

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

26



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Movimentação de Capitais entre a União Europeia e os Países em Desenvolvimento e a Tributação Direta: Extensão Unilateral ou Tratados Bilaterais?*

Jacques Malherbe¹

Professor Emérito da Universidade Católica de Louvain. Advogado (Associado, Liedekerke, Bruxelas).

Resumo

O presente artigo trata da movimentação de capitais entre a União Europeia e os países em desenvolvimento e a tributação direta. Questiona a extensão unilateral e os tratados bilaterais. O autor explora as disposições internas da União Europeia em relação aos países em desenvolvimento. Trata de diversos aspectos importantes da legislação comunitária em matéria tributária e comenta casos importantes, julgados pela Corte Europeia de Justiça.

Abstract

This article deals with the movement of capital between the European Union and the developing countries and direct taxation. Questions the extension unilateral and bilateral treaties. The author explores the internal arrangements of the European Union in relation to developing countries. It deals with several important aspects of community legislation on tax matters and comments on important cases, judged by European Court of Justice.

Nem o Tratado de Roma nem seus sucessores, em especial o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), contém disposições gerais sobre as relações entre a União e os países em desenvolvimento, exceto disposições alfandegárias relativas especialmente à tarifa comum exterior. Trata-se da mesma lei secundária (diretivas), salvo disposições, por exemplo, da diretiva TVA, que prevê isenções para exportação.

Os operadores estabelecidos na União Europeia são protegidos pelo próprio Tratado nas relações com países em desenvolvimento. Um Estado-membro não poderia restringir a liberdade de um operador de outro Estado-membro sob esse ponto de vista. As relações entre a União Europeia e os países em desenvolvimento são reguladas por tratados, algumas vezes celebrados pela Comissão em nome da União, e, geralmente, pelos Estados-membros com os países em desenvolvimento de forma bilateral.

Existe uma exceção importante entre o que diz respeito à movimentação de capitais, uma vez que o artigo 63 TFUE (antigo artigo 56 do Tratado da Comuni-

* Tradução de Maria José Zilveri.

¹ Com a colaboração de François Malherbe, licenciado em Direito ULB, LL.M. Duke University.

dade Europeia - TCE, como os enumerados pelo Tratado de Amsterdã de 2 de outubro de 1997) previu que são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-membros e os países em desenvolvimento. Esse artigo foi introduzido sob o número 73 B pelo Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro de 1992, em vigor desde 1º de janeiro de 1994. Ele substituiu os artigos 67 a 73 do Tratado de Roma de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Europeia.

Nos termos do artigo 67, os Estados-membros deveriam suprimir progressivamente, durante o período de transição e na medida necessária para o bom funcionamento do Mercado Comum, as restrições à circulação de capitais pertencentes a residentes nos Estados-membros, assim como a discriminação de tratamento baseada na nacionalidade ou residência das partes ou no local de residência.

Além disso, os pagamentos correntes relativos aos movimentos de capitais entre os Estados-membros deviam estar livres de quaisquer restrições até o final da primeira fase. Existia uma diferença entre os movimentos de capitais, que foram gradualmente liberados por várias diretivas dos Estados-membros e os pagamentos.

O movimento de capital é a operação financeira essencialmente ligada a um fundo de investimentos, e não o pagamento de um serviço. O pagamento é a transferência de moeda estrangeira que constitui a contrapartida no contexto da operação subjacente. Os movimentos de capitais geram pagamentos atuais². Antes do Tratado de Maastricht, a regulamentação dos pagamentos era diferente dos movimentos de capitais. Eles recebiam um tratamento diferente devido à operação subjacente, segundo a que se relacionava a um movimento de bens, de serviços ou de capitais.

A nova disposição é aplicada diretamente³.

Mesmo antes do Tratado de Maastricht, os movimentos de capitais foram liberados por uma Diretiva de 24 de junho de 1988⁴. Essa diretiva estabeleceu uma nomenclatura, à qual se refere ainda hoje. Ela estabelece que:

- os investimentos diretos: de instituições estáveis, com o objetivo de estabelecer relações duradouras, de longo prazo;
- os investimentos de carteira: operações de títulos, empréstimos e créditos financeiros; e
- os outros investimentos: empréstimos, propriedades, transferências de ativos ou patentes.

O campo de aplicação da diretiva de liberação e do Tratado de Maastricht não se estende apenas às remessas de fundos, mas a todas as medidas restritas da execução da operação⁵. A restrição se estende a medidas fiscais: um Estado-membro não pode reservar uma exoneração de impostos sobre o rendimento, aplicável aos dividendos pagos a pessoas físicas, a dividendos pagos por uma sociedade cujo

² CJCE, 286/82 e 26/83, de 31 de janeiro de 1984. Luisi e Carbonne: uma simples transferência de papéis-moeda não significa um movimento de capitais quando ela não corresponde a uma obrigação de pagamento de uma transferência de bens ou de serviços.

³ CJCE, C-163/94, C-165/44 e C-250/94, de 14 de dezembro de 1993. Sanz de Lera.

⁴ Diretiva 88/361/CCE.

⁵ CJCE, process. arts. 157/85, de 24 de janeiro de 1986. Brugnoli e Ruffinengo: obrigações de natureza administrativa, em depósito de títulos estrangeiros por um banco autorizado.

estabelecimento seja em um Estado-membro, mesmo se se tratar de um empregado beneficiário de uma conta-poupança⁶.

Em 2006, durante um seminário organizado pela Universidade de Economia em Viena, nosso colega Luís Eduardo Schoueri examinou o impacto dessa nova regra, especialmente nas relações entre a União Europeia e o Brasil que, em que pese ainda ele ser qualificado como país em desenvolvimento, é hoje uma das maiores economias do mundo⁷.

Pode-se indagar por que o Tratado de Maastricht estendeu a liberação de movimentos de capitais a países em desenvolvimento. A explicação está na introdução, simultânea, do euro como moeda única em um número significativo de países membros. Tratava-se de facilitar o uso dessa moeda em um mundo, suprimindo todas as restrições possíveis. No entanto, o objetivo da norma, com todas as disposições do Tratado, é desenvolver o mercado do qual faz parte a União Europeia e não o mercado dos países em desenvolvimento. A união é exportadora líquida de capitais e parece que a localização na União é menos favorável do que a localização no exterior. A supressão das restrições aos movimentos de capitais tem como alvo atrair capital em um mercado único.

Uma abertura que pode parecer uma concessão unilateral contribui para desenvolver o mercado único e a moeda da maioria dos seus membros⁸. Uma interpretação teleológica dessa disposição do Tratado levaria a uma interpretação ampla de seu campo de aplicação⁹.

Era necessário assegurar, porém, a estabilidade monetária na zona do euro e dos Estados-membros no exterior. Este é o objeto das seções 66 e 67 do TFUE. Se os fluxos de capitais para países em desenvolvimento ameaçarem causar graves dificuldades ao funcionamento da União Europeia sob a perspectiva econômica e monetária, o Conselho, sob proposta da Comissão e consulta ao Banco Central Europeu, pode tomar as medidas necessárias de proteção por um período não superior a seis meses.

Além disso, se, na política externa e de segurança, decide-se interromper ou reduzir as relações econômicas com países em desenvolvimento, o Conselho pode tomar medidas urgentes relacionadas à circulação de capitais e pagamentos, com o país em questão.

Se o Conselho não tomou tais medidas, um Estado-membro pode, por razões políticas e de caráter de urgência, tomar medidas unilaterais que o Conselho tem o poder de alterar.

⁶ CJCE, C-35/98, de 6 de junho de 2000, Verkooyen. Cf. JUVINALE, M.; e MARCHI, E. Le forme di limitazione del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali. In: DI PIETRO, A. (Coord.). *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea*. In: DI PIETRO, A. (Coord.). *Estado de tributação da União Europeia*. Roma: Ministério de Economia e Finanças, 2003. p. 1.100.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação direta e direito comunitário europeu em relação a países em desenvolvimento. *Revista Direito Tributário Atual*, vol. 20. São Paulo: Dialética/TBDT, 2006. p. 125.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 130; Cf. GINTER, Eric; CHARTIER, Eric; e MICHAUD, Bertrand. *Droit communautaire et impôts-directs*. [S.l.]: Revue Fiduciaire, 2011. p. 104.

⁹ *Ibid.*, p. 132. Como observa o autor, o Tribunal de Justiça parecia se mover nessa direção em matérias não fiscais, condenando ações que exigem autorização para exportação fundos administrativos nas relações com países em desenvolvimento (CJCE, Processo C-358/93 e C-416/93 Bordessa, 1995), como aconteceu nas relações entre os Estados-membros (acórdão de Sanz de Lera citado na nota 3).

Parágrafo 1. Limites da Liberação de Movimentação de Capitais

A. Princípios

Cláusula (“direitos adquiridos”)

O artigo 64 permite que os Estados-membros mantenham as restrições que existiam em 31 de dezembro de 1993 em relação aos fluxos de capitais para países em desenvolvimento ou de países nos seguintes assuntos:

- investimentos diretos, inclusive imóveis;
- estabelecimento;
- prestações de serviços financeiros; e
- admissão de valores mobiliários em mercados de capitais.

Os países membros não fazem parte desta exceção. O investimento direto está definido no Anexo I na diretiva de liberação para cobrir os investimentos de todas as naturezas, pessoas físicas ou jurídicas, indústrias ou financeiras, para estabelecer ou manter relações duráveis e diretas entre quem fornece o capital e o empresário ou a empresa com o capital disponível definida para exercer uma atividade econômica.

A legislação austríaca previa uma autorização para a compra de imóveis em Viena. Esta regra, em vigor desde 1993, aplica-se a uma empresa suíça em que o procedimento tenha sido posteriormente modificado¹⁰.

Exceção de residência

A liberação não impede os Estados-membros de aplicarem as disposições pertinentes do seu direito tributário que estabelecem uma distinção entre os contribuintes que não estão na mesma situação em relação ao seu local de residência ou o local onde seu capital é investido (TFUE artigo 65.1, a).

Esta cláusula não deve ser interpretada como um sinal em branco favorável à discriminação arbitrária. Ela foi feita apenas para lembrar as regras gerais no contexto europeu. Se o residente e o não residente estiverem na mesma situação, eles deverão ser tratados da mesma maneira.

Dessa forma, um contribuinte que recebe quase todos os seus rendimentos originários de um Estado-membro, onde ele não reside, deve receber, desse Estado-membro, as reduções concedidas aos residentes¹¹.

Um estabelecimento fixo, embora não residente, deve poder beneficiar-se em um Estado-membro dos tratados celebrados por esse Estado-membro, especialmente com os países em desenvolvimento, embora estes tratados, tecnicamente, não se apliquem a não residentes¹².

Como observou Schoueri, este caso de jurisprudência pode levar os países em desenvolvimento à negociação de acordos bilaterais com os Estados da União Europeia para solicitar que a aplicação da Convenção seja estendida aos estabelecimentos permanentes¹³.

¹⁰ CJCE, C-540/08, de 11 de fevereiro de 2010, Fokus Invest c/ Fiag.

¹¹ CJCE, C-279/93, de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker.

¹² CJCE, C-307/97, de 21 de setembro de 1999, Saint-Gobain.

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 157.

Esta é a solução proposta pelos autores do projeto de convenção para a América Latina, estabelecido pelo grupo de trabalho da ILADT (Instituto Latino-Americano de Direito Tributário)¹⁴.

O texto também prevê que essas medidas não possam conduzir a uma discriminação arbitrária ou a uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos (TFUE artigo 65, 3).

Prevenção de infrações

A liberação dos fluxos de capitais não priva os Estados-membros do direito de tomar todas as medidas necessárias para impedir infrações às leis e regulamentações nacionais, especialmente no campo fiscal e de supervisão das instituições financeiras. Da mesma forma, eles podem prever processos para a declaração dos movimentos de capitais para fins administrativos ou estatísticos. Eles podem, finalmente, tomar medidas justificadas para a ordem pública ou de segurança pública (TFUE, artigo 65.1, d).

B. Aplicação

Uma questão muitas vezes colocada é saber se o artigo 63 se aplica *erga omnes*, isto é, se o mesmo se aplica aos movimentos de capitais nos locais de países em desenvolvimento e na União Europeia (“entrada”) e aos movimentos de capitais da União Europeia para países em desenvolvimento (“saída”).

As opiniões estão divididas, à medida que a disposição da liberação do Tratado não está sujeita a uma exigência de reciprocidade por parte do país em desenvolvimento.

Além disso, ao analisar as condições aplicáveis para um investimento para um país em desenvolvimento, o Tribunal poderia ser tentado a aplicar, como fez algumas vezes, uma abordagem pan-europeia que leva em conta não só os fatores específicos do Estado-membro de onde parte o investimento e do país em desenvolvimento onde ele ocorre, mas os mesmos elementos para todo o mercado. A questão é, se um outro país é um paraíso fiscal, ele deveria, por exemplo, determinar-se sobre a base em uma média das taxas europeias. Esta abordagem parece difícil de conceber em relação a países em desenvolvimento, onde é necessário considerar a legislação, incluindo medidas antiabuso previstas pela legislação nacional de um Estado-membro¹⁵.

Sem exceção, a livre circulação de capitais deve ser avaliada da mesma forma entre os Estados-membros da União e entre os Estados de países em desenvolvimento. No entanto, justificativas especiais, que não podem ser invocadas nas rela-

¹⁴ Artigo 1.3. b); MALHERBE, Jacques; PISTONE, Pasquale; TÓRRES, Heleno Taveira; e FIGUEROA, Antonio Hugo (Dir.); CRUZ, Natalia Quiñones (Coord.). *Modelo ILADT de Convenio para evitar la Doble Imposición en América Latina; Modelo Multilateral*. [S.l.]: CDT-ILADT, 2010. Cf. CRUZ, Natalia Quiñones. Establecimiento permanente e imposición exclusiva de la empresa en el Estado de la fuente. In: MAZZ, Addy; e PISTONE, Pasquale (Coords.). *Reflexiones en torno a un modelo latinoamericano de convenio de doble imposición*. Montevideo: FCU, 2010. p. 115.

¹⁵ Cf. PISTONE, Pasquale. General Report. In: LANG, M.; e PISTONE, Pasquale (Ed.). *The EU and third countries: direct taxation*. Viena: Linde Verlag, 2007. p. 25.

ções entre os Estados-membros, podem ser invocadas quando se trata de restrições à circulação de capitais para países em desenvolvimento.

C. Justificativas Auditoria fiscal

As restrições relacionadas à eficácia das auditorias fiscais geralmente não são admitidas para restringir as oportunidades de investimento de um Estado-membro para outro. O Tribunal regularmente aponta que os Estados-membros podem utilizar recursos da diretiva de assistência mútua em troca de informações fiscais¹⁶ e da diretiva relativa à cobrança de impostos¹⁷ e que a auditoria fiscal não é mais difícil em relação a transações envolvendo um Estado-membro diferente em relação a operações puramente nacionais.

Esses instrumentos não existem nas relações com os países em desenvolvimento. Em relação à troca de informações, no máximo o Estado-membro poderá recorrer ao acordo de intercâmbio de informações previsto no Tratado fiscal bilateral celebrado com o país em desenvolvimento, geralmente no modelo do artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE. Tal cláusula não tem as mesmas garantias que a diretiva do Direito Comunitário, especialmente sobre a possibilidade de verificar a exatidão das informações fornecidas e ao controle do Corte de Justiça¹⁸.

A mesma objeção poderia ser feita para as informações fornecidas voluntariamente pelo contribuinte¹⁹. A lei sueca prevê a isenção de dividendos pagos por uma empresa com matriz na Suécia na forma de ações de sua subsidiária se várias condições forem cumpridas:

- 1) a distribuição é proporcional ao número de ações que o acionista tem na matriz;
- 2) todas as ações da matriz na subsidiária são distribuídas; e
- 3) após a distribuição, as ações da subsidiária não podem ser detidas pelas empresas pertencentes ao mesmo grupo da matriz.

Uma empresa sueca queria distribuir o benefício desta legislação para ações de uma subsidiária suíça. O tratado fiscal entre a Suécia e a Suíça não previa troca de informações. O contribuinte solicitou um "ruling" para a operação e se recusou. No entanto, existe um acordo entre a Suíça e a Suécia que permite a troca de informações para benefícios fiscais previstos no acordo. Além disso, segundo o contribuinte, ele mesmo poderia fornecer as informações.

Na primeira instância, o Tribunal considerou que a limitação da isenção às filiais na Suécia ou do Espaço Econômico Europeu constituiu uma restrição à livre circulação de movimento de capitais. A questão era saber se essa restrição cumpriu

¹⁶ Diretiva 77/799/CEE do Conselho de 19 de dezembro de 1977, alterada pela Diretiva 2004/106/CE do Conselho, de 16 de novembro de 2004, substituída pela Diretiva 2011/16/EU, de 15 de fevereiro de 2011, sobre a Cooperação administrativa no domínio fiscal e que revoga a Diretiva 77/799/CEE.

¹⁷ Diretiva 76/308/CEE do Conselho, de 15 de março de 1976, alterada pela Diretiva 2001/44/CE do Conselho, de 15 de junho de 2001, consolidada pela Diretiva do Conselho 2008/55/CE, de 26 de maio de 2008 e substituída pela Diretiva 2010/24/UE, de 16 de março de 2010.

¹⁸ TRAVERSA, E. National Report Belgium. In: LANG, M; e PISTONE, Pasquale. Op. cit., p. 155.

¹⁹ PISTONE, Pasquale. Op. cit., p. 27-28.

a exigência de proporcionalidade, se era apropriada ao objetivo sem exceder as medidas necessárias para esse fim.

O Tribunal decidiu, de fato, em outros casos, sobre as relações entre os Estados-membros, que o contribuinte não poderia ser proibido de fornecer evidências como prova.

O Tribunal disse, porém, que as relações entre os Estados-membros estão no âmbito da Diretiva 77/799, criando um quadro de cooperação que não existe com os países em desenvolvimento. Além disso, a harmonização das contas das empresas na UE também permite verificar se as exigências são cumpridas. O Tribunal admite, portanto, que a Suécia não pode verificar se são atendidas as condições de aplicação da legislação mencionada acima.

O governo sueco admitiu, porém, que poderia verificar a conformidade da operação de algumas condições:

- o fato de as ações da empresa matriz serem de capital aberto;
- o fato de a subsidiária ser uma empresa; e
- o fato de a atividade da subsidiária consistir essencialmente seja em um negócio em uma atividade comercial, seja na posse de ações de empresas envolvidas na atividade comercial e nas quais a subsidiária detenha direta ou indiretamente mais de metade das ações com direito a voto²⁰.

Uma solução diferente poderia ser aceita quando um Tratado foi assinado entre um Estado não membro e um país em desenvolvimento, porém entre a própria União Europeia sob intervenção da Comissão e esse país, como no Tratado sobre a tributação de rendimentos da poupança entre a Suíça e a UE, a fim de assegurar a implementação da diretiva sobre a tributação da poupança sob a forma de pagamentos de juros²¹.

Ainda pode-se objetar que, neste último caso, o Tribunal não pode dar uma interpretação autorizada do Tratado, como ele pode no que diz respeito à diretiva de assistência mútua.

Medidas antiabuso

As medidas antiabuso apresentam-se muitas vezes sob a forma de presunções absolutas e relativas: não podem ser justificadas pela incapacidade de obter informações para verificar se há abuso ou não. Nas relações entre os Estados-membros, o Tribunal de Justiça considerou que essas suposições foram além da exigência de proporcionalidade²². Mesmo nas relações entre os Estados-membros e países em desenvolvimento, parece que o caráter de presunção absoluta iria além do que é permitido pela proporcionalidade: o contribuinte deveria sempre ser capaz de provar o contrário²³.

Este será o exemplo de interposição entre uma empresa de um Estado-membro e de uma sociedade de um país em desenvolvimento com outra empresa europeia nas relações com o Estado-membro da diretiva da matriz-subsidiária. Essa in-

²⁰ CJCE, C-100/105, de 18 de dezembro de 2007, *Skatteverket c/ A*.

²¹ Diretiva do Conselho 2003/48/CE.

²² Por exemplo, CJCE, C-28/95, de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*.

²³ Communication de la Commission, de 10 de dezembro de 2007 (COM. 2007) 785.

terposição permite beneficiar um Tratado mais favorável entre o Estado-membro do estabelecimento da sociedade e do país em desenvolvimento. Uma interposição dessa natureza é expressamente visada, por exemplo, pela lei francesa²⁴. Deve ser possível que o grupo possa provar que a interposição se justifique por outras razões que as não tributárias.

Decidiu-se, mesmo na ausência de tal disposição, a aplicação da disposição geral do Direito belga, que permite requalificar uma transação ou uma série de transações, apenas com efeitos fiscais²⁵. Os investidores, especialmente estabelecidos em países em desenvolvimento, tinham interposto uma empresa de Luxemburgo entre eles e uma empresa belga. A interposição permitia receber isenção de retenção na fonte sobre dividendos de liquidação da sociedade belga para redistribuir, sem retenção de liquidação, a dedução que não existe em Luxemburgo. Considerou-se que a operação respondia a necessidades económicas legítimas, uma vez que ela permitia especialmente que a sociedade de Luxemburgo penhorasse as ações da empresa belga para obter crédito²⁶.

Parágrafo 2. Relação entre a Liberdade de Movimentação de Capitais e Outras Liberdades Fundamentais

A. Princípio

Uma restrição à liberdade de movimentação de capitais pode ser a consequência inevitável da natureza acessória dessa liberdade em relação a um serviço ou ao direito de estabelecimento. Neste caso, o artigo 63 do TFUE não poderá se aplicar aos países em desenvolvimento se não houver aplicação nas relações com esses países, em função da liberdade de prestação de serviços ou a liberdade de estabelecimento.

Fidium Finanz

Esta teoria é aplicada na decisão do Tribunal de Justiça por *Fidium Finanz*²⁷. *Fidium Finanz* era uma empresa suíça com concessão de crédito a consumidores menores pela internet com a intervenção de intermediários de crédito operando sob seu nome. Noventa por cento de seu mercado se localizava na Alemanha. A Lei de Direito Bancário da Alemanha prevê uma autorização da Instituição Federal de supervisão dos serviços financeiros para qualquer pessoa que exerça atividades financeiras ou forneça prestação de serviços financeiros numa base comercial em território alemão. Esta autorização não era dada se uma instituição não tinha sua matriz na Alemanha.

Fidium Finanz invocou a liberdade de movimentação de capitais. Primeiro, o Tribunal rejeitou o argumento segundo o qual a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de movimentação de capitais formam dois ramos de uma alternativa, acreditando que não havia nenhuma ordem de prioridade entre estas duas

²⁴ CGI, art. 119 ter.

²⁵ CIR, art. 344, parágrafo 1.

²⁶ DE BROE, L. Évitement du précompte mobilier: le fisc peut-il écarter une société intercalée. *Fiscalog*, n. 1.204, 2010, p. 1.

²⁷ CJCE, C-452/04, de 3 de outubro de 2006, *Fidium Finanz*.

liberdades. Dado que as medidas nacionais podiam envolver as duas ordens jurídicas, é necessário considerar qual das duas liberdades foi significativamente afetada.

A atividade de crédito constituiu, dessa forma, um serviço abrangido pelo artigo 56 do Tratado. A Diretiva 2000/12/CE sobre a atividade das instituições de crédito regulamenta os empréstimos do ponto de vista da liberdade de estabelecer a prestação de um serviço financeiro.

A concessão de crédito também é um movimento de capital abrangida pelo anexo da Diretiva 88/361/CEE. Sem dúvida, a legislação alemã prevê uma restrição à livre circulação de capitais, mas essa restrição é a consequência inevitável de uma restrição à livre prestação de serviços, predominante neste caso.

Baars

A distinção entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de investimento, constituindo um movimento de capital, foi estabelecida no caso Baars²⁸. A lei holandesa de imposto sobre a fortuna de 1964, aplicável na época, previa uma isenção a contribuintes que possuíam uma participação substancial em uma empresa holandesa - exceto uma empresa estrangeira. Um interesse substancial era definido pela detenção durante os últimos cinco anos de um terço das ações da empresa, mais 7% do capital liberado.

O senhor Baars tinha, em 1994, 100% das ações de uma sociedade irlandesa e acreditava que a recusa de isenção era contrária tanto a liberdade de estabelecimento quanto a liberdade de movimentação de capitais. O Tribunal questionou qual dessas duas liberdades era aplicável e constatou que a detenção de 100% das ações de uma sociedade residente em outro Estado-membro envolvia a liberdade de estabelecimento, que implica o direito de estabelecer e gerir sociedades de participações no capital de uma empresa, dando ao acionista um poder determinante sobre as decisões da empresa, permitindo influenciar suas atividades. A lei holandesa foi, portanto, contrária ao artigo 49 do Tratado.

Subcapitalização

Um problema semelhante surgiu na implementação das decisões sobre subcapitalização. A lei inglesa rejeitou a dedutibilidade dos juros pagos por uma sociedade a uma matriz não residente ou a uma sociedade não residente no mesmo grupo, desde que houvesse participação de acionistas de 75%. Os tratados continham disposições contrárias a essa legislação, quando o montante dos juros acordado correspondia às condições. A lei foi posteriormente alterada para aplicar-se apenas de uma forma geral ao juro superior o determinado nas condições de concorrência ou, mais tarde, em condições não influenciadas pela existência de um controle comum.

Em todos esses casos, a lei só se aplicava a estrangeiros, no entanto, não às sociedades matriz ou empresas britânicas coligadas.

²⁸ CJCE, C-251/98, de 13 de abril de 2000, Baars.

O Tribunal começou por questionar se era necessário aplicar a liberdade de estabelecimento ou a livre circulação de capital. O Tribunal²⁹ constatou, sob o caso mencionado acima, que a legislação britânica visava unicamente a subcapitalização de sociedades residentes por empresas não residentes que detinham os controles da sociedade residente, permitindo influenciar as decisões de financiamento para esta empresa, especialmente, na escolha entre empréstimos e capital próprio³⁰. Portanto, somente a liberdade de estabelecimento era aplicável à exclusão da livre circulação de capitais.

A legislação inglesa foi considerada incompatível com a liberdade de estabelecimento, à medida que ela não permitia limitar o seu pedido com base em provas objetivas e verificáveis, permitindo considerar que o empréstimo era um expediente puramente artificial, resultado de razões meramente fiscais, e não permitia que o contribuinte apresentasse justificativas de negócios para a operação, prevenindo, ainda, que, se tal acordo existiu, somente a parte dos juros excedentes seria considerada uma distribuição³¹.

Lasertec

O artigo 8º do Imposto de sociedades alemão, introduzido pela lei para impedir a deslocalização de empresas, de 13 de setembro de 1993, previa uma regra de subcapitalização, segundo a qual, quando um empréstimo aprovado por um acionista não residente de uma sociedade residente detivesse uma participação substancial (um quarto das ações) que ultrapassasse três vezes a participação de capital dos acionistas estrangeiros, o pagamento de juros seria considerado uma distribuição disfarçada em lucro.

O capital se identificava com o capital realmente liberado.

A disposição não se aplicaria se se provasse que a empresa podia obter o empréstimo por um terceiro em condições similares ou se o empréstimo era para financiar operações bancárias comuns.

Além disso, mesmo se a participação fosse inferior a 25%, a disposição seria aplicada quando um acionista detivesse uma participação significativa que lhe permitisse exercer, de forma independente ou em conjunto com outros acionistas, uma influência do controle da empresa.

A empresa alemã era de propriedade de um terço de um residente alemão e dois terços de uma empresa suíça, a Lasertec. A disposição foi aplicada na proporção do capital detido pela empresa suíça que havia feito um empréstimo à empresa alemã.

O Tribunal³² constatou que, para decidir se era apropriado aplicar a liberdade de estabelecimento, excluída em favor de Estados terceiros ou a livre circulação de capitais, era necessário considerar a finalidade da legislação.

A legislação alemã se aplicava às contribuições em mais de 25% de capital ou dando ao titular uma influência decisiva na sociedade. O propósito da lei permite

²⁹ CJCE, C-524/04, de 13 de março de 2007, Requerentes no Contencioso Thin Cap Group Litigation.

³⁰ Parágrafo 31.

³¹ Parágrafo 92.

³² CJCE, C-494/04, de 10 de maio de 2007, Lasertec.

dizer que a liberdade de estabelecimento deve ser considerada, especialmente porque Lasertec detinha, neste caso, dois terços do capital da sociedade alemã. A lei alemã pôde, portanto, ser aplicada.

A & B

A lei sueca prevê um sistema especial de tributação para os acionistas de empresas privadas, em que 50% das ações são mantidos por menos de cinco pessoas que exercem uma influência decisiva sobre a gestão dessas empresas. Além disso, no caso dos funcionários, eles são considerados como uma única pessoa, permitindo que a empresa seja mais facilmente vista como uma empresa privada.

A carga fiscal sobre os rendimentos do trabalho é maior do que colocado sobre o rendimento de capital. A lei, portanto, desestimula a conversão dos rendimentos do trabalho na renda do capital. Os dividendos recebidos serão considerados rendimentos de investimento sobre o montante máximo correspondente a um rendimento de capital normal sobre o capital investido. Na aplicação de uma “norma de salários”, uma parcela de seus ganhos pode entrar neste cálculo se o dividendo for excessivamente baixo. Esta regra aplica-se aos salários recebidos na Suécia ou na União Europeia.

Uma empresa sueca tinha um estabelecimento permanente na Rússia. Seus acionistas empregados recusaram-se a aplicar a “norma dos salários” aos salários russos. A autoridade da primeira instância lhes deu razão sobre a base da livre circulação de capitais. Em recurso administrativo, o Tribunal de Justiça estimou que, excluindo a aplicação da regra de pagar os salários dos funcionários de uma filial estabelecida num outro país, a legislação sueca tinha de levar o principal do estabelecimento de uma sucursal por uma empresa sueca em um outro país. A criação de uma sucursal em um outro país colocava os acionistas em uma posição menos favorável do que se a sucursal estivesse localizada na Suécia ou em outro Estado-membro. A medida afetava principalmente a liberdade de estabelecimento e podia ser aplicada, uma vez que essa liberdade não se aplica a outros países³³.

Stahlwerk Ergste Westig

Da mesma forma, a dedução na Alemanha de uma perda em um estabelecimento permanente nos Estados Unidos foi recusada conforme a lei alemã. Essa lei afeta a liberdade de estabelecimento e a restrição de circulação de capitais como consequência³⁴.

A distinção entre a aplicação da liberdade de estabelecimento e implementação de livre circulação de capitais deve ser determinada de acordo com o objetivo principal da legislação. Se ela se aplica às participações de controle, para exercer uma influência sobre a subsidiária, prevalece a liberdade de estabelecimento. Se a lei se aplica aos dividendos, em geral, a liberdade de circulação de capitais é afetada. Se o objetivo da medida é duplo, é necessário considerar o objetivo principal³⁵.

³³ CJCE, C-102/05, de 10 de maio de 2007, *Skatteverket c/ A&B*.

³⁴ CJCE, C-415/06, de 6 de novembro de 2007, *Stahlwerk Ergste Westig*.

³⁵ TRAVERSA, E. *L'autonomie fiscale des régions et des collectivités locales face au droit communautaire*. Bruxelles: Larcier, 2010. p. 195-196; e MALHERBE, Jacques *et al.* A jurisprudência da corte de justiça

Holböck

O caso *Holböck* é significativo para esta análise³⁶, Lei fiscal austríaca de 1988 previa a aplicação de um corte de imposto para metade dos dividendos de empresas austríacas, enquanto dividendos de empresas estrangeiras eram tributados em imposto integral. Um residente na Áustria, detendo dois terços do capital de uma empresa suíça distribuindo dividendos, considerou que a liberdade de movimentos de capitais foi violada. O Tribunal considerou que o propósito da lei austríaca não se aplicava apenas aos investimentos, permitindo ao seu titular exercer uma influência decisiva sobre as decisões de uma empresa e determinar as atividades da empresa. Uma legislação desse gênero, que se aplica independentemente do valor de capital realizado em uma empresa, pode cair no campo da aplicação da liberdade de estabelecimento ou da liberdade dos movimentos de capitais.

Nenhuma dessas liberdades podia ser aplicada. A liberdade de estabelecimento não se aplica em relação a outros Estados. No que diz respeito à livre circulação de capitais, como já foi mencionado, ela permite a aplicação de restrições a investimentos diretos em 1993, sendo que o investimento direto é definido como qualquer investimento para estabelecer ou manter vínculos diretos entre a pessoa que fornece o capital e a empresa no qual o capital é investido, com a consequência de que essa pessoa tenha participado efetivamente na gestão da empresa. A restrição poderia continuar a ser aplicada. Estende-se ao pagamento de dividendos e ao reembolso do investimento principal.

B. Resultado

O resultado da jurisprudência do Tribunal é curioso e tem sido objeto de críticas³⁷. A liberdade de circulação de capitais protege apenas os investimentos de carteira de outros países ou naqueles países, pois a meta é, sem dúvida, atrair o controle de investimento.

Além disso, estas distinções são difíceis de conciliar com o texto do tratado. O artigo 49 prevê que a liberdade de estabelecimento inclua o direito ao exercício das atividades independentes e crie sociedades em termos aplicáveis aos nacionais, sem prejuízo das disposições relativas ao capital.

Por sua vez, o artigo 65.2 prevê que as disposições do capítulo sobre o capital sejam sem prejuízo às restrições do direito de estabelecimento compatíveis com o Tratado.

Há um movimento do capital independente da instituição que é uma simples consequência do estabelecimento. A livre circulação de capitais é de alguma forma privada de efeito prático. É um retorno à jurisprudência anterior *Luisi e Carbone*³⁸.

da União Europeia em matéria de impostos diretos como o direito feito pelos juízes padroniza os sistemas fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, vol. 24. São Paulo: Dialética, 2010. p. 24-25.

³⁶ CJCE, C-157/05, de 24 de maio de 2007, *Holböck*.

³⁷ PISTONE, Pasquale. Op. cit., p. 20.

³⁸ Cf. Mencionado, nota I.

C. Domínio da aplicação

As restrições à liberdade de circulação de capitais poderão, com base em sua relação, inevitável, à liberdade de estabelecimento ou à liberdade de prestação de serviços, ser permitidas nas seguintes áreas:

- CFC regras ("controlled foreign corporations");
- regulamento dos preços de transferência;
- regulamento de subcapitalização; e
- restrições à dedutibilidade de prejuízos no exterior.

1. Livre circulação de capitais fora do campo do imposto: Golden Share

A lei Volkswagen, lei alemã de 1960 sobre a privatização da Volkswagen, limitava o direito de voto de qualquer acionista da Volkswagen a 20% de todos os direitos de voto e previa que as decisões tomadas pela Assembleia-Geral exigiam uma maioria de 80%. Quatro membros do conselho fiscal de dez foram nomeados pelo Governo Federal e o Estado da Baixa Saxônia. Estes dois Estados detinham cada um, participação de 20%. A possibilidade de intervenção dos demais acionistas era limitada, por regra, à lei geral para as sociedades. Tais restrições eram suscetíveis para desviar acionistas de outros Estados para investir no capital da Volkswagen. Elas não eram justificadas por razões de interesse geral, respondendo ao princípio da proporcionalidade. Não se vê por que tais medidas eram necessárias para proteger os trabalhadores e os acionistas minoritários da Volkswagen³⁹.

2. Limitação de benefícios dos Tratados (cláusula "limitação de benefícios" - LOB)

Estas cláusulas dão origem a um conflito entre o Direito Internacional aplicável nas relações fiscais entre os Estados-membros e outros países e o direito europeu, que fornece limitações ao uso do Direito internacional por alguns dos seus Estados-membros. Eles limitam os benefícios de um tratado celebrado por um Estado-membro com um outro país, restringindo a aplicação de disposições, limitando ou eliminando certas deduções para os residentes de um Estado-membro, na sua maioria empresas que não têm relações de propriedade do capital ou a dedução de gastos com residentes de outros países, incluindo países membros da União Europeia. Estas cláusulas são geralmente incluídas em acordos assinados pelos Estados Unidos. São compatíveis com o exercício das liberdades fundamentais?

Uma comparação pode ser feita entre essas disposições e as que foram incluídas em acordos com os Estados Unidos pelos países europeus na matéria de tráfego aéreo. Assim, o Reino Unido concluiu, em 1977, com os Estados Unidos, um acordo conhecido por Bermudas II, de direitos recíprocos concedidos às companhias aéreas dos dois países, com a ressalva de que a propriedade e o controle de uma transportadora aérea sejam restritos aos residentes de outro Estado, excluindo, dessa forma, residentes de outros Estados-membros da União Europeia. No entanto, aos Estados-membros residentes deve ser dado o mesmo tratamento que os residentes nos Estados de acolhimento em termos de liberdade de estabelecimen-

³⁹ CJCE, C-112/05, de 23 de outubro de 2007, Comissão com Alemanha.

to. De acordo com o tratado, os Estados Unidos poderiam revogar a autorização dada às companhias aéreas britânicas, quando forem controladas por residentes de outros Estados-membros e do Reino Unido. Esta discriminação impede que os residentes de outros Estados-membros se beneficiem da liberdade de estabelecimento, que foi concedida pelo Tratado.

Ela não poderia ser justificada por razões de ordem pública próprias no Reino Unido, uma vez que o acordo Bermuda II não limitava a revogação da autorização em caso de ameaças à ordem pública do país que concede o autorização¹⁰.

ACT

O processo da ACT¹¹ era relacionado aos termos antigos da legislação inglesa sobre as distribuições de dividendos. Em uma distribuição de dividendos, a empresa distribuidora devia manter um imposto compensatório ("advance corporation tax") igual a uma porcentagem do dividendo. O acionista que recebesse dividendos se beneficiava de um crédito fiscal de mesmo valor, eliminando parcialmente a dupla tributação. Se uma empresa recebia o dividendo, ela não estava sujeita à taxação de impostos das sociedades e ela própria podia deduzir o ACT retido do ACT devido na redistribuição do montante.

Vários tratados celebrados pelo Reino Unido concediam aos acionistas não residentes o direito a um reembolso total ou parcial do ACT, com a consequência de que o Reino Unido, normalmente, não taxasse os dividendos distribuídos a não residentes correspondentes a um imposto equivalente à taxa de retenção na fonte sobre dividendos e reembolso do ACT.

Um desses tratados, em especial, celebrado com a Holanda, continha uma cláusula de limitação de benefícios, prevendo que o crédito não seria concedido se a empresa holandesa fosse propriedade de um residente de um país com o qual o Reino Unido não tivesse celebrado um acordo similar¹².

A Corte de Justiça concluiu, em geral, que não há nenhuma restrição à liberdade de estabelecimento ou à liberdade de circulação de capitais se o acionista não residente não estiver sujeito à tributação no país onde se originou o dividendo. Uma vez que estiver sujeito ao imposto, é necessário determinar se o não residente é tratado da mesma forma que o residente, o que deve ser determinado pelo tribunal nacional. Não há, em princípio, qualquer discriminação.

Em relação à disposição LOB, o Tribunal considera que a concessão de crédito para uma empresa não residente não é uma vantagem que pode ser separada de todo do Tratado celebrado com o Estado de estabelecimento do não residente, mas contribui para o equilíbrio global do Tratado. Diz, expressamente, o Tribunal que a disposição do Tratado submete a concessão de crédito, sob a condição de que a empresa não residente não seja de propriedade direta ou indireta, residente em um Estado-membro ou em um outro país com o qual o Reino Unido não tenha as-

¹⁰ CJCE, C-466/98, de 5 de novembro de 2002, Comissão c/ Reino Unido (arrêt "Open Skies").

¹¹ CJCE, C-374/04, de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation.

¹² Parágrafo 20.

sinado um contrato previsto de crédito equivalente⁴³. A sociedade residente em um país que tenha celebrado uma convenção “na conformidade” com o Reino Unido, previa que crédito fiscal não estivesse na mesma posição de uma sociedade residente em um Estado-membro que tivesse celebrado uma convenção diferente⁴⁴. Tal situação não é discriminatória.

É difícil conciliar esta decisão e as decisões *Open Skies*.

3. *Estabelecimento permanente*

A decisão *Saint-Gobain*⁴⁵ obriga os Estados-membros a aplicar a estabelecimentos permanentes de empresas de outros Estados-membros os tratados celebrados com os outros países ou com outros Estados-membros.

Um outro país não tem a mesma obrigação, resultando uma situação assimétrica. Assim, a Suprema Corte da Finlândia aprovou a aplicação ao estabelecimento permanente de uma empresa de Luxemburgo para a prestação de “tax sparing” entre a Finlândia e a China⁴⁶.

4. *Retenção na fonte sobre dividendos*

De acordo com a decisão de *Amurta*⁴⁷, o Tribunal de Justiça condenou com base na livre circulação de capital, o regime espanhol aplicável a dividendos⁴⁸:

- dividendo espanhol pago a uma empresa residente detentora de 5% de seu capital: isenção de retenção na fonte e isenção total de dividendos ao imposto de sociedades; e
- dividendo espanhol pago a uma empresa não residente estabelecida na União Europeia: isenção de retenção na fonte somente se a participação atingir o limite da diretiva da subsidiária.

Esta diferenciação pode ser suscetível para dissuadir companhias estrangeiras para fazer investimentos na Espanha. Quando um Estado sugere impostos a residentes e a não residentes, as duas categorias de acionistas se encontram em situações comparáveis, e a discriminação é proibida.

A situação é diferente da que prevalecia na área de interesse: são tributáveis em ambos os casos, e apenas uma tributação diferente (imposto retido na fonte) aplica-se a não residentes⁴⁹. Neste caso, o dividendo foi recebido por uma empresa do Chipre, isenta de imposto sobre esses rendimentos.

A prevenção de dupla tributação por tratado ou por uma lei estrangeira pode ser invocada contra a proibição da Espanha pelo Estado autor da discriminação, porque ela depende das condições definidas por outro Estado.

⁴³ Parágrafo 89.

⁴⁴ Parágrafo 91.

⁴⁵ CJCE, C-307/97, de 21 de setembro de 1999, *Saint-Gobain*.

⁴⁶ Corte Suprema Administrativa da Finlândia, de 9 de maio de 2007, *SAD*.

⁴⁷ CJCE, C-379/05, de 8 de novembro de 2007, *Amurta*.

⁴⁸ CJCE, C-487/08, de 3 de junho de 2010, Comissão c/ Espanha.

⁴⁹ CJCE, C-282/07, de 22 de dezembro de 2006, *Truck Center. Comp.*, no que diz respeito aos interesses, CJCE, C-105/08, de 17 de junho de 2010, Comissão c. República Portuguesa, estimando que a Comissão não estabelecesse o diferencial de cobrança fiscal *in concreto*.

A Comissão, em processos de infração, alegando a violação do artigo 40 do acordo EEE (Espaço Econômico Europeu): citava apenas a violação de uma disposição relativa aos Estados-membros da União Europeia e do Tribunal se ela não se pronunciasse sobre esse assunto.

Na Itália já fora realizado um tratamento diferenciado dos dividendos pagos a sociedades residentes e não residentes e não poderia ser admitido na União, mas poderia ser em relação a Liechtenstein, membro da EEE, na ausência de oportunidade de troca de informações. Como para a Noruega e Islândia, membros do EEE, o Tribunal não foi capaz de verificar o conteúdo das cláusulas de compartilhamento de informações⁵⁰.

5. Cláusula da nação mais favorecida

Não existe entre os Estados-membros cláusula de prorrogação automática na nação mais favorecida. Os direitos previstos por um tratado, como com outros países, não devem ser estendidos a todos os residentes da União Europeia. Direitos mais importantes podem ser concedidos a residentes de outros países, especialmente por exemplo, para incentivar o seu desenvolvimento como uma disposição para prever "tax sparing".

Em outras palavras, não há preferência comunitária.

Parágrafo 3. Tratado do Espaço Econômico Europeu

O espaço econômico europeu abrange, além da UE, a Islândia, o Liechtenstein e a Noruega. Ele prevê a extensão das liberdades clássicas, mas a livre circulação de capitais não é estendida a outros países (Tratado, artigo 40).

A França conhece há muito tempo uma medida para impedir a utilização, para a detenção de imóveis, de empresas de fachada para evitar o imposto sobre o capital. Qualquer empresa proprietária de imóveis - exceto imóveis atribuídos a seu negócio - que representam mais de 50% dos seus ativos franceses está sujeita a um imposto anual de 3% do valor de mercado desses imóveis⁵¹.

Estão isentas pessoas jurídicas domiciliadas em país que tenha celebrado com a França uma convenção de assistência administrativa para lutar contra a fraude e evasão fiscal que declarem anualmente características do imóvel de sua propriedade e os identifique com a cota de participação dos seus membros. A isenção também se aplica às pessoas físicas não estabelecidas na França que, em virtude de um tratado, não podem ser submetidas a um tratamento fiscal mais caro do que as empresas jurídicas estabelecidas na França na declaração anual descrita acima.

A Rimbaud Etablissementen é uma empresa estabelecida em Liechtenstein, país membro do acordo do Espaço Econômico Europeu (EEE). Em seu decreto em Elisa⁵², o Tribunal de Justiça havia considerado, entre os Estados-membros, o dis-

⁵⁰ CJCE, C-540/07, de 19 de novembro de 2009, Comissão c. Itália.

⁵¹ CGI, art. 990D.

⁵² CJCE, C-451/05, de 11 de outubro de 2007, Elisa, Rec., p. I-8251. Cf. MOLINA, P. Herrera; e MÁRQUEZ, J. Rodríguez. Tendencias del Tribunal de Justicia en materia de imposición directa. In: LASARTE, J.; e ADAME, F. (Coords.). *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*. Madrid: CEF, 2010. p. 308-309.

positivo francês ao exceder os limites da regra da proporcionalidade, uma vez que impedia o contribuinte de fornecer os relatórios necessários. No entanto, os Estados-membros aplicaram a diretiva relativa à assistência administrativa⁵³ para a França para solicitar as informações necessárias para o controle da declaração.

Entre o Liechtenstein e a França, não há acordo que permita a Rimbaud Etablissements SA reivindicar o benefício de isenção. O artigo 40 do Acordo EEE prevê a liberdade de circulação de capitais, referindo-se ao Anexo XII do acordo em que os fluxos de capital, em conformidade com a Diretiva de 1988 sobre a liberdade⁵⁴, inclui investimentos imobiliários.

A regra francesa é, sem dúvida, uma restrição a essa liberdade. No entanto, a restrição é justificada, quando não existe entre os dois Estados um quadro jurídico geral de assistência administrativa semelhante à diretiva que prevê assistência⁵⁵.

É verdade, reconhece o Tribunal, que, no caso de Elisa, o artigo 8º da Diretiva permitia a Luxemburgo recusar assistência administrativa, mas essa exceção era de caráter excepcional. O Tribunal considerou, portanto, que a exceção não podia prejudicar o contribuinte de Luxemburgo quando ele forneceu informações. O Tribunal valida opinião contrária da Comissão, o dispositivo contestado.

Conclusão

Relações entre a UE e os outros países são colocadas sob o signo da discriminação quando se considera que as liberdades previstas no Tratado de Lisboa são reservados aos países do Espaço Econômico Europeu.

A exclusão de livre circulação de capitais a outros países constitui uma exceção importante, na qual o Tribunal de Justiça da União limitou o âmbito de aplicação, excluindo casos onde a liberdade de estabelecimento se aplica simultaneamente a livre circulação de capitais⁵⁶.

⁵³ Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977, modificada pela Diretiva 92/12/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992 relativo à assistência mútua entre as autoridades competentes dos Estados-membros no domínio de impostos diretos e indiretos.

⁵⁴ Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de junho de 1988 para a aplicação do artigo 67 do Tratado CEE, Anexo I.

⁵⁵ CJCE, C-72/04, 28 de outubro de 2010, Etablissements Rimbaud SA c. Diretor geral dos impostos, Diretor de serviços fiscais em Aix-en-Provence.

⁵⁶ Ver em geral: BEZBORODOV, S. Freedom of establishment in the EC economic partnership agreements: in search of its direct effect on direct taxation. *Intertax*, 2007, p. 658; CORDEWENER, A.; KOFLER, G.; e SCHINDLER, C.T. Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ. *Eur. Tax.*, 2007, p. 107; Id. Free movement of capital, third countries: exploring the outer boundaries with *lasertec*, A and B and *Holböck*. *Eur. Tax.*, 2007, p. 371; DE BROE, L. Algumas observações no comunicado de 2007 da Comissão: "the application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries". *EC Tax Review*, 2008, p. 142; FALCO, T. Third country relations with the European community: a growing snowball - an analysis of the recent developments in the European Court of Justice's jurisprudence. *Intertax*, 2009, p. 307; FONTANA, R. Direct investments and third countries: things are finally moving... in the wrong direction. *Eur. Tax.*, 2007, p. 47; HEIDENBAUER, S.; e STÜRZLINGER, B. *The EU's external dimension in direct tax matters*. Vienne: Linde Verlag, 2010. HEMELS, S. et al. Freedom of establishment or free movement of capital: is there an order of priority? Conflicting visions of national courts and the ECJ. *EC Tax Review*, 2010, p. 19; KIEKEBELD, B. J.; e SMIT, D. S. The free movement of capital and taxation of third country investments. *Tax Notes International*, 20 de agosto de 2007, p. 761; KIEKEBELD, B. J.; e SMIT, D. S. Freedom of establishment and free movement of capital in association and partnership

A via de acordos de associação e os tratados bilaterais continuam a ser um meio de acesso necessário para a igualdade econômica nas relações externas da União Europeia.

É possível que outras disposições do Tratado sejam aplicáveis nas relações com outros países. Assim, a cidadania da UE, que implica a introdução da discriminação pode ser aplicada a um residente de um outro Estado, um cidadão da União ou por assimilação da situação de um residente de um nacional, um cidadão de um terceiro, residente de longa duração de um país da UE³⁷.

A lei das finanças francesa para 2011 vem restaurar a “exit tax” que atinge a mais valia sobre valores mobiliários não realizados de residentes franceses no momento da sua emigração, exceto na medida em que se estabelecer em um país da União Europeia ou do Espaço Econômico Europeu. Novamente surgirá a questão de compatibilidade desta disposição com a livre circulação de capitais em relação a outros países, com a possível exclusão do Estado, alegando que a lei é limitada a casos resolvidos, regulamentados pela liberdade de estabelecimento.

agreements and direct taxation. *EC Tax Review*, 2007, p. 216; LANG, M., e PISTONE, P. (Eds.). *The EU and third countries; direct taxation*. Vienna: Linde Verlag, 2007; O'BRIEN, M. *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues*. [S.l.]: BTR, 2008. p. 628; Id.; Canada, Capital movements and the European Union: some tax implications. *Canadian Tax Journal*, 2009. p. 259; OSTERWEIL, E. Are LOB provisions in double tax conventions contrary to EC treaty freedoms? *EC Tax Review*, 2009. p. 236; PANAYI, C. The fundamental freedoms and third countries: recent perspectives. *Eur. Tax.*, 2008. p. 571; Id. Thin cap GLO *et al.* - A thinly concealed agenda. *Intertax*, 2007. p. 298; PETERS, C.; e GOOIJER, J. The free movement of capital and third countries: some observations. *Eur. Tax.*, novembro de 2005. p. 470; PETERS, M. Capital movements and taxation in the EC. *EC Tax Review*, 1998. p. 4; PISTONE, P. Expected and unexpected developments of European integration in the field of direct taxes. *Intertax*, 2007. p. 72; PISTONE, P. The impact of European law on the relations with third countries in the field of direct taxation. *Intertax*, 2006. p. 234; PLANSKY, P. The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries. In: LAMY, M.; SCHUCH, J.; e STARINGER, C. (Eds.). *Tax treaty law and EC law*. Vienna: Linde Verlag, 2007. p. 293; SCHNITGEN, A. Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten - Vorabentscheidungsersuchen in den Rs. Van Hilten, Fidium Finanz AG and Lasertec. *Internationales Steuerrecht*, 2005. p. 493; SCHÖN, W., Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht. In: SCHÖN, W. (Ed.). *Gedächtnisschrift für B. Knobbe-Keuk*. Cologne: Otto Schmidt, 1997. p. 743; Id. Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das internationale Steuerrecht. In: GÖCKE, R.; GOSE, D.; e LANG, M. (Ed.). *Körperschaftsteuer - Internationales Steuerrecht - Doppelbesteuerung-Festschrift für F. Wassermeyer*. Munich: C. H. Beck, 2005. p. 492; SMIT, D. The relationship between the free movement of capital and the other EC treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality. *EC Tax Review*, 2007. p. 252; SMIT, D. S.; KIEKEBELD, B. J. EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues, Alphen aan den Rijn. Kluwer, 2008; STÄHL, Free movement of capital between member states and third countries. *EC Tax Review*, 2004. p. 48.

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 135-136.