Reino Unido, dinamarquês, alemão, francês, português, finlandês e sueco, a circunstância eventual, mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de que essa sociedade residente não paga, a título dos lucros de uma SEC abrangida pelo âmbito de aplicação da referida legislação, um imposto superior ao que seria aplicável a esses lucros se estes tivessem sido realizados por uma filial estabelecida no Reino Unido, também é verdade que, por força de tal legislação, essa sociedade residente é tributada relativamente aos lucros de outra pessoa coletiva. Ora, tal não é o caso de uma sociedade residente que tenha uma filial tributada no Reino Unido ou cuja filial estabelecida fora deste Estado-Membro não esteja sujeita a um nível de tributação inferior.” (*Cadbury Schweppes* C-196/04, 45)

⁷⁴ ECJ, 13 de dezembro de 2005, Caso C-446/03 *Marks & Spencer* [2005], ECR I-10.837, parágrafo 12.

⁷⁵ ECJ, C-446/03, *Marks & Spencer*, 26.

⁷⁶ Uma comparação pode ser feita com base em uma discriminação vertical ou horizontal, cf. Axel Cordewener, Mattias Dahlberg, Pasquale Pistone, Ekkehart Reimer e Carlo Romano. “The Tax Treatment of Foreign Losses: *Ritter*, M&S, and the Way Ahead” (Part Two). *European Taxation*, maio de 2004, pp. 218-233 (227).

não a habilitaria. Nesse sentido, a questão teórica não pode ser limitada aos movimentos de capitais dentro da União Européia, mas se estende a terceiros países.

No caso *Marks & Spencer*, todavia, três justificativas juntamente consideradas foram consideradas suficientes para permitir restrições a uma liberdade fundamental, quais sejam: (i) “conceder às sociedades a faculdade de optar pela dedução dos seus prejuízos no Estado Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado Membro comprometeria sensivelmente a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados Membros, sendo a matéria colectável aumentada no primeiro Estado e diminuída no segundo, até ao montante dos prejuízos transferidos”; (ii) essas restrições seriam capazes de impedir as companhias de utilizar o mesmo prejuízo duas vezes; e (iii) o risco de elisão fiscal, uma vez que “a possibilidade de transferir os prejuízos de uma filial não residente para uma sociedade residente comporta o risco de serem organizadas transferências de prejuízos no interior de um grupo de sociedades para sociedades estabelecidas nos Estados Membros que aplicam as taxas de impostos mais elevadas e onde, por conseguinte, o valor fiscal dos prejuízos é mais significativo”⁷⁷. É interessante notar que a ECJ empregou, para aceitar uma restrição, as três justificativas conjuntamente, enquanto as mesmas justificativas consideradas em separado (conforme visto acima) não poderiam conduzir ao mesmo resultado.

Não obstante a possível (tríplice) justificativa para a restrição considerada no caso *Marks & Spencer*, a proporcionalidade também foi analisada como um meio de se evitar que restrições cheguem tão longe que passem a ser contrárias ao TCEE: a ECJ considerou que a restrição ao *group relief* pode ser considerada como indo além do que seria necessário para se alcançar os objetivos perseguidos e que medidas menos restritivas do que a exclusão geral poderiam ter sido adotadas, como, por exemplo, a possibilidade de condicionar a possibilidade de transferência ao fato de a subsidiária estrangeira já ter esgotado todas as possibilidades de aproveitamento das perdas disponíveis em seu país de residência; ou a possibilidade de que o *group relief* fosse condicionado ao fato de que os lucros subseqüentes da subsidiária não-residente pudessem ser adicionados aos lucros tributáveis da companhia que se beneficiou do *group relief* até um montante igual ao dos prejuízos anteriormente transferidos⁷⁸.

Levando a questão para o âmbito dos terceiros países, pode-se indagar se as restrições ao *group relief* para investimentos em terceiros países também seriam admitidas de acordo com o TCEE. Admitindo que essa seria uma restrição à circulação de capital, seriam as mesmas três justificativas expostas acima aplicáveis?

Relativamente à “alocação balanceada do poder de tributar”, esse argumento parece ser aplicável apenas quando esse balanceamento decorra de um tratado entre as partes envolvidas. Nesse sentido, havendo um tratado, um país pode ter desistido de seu poder de tributar alguma situação baseando-se na aceitação, pela contraparte no tratado, de que outras situações apenas seriam tributadas no primeiro país. Esse é o caso entre os Estados-Membros, mas não necessariamente em situações atinentes a terceiros países. Por exemplo, o Brasil não tem tratado para evitar a dupla tributação com o Reino Unido, e a Alemanha recentemente denun-

⁷⁷ ECJ, C-446/03, *Marks & Spencer*, 43-51.

⁷⁸ ECJ, C-446/03, *Marks & Spencer*, 53, 54.

ciou o tratado que tinha com o Brasil. Como não há princípio de Direito Tributário internacional para um tal balanceamento, dever-se-ia concluir que um contrapeso dependeria de medidas unilaterais, as quais, por seu turno, podem variar de um país para outro.

Uma possibilidade de duplo uso dos mesmos prejuízos tampouco parece ser um bom argumento, especialmente levando-se em consideração que vários terceiros países ou não têm imposto de renda ou o aplicam a alíquotas ínfimas, tornando desprovida de sentido a consideração dessas como hipóteses como propriamente de duplo uso. No caso do Brasil, apesar de um elevado imposto de renda da pessoa jurídica (34%), os prejuízos não são um bem muito valioso desde 1995, quando a legislação tributária restringiu a possibilidade de dedução dos prejuízos a um máximo de 30% da renda tributável.

Naturalmente, existe o risco de elisão fiscal, mas não parece que essa justificativa, isoladamente, possa tornar uma restrição aceitável. Aqui surge novamente o argumento da proporcionalidade a confirmar que esse risco pode ser evitado através de medidas menos restritivas. A proporcionalidade aplica-se especialmente em casos de terceiros países, nos quais, como visto, apenas uma das três justificativas acatadas pela ECJ seria aceita.

Também fora de um contexto de tributação de grupos empresariais, o tema dos *prejuízos incorridos no exterior* pode surgir quando se consideram várias legislações que restringem a redução da base de cálculo local por meio da dedução de prejuízos incorridos no exterior pelo mesmo contribuinte. O Brasil, por exemplo, apesar de tributar suas companhias pelo princípio da renda universal, incluindo lucros provenientes de filiais e subsidiárias estrangeiras, não permite que tais companhias deduzam os prejuízos sofridos por suas subsidiárias estrangeiras; esses prejuízos podem apenas ser “transferidos para frente” (*carry forward*) para serem deduzidos dos lucros obtidos pelas mesmas filiais ou subsidiárias nos exercícios seguintes.

Em um contexto europeu, uma restrição da dedução de prejuízos estrangeiros apareceu recentemente no caso *Ritter-Coulais*⁷⁹. Em resumo, refere-se aos prejuízos incorridos no uso de propriedade imobiliária. Via de regra, a Alemanha tributaria rendas de propriedade imóvel⁸⁰ e, por outro lado, prejuízos dela advindos reduziriam a base de cálculo alemã. De acordo com um tratado para evitar a dupla tributação aplicável ao caso, todavia, a renda de propriedade imóvel deveria ser tributada apenas no país da fonte⁸¹, o que significava que, no caso concreto, a Alemanha iria isentar tal renda (apesar de considerá-la para o propósito de calcular a alíquota progressiva para os demais tipos de renda - reserva de progressão). Como o método da isenção seria aplicável, as autoridades alemãs alegaram que não somente rendas decorrentes da propriedade alugada não deveriam ser considera-

⁷⁹ ECJ, 21 de fevereiro de 2006, Caso C-152/03 *Ritter-Coulais* [2006], ECR I-0000.

⁸⁰ “In the applicable period, the use of self-owned property for dwelling purposes was itself considered to be a source of rental income, which was calculated by deducting all sorts of costs related to the property from a fictitious amount of receipts, the latter being equal to the overall rent that would have been payable by a third party for letting the real property. See Axel Cordewener.” (“Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a New German Case before the ECJ”. *European Taxation*, setembro de 2003, pp. 294-303 (295))

⁸¹ Mas a França, enquanto país da fonte, não tributaria a renda de propriedade própria.

das na base de cálculo alemã, mas também os prejuízos oriundos de tal atividade não deveriam reduzir a referida base de cálculo.

Infelizmente, a ECJ não respondeu a questão sobre se seria contrário ao artigo 43 e ao 56 do TCEE que uma pessoa natural sujeita à tributação na Alemanha sobre sua renda total e que lá receba que rendas de relação de emprego não pudesse deduzir prejuízos incorridos com um aluguel em um outro Estado-Membro no cômputo da base de cálculo alemã. A Corte recusou-se a responder a essa questão baseando-se no fato de que as partes, no caso concreto, não requereram uma tal dedução, mas sim a possibilidade de ter esse prejuízo considerado quando da determinação da alíquota alemã aplicável à renda tributável na Alemanha⁸².

Ao examinar a segunda questão, isto é, se seria contrário ao artigo 43 e ao artigo 56 do Tratado que tais prejuízos não fossem levados em consideração para o propósito do que se chama de “cláusula de progressão tributária negativa”, a ECJ concordou em tese que “a não tomada em consideração, para efeitos da tributação de rendimentos auferidos na Alemanha, das perdas de rendimento do arrendamento referentes a uma casa situada em França é uma situação que, *a priori* e no estado actual do direito comunitário, se pode incluir no âmbito de aplicação da liberdade de circulação de capitais, por força do artigo 56º CE”⁸³. Vale notar que não é claro se a casa foi adquirida antes ou depois da mudança dos *Ritter* para a França, de forma que ela pode ter sido adquirida por meio de investimento puramente doméstico (ou herança)⁸⁴. De qualquer forma, por ter a situação ocorrido em 1987, *i.e.*, antes da entrada em vigor da dita norma, ela não foi considerada pela ECJ.

A decisão da ECJ não foi, assim, baseada nos artigos 43 ou 56 do TCEE, mas sim no artigo 48 (livre circulação de pessoas). Sua conclusão, porém, pode servir como pista para uma decisão hipotética baseada no artigo 56.

Assim, se o artigo 56 pudesse ter sido aplicado, e referindo-se o caso a uma data mais recente, então o argumento da coerência, testado pela Corte em relação ao artigo 48, iria, de forma semelhante, ser posto à prova com relação ao artigo 56. Sob este aspecto, o governo alemão alegou que o tratamento desfavorável seria justificado pela necessidade de coerência fiscal em seu sistema tributário nacional, do qual dita legislação faz parte⁸⁵. Essa argumentação foi recusada pela ECJ, com base no argumento de que “uma vez que o regime fiscal alemão tem em consideração, para efeitos da determinação da taxa do imposto, os rendimentos positivos relativos à exploração de uma casa destinada à habitação situada noutro Estado-Membro, não pode ser invocada nenhuma consideração de coerência fiscal para justificar a recusa de tomar em consideração, para os mesmos fins, as perdas de rendimento da mesma natureza e provenientes do mesmo Estado”⁸⁶.

Caso se abstraísse do caso concreto decidido em *Ritter*, então se deveria considerar as conclusões do caso *Marks and Spencer* e estendê-las ao tratamento tributário dos prejuízos, para que se entendesse que, mesmo que tais conclusões pos-

⁸² ECJ, C-152/03, *Ritter-Coulais*, 10, 16-17.

⁸³ ECJ, C-152/03, *Ritter-Coulais*, 22.

⁸⁴ Cf. Axel Cordewener *et alii* (nota 76), p. 224.

⁸⁵ ECJ, C-152/03, *Ritter-Coulais*, 39.

⁸⁶ ECJ, C-152/03, *Ritter-Coulais*, 40.

sam de alguma forma ser justificáveis, a proporcionalidade irá requerer um cuidado especial a respeito da medida concreta, sempre levando em consideração que uma medida pode representar uma restrição a uma liberdade fundamental, que não deve ser posta de lado a menos que também haja uma justificativa fundamental para isso.

Caso se considere apenas a questão da progressão negativa, é muito difícil justificar a sua não-aplicação em caso de prejuízos incorridos no exterior. Com efeito, a progressão ou a não-progressão tradicionalmente foi vinculada de algum modo à capacidade contributiva. Destarte, entendeu-se que o Estado, apesar de isentar rendas do exterior, deveria considerá-las ao fixar a alíquota aplicável à renda doméstica; de outra forma, contribuintes que tivessem alta capacidade contributiva seriam sujeitos a uma alíquota menor devido apenas ao fato de sua renda derivar parcialmente de fontes estrangeiras. De forma semelhante, dever-se-ia entender que, se a capacidade contributiva do contribuinte é reduzida devido a prejuízos sofridos no exterior, então sua renda (local) tributável deveria sujeitar-se a uma alíquota mais baixa, compatível com a sua menor capacidade contributiva. Esse princípio deveria ser aplicado não somente a rendimentos estrangeiros advindos de Estados-Membros, mas também de terceiros países, já que também haveria redução da capacidade contributiva do contribuinte.

Uma questão importante surge quando se consideram os *dividendos*, os quais na maioria dos casos não são mais tributados na fonte na Europa, devido à Diretiva Controladora-Controlada (Diretiva do Conselho 90/435/CEE de 23 de julho de 1990)⁸⁷. Há, nesse sentido, uma clara diferença entre investimentos entre Estados-Membros, situação na qual determinados investimentos terão seus respectivos dividendos livres de tributação na fonte, em comparação com investimentos similares em terceiros países. É muito difícil encontrar uma justificativa para a diferença de tratamento, mas é possível claramente notar que um residente de um terceiro país que invista em um Estado-Membro deve ser sujeito a uma tributação na fonte que não ocorreria caso o investimento proviesse de um Estado-Membro.

Também dividendos que entram na UE requerem certa atenção, já que a Diretiva Controladora-Controlada determina que o Estado-Membro da sociedade controladora recebedora dos dividendos abstenha-se de tributar dividendos como um todo (método da isenção), ou que o tribute, mas então credite do imposto de renda da controladora o imposto de renda já pago pela subsidiária em seu Estado-Membro (crédito indireto; crédito para o imposto subjacente) (artigo 4^o)⁸⁸.

Caso um país opte pelo método da isenção, então, em princípio, isso também deveria ser estendido a dividendos advindos de terceiros países, para que não se impeçam circulações de capital em relação a estes países. De forma semelhante, o método de crédito indireto não pode ser restringido aos Estados-Membros.

Deve-se notar, porém, que a Diretiva Controladora-Controlada concede (artigo 1 (2)) aos Estados-Membros um certo poder de discricionariedade para aplicar regras antiabuso domésticas ou embasadas em tratados, derogando regras substanciais da diretiva⁸⁹. Apoiando-se nessa permissão, os Estados-Membros in-

⁸⁷ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 517.

⁸⁸ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 493.

⁸⁹ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 525.

troziram ou mantiveram normas nacionais para assegurar que apenas o que eles consideram estruturas empresariais de boa-fé se beneficiem da Diretiva, o que pode exigir que a subsidiária não esteja localizada em uma jurisdição de baixa tributação e que não se beneficie de um regime tributário especial em seu país de residência, ou implicar a negação dos benefícios a controladoras que recebam dividendos de companhias *holding* intermediárias redistribuidoras de lucros que, caso fossem distribuídos diretamente à controladora, não teriam sido isentos⁹⁰.

As regras antiabuso, todavia, somente são permitidas para situações que a Diretiva em si não tenha regulado (*e.g.*: o artigo 3 (2) da Diretiva já impede que se valham de benefícios as concentrações de *holdings* que, por si, si não poderiam se valer de tais benefícios), e tais regras deveriam, em qualquer caso, sujeitar-se à proporcionalidade, *i.e.*, elas não poderiam ser mais restritivas que o necessário para o alcance da meta de combate ao determinado abuso⁹¹.

Situações abusivas também podem ocorrer com relação a terceiros Estados, e nesses casos, uma restrição pode ser aplicada. Contudo, assim como em relação aos Estados-Membros, não se deveria aceitar qualquer regra antiabuso, mas apenas as que fossem consideradas proporcionais para o caso concreto.

II. O Impacto Indireto das Liberdades Fundamentais nas Relações com Terceiros Países

Nacionais/residentes de terceiros Estados também podem ser protegidos, de alguma maneira, por meio de uma relação indireta com Estados-Membros.

Ao analisar o caso *Vestergaard*, por exemplo, encontramos situações envolvendo terceiros países. O Sr. Vestergaard, único proprietário da companhia *Bent Vestergaard A/S*, requereu o direito de deduzir despesas suas incorridas em um seminário realizado em Creta, na Grécia. Tais despesas não foram consideradas dedutíveis devido à presunção, de acordo com o Direito Tributário dinamarquês, segundo a qual: “Quando o curso é efetuado num local turístico habitual no estrangeiro e o local turístico como tal não é justificado do ponto de vista profissional, verifica-se uma presunção de que a realização do curso apresenta uma conexão com um elemento de caráter turístico tão significativo que as despesas do curso não podem ser consideradas custos de funcionamento com direito à dedução.”⁹² A mesma presunção, entretanto, não é aplicada aos cursos realizados na Dinamarca.

Neste caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias entendeu que “uma regulamentação de um Estado-Membro que, como a em causa no processo principal, torna mais difícil a dedução dos encargos relativos à participação em cursos de formação profissional organizados no estrangeiro do que a dos encargos correspondentes a esses cursos organizados no referido Estado-Membro comporta uma diferença de tratamento baseada no local de fornecimento da prestação dos serviços, proibida pelo artigo 59º do Tratado”⁹³.

A ECJ declarou que a liberdade de prestar serviços “aplica-se não só quando o prestador e o destinatário do serviço estão estabelecidos em Estados-Membros

⁹⁰ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), pp. 525-526.

⁹¹ Cf. Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 526.

⁹² ECJ, 28 de outubro de 1999, Case C-55/98 *Bent Vestergaard* [1999], ECR I-7.641, parágrafo 7.

⁹³ ECJ, C-55/98, *Bent Vestergaard*, 22.

diferentes mas também em todos os casos em que um prestador de serviços oferece os seus serviços no território de um Estado Membro que não aquele onde está estabelecido (v., nomeadamente, acórdão de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França, C-381/93, Colect., p. I-5145, nº 14), qualquer que seja o lugar onde estão estabelecidos os destinatários desses serviços (v., nomeadamente, acórdão de 5 de Junho de 1997, SETTG, C-398/95, Colect., p. I-3.091, nº 8) (veja caso C-398/95 SETTG [1997] ECR I-3091, parágrafo 8)⁹⁴.

A questão que se apresenta é se haveria semelhante obrigação de o país de residência do Sr. Vestergaard permitir a dedução de despesas se o curso de treinamento fosse realizado em Creta, mas organizado por uma empresa norte-americana. Em outras palavras, pode a liberdade de prestar serviços ser estendida a residentes de terceiros países?

Diferentemente da liberdade de movimentação de capital, a liberdade de prestar serviços dentro da União Européia é garantida somente “em relação aos nacionais dos Estados Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação” (artigo 49 do Tratado da União Européia). Essa regra pode ser estendida aos “prestadores de serviços nacionais de um Estado terceiro e estabelecidos na Comunidade”. No entanto, não há proteção para nacionais de terceiros países que não estejam estabelecidos na Comunidade. Neste sentido, se o curso de treinamento tivesse sido organizado por uma empresa norte-americana em Creta, o país de residência do Sr. Vestergaard não estaria obrigado a permitir a dedução das despesas.

Esse exemplo mostra que tal liberdade fundamental é garantida para o prestador do serviço, e não para o seu tomador. Embora ao Sr. Vestergaard tenha sido garantido que ele não sofreria bitributação, seria incorreto entender que o Sr. Vestergaard teria o direito a receber o serviço em qualquer lugar da Europa (*i.e.*, liberdade de *tomar* serviços), mas sim que a empresa prestadora do curso pudesse escolher prestar tais serviços em um país-membro diverso daquele onde ele estivesse estabelecido.

Por outro lado, tendo em vista que a liberdade é garantida para o prestador de serviço, ela deve ser garantida “em qualquer lugar onde o tomador do serviço esteja estabelecido”. Nesta esteira, prestar serviços para residentes de terceiros países não deve ser um óbice para tal proteção. Deve ser irrelevante, do ponto de vista tributário, um cliente brasileiro contratar um prestador de serviço residente no Estado-Membro onde o serviço é prestado ou em outro Estado-Membro.

A relação entre a liberdade de prestação de serviços e a de circulação de capitais face a terceiros Estados foi recentemente analisada pela ECJ no caso *Fidium Finanz*⁹⁵. *Fidium Finanz* é uma sociedade com sede na Suíça (país não-membro da Comunidade Européia) cuja atividade é conceder empréstimos a residentes e a não-residentes. De acordo com informações da *Fidium Finanz*, cerca de 90% dos empréstimos que concede o são a pessoas que residem na Alemanha, por meio da Internet.

A *Fidium Finanz* não dispõe da autorização prevista no parágrafo 32 Abs. I da KWG para exercer atividades bancárias e para prestar serviços financeiros na Ale-

⁹⁴ ECJ, C-55/98, *Bent Vestergaard*, 19.

⁹⁵ ECJ, C-452/04, *Fidium Finanz AG*.

manha, que considerou que a instituição financeira não poderia mais prestar serviços lá, justamente por não contar com autorização governamental para funcionar. A *Fidium Finanz* afirmou, porém, que não exercia atividade “na Alemanha”, mas “com destino à Alemanha”, não sendo, por isso, sujeita à autorização germânica para funcionamento.

Em decorrência da divergência, perguntou-se à ECJ “se a atividade de concessão de créditos a título profissional constitui uma prestação de serviços e é abrangida pelos artigos 49º CE e seguintes e/ou se se enquadra no âmbito de aplicação dos artigos 56º CE e seguintes, que regulam a livre circulação de capitais”⁹⁶.

Analisando a relação entre as liberdades de prestação de serviços e de livre circulação de capitais, a ECJ reconhece que é possível que em determinados casos uma disposição nacional viole simultaneamente a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais⁹⁷. Nesses casos, é preciso analisar qual liberdade é mais afetada no caso concreto⁹⁸.

A ECJ afirmou ser jurisprudência pacificada o entendimento da exigência de autorização para funcionamento como uma restrição à livre prestação de serviços. Todavia, esta liberdade não pode ser invocada por uma sociedade com sede em um terceiro Estado, como é o caso da *Fidium Finanz*. Uma eventual restrição à circulação de capitais seria apenas uma consequência da restrição à prestação de serviços do art. 49 do TCEE, já que, no caso concreto, a liberdade de prestação de serviços prevaleceria sobre a de circulação de capitais, só devendo a primeira, portanto, ser considerada violada. Como resultado, a sociedade *Fidium Finanz* não encontra refúgio em nenhuma liberdade fundamental. O mesmo valeria, destarte, para uma instituição financeira brasileira que desejasse conceder empréstimos a alemães.

É interessante notar a sutileza do raciocínio da ECJ: no lugar de confirmar a aplicação simultânea de ambas as liberdades, entendeu que só caberia cogitar de circulação de capitais se, antes, houvesse uma prestação de serviços. Ou seja: para que houvesse fluxo de capitais, seria necessário que, antes, houvesse a possibilidade da própria prestação de serviços. Como esta não estava assegurada, não haveria como aplicar a primeira. Por isso mesmo, entendeu não ser o caso de se aplicar o art. 56 do TCEE (estendido a terceiros países), mas apenas o art. 49 do TCEE.

Por outro lado, o uso cuidadoso da liberdade de circulação de capitais nesse caso pode denotar uma tendência conservadora da ECJ, que acabou por evitar fazer com que nacionais de terceiros Estados consigam, através da aplicação da liberdade de capitais, que lhes sejam garantidos privilégios somente assegurados pelas outras liberdades do Tratado - a membros da Comunidade Européia. Conforme se sustentou neste estudo, a extensão *erga omnes* da liberdade de capitais parece melhor atender os objetivos do TCEE.

Do mesmo modo, mas relacionado à liberdade de estabelecimento, deve-se lembrar que a decisão do *Open Skies* declarou que “Todas as sociedades estabelecidas num Estado Membro, na acepção do artigo 52º do Tratado, são visadas por esta disposição, ainda que o objeto da sua atividade naquele Estado Membro consis-

⁹⁶ Cf. nota 95, n° 23.

⁹⁷ Cf. nota 95, n° 30.

⁹⁸ Cf. nota 95, n° 34.

ta em prestar serviços para países terceiros.”⁹⁹ Mais uma vez, pode-se ver que os serviços prestados em terceiros países são protegidos pelo Tratado.

A decisão do *Opens Skies* é, entretanto, geralmente lembrada devido à sua questão principal, *i.e.*, se um Estado-Membro pode ou não assinar um tratado com um terceiro país garantindo direitos para seus próprios nacionais, os quais não são estendidos para nacionais de outros Estados-Membros. O caso *Open Skies* envolvia oito acordos bilaterais concluídos entre membros da União Européia e os Estados Unidos da América. Esses acordos versavam sobre o direito de companhias aéreas de cada país operar no espaço aéreo de outro país. Tais acordos também possuíam uma cláusula de nacionalidade, a qual possibilitava aos Estados contratantes excluírem dos benefícios gerados pelo acordo as companhias aéreas que tivessem proprietários ou controladores nacionais de outro Estado. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias concluiu “que o princípio do tratamento nacional impõe que um Estado Membro, parte numa convenção internacional bilateral celebrada com um país terceiro para evitar a dupla tributação, conceda aos estabelecimentos estáveis de sociedades com sede noutro Estado Membro os benefícios previstos pela referida convenção, nas mesmas condições que as que são aplicáveis às sociedades com sede no Estado Membro parte na convenção” e, no caso concreto, “as companhias aéreas comunitárias sofrem uma discriminação que as impede de beneficiar do tratamento nacional no Estado Membro de acolhimento, ou seja, na República da Áustria”, assim confirmando que esta cláusula não estaria de acordo com o Direito Comunitário Europeu¹⁰⁰.

Do ponto de vista tributário, o caso *Open Skies* nos faz indagar se as cláusulas sobre a limitação de benefícios (“*LOB clauses*”), usualmente incluída nos tratados para evitar bitributação norte-americanos, mas não somente neles, pode também estar em desacordo com o Direito Comunitário Europeu. As *LOB clauses* limitam os benefícios dos tratados somente aos residentes dos Estados contratantes. Elas foram criadas nos anos 70 pelo Departamento do Tesouro dos EUA com o objetivo de evitar o “*treaty shopping*” e são geralmente utilizadas nos tratados firmados por este país (o tratado entre os EUA e a Grécia parece ser uma exceção entre os tratados norte-americanos). A cláusula de limitação de benefícios padrão tem cinco testes objetivos: (i) teste de troca direta de ações; (ii) teste de troca indireta de ações; (iii) teste da residência do acionista; (iv) teste da base erosiva; (v) teste do comércio ou negócio ativo.

O ponto problemático da limitação de benefícios é o teste de residência do acionista, que normalmente requer que determinada porcentagem de ações seja de titularidade de residentes de um Estado contratante para que uma companhia possa fazer jus aos benefícios do Acordo para evitar a Bitributação. O teste da residência do acionista, no que respeita às cláusulas de limitação de benefícios, comumente requer que mais de 50% da participação (ou, no caso de uma companhia, mais de 50% de cada classe de ações) seja detida, direta ou indiretamente, por pessoas titulares dos benefícios assegurados pelo Tratado, e que não mais de 50% da renda bruta da companhia ou entidade residente no Estado-Membro seja paga

⁹⁹ ECJ, C-475/98, *Commission v Austria (open skies)* [2002], ECR I-9797, parágrafo 134.

¹⁰⁰ ECJ, C-475/98, *open skies*, 137, 141.

para adimplir obrigações (incluindo juros e *royalties*) a pessoas que não sejam beneficiárias do acordo.

Parece que, ao concluir uma cláusula de limitação de benefícios, um Estado-Membro teria negociado vantagens para os seus próprios residentes e discriminação nacionais de outros Estados-Membros que exerçam atividades no Estado-Membro em questão; assim como contra aquelas companhias domiciliadas em tal Estado-Membro, mas que são de propriedade ou que são controladas por residentes de outros Estados-Membros.

Poder-se-ia argumentar que a cláusula de limitação de benefícios não seria contrária ao TCEE, tendo em vista que terceiros países (*i.e.*, os Estados Unidos da América) conseguiriam resultado similar com medidas unilaterais; ou que não haveria harmonização nessa área pela Comunidade e, portanto, os Estados-Membros poderiam continuar livres para negociarem como acharem adequado; e não haveria obrigação, de acordo com o Direito Comunitário, de se seguirem as metas TCEE quanto isto se mostre prejudicial aos residentes do Estado-Membro. Neste sentido, a decisão do caso *Open Skies* é importante porque a ECJ entendeu que acordos bilaterais são suficientes para que surja a discriminação, não sendo relevante quem pode exercer a tal discriminação. Além disso, a ECJ mostrou que a liberdade de estabelecimento deve ser aplicada para todas as companhias estabelecidas em um Estado-Membro, independentemente de elas comercializarem dentro da Comunidade ou com residentes de terceiros países. Finalmente, a ECJ determinou que a recusa dos EUA em concordar com uma cláusula mais ampla não pode ser considerada como argumento para que os Estados-Membros provem que fizeram tudo que podiam para satisfizeram as suas obrigações em relação ao Direito Comunitário¹⁰¹.

Em relação ao Brasil, não há qualquer acordo para evitar a bitributação firmado com um Estado-Membro que contenha cláusula de limitação de benefício. O Brasil também não possui acordo com os EUA. Na realidade, a cláusula de limitação de benefício pode ser encontrada apenas nos acordos brasileiros mais recentes com Israel e com o Chile, mas eles não trazem qualquer impacto na relação com Estados-Membros.

O caso *Saint Gobain* também é importante para os que se interessam pela relação entre o Direito Comunitário Europeu e terceiros países, já que ele se refere especialmente a acordos firmados entre Estados-Membros e terceiros Estados. O caso concreto envolvia uma companhia de residência francesa, *Compagnie de Saint-Gobain SA*, que tinha um estabelecimento permanente na Alemanha, através do qual ela lá exercia atividades empresariais, bem como detinha participações em subsidiárias estrangeiras, incluindo uma participação direta em uma companhia residente nos Estados Unidos e participações indiretas (através de uma subsidiária residente na Alemanha) em companhias residentes na Suíça, na Áustria e na Itália. De acordo com as regras alemãs sobre tributação de grupos empresariais, lucros e prejuízos de companhias controladas poderiam, sob certas condições, ser consolidados na controladora; destarte, a controlada seria responsável pelas dívi-

¹⁰¹ Cf. Braedon Clark, "The Limitation on the Benefits Clause under an Open Sky", *European Taxation*, janeiro de 2003, pp. 22-26.

das tributárias do grupo como um todo. No caso concreto, o grupo era formado entre o estabelecimento permanente e as suas duas subsidiárias alemãs; os lucros tributáveis do grupo, conseqüentemente, incluíam os dividendos distribuídos pelas companhias da Áustria, da Itália e da Suíça. Todavia, no cálculo dos tributos devidos pelo grupo, as autoridades fiscais alemãs não admitiram a possibilidade de dedução de impostos pagos pelas companhias estrangeiras que haviam distribuído dividendos (crédito indireto); caso a consolidação tivesse sido feita por uma companhia alemã (sujeita na Alemanha à tributação ilimitada), e não por um estabelecimento permanente, seria garantido à companhia alemã o crédito indireto. Ademais, embora o direito interno alemão prevísse o sistema de crédito para que se evitasse a bitributação, tanto o tratado entre os Estados Unidos e a Alemanha quanto aquele entre a Alemanha e a Suíça determinavam a utilização do método da isenção. Isso significaria que dividendos advindos de ambos os países não deveriam ser tributados na Alemanha. Contudo, essa isenção era garantida, de acordo com os tratados, somente caso o beneficiário fosse uma companhia alemã (dentre outras condições); um estabelecimento permanente, destarte, não estaria apto a gozar da isenção¹⁰². A questão consistia “em recusar a uma sociedade de capitais não-residente, que explora na Alemanha uma sucursal através da qual detém participações em sociedades estabelecidas noutros Estados que não a República Federal da Alemanha e por intermédio da qual recebe dividendos provenientes dessas participações, certos benefícios fiscais relativos à tributação dessas participações ou desses dividendos, que são reservados às sociedades sujeitas na Alemanha a uma obrigação fiscal ilimitada, quer pela sua legislação fiscal nacional, quer através de convenções bilaterais celebradas com países terceiros para evitar a dupla tributação”¹⁰³.

A decisão no caso *Saint Gobain* reconheceu que “as vantagens fiscais que o privilégio da filiação em matéria de imposto sobre as sociedades e a imputação indireta constituem representam para os seus beneficiários uma redução da carga fiscal, de modo que os estabelecimentos estáveis de sociedades com sede noutro Estado-Membro (a seguir ‘sociedades não-residentes’) que deles não podem beneficiar se encontram numa situação menos favorável que as sociedades residentes, incluídas as filiais alemãs das sociedades não-residentes”¹⁰⁴.

Com base na liberdade de estabelecimento (secundário), a ECJ afirmou que tal diferença “torna menos atrativa, para estas últimas, a detenção de participações de filiação através de sucursais alemãs, dado que, em virtude da lei alemã e das convenções destinadas a impedir a dupla tributação, as reduções fiscais em causa só podem beneficiar as filiais alemãs que, como pessoas coletivas, estejam sujeitas a uma obrigação fiscal ilimitada, o que limita, deste modo, a liberdade de escolha da forma jurídica adequada para o exercício de atividade noutro Estado-Membro”¹⁰⁵.

¹⁰² Cf. René Offermanns e Carlo Romano, “Treaty Benefits for Permanent Establishments: the Saint-Gobain Case”, *European Taxation*, maio de 2000, pp. 180-189 (181-182).

¹⁰³ ECJ, C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland-Finanzamt Aachen-Innens-tadt*, 36.

¹⁰⁴ ECJ, C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland-Finanzamt Aachen-Innens-tadt*, 38.

¹⁰⁵ ECJ, C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland-Finanzamt Aachen-Innens-tadt*, 42.

É crucial para essa decisão o entendimento da ECJ no sentido de que “no caso em apreço, tratando-se de uma convenção sobre a dupla tributação celebrada entre um Estado-Membro e um país terceiro, o princípio do tratamento nacional exige ao Estado-Membro parte na referida convenção que conceda aos estabelecimentos estáveis das sociedades não-residentes os benefícios previstos pela convenção, nas mesmas condições que são aplicáveis às sociedades residentes”¹⁰⁶.

No caso concreto *Saint Gobain*, a questão estava relacionada a um benefício (crédito indireto/isenção) que a Alemanha se recusou a garantir com base no fato de que acordos para evitar a dupla tributação não seriam aplicáveis a estabelecimentos permanentes. Neste sentido, desde que a ECJ concluiu que a obrigação alemã de garantir tratamento nacional derivava do Tratado, em termos práticos somente a Alemanha foi afetada, visto que ela foi forçada a estender os benefícios ao estabelecimento permanente. Os terceiros países que celebraram com a Alemanha acordos para evitar a bitributação não foram, assim, atingidos.

Todavia, também é possível que se considere um caso no qual um estabelecimento permanente em um Estado-Membro requisesse do outro Estado contratante de um acordo para evitar a bitributação (terceiro país) desfrutar de uma regra deste tratado que tenha sido primordialmente direcionada a companhias residentes. Por exemplo, caso haja juros ou dividendos cuja fonte se encontra no terceiro país, poder-se-ia requerer que este fosse obrigado a garantir as reduções de imposto na fonte instituídas pelo acordo de bitributação celebrado com o Estado-Membro onde o estabelecimento permanente esteja localizado. Todavia, a menos que haja modificações nos acordos para evitar a dupla tributação, terceiros países não poderiam ser compelidos a estender o benefício a ditos estabelecimentos permanentes.

É claro que isto afeta terceiros países, já que eles podem esperar que os Estados-Membros passem a requerer, ao assinar acordos para evitar a dupla tributação, que os benefícios destes sejam estendidos a estabelecimentos permanentes neles localizados. Isto pode exigir certo grau de reciprocidade, o que pode indicar que o entendimento tradicional da OCDE de que o estabelecimento permanente não se beneficia da proteção de acordos de bitributação, por não poder ser considerado residente de um Estado, pode ser modificado. Um movimento nesse sentido pode ser notado desde que o *Comitê Ruding* apontou, já em 1992, que “um estabelecimento permanente, ou um lugar empresarial fixo (*fixed place of business*), deve ser considerado como residente do Estado Membro no qual estivessem situados para fins da aplicação de tratados para evitar a dupla tributação celebrados por este Estado Membro com outros Estados Membros. O artigo 4 do modelo OECD deveria ser alargado de acordo com esta tendência.”¹⁰⁷

Também devem ser reguladas as conseqüências da ampliação do tratamento nacional de estabelecimentos permanentes em casos triangulares, *i.e.*, quando um terceiro país tenha firmado tratados tanto com o Estado-Membro em que o esta-

¹⁰⁶ ECJ, C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland-Finanzamt Aachen-Innens-tadt*, 58.

¹⁰⁷ A. J. Rädler, “Tax Treaties and the Internal Market”, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (the Ruding Report)*, Brussels/Luxembourg, 1992 at 373 *apud* René Offermanns e Carlo Romano (nota 102), p. 184.

belecimento permanente esteja situado, quanto com o Estado-Membro onde o proprietário do estabelecimento permanente se localize. Pode-se estimar que a ampliação do âmbito subjetivo do acordo de bitributação entre um Estado-Membro (onde o estabelecimento permanente se localize) e um terceiro país (país da fonte) modificaria as obrigações impostas pelo tratado ao último; por outro lado, a força negociadora do terceiro país (fonte) ficaria enfraquecida face ao Estado de residência da companhia¹⁰⁸.

A liberdade de circulação de capital foi justamente aquela de que tratou o caso *D*. Essencialmente, o Sr. *D* argumentou que a sua propriedade sobre uma residência transfronteiriça, ou investimento em propriedade imóvel, deveria ser entendido como circulação de capital de acordo com o TCEE, o que foi expressamente aceito pela ECJ¹⁰⁹. Desde que, como visto acima, a liberdade pode ser estendida a relações com terceiros países, deve-se examinar esse caso cuidadosamente.

D reclamou, em primeiro lugar, o direito a determinados abatimentos atinentes à tributação de seu capital (propriedade imóvel) situado em um Estado-Membro, que não era o de sua residência. Ele alegou que tais deduções apenas seriam possíveis caso ele fosse residente daquele Estado-Membro no qual está o seu patrimônio tributado. Se essa reclamação fosse aceita, então o mesmo poderia ser alegado por residentes de terceiros países. A Corte, todavia, não aceitou tal pretensão, declarando que um Estado-Membro pode tratar residentes e não-residentes de forma distinta, desde que eles não estejam em uma situação similar (o não-residente tinha apenas uma pequena parte de seu patrimônio naquele Estado-Membro)¹¹⁰. Pode-se indagar se a solução seria a mesma caso *D* tivesse uma parcela substancial de seu patrimônio localizado no outro Estado-Membro, sendo, assim, materialmente comparável com residentes daquele Estado-Membro. Poder-se-ia imaginar que, nesse caso, *D* deveria ser tratado como um residente e, logicamente, isso pode trazer conseqüências interessantes para residentes de terceiros países que almejem transferir a maior parte do seu capital a esse mesmo Estado-Membro.

A questão, todavia, que faz o caso *D* ainda mais interessante é o fato de ter *D* requerido o gozo dos benefícios que o Estado-Membro onde seu investimento fora feito garantia a residentes de um outro Estado-Membro (que não o da residência de *D*) devido a um acordo para evitar a dupla tributação. Mais concretamente: embora *D* fosse residente na Alemanha e tivesse parte de seu capital na Holanda, *D* entendeu que deveria ter direito aos benefícios que a Holanda garantia aos residentes da Bélgica devido à convenção para evitar a dupla tributação firmada entre ambas. A referida convenção continha uma cláusula de não-discriminação (artigo 25, (3)) pela qual pessoas físicas residentes em um dos dois Estados-Membros deveriam ter direito, no outro, às permissões, concessões e deduções pessoais que fossem garantidas pelo acordo aos seus próprios residentes, em virtude de seu estado civil ou de seus dependentes. Destarte, um residente da Bélgica em uma si-

¹⁰⁸ Cf. Adolfo J. Martín Jiménez, Alfredo García Prats e José M. Calderón Carrero, "Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: the Saint Gobain Decision of the ECJ", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, junho de 2001, pp. 241-253 (249).

¹⁰⁹ ECJ, C-376/03, *D*, 24.

¹¹⁰ ECJ, C-376/03, *D*, 42, 43.

tuação análoga à do senhor *D*, tendo uma propriedade na Holanda que represente apenas 10% de sua riqueza total, teria, ao contrário do senhor *D*, direito a uma dedução em seu imposto sobre o patrimônio garantida pela Holanda a seus residentes.

Diferentemente da primeira questão, em que *D* pretendia ser comparado a um residente da Holanda, o segundo ponto foi saber se *D* deveria ser comparado a residentes da Bélgica. A ECJ, embora tenha considerado esta questão¹¹¹, não a reputou relevante, já que, de acordo com sua decisão, seria uma consequência inerente dos acordos para evitar a dupla tributação que direitos recíprocos e obrigações deveriam ser aplicados somente a pessoas residentes em um dos Estados-Membros contratantes. Desse ponto de vista, a ECJ concluiu que uma pessoa sujeita à tributação residente na Bélgica não estaria na mesma situação que uma pessoa residente fora da Bélgica no que se refere ao imposto sobre o patrimônio relacionado à propriedade imóvel situada na Holanda.

Não é esta a ocasião adequada para se discutir se a decisão *D* foi ou não correta. É fato que, se a ECJ tivesse decidido favoravelmente a uma obrigação de aplicação da cláusula da nação mais favorecida, as consequências para as redes de acordos de bitributação de um Estado-Membro teriam sido amplas e os acordos firmados entre os Estados-Membros - e possivelmente também aqueles entre os Estados-Membros e terceiros países - teriam sido nivelados pelo tratamento mais favorável de um contribuinte não-residente, afetando, assim, as receitas públicas dos Estados-Membros¹¹².

O alcance de *D*, todavia, pode ser amplo o suficiente para possibilitar que um residente de um terceiro país possa desfrutar, em um Estado-Membro, de privilégios que não sejam garantidos a outros Estados-Membros, caso estas benesses advenham de um acordo para evitar a dupla tributação. Assim, se é verdade que privilégios são uma consequência inerente dos acordos para evitar a dupla tributação, estes não se limitavam àqueles contratados entre os Estados-Membros.

Não se deveria concluir que o Estado-Membro tenha desistido de sua coerência meramente pelo fato de que assinou um acordo para evitar a dupla tributação mais favorável com um terceiro país: ao contrário, enquanto acordo bilateral, a coerência em tratados para evitar a dupla tributação se basearia justamente na reciprocidade, *i.e.*, o que as partes contratantes estão preparadas para oferecer umas às outras.

O argumento da coerência se aplicaria, contudo, se o direito interno (não acordos para evitar a dupla tributação!) de um Estado-Membro garantisse a alguns não-residentes privilégios não extensíveis a outros não-residentes. Nesse caso, dado que as condições sejam similares, parece que aos nacionais dos Estados-Membros seria permitido pleitear tal tratamento privilegiado.

¹¹¹ ECJ, C-376/03, *D*, 58, 59.

¹¹² Cf. Daniel Dürschmidt, "Tax Treaties and Most-Favoured-Nation Treatment, Particularly within the European Union", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, maio de 2006, pp. 202-213 (207); Servaas van Thiel, "A Slip of the European Court in the *D* Case (C-376/03): Denial of the Most-Favoured-Nation Treatment because of Absence of Similarity?", *Intertax* vol. 33, Issue 10 (1995), pp. 454-457 (457).

Um outro caso relevante envolvendo acordos para evitar a dupla tributação entre Estados-Membros é o *Bouanich*¹¹³. Tratava-se do tratamento tributário a ser dado a uma quantia recebida por uma pessoa física (a sra. *Bouanich*) em razão da venda a uma sociedade, que queria diminuir seu capital, de ações desta própria sociedade. De acordo com o tratado para evitar a dupla tributação entre a França e a Suécia, havia tratamento diverso conforme o alienante de ações fosse ou não residente. Caso a alienação fosse feita por um residente, seria tratada como ganho de capital e tributada a uma alíquota de 30% sobre o valor de venda menos o custo de aquisição das ações. Já no caso de as ações serem vendidas por um não-residente (como no caso concreto, em que a senhora *Bouanich* era residente francesa e a sociedade era sueca), o montante recebido pelo vendedor deveria ser tratado como dividendo e tributado a uma alíquota de 15%, mas sem direito à dedução dos custos de aquisição, apenas do valor nominal das ações.

A ECJ decidiu que tal diferenciação, embasada em um acordo de bitributação, entre residentes e não-residentes, apenas seria conforme ao Direito europeu se o resultado prático não fosse um tratamento menos favorável de não-residentes. Caso contrário, atentar-se-ia contra os artigos 56 e 58 do TCE, que tratam da livre circulação de capitais. Essa conclusão advém do entendimento da ECJ de que “o respeito do direito comunitário não pode depender do conteúdo de uma convenção de dupla tributação celebrada entre dois Estados-Membros”¹¹⁴.

Embora o caso *Bouanich* tenha ocorrido entre dois Estados-Membros, entende-se que sua fundamentação pode ser estendida a situações envolvendo acordos de bitributação com terceiros Estados que restrinjam de forma injustificada e desproporcional a livre circulação de capitais.

Nessa linha de raciocínio, pode-se indagar se um nacional do Brasil poderia se opor à aplicação de uma regra de um acordo para evitar a bitributação celebrado entre o Brasil e um Estado-Membro que resultasse em um tratamento tributário menos favorável de uma quantia oriunda de um Estado-Membro recebida por um brasileiro do que por um nacional do dito Estado. Poder-se-ia, na esteira de *Bouanich*, argumentar que uma tal diferenciação desincentivaria investimentos brasileiros em um Estado-Membro, o que atenta contra a liberdade de circulação de capitais preconizada no art. 56 do TCEE.

III. O Impacto do Direito Secundário Europeu nas Relações com Terceiros Países

Parece interessante, neste ponto, examinar o impacto das regras supramencionadas com relação a terceiros países. Com a finalidade de comparação, se tratará do Brasil como terceiro país.

A primeira situação a ser considerada seria de uma matriz no Brasil com um estabelecimento permanente em um Estado-Membro, a qual receberia de uma subsidiária de um outro Estado-Membro renda que estivesse efetivamente ligada ao estabelecimento permanente. Se a matriz estivesse localizada em um Estado-Membro, então este seria um caso clássico de garantia de tratamento nacional para

¹¹³ ECJ, C-265/04, *Bouanich*.

¹¹⁴ ECJ, C-265/04, *Bouanich*, 46.

o estabelecimento permanente como se ele fosse uma companhia residente¹¹⁵, mas isso seria baseado na liberdade de estabelecimento, a qual só é aplicável a Estados residentes.

Porém, na medida em que a liberdade de circulação de capital também é estendida a terceiros países, dever-se-ia examinar se o direito de garantia de tratamento nacional a um estabelecimento permanente poderia ser baseado nesta liberdade. Este parece ser o caso, uma vez que a circulação de capital inclui investimentos diretos, e investimentos diretos não precisam necessariamente ser feitos através de uma subsidiária, podendo assumir outras formas. Assim, a nomenclatura inserida no anexo I da Diretiva do Conselho 88/361/CEE, de 24 de junho de 1988, inclui dentre os investimentos diretos o seguinte item: “criação e extensão de sucursais ou de empresas novas pertencentes exclusivamente ao investidor e aquisição integral de empresas existentes”.

Nesse sentido, o estabelecimento de uma filial ou sucursal deveria ser considerado dentro da liberdade de circulação de capital e, portanto, estendida a terceiros países. Movimentos de capital de terceiros Estados para Estados-Membros estão incluídos no escopo do artigo 56 do Tratado.

Assim, caso uma empresa brasileira instituisse um estabelecimento permanente em um Estado-Membro, então este não poderia determinar restrições a tal estabelecimento.

Relativamente a essa liberdade, deve-se observar que a ECJ adota abordagens diversas para investimentos entrantes e saíntes. Assim, da perspectiva do Estado receptor do investimento (investimentos entrantes), a ECJ requer o tratamento nacional da filial ou sucursal como se ela fosse uma companhia residente. De forma diversa, ao se analisar a perspectiva do Estado de origem do investimento (investimentos saíntes), a Corte modifica os critérios de comparação e não requer que subsidiárias estrangeiras sejam tratadas da mesma maneira que uma filial estrangeira comparável, e sim como uma subsidiária doméstica comparável¹¹⁶.

Apenas para fins de comparação, uma vez que o Brasil não é um Estado-Membro, deve-se notar que, como país receptor de investimentos, a lei tributária brasileira considera os estabelecimentos permanentes de empresas estrangeiras como entidades personificadas para fins de tributação; isso significa que uma companhia estrangeira atuando no Brasil por meio de um estabelecimento permanente teria este último tratado como uma subsidiária. No passado, havia alguma diferença, já que lucros de estabelecimentos permanentes eram considerados imediatamente distribuídos, enquanto às subsidiárias brasileiras era permitido o diferimento da distribuição de dividendos. Todavia, desde 1995 não há tributação de dividendos no Brasil e, assim, essa diferença também desapareceu.

Como Estado de origem do investimento, por outro lado, temos que rendas provenientes de um estabelecimento permanente ou de subsidiárias no exterior são tributadas no Brasil, de acordo com a Lei 9.249/95, no fim de cada exercício, independentemente de haver qualquer distribuição. Essa transparência completa para subsidiárias é criticada pela maioria da doutrina e está atualmente sob julga-

¹¹⁵ Nesse sentido, Casos *Avoir Fiscal*, *Royal Bank of Scotland* e *Saint-Gobain*. See further in Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 150.

¹¹⁶ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), pp. 149-150.

mento do Supremo Tribunal Federal; todavia, de fato, não há atualmente uma diferença significativa para uma empresa brasileira entre estabelecer uma subsidiária ou um estabelecimento permanente fora. Deve-se notar, todavia, que esse tratamento apenas é aplicado a filiais e a subsidiárias *que estejam no exterior*; os lucros de subsidiárias locais não são considerados automaticamente distribuídos. Isso, todavia, não traz nenhuma diferença prática, já que a distribuição de lucros de subsidiárias *domiciliadas no Brasil* não é sujeito à tributação no Brasil.

IV. Tratados com Terceiros Países

Os poderes de firmar tratados externos da UE é outro tema a ser estudo na análise das relações com terceiros países.

Desse modo, em algumas áreas específicas, como políticas comerciais comuns (artigos 131-134) e meio ambiente (artigo 174 (5)), o Tratado explicitamente confere poderes externos à EU. Estes são os poderes externos expressos¹¹⁷. O artigo 281 confere à UE capacidade jurídica para negociar e celebrar acordos com terceiros países; as regras procedimentais e a divisão de poderes entre a Comissão e o Conselho para a negociação e conclusão de tais acordos estão expressas no artigo 300 do Tratado.

Os poderes externos não são apenas aqueles expressos no Tratado, mas também aqueles implícitos, pelo fato de os poderes (internos ou externos) expressamente conferidos não poderem ser efetivamente exercidos sem algum poder externo (também chamados de “poderes implícitos”)¹¹⁸.

A partir da decisão do caso *AETR*¹¹⁹, a ECJ tem repetidamente se pronunciado em se e em que medida os Estados-Membros podem reservar poderes no âmbito nacional para relações com terceiros países. De acordo com a ECJ, “a competência da Comunidade para celebrar acordos internacionais resulta não apenas duma atribuição expressa feita pelo Tratado, como pode decorrer igualmente doutras disposições do Tratado e dos actos adoptados, no âmbito destas disposições, pelas instituições da Comunidade; que, em especial, sempre que, para a execução duma política comum prevista pelo Tratado, a Comunidade tome disposições que instituem, sob qualquer forma, regras comuns, os Estados-Membros, quer actuem individual quer mesmo colectivamente, deixam de ter o direito de contrair com Estados terceiros obrigações que afectem estas regras ou alterem o seu alcance; e que, com efeito, à medida que se instituem estas regras comuns, só a Comunidade está em condições de assumir e executar, com efeitos em todo o domínio de aplicação da ordem jurídica comunitária, os compromissos assumidos em relação a Estados terceiros”¹²⁰. Parece que sempre que o Direito Comunitário confere poderes internos para a UE atingir algum objetivo, a UE é também competente para firmar acordos internacionais necessários para realizar tal objetivo, mesmo na ausência de uma previsão específica no Tratado que confira tal competência¹²¹.

¹¹⁷ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 191.

¹¹⁸ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 191.

¹¹⁹ ECJ, C-22/70, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities - European Agreement on Road Transport*.

¹²⁰ ECJ, C-471/98, *Open Skies* (Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium), 90.

¹²¹ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 191.

Devido à lealdade comunitária (artigo 10 do Tratado), os poderes implícitos podem até mesmo limitar a competência dos Estados-Membros para concluir seus próprios tratados sem consultar a UE, sempre que o exercício dos poderes implícitos pela UE leve à adoção de regras comunitárias, se os tratados individuais dos Estados-Membros com terceiros Estados pudessem prejudicar a completa efetividade das regras comunitárias¹²². Em geral, os poderes externos podem ser exclusivos (somente a UE os possui e é defeso aos Estados-Membros concluírem acordos externos, mesmo que a UE ainda não tenha exercitado tais poderes) ou divididos entre a UE e os Estados-Membros¹²³.

Acordos para evitar a bitributação não estão sob a competência exclusiva da UE. Não há nenhuma disposição no Tratado que mencione tal poder à UE. Acordos em matéria tributária têm um vasto escopo, o qual não se refere exclusivamente ao Direito Comunitário. Por outro lado, a ECJ, nas suas decisões em matéria tributária, insiste que “a matéria dos impostos directos não se encontre enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade”, mas “não é menos certo que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm respeitando o direito comunitário”¹²⁴. Assim, não se pode excluir a competência dos Estados-Membros para legislar sobre a tributação direta, embora este não seja um poder absoluto, uma vez que deve ser exercido dentro dos limites fixados pelo Direito Comunitário. Os casos *Open Skies* indicam que, em campos que são precipuamente de responsabilidade dos Estados individualmente considerados, tal como em direito aéreo (e tributação direta), a competência para concluir tratados com terceiros países não é exclusiva da Comissão¹²⁵.

De fato, a tributação direta tem sido afetada pelo Direito Comunitário. Isto decorre não apenas das decisões da ECJ, mas também do Direito Secundário Europeu, tais como a Diretiva Controladora-Controlada, a Diretiva sobre Fusões e Incorporações, a Diretiva sobre Juros e *Royalties*, a Diretiva sobre Juros de Poupança e as diretivas sobre Assistência Mútua. Não deveria haver dúvida, portanto, que a UE tem exercido seus poderes internos nestas áreas. Isso pode indicar, portanto, que a UE obteve poderes externos nessas áreas específicas sobre tributação direta¹²⁶.

Nesse sentido, não surpreenderia se a UE celebrasse tratados com terceiros países sobre dividendos transfronteiriços pagos entre empresas do mesmo grupo, juros e *royalties*, bem como em relação à troca de informações fiscais e sobre fusões e incorporações transfronteiriças, uma vez que tais tratados conteriam normas que ajudariam a implementação das diretivas mencionadas acima. Tais tratados, contudo, não seriam específicos a ponto de regular além do escopo das diretivas, *i.e.*, além do que seria necessário para a implementação da UE.

A doutrina tem apresentado duas áreas em tributação direta nas quais a EU pode estar a caminho de alcançar a competência externa exclusiva: (i) o tratamento

¹²² ECJ, C-471/98, *Open Skies* (Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium), 92.

¹²³ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 192.

¹²⁴ ECJ, C-279/93, *Schumacker*, p. 21.

¹²⁵ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), pp. 192-193.

¹²⁶ Cf. Hubert Hamaekers, “Corporate Tax Policy and the Competence of the European Community: na EC Convention with Non-Member States?”, *European Taxation*, 1990, p. 358.

tributário de fusões e transferência do domicílio em situação externa envolvendo uma *Societas Europaea* ou uma Sociedade Cooperativa Européia; e (ii) a troca de informações e a retenção na fonte no que concerne a juros de poupança em situações transfronteiriças¹²⁷. O primeiro caso parece gerar pouca discussão, uma vez que claramente se refere principalmente ao Direito Comunitário, sendo que as regras tributárias comuns aplicáveis àquelas entidades européias seriam muito provavelmente afetadas se cada Estado-Membro fosse livre para negociar com terceiros países o seu tratamento tributário. Com relação ao segundo caso, deve-se notar que a Diretivas sobre Juros de Poupança regulou extensivamente esta matéria e a sua função depende de acordos correspondentes com terceiros países; contudo, isto não parece ser suficiente para restringir os poderes dos Estados-Membros de negociar, separadamente, tratados ainda mais efetivos, desde que eles estejam de acordo com o Direito Comunitário.

V. Considerações Finais: Investimentos Brasileiros na e da UE

O Brasil tem sido tradicionalmente um país importador de capitais e, assim, antes de mais nada, deveríamos considerar os investimentos da Europa para o Brasil. Neste caso, importa ver se os Estados-Membros, como países de origem dos investimentos, restringem os investimentos no Brasil, *i.e.*, se dividendos decorrentes de investimentos no Brasil são tratados nos Estados-Membros de modo mais oneroso, quando comparados com investimentos entre Estados-Membros. Como regra geral, contudo, os Estados-Membros que adotam o método da isenção não o restringem a dividendos ou juros decorrentes de outros Estados-Membros. Investimentos no Brasil são, portanto, normalmente tratados como aqueles em Estados-Membros. Por outro lado, deve-se salientar que, embora o Brasil não tribute dividendos na fonte, juros são normalmente tributados na fonte à alíquota de 15%; a tributação dos *royalties* podem ser ainda maior. Neste caso, o Brasil, como um país que recebe investimentos, poderia aproveitar-se do tratamento igualitário oferecido pelos Estados-Membros, em vez de tributar tais investimentos.

Desde 1995, o Brasil não mais adota o critério da territorialidade estrita como limite para tributar os seus residentes. Estes são agora sujeitos à tributação universal. Companhias brasileiras, ademais, devem incluir em suas bases de cálculo o total de lucros de investimentos estrangeiros, mesmo que tenham sido auferidos através de uma pessoa jurídica independente (subsidiária). O crédito tributário é garantido, desde que a empresa estrangeira tenha sido tributada. Neste caso, pode-se ver que as possíveis vantagens que poderiam derivar da liberdade de capitais da UE, que representariam uma tributação mais reduzida ou mesmo uma não-tributação dos investimentos lá realizados, não representariam vantagem alguma para investidores brasileiros, uma vez que o Brasil irá tributá-los de qualquer maneira. É verdade que alguns tratados brasileiros com Estados-Membros (Espanha e Áustria) determinam o método da isenção. Contudo, esta deve ser vista como uma exceção à prática brasileira.

Nesse sentido, pode-se notar que a liberalização unilateral que poderia derivar da extensão da liberdade de circulação de capitais para terceiros países somente

¹²⁷ Cf. Ben J. Terra e Peter J. Wattel (nota 29), p. 193.

terá um efeito positivo para uma alocação ótima do capital se terceiros países adotarem medidas similares em suas legislações internas. Em outras palavras, a liberdade de movimentação de capital demanda, para a sua efetividade, que todos os países envolvidos adotem medidas similares.

Considerando que no próprio Tratado se tenha decidido por uma extensão de liberdade de movimentação de capitais, deve-se aventar a possibilidade de haver poderes implícitos conexos a esta decisão, os quais possibilitariam que a EU firmasse tratados em matéria tributária que determinassem a liberdade bilateral de circulação de capitais. Isto faria tal liberdade efetiva.