

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

União Europeia e Terceiros Estados

Paulo Borba Casella

Professor Titular de Direito Internacional Público e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da USP

Resumo

Este artigo trata da União Europeia e dos terceiros Estados. O autor propõe uma reflexão sobre as atuais distorções intrínsecas do sistema financeiro, sob as perspectivas das diretivas europeias acerca da livre circulação de capitais. Traz a interpretação do Tribunal Europeu de Justiça sobre a livre movimentação de capital que incluiria não só investimentos diretos, mas também investimentos em capital de empresas. Explora afinal o conceito de terceiro Estado e propõe a inclusão do Brasil neste contexto.

Abstract

This article deals with European Union and third States. The author proposes a reflection on the current distortions inherent in the financial system, from the perspective of European directives on the free movement of capital. It brings the interpretation of the European Court of Justice on the free movement of capital would include not only direct investments, but also capital investment companies. After exploring the concept of third State the author proposes the inclusion of Brazil in this context.

“Qualquer exame de determinada forma épica tem de referir-se à relação existente entre essa forma e a historiografia.” (Walter Benjamin)¹

“La plus grande partie des sociétés européennes ont dépassé depuis longtemps la phase de l'état, mais les principes qui règlent leurs relations extérieures sont encore restés les mêmes qui sont applicables et rationnels seulement dans cette phase de l'évolution sociale.” (J. Novicow)²

No curso do processo europeu de integração combinam-se duas lógicas: a principal, no sentido da construção de coesão interna, como eixo central. Mas a esta ótica interna se agrega a não menos relevante dimensão externa da construção da Europa integrada.

O funcionamento de ambas se congrega não somente na ótica interna, mas igualmente se completa pelas inexoráveis projeções externas do processo de construção da Europa integrada. A dimensão externa europeia ainda se vê e se faz so-

¹ BENJAMIN, Walter, *O narrador*. ROSENTHAL, Erwin Theodor (Trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1975. Coleção Os Pensadores. XLVIII v. p. 63-81. Originalmente publicado *Der Erzähler*, 1969.

² NOVICOW, J. La politique ancienne et la politique internationale de l'avenir. In: NOVICOW, J. *La politique internationale*. Introdução de Eugène Veron. Paris: Felix Alcan, 1886. Livre III, Chap. IV, p. 334-393.

bretudo como corolário da dimensão interna, muito mais do que em função de escolhas estratégicas de alcance mundial. Esta poderia ser elemento relevante da atuação futura da UE.

A relação da UE com o Brasil poderia ser eixo relevante. Para ambos.

A dimensão interna teve e tem o mercado comum como expressão paradigmática, ao menos durante a primeira fase do processo de integração europeu. A fase heroica da primeira década (1958-1968) mostrou ser viável a construção do “mercado comum”.

A esta dimensão vieram agregar-se patamares adicionais, tais como a concepção do “mercado único”, a busca da “união econômica e monetária”, com a sua expressão física no euro, como “moeda única” em número importante dos países membros, bem como os corolários humanos e sociais desse processo de integração, tais como exprime o conceito da cidadania da União. E a busca da redução do déficit democrático da UE, com todas as daí decorrentes transformações em curso.

A supressão de barreiras aos movimentos financeiros teve por escopo atrair capitais para o âmbito interno europeu. E transformar o euro em moeda internacional de reserva e de transações, além de moeda “interna” da UE.

Esses propósitos políticos e macroeconômicos estratégicos tiveram e têm na área tributária aspecto crucial da construção de espaço econômica e fiscalmente homogêneo - dado esse que muito avançou, mas todavia não se completou. Sobre tudo em relação à tributação direta.

Ao lado da lógica interna, de construção e aprofundamento da coesão intraeuropeia, existe também outra lógica, esta externa, no sentido de configurar face unificada de comunicação do espaço integrado em relação a terceiros estados, e esta, apesar de avanços consideráveis, ainda tem enormes tarefas por enfrentar. As relações externas da Europa integrada ainda se mostram de caráter contingencial e fragmentário.

A construção da Europa integrada é uma das mais admiráveis inovações jurídicas e institucionais de nosso tempo: tanto sob o ponto de vista interno, no sentido de progressivamente instaurar e fazer operar espaço compartilhado por cerca de 500 milhões de habitantes, espalhados do extremo oeste atlântico português aos confins das fronteiras com a Rússia, em toda a extensão desde o norte da Polônia ao sul da Romênia, e da fronteira grega com a Turquia, na Macedônia - onde ora se ergue novo muro da vergonha - e no sentido norte sul, do extremo norte escandinavo ao sul do Mediterrâneo, com Malta e Chipre, ilhas muito próximas, uma da África e a outra do Oriente Médio. Nunca em toda a história, quer antiga ou moderna, existiu Europa integrada em igual extensão.

Externamente, a UE tem papel a desempenhar, pela construção de potência que pode contribuir para o equilíbrio mundial, mas para tanto é preciso que esta supere as suas mazelas internas: a dimensão externa da UE ainda é muito pequena, em relação ao enorme potencial que representa. Esse gigante europeu ainda se mostra pígmico no exterior.³ O atual quadro, marcado por tensões e desgaste in-

³ A situação é inversa do que representou o apogeu da projeção da Europa durante o século de vigência da assim chamada era do “concerto europeu” (cf. SEDOUY, Jacques-Alain de. *Le concert européen - aux origines de l'Europe (1814-1914)*. Paris: Fayard, 2009).

ternos, pouco contribui para a percepção da grandeza e da importância do conjunto.⁴

Que esse conjunto da Europa integrada, enorme e complexo, exija tempo e muito empenho para ser construído não deveria causar surpresa.⁵ Mas que exista conjunto europeu de tal magnitude, engajado em processo de integração, é simplesmente admirável e merece ser cuidadosamente estudado. Exatamente 20 anos se passaram desde que fui para o Instituto Max Planck de Direito Público estrangeiro e Direito Internacional Público, em Heidelberg, passar alguns meses para estudar a minha tese de livre-docência⁶ a respeito da então Comunidade Europeia - queria entender por que a integração funcionara na Europa, enquanto na América Latina falava-se como se fala a respeito de integração, mas esta pouco passara da teoria para a prática.⁷ Ouvi indagação sobre por que ia estudar o Direito Comunitário europeu, pois este não teria interesse prático para nós.

Duas décadas mais tarde, igualmente preocupante e fora de propósito é ouvir que a Europa está em crise e questionamentos sobre a extensão na qual essa experiência foi posta em xeque pela conjuntura adversa, desde 2008. Deve-se negar isso. Com certeza, a situação atual é grave e são preocupantes os seus efeitos: a crise do sistema financeiro, desencadeada nos EUA em 2008, contaminou e levou

⁴ A respeito, ver as considerações desenvolvidas em CASELLA, Paulo Borba. *Bric - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. Ora também publicado em edição francesa: Id., *Bric - à l'heure d'un nouvel ordre juridique international*. Paris: Pedone, 2011.

⁵ Cf. CASELLA, Paulo Borba. Ampliação da União Europeia: a Europa central se integra. In: MARQUES, Claudia Lima; e ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 723-743.

⁶ Id., *Elementos de direito comunitário europeu*. São Paulo: FDUSP, 1993. Tese de livre-docência.

⁷ Id., *Mercosul*. The Hague: Kluwer Law International, 2007. International Encyclopedia of Laws/Intergovernmental Organizations. 158 p.; CASELLA, Paulo Borba; e VIEGAS, V. L. Liquidato (Coord.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; CASELLA, Paulo Borba; et al. (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; Id., *Pax perpetua: a review of the concept from the perspective of economic integration*. In: CASELLA, Paulo Borba. *Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*. São Paulo: LTr, 2000. p. 69-88; BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, Araminta de A.; e CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998; CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do Mercosul*. Brasília: Senado Federal/Associação Brasileira de Estudos da Integração. Coleção Estudos da Integração. 1997. 14 v.; Id., (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996; Id., *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996; bem como capítulos em obras coletivas e publicações sobre o Mercosul. Id., *Direito do Mercosul e certeza jurídica*. In: SAMTLEBEN, Jürgen (Org.). *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum*. Kleinhesterkamp & Gonzalo Lorenzo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2002. p. 417-435. Id., *Comissão de comércio e jurisdição no Mercosul*. Buenos Aires: Jurisprudência Argentina n. 6.153. Agosto de 1999. p. 12-21. Id., *Quadrilateral perspective on integration in the Americas: a view for the Mercosul and Brazil*. In: PERRET, L. *The evolution of free trade in the Americas/L'évolution du libre échange dans les Amériques*. Montréal: Wilson & Lafleur, Collection Bleue, 1999. p. 125-155; Id., *Legal features and institutional perspectives for the Mercosul: the Common Market of the South as it stands (after the end of the transition period)*. In: FLAESCH-MOUGIN, Catherine; LEBULLENGER, Joël (Dir.). *Le partenariat entre l'Union Européenne et les Amériques: le libre échange en question*. Paris: Presses Univ. de France/Rennes. Ed. Apogée/Publications du Centre de recherches européennes - Cedre, 1999. p. 79-92. Id., *Integration in the Americas: an overview*. *Yearbook of European Law*, 1996. 16 v. p. 405-422.

ao literal derretimento o sistema financeiro da Islândia, por exposição excessiva a operações de risco não lastreadas, por parte dos bancos islandeses. Mas, afinal, a Islândia sequer fazia parte do “núcleo duro” da Europa integrada. Apenas da EEA. Mas, com a Islândia, o problema estava apenas começando, para a UE.

Depois do sistema financeiro, agora se mostram os efeitos de crises sucessivas dos governos, e quem os vai socorrer e até onde será possível fazê-lo? Essas perguntas ressurgem, quando sucessivamente aparecem indícios alarmantes, primeiro em relação à Grécia, depois a Portugal e à Espanha, e, em seguida, à Itália e à França. *Who's next?*

Tudo isso é muito sério. E nos deveria fazer refletir sobre as distorções intrínsecas do sistema financeiro e do capitalismo desenfreado e levado a extremos, sobre os exageros do consumismo exacerbado e da ganância de lucros, mesmo em detrimento de valores fundamentais e do equilíbrio vital dos seres, individualmente considerados, como das coletividades humanas, mas tais considerações fugiriam ao escopo de Congresso de Direito Tributário. Tais mudanças da civilização e da cultura são historicamente recentes, mas seus efeitos já se mostram desastrosos e claramente “não sustentáveis”.

O processo de integração da Europa não é modelo cansado,⁸ ou caminho esgotado - não se trata de *Holzwege*, como os descreve M. Heidegger.⁹ Estes não são caminhos que levem a parte alguma. Mesmo se atualmente parecem caminhos nebulosos, a Europa não pode reverter ao passado das nacionalidades estanques, em franca e hostil competição umas com as outras. Se o futuro não está claro, o retorno ao passado está claramente fechado - ou, precluso, como se diria processualmente.

Ainda há muito para ser feito e a experiência europeia tem razões profundas para ser levada adiante,¹⁰ passada essa fase ruim. Estas razões não são somente internas - há a necessidade da continuidade do processo, para a sobrevivência e a eficiência da Europa, apesar das vozes críticas, em sentido contrário. Mas também é oportuna e necessária a consolidação da construção da Europa integrada para

⁸ Dentre outras, algumas referências nesse sentido: Id., Dimensão constitucional da integração: entre mito e operacionalidade. *Estudos jurídicos em homenagem a Paulo Pita e Cunha*. In: ACCIOLY, Elizabeth. Lisboa, [s.n.], 2010. Id., European Integration: towards a constitutional dimension. *International law and comparative law and the Jean Monnet Chair*. Jean Monnet Seminar offered as part of the Master of Law Program in European Union Law. Auditorium II of the University of Macau Library - Master of Law Seminar Series 2008-2009. Macau, China: Conference on 17 April 2009. Id., *União Européia: instituições e ordenamento jurídico*. Prefácio de Irineu Strenger. 2. ed. São Paulo: LTr. 2002. Id., *A comparative approach to competition law in the European Communities and the Mercosul*. Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, den 20 Juli 1993. Vorträge, Reden Berichte aus dem Europa-Institut - Sektion Rechtswissenschaft, 301 v. p. 1-72. Id., *Ampliação da União Européia: a Europa Central se integra*. In: MARQUES, Claudia Lima; e ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 723-743.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Holzwege*. 6. durchgesehene Auflage. Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann, 1980.

¹⁰ CE CASELLA, Paulo Borba. Soberania, integração econômica e supranacionalidade. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque (Coord.). *A soberania*. Anuário direito e globalização. Programa interdisciplinar direito e globalização (PIDG) - Uerj. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 71-97.

inserção desse bloco como protagonista para a construção de novo patamar de equilíbrio na ordem mundial, e para o futuro da humanidade.¹¹

A Europa integrada pode ser potência interna e externa. Mas esta tem de cuidar da sua lógica de relacionamento com os terceiros estados: a experiência do Brasil e dos demais países do Mercosul, desde meados dos anos 1990 não é das mais promissoras.

Dentre as liberdades fundamentais inseridas na regulação da União Europeia, pede atenção especial a que se aplica a movimentos de capital. Por questão de interesse interno europeu, e visando a eficiência interna e a atratividade internacional de tais fluxos, simultaneamente à implantação do euro como moeda única, foi instaurado regime de livre movimentação de capitais. Também abrangendo países não membros da União Europeia.

Esta regra de livre movimentação de capitais é interessante para a Europa, mas também tem impacto relevante e interesse estratégico para países que desta não fazem parte. O tópico pode ser útil para a melhor compreensão das consequências trazidas pelo Direito Comunitário Europeu em relação à tributação direta sobre investimentos de e para países terceiros à União Europeia.

“Terceiros países” é expressão ampla, para todo e qualquer país não membro da União Europeia, o que significa: a solução que possa ser adequada para determinado país pode apresentar sérias dificuldades quando colocada em cenário diverso. Parece razoável, portanto, não considerá-los todos, indistintamente, em único conjunto, mas apontar especificidades.¹²

Pode-se considerar a existência de grupos: (i) países que, apesar de não membros da União Europeia, adotam seus princípios em virtude do Tratado da Área Econômica da Europa (em inglês, EEA, Islândia, Liechtenstein e Noruega); (ii) países que podem tornar-se membros da União Europeia (em lista de espera que inclui, dentre outros, a Croácia e a Turquia); (iii) países associados à União Europeia; (iv) a Suíça, como caso *sui generis*, e regime específico, regulado por tratados com a UE; (v) a situação dos paraísos fiscais; (vi) os Estados Unidos da América; (vii) a Rússia; e (viii) o ainda bastante heterogêneo bloco dos países em desenvolvimento.¹³

¹¹ Dentre outros, ver KHANNA, Parag. *The second world: empires and their influence in the new global order*. New York: Random House, 2008; HOBBSBAWM; Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. VIEGAS, José (Trad.). São Paulo: Cia. das Letras, 2007; STIGLITZ, Joseph E. *Making globalization work*. New York: Norton, 2006. p. xvi: “All human institutions are imperfect, and the challenge for each is to learn from the successes and failures.”

¹² Em relação às relações UE com as Américas já se faziam considerações oportunas no seminário e deste resultante volume publicado com participação de CASELLA, Paulo Borba. Legal features and international structures for the Mercosur. In: FLAESCH-MOUGIN, Catherine; LEBULLENGER, Joël (Dir.). Op. cit., p. 79-92. The Common market of the South as it stands (after the end of the transition period).

¹³ Veja-se PISTONE, Pasquale. 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, ano 1. São Paulo, 2006. p. 243-273.

Mesmo o tratamento por grupos pode não ser suficiente para o entendimento de alguns problemas, levando-se em conta que um país pode simultaneamente pertencer a mais de um grupo. Para evitar semelhantes riscos, foca-se a perspectiva de único país: o Brasil.

Como “terceiro país”, o Brasil 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 10 maiores economias do mundo. Exporta aviões, ao mesmo tempo em que continua a ser uma das sociedades mais desiguais do planeta. Ensaia protagonismo internacional, em cenários inovadores como os Bric, ao mesmo tempo em que padece de recorrências terceiro-mundistas e contamina as relações internacionais com interesses de pessoas e de partido, sobrepondo-se ao interesse nacional, em sua acepção mais duradoura e mais ampla. Com danos sérios para a imagem e a atuação eficiente do país no cenário internacional.

Podem ser considerados os aspectos tributários dos investimentos do e para o Brasil, na vertente das liberdades da UE. Como vertente e exemplo de exame do tema das relações externas da UE com “terceiros estados”.

Para melhor compreensão da importância dessa liberdade fundamental, cabe situar a sua importância nos investimentos brasileiros na e da UE.

1. Investimentos Brasileiros na e da UE

O Brasil tem sido, tradicionalmente, país importador de capitais, e assim devem ser considerados 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 equivalentes àqueles 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* pode 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, podem ocorrer possíveis vantagens, derivadas da liberdade de capitais da UE, que representariam tributação mais reduzida ou mesmo não tributação dos investimentos lá realizados, mas não representariam vantagem alguma

para investidores brasileiros, uma vez que o Brasil irá tributá-los de qualquer maneira.¹⁴

A liberalização unilateral poderia derivar da extensão da liberdade de circulação de capitais para terceiros países, mas somente terá efeito positivo para a alocação ótima do capital se terceiros países adotarem medidas similares em suas legislações internas. A liberdade de movimentação de capital demanda, para a sua efetividade, que todos os países envolvidos adotem medidas similares.

Considerando que o próprio Tratado tenha adotado extensão da liberdade de movimentação de capitais, deve-se considerar 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 poderia tornar efetiva essa liberdade.

2. Lógica Interna e Externa da Liberalização dos Movimentos de Capital

A liberalização dos movimentos de capital não se mostrava prioritária na concepção original da integração europeia.¹⁵

Em seu estágio inicial, a livre movimentação de capital não era a questão mais relevante para os Estados-membros. O Tratado de Roma não impôs qualquer requisito formal à liberalização dos mercados de capital. Esta, de acordo com o antigo artigo 67 TCE, ocorreria “na extensão necessária para garantir o funcionamento adequado do mercado comum”.¹⁶

As primeiras diretivas nessa matéria datam de 1960 e 1962. Determinaram apenas a liberalização parcial, e esta era acompanhada de inúmeras cláusulas de salvaguarda, para as quais os Estados-membros teriam grande possibilidade de recurso.¹⁷

Desde a assinatura do Tratado de Roma, em 1957, os seis países originalmente integrantes da Comunidade se comprometiam a harmonizar suas economias nacionais bem como suas respectivas políticas monetárias.¹⁸ Este objetivo parece ter inspirado, em dezembro de 1969, a decisão de se criar uma união econômica e monetária.¹⁹

¹⁴ 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 (cf. CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. 2. ed. Nota introdutória à segunda edição de Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2005).

¹⁵ Cf. CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994.

¹⁶ Id., *União Europeia: instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2002.

¹⁷ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação direta e direito comunitário europeu em relação a terceiros países. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 20. São Paulo: Dialética e Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT, 2006, e apresentação do autor, 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. Agradeço ao colega e amigo pelo conjunto das informações apontadas neste excelente trabalho, no qual me baseei para considerável parte desta apresentação.

¹⁸ Cf. DEHMER, Baltke-Spitzer. *Die Einführung des Euro zum 1.1.1999*, Europarechtliche Rahmenbedingungen, aktuelle nationale Gesetzesvorhaben”. *Deutsches Steuerrecht* 1998. p. 36-46 (36). Caderno 1-2.

¹⁹ Grupo de alto nível, liderado pelo então 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 Europeia, já prevendo uma união econômica e monetária até 1980. Devido a dificuldades econômicas, tais como a decisão dos Estados Unidos de permitir a

Ao menos no prazo originalmente estipulado, este objetivo não pôde ser atingido. Mas o objetivo de reduzir progressivamente as flutuações entre as moedas europeias viria a resultar na criação do Sistema Monetário Europeu - EMS - em 1º de julho de 1979.²⁰

O Ato Único Europeu, assinado no Luxemburgo e na Haia, em 1986, em vigor em 1987, tinha como principal objetivo dar novo impulso ao processo de construção europeia, completando o mercado interno.²¹

Ademais, o AUE determinou como seu objetivo político o progressivo estabelecimento do mercado interno até 31 de dezembro de 1992. O Mercado Único foi definido como "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.

Importante passo para a implementação da livre movimentação de capital ocorre, no final da década de 1980, quando o Conselho considerou ser a incondicional liberalização da movimentação de capital entre os Estados-membros essencial para o adequado funcionamento do mercado interno. Esta liberalização foi determinada na Diretiva 88/361/CEE, que passou a vigorar em 1º de julho de 1990.

Esta diretiva apresentava, no seu Anexo I, ampla lista de transações que deveriam ser consideradas inseridas no conceito de movimentação de capital: (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; e (xiii) outros movimentos de capitais.

A diretiva não foi elaborada apenas para prover total dimensão ao mercado único, mas para proteger o princípio da total liberalização dos movimentos de capital, em vigor a partir de 1º de julho de 1990, tanto entre os Estados-membros quanto com terceiros países - poder-se-ia, assim, falar em liberalização *erga omnes*.²²

flutuação do dólar em agosto de 1971, e desarmonias políticas, retardaram a implementação do objetivo. <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/125018.htm>.

²⁰ DEHMER, Baltke-Spitzer. Op. cit., p. 36.

²¹ 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 Europeia. 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.

²² A Diretiva 88/361/CEE, em seu artigo 7, determinava que os Estados-membros devem esforçar-se para que a liberalização relacionada a transferências de moeda de e para terceiros países alcanças-

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 Europeia (1º de novembro de 1993), o princípio da plena liberdade de movimentação de capital foi incorporado ao tratado.

A segunda etapa da união econômica e monetária ocorre a partir de janeiro de 1994. Os artigos 56 a 60 do Tratado estabelecendo a Comunidade Europeia foram renumerados de acordo com o Tratado de Amsterdã, e nestes se introduziram novos parâmetros para a movimentação de capital:

- *Artigo 56*: introduziu o princípio da plena liberdade de movimentação de capital e pagamentos, ambos entre Estados-membros e entre estes e terceiros países. O dispositivo 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*: determinava as áreas em que os Estados-membros poderiam manter informação, "supervisão prudente" e requisitos de tributação sem ferir a livre movimentação de capital;
- *Artigo 59*: estabelecia a possibilidade de adoção de salvaguardas caso os movimentos de capital de ou para terceiros países viessem causar sérias dificuldades para a operação da união econômica e monetária;
- *Artigo 60*: permitia 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 resultado de aspiração presente já no início da Comunidade Europeia. Esta parece ser a razão pela qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias entendeu²³ que a livre movimentação de capital e pagamentos inclui não apenas os investimentos diretos, como investimentos em capital de empresas, e também o retorno decorrente destes investimentos.

Conforme entende a Corte, recebimento de dividendos, que derive de investimento direto, implicava a ampliação do escopo do artigo 56 e parecia indicar que o Anexo I da Diretiva 88/361/CEE deveria ser levado em conta na análise do escopo do dito artigo 56.

A livre movimentação de capital foi passo tomado com o objetivo de criar o Mercado Único. O último, de acordo com o Ato Único Europeu, requeria a remoção de *fronteiras internas* pela qual a livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital é garantida.

se nível equivalente àquele que se busca atingir nas transferências dentro da União Europeia. As conclusões do Conselho Europeu de Madri, em 26 e 27 de junho de 1989, mostraram que a liberalização dos movimentos de capital correspondiam ao primeiro estágio de uma união econômica e monetária. <http://europa.eu/scadplus/leg/en/s01010.htm>.

²³ Por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em 6 de junho de 2000, Caso C-35/98 *Verhooijen* [2000] ECR I-4071, parágrafos 28-30.

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-membros.²⁴ Poder-se-ia arguir 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 serviços.²⁵

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.

3. Conclusão

A conclusão a que se pode chegar, no estágio atual da matéria, na ótica brasileira aponta para a dimensão institucional mais ampla e a perspectiva de longo prazo. Contrariamente ao que normalmente ocorre entre nós.

De um lado, a experiência europeia de flexibilização e de liberação progressiva dos fluxos de capital contém lições que podem ser utilmente meditadas pelo Brasil: tanto por seus acertos, como por seus erros. A atração de capitais para a zona do euro foi responsável por avanços significativos, como, também, acarretou, ao menos em parte, a turbulência financeira internacional, ora também em curso, no contexto interno europeu.

De outro lado, a Europa integrada poderia e deveria perceber a relevância de estreitar laços institucionais com o Brasil. A espera é longa e foram poucos os resultados até aqui alcançados. Mas o progresso institucional dessa relação pode ser benéfico e relevante para ambos os lados.

²⁴ Cf. STAHL, Kristina. Free movement of capital between Member States and third countries. *EC Tax Review*, n. 2, 2004. p. 50.

²⁵ Cf. PETERS, Cees; e GOOIJER, Jan. The free movement of capital and third countries: some observations. *European Taxation*, 2005. p. 476 e 477.