

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

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

24



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

O Ingresso de Dividendos na UE - Precedentes da Corte Europeia de Justiça quanto à Liberalização de Capitais

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestre em Direito Público pela Uerj. Mestre em Direito Tributário pela University of Florida (Levin). Professor das Faculdades de Campinas - Facamp.

Resumo

Este trabalho se propõe a analisar o tema da distribuição de lucros sob a perspectiva do ingresso de dividendos (*inbound dividends*) à luz da liberdade de movimentação de capitais que deve reger as relações intracomunitárias e aquelas entre Estados-membros e não membros da União Europeia. Com relação a estas últimas, pretende-se identificar o posicionamento atual da Corte Europeia de Justiça quanto ao escopo do art. 56 do Tratado da UE.

Abstract

This article aims to analyze the distribution of profits, specifically inbound dividends, under the free movement of capitals perspective, which should command relations between EU Member-States and those ones between a Member-State and a third country. Concerning relations embracing third countries it is intended to understand how the European Court of Justice is currently construing the scope of art. 56 of the UE Treaty.

1. A Tributação dos Lucros na União Europeia

1.1. Fontes do direito comunitário

Deve-se entender o direito comunitário como ordem jurídica singular, distinta do direito internacional público e do direito doméstico de cada membro. Isto se deve à sua estruturação própria, pois que deriva de organismos próprios, cujo poder normativo foi trasladado dos Estados para a União. Apesar de autônomo, o direito comunitário convive com as diversas ordens jurídicas internas, porém com legitimidade bastante para se impor a Estados-membros e seus nacionais.¹

Para Etienne Cerexhe, haveria quatro tipos de fontes:²

- i) obrigatórias: direito originário, direito derivado, atos convencionais, princípios gerais do direito comunitário, jurisprudência da Corte Europeia de Justiça;³
- ii) não obrigatórias; recomendações e pareceres;

¹ OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Interação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 190.

² CEREXHE, Etienne. *Le Droit Européen*. Louvain: Newslaerts, 1979. *Apud* OCAMPO, Raúl Granillo. *Op. cit.*, p. 190.

³ Doravante CEJ.

iii) atos *sui generis*: regulamentos internos, decisões sem destinatário certo, declarações e programas de ação comum; e

iv) suplementares: direito internacional público e direito interno dos Estados-membros, costume, doutrina, princípios gerais do direito.

A primeira e mais relevante fonte de direito comunitário é o Tratado da União Europeia⁴ e suas emendas, isto é, em sua versão atualizada. Este seria o *direito primário* ou *originário* europeu, uma vez que diretamente produzido pelos Estados-membros.

O *direito secundário* ou *derivado*, segunda fonte obrigatória do direito comunitário, é aquele emanado dos órgãos comunitários no seio de suas respectivas competências dadas pelos Tratados. Aqui se encontram as Diretivas, normas programáticas prescritoras de finalidades específicas, cuja inobservância pode levar à ação contra o Estado desobediente. Ladeando a jurisprudência da CEJ, as Diretivas têm se destacado como instrumento útil à intensificação do processo de harmonização tributária da UE.⁵

1.2. CEJ e harmonização tributária

A Corte Europeia de Justiça⁶ tem papel relevante no processo integrativo, decidindo sobre conflitos eventuais de competência entre os Estados e seus particulares, bem como entre a própria UE e os Estados-membros.

Comumente, o Judiciário doméstico dos Estados-membros exerce sua função jurisdicional típica, podendo remeter o que se denomina *questão prejudicial* para a Corte de Justiça, quando, no caso concreto, deparar-se com situações que exijam interpretação sobre direito comunitário. A CEJ faz uso do direito comunitário, valendo-se do direito internacional e do direito doméstico dos Estados-membros.

Quando uma questão prejudicial é apresentada à CEJ, esta tem oportunidade de harmonizar o direito comunitário em toda a UE, pois que exerce função supraestatal, decidindo de forma absolutamente vinculada para os Estados. Por meio deste mecanismo evita-se que cortes domésticas construam linhas exegéticas divergentes quanto a um mesmo fato, eliminando eventuais discriminações por questões de residência ou mesmo restrições a uma das liberdades fundamentais dadas pelo tratado: pessoas, serviços, mercadorias, capital.⁷

A *harmonização* das legislações tributárias é etapa adiantada no processo de convivência em bloco. Adiante da etapa de *coordenação*, em que o esforço dos Estados visa tão só a fixação de objetivos comuns sem o emprego de meios organiza-

⁴ Doravante Tratado UE.

⁵ TÓRRES, Heleno Taveira. *Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 705.

⁶ Sua composição é baseada na indicação de cada Estado-membro; logo, compõe-se de 27 juízes, um de cada nacionalidade, investidos no cargo por um período de seis anos, havendo renovação de 50% do corpo de magistrados a cada três anos. Há também a presença de oito Advogados-Gerais, cuja precípua função é apoiar as decisões dos juízes, fornecendo informações ao final de cada processo, denominadas *Conclusões Gerais*. Estas servem de base para a decisão dos juízes pois que lhes apresentam as decisões anteriores da CEJ sobre o tema. Os Advogados-Gerais são eleitos pelos Estados-membros para um período de quatro anos e, assim como os juízes, podem ser reeleitos sem restrições. Maiores informações em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6.

⁷ OCAMPO, Raúl Granillo. *Op. cit.*, pp. 257-258.

dos para consegui-los, a harmonização pressupõe princípios legislativos comuns, capazes de minorar disparidades e trazer comparabilidade entre os diversos regimes de tributação.⁸

Harmonização difere de *unificação* ou *uniformização*, pois enquanto aquela pressupõe a relação consonante entre as legislações domésticas, preservado o poder normativo tributário dos Estados-membros, esta última significaria a composição de um direito comunitário único, fruto da identidade das legislações domésticas dos Estados-membros.⁹

Em um mercado comum, portanto, necessário que as legislações estejam harmonizadas, prescindindo de unidade de textos legais. Desta forma, o investidor residente em um Estado-membro sentir-se-á seguro, pois poderá comparar os efeitos resultantes de seus investimentos em outro signatário, e, o que é melhor, livre de discriminações pelo país de investimento, bem como de restrições ao exercício de sua liberdade de movimentar qualquer dos fatores de produção.¹⁰

A CEJ tem desempenhado o papel mais destacado, dentre os órgãos da UE, no tocante ao processo crescente de harmonização do direito comunitário. Trata-se da única instituição que pode emitir uma decisão, com base em solicitação do Judiciário doméstico, capaz de interpretar os tratados e o direito comunitário. Cada decisão da Corte é novo direito originário, servindo, a ela própria, de base para futuras decisões.

Quanto ao escopo deste estudo, *inbound dividends*, a jurisprudência da CEJ cresce em relevância à medida que a tributação direta não se encontra ainda harmonizada em âmbito comunitário.

1.3. União Europeia e liberalização de capitais

Para uma melhor compreensão do *case-law* da CEJ, vale ressaltar que a Diretiva 88/361, de 24 de junho de 1998,¹¹ deu efetividade ao princípio da liberdade de capitais no âmbito comunitário, ao dispor sobre o art. 67 do Tratado da UE.¹²

Para Schoueri, a UE teve por objetivo uma liberalização *erga omnes*, donde se depreende que, mesmo em relações com Estados não membros, não se poderá reger de forma restritiva em qualquer legislação doméstica. Sustenta sua argumentação, sinteticamente, na caracterização da UE como uma etapa da integração

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 7º vol. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24.

⁹ TÓRRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, p. 706. Sobre o mesmo assunto, v. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”. *Op. cit.*, p. 25.

¹¹ Produzindo efeitos, contudo, a partir de 1º de julho de 1990.

¹² Este trabalho segue o critério adotado pela CEJ quanto a citação de artigos dos Tratados. Assim, o Tratado das Comunidades Europeias - TCE (Roma, 25 de março de 1957) - foi alterado pelo Tratado da União Europeia - TUE (Maastricht, em vigor em 1º de novembro de 1993), que, por seu turno, foi também alterado pelo Tratado da União Europeia - TUE (Amsterdã, em vigor em 1º de maio de 1999). A liberdade de movimentação de capitais era prevista no art. 67 do TCE, passando, a partir de janeiro de 1994, ao art. 73 (b). Na atualização promovida pelo Tratado de Amsterdã, passou ao art. 56 do TUE. Atualmente, com o Tratado de Lisboa (em vigor em 1º de dezembro de 2009), o artigo correspondente passou a ser o 63 do Tratado sobre Funcionamento da UE.

mundial de mercados, o que, de fato, consta da Diretiva 88/361, quando fala do esforço da Comunidade para obter o mais alto grau de liberalização de movimento de capitais entre residentes e entre estes e países terceiros.¹³

Deste mesmo entendimento parece partilhar De Broe, quando assevera que o art. 56 do Tratado da UE tem aplicação imediata sobre as transações entre Estados-membros e países estrangeiros à UE, devendo-se compreender que *movimento de capital*, cuja liberalização se assegura pelo artigo em tela, tem escopo amplo, dispensando os testes de atividade ou substância, pois que não há qualquer exigência de que o investidor ou o receptor do investimento exerça atividade econômica. Ademais, deve-se aplicar o clássico brocardo *accessorium sequitur principale*, de modo a abranger os retornos do capital investido, tais como dividendos e juros.¹⁴

1.4. Dupla tributação dos dividendos

Há dois momentos em que o tributo pode atingir a mesma corrente de renda. Um primeiro na pessoa jurídica, ainda no âmbito da empresa que apura seus lucros, e um segundo na pessoa física, após a distribuição desses lucros, quando do recebimento de dividendos pelo acionista. É fato que esta dupla tributação econômica¹⁵ sobre o mesmo fluxo de rendimentos tem preocupado os países, especialmente pela grande mobilidade de capitais em um cenário de economia global, como o que se apresenta correntemente.

Em um ambiente integrado como a UE, os efeitos dessa situação poderão ser mais intensos, pois o fluxo sem fronteiras dos fatores de produção estariam ainda mais sujeitos a eventuais restrições impostas pelo exercício da soberania tributária de cada Estado-membro. Daí o direito doméstico de cada Estado se ocupar de previsões para eliminar os riscos dessa dupla imposição sobre a distribuição dos lucros.

Segundo Ault e Arnold, a título de tributação da renda das empresas, predominaram, nos últimos cinquenta anos, os sistemas *clássico* e de *imputação*. Naquele, haveria a tributação dos lucros da empresa e a subsequente imposição sobre o acionista quanto às distribuições recebidas da empresa; neste, por seu turno, seria concedido um crédito ao acionista pelo imposto pago pela empresa (*corporate tax*), eliminando ou reduzindo a dupla tributação sobre os dividendos.¹⁶

Modernamente, contudo, ambos perderam espaço. Seja pela tendência de adoção de sistemas que garantam algum alívio à dupla tributação dos dividendos (*rough and ready relief*); seja em vista do desinteresse pelo método de imputação por questões de complexidade - ônus suportado pelo investimento direto quando em comparação com o feito por intermediários - e de discriminação internacional,

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. "European Erga Omnes Liberalization on Capital and Payments in the EC Treaty". *Tax Notes International* v. 45, n. 4, 29 jan. 2007.

¹⁴ BROE, Luc de. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, 2008, pp. 863-864.

¹⁵ Não se confunde com a dupla tributação jurídica, resultado do concurso de pretensões tributárias por dois ou mais Estados soberanos sobre um mesmo contribuinte. No dizer de Heleno Taveira Tôres, nem mesmo seria, tecnicamente, dupla tributação, já que não há concurso de imposições e os fatos geradores são distintos. A terminologia adequada seria, portanto, *dupla tributação por distribuição societária internacional* (*Op. cit.*, pp. 412-415).

¹⁶ AULT, Hugh; ARNOLD, Brian. *Comparative Income Taxation - a Structural Analysis*. 2ª ed. New York: Aspen Publishes, 2004, p. 273.

quando, em muitos casos, há preferência pelo investimento doméstico em detrimento do externo.¹⁷

Os sistemas de *integração* empresa-acionista predominantes hoje em dia, embora variem enormemente no grau e na forma, costumam conceder, ao acionista, algum tipo de alívio pela distribuição de dividendos, ou mesmo um ajuste na alíquota total aplicável sobre os lucros distribuídos. Trata-se do método da *tributação reduzida pela distribuição dos lucros* ou *shareholder-relief*.¹⁸

A CEJ já se manifestou em 1983, no caso *Avoir Fiscal (Commission V. France)*,¹⁹ no sentido de que os Estados-membros são livres para escolher o sistema mais conveniente às suas convicções: isenção, imputação ou qualquer outro que alivie ou elimine o problema da dupla tributação dos lucros distribuídos. Entretanto, o que daí não poderá resultar é a desobediência ao direito comunitário. Uma diferença de tratamento só se justificaria por *falta de comparabilidade objetiva* entre as situações ou *razões prioritárias de interesse geral*.²⁰

1.5. Estado de origem/residência e Estado anfitrião/fonte

Estado de origem dos investimentos, ou de *residência* do investidor, é aquele em que se situa o beneficiário dos dividendos distribuídos por empresas residentes no exterior (*inbound dividends*). Em contraponto, Estado receptor, anfitrião (*host*), ou de *fonte* dos investimentos é aquele do qual os dividendos são remetidos (*outbound dividends*). Tom O'Shea ressalta a importância de distingui-los para o entendimento da jurisprudência da CEJ.²¹ Foi justamente este o ponto central em *ACT4*, quando a Corte asseverou que o *Estado de fonte não teria as mesmas obrigações do Estado de residência em eliminar ou reduzir a dupla tributação econômica*.²²

Na opinião do Professor da *Queen Mary*, a Corte vem firmando um sólido entendimento sobre a tributação dos dividendos, uma vez que tem respeitado os

¹⁷ *Idem*. V. precedentes da CEJ no item 2.

¹⁸ Como exemplo, Alemanha e França abdicaram de sistemas de imputação (a Alemanha combinava crédito total com o método *split rate*, enquanto que a França somente se valia do primeiro) em favor de outros que aliviam de imediato o acionista. No caso de pessoas físicas, somente 50% dos dividendos serão incluídos em sua renda tributável. Já pessoas jurídicas poderão usufruir de isenção de 95% da distribuição (o sistema francês exige participação mínima do acionista em 5% do capital da distribuidora). Para maiores detalhes, v. AULT, Hugh; ARNOLD, Brian. *Op. cit.*, pp. 275-276, 328-329.

¹⁹ AULT, Hugh; ARNOLD, Brian. *Op. cit.*, p. 160. Os autores esclarecem que, neste caso, a CEJ entendeu que o sistema de imputação francês violava a liberdade de estabelecimento do art. 43 do Tratado da UE, pois que não era estendido a EPs de não residentes situados em França. Esta decisão foi um marco a partir do qual este entendimento foi reiterado nos julgados subsequentes sobre o tema.

²⁰ C-446/04 - FII, parágrafo 46. V. O'SHEA, Tom. "Tributação de Dividendos Pós-Manninen: Areia Movediça ou Fundações Sólidas?" In: PANZARINI FILHO, Clóvis *et al* (coords.). *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 11, ano 4. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 247.

²¹ *Op. cit.*, pp. 285 e 309. O autor transcreve trecho da decisão ACT4, parágrafo 58, que aqui se reproduz: "(...) o Estado-membro em que os lucros são derivados (o Reino Unido é o Estado de fonte apenas nesse caso), não está na mesma posição, no que se refere à prevenção ou mitigação da série de imposições tributárias e da dupla tributação econômica, do Estado-membro em que o acionista recebendo a distribuição é residente".

²² C-374/04 - *Test. Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v. CIR* - é um dos casos cujo tema central é a tributação dos dividendos do ponto de vista do Estado receptor (*outbound dividends*).

princípios estabelecidos nos casos mais antigos, como a questão da *comparabilidade* em *Avoir Fiscal*.

Quanto ao ingresso de dividendos, releva saber se o Estado de residência aplica, eventualmente, tratamento distinto entre empresa distribuidora de lucros residente e não residente, o que vai de encontro à liberdade de movimentação de capitais. É o que O'Shea chama de *teste migrante/não migrante*.²³ A CEJ aplica este teste para se certificar que dividendos de origem externa não estejam sendo tratados menos favoravelmente do que dividendos domésticos, quando recebidos por investidores residentes, em *situações objetivamente comparáveis*.²⁴ Em última análise, trata-se da aplicação do *princípio do tratamento nacional*.²⁵

Há *comparabilidade* entre dividendos de origem doméstica e estrangeira quando distribuídos a residentes de um mesmo Estado (residência), pois este é competente para mitigar a dupla tributação sobre esses rendimentos. Em contrapartida, não há comparabilidade do ponto de vista do Estado da fonte, pois que não influi sobre a mitigação da dupla tributação econômica.

1.6. *Justificativas para discriminação ou restrição?*

Pode-se entender que a *discriminação* ocorre quando uma mesma situação é tratada diferentemente ou situações distintas são tratadas do mesmo modo pela legislação doméstica de um Estado-membro, sem que haja nenhum elemento objetivo justificador.²⁶ Geralmente, o fundamento da discriminação está na nacionalidade.²⁷

Para o teste da discriminação, a CEJ busca uma situação comparável. Como, em geral, eventual discriminação decorre de tratamento tributário menos favorável sobre os não residentes, há que se buscar um residente em situação comparável à do não residente, para apurar se há regra doméstica concedendo vantagens a este residente. Em suma, sem comparabilidade não há falar em discriminação.

A *discriminação* poderá ser *aberta/direta* ou *coberta/indireta*. A primeira ocorre quando norma interna prevê tratamento distinto com base na nacionalidade estrangeira.²⁸ A última, decorre de um tratamento distinto por outro critério que não a nacionalidade (por exemplo, o Estado de residência), mas que leva ao mesmo resultado.²⁹ Na prática, a regra doméstica leva a tratamento menos favorável aos nacionais de outro Estado-membro.

Uma vez identificada, a discriminação será dissipada pela aplicação do *tratamento nacional* à situação envolvendo o não residente. Para o Estado de residência, importa que os dividendos provenientes de empresas não residentes recebam o mesmo tratamento daqueles distribuídos internamente (*inbound dividends*).

²³ O teste é igualmente válido para aferir conflitos com qualquer das liberdades fundamentais comunitárias.

²⁴ O'SHEA, Tom. *Op. cit.*, pp. 246-247, 308.

²⁵ O Princípio do Tratamento Nacional é aplicável também sob a perspectiva do Estado fonte. Ocorre que o foco do trabalho está na análise do tratamento por parte do Estado de residência, razão pela qual não foi aprofundada a primeira questão.

²⁶ BROE, Luc de. *Op. cit.*, p. 866.

²⁷ BROE, Luc de. *Idem*. V. art. 12 do Tratado da UE.

²⁸ Vedado pelo art. 12 do Tratado da UE.

²⁹ HELMINEN, Marjaana. *EU Tax Law - Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2009, p. 50.

A restrição, por seu turno, tem escopo mais amplo, já que legislação tributária doméstica que restringe alguma das liberdades fundamentais poderá conflitar com o Tratado da UE, ainda que o tratamento nela previsto não constitua uma discriminação.³⁰ Na verdade, o objetivo da não restrição reside em medidas domésticas impostas pelo Estado de residência que dificultem *outbound transactions*.³¹

A restrição também se vale da comparabilidade na medida em que avalia o tratamento dado a transações entre diferentes Estados-membros (ou entre esses e um terceiro no caso de movimento de capitais) em face das mesmas transações no âmbito doméstico. A CEJ exige a neutralidade de tratamento independente da origem dos dividendos.³²

As regras restritivas variam na escala de proteção dos interesses públicos dos Estados e podem ser tanto mais evocadas quanto menos harmonização houver na relação do direito doméstico com o da UE. Como o grau de harmonização, em matéria de imposto de renda, ainda não é dos mais elevados, medidas domésticas têm mais chance de justificar uma restrição às liberdades fundamentais.³³

2. A Posição da CEJ quanto à Tributação dos *Inbound Dividends*

A análise do *case law* da CEJ será cindida em duas partes: a primeira terá por foco a circulação de capitais intrabloco; a segunda, a tendência corrente da CEJ quanto a restrições à liberalização de capitais em operações com países terceiros.

Cronologia de Casos - CEJ			
Caso	Pedido	Decisão CEJ	Publicação
C-35/98 (<i>Verkooijen</i>)	13.02.98	06.06.00	<i>nihil</i>
C-315/02 (<i>Lenz</i>)	26.10.02	15.07.04	11.09.04
C-319/02 (<i>Manninen</i>)	09.11.02	07.09.04	23.10.04
C-513/04 (<i>K-Morres</i>)	05.03.05	14.11.06	30.12.06
C-101/05 (<i>A</i>)	30.04.05	18.12.07	23.02.08
C-157/05 (<i>Holböck</i>)	11.06.05	24.05.07	07.07.07
C-201/05 (<i>Test Claimants CFC</i>)	23.07.05	23.04.08	15.08.08
C-205/06 (<i>Comissão/Austria</i>)	15.07.06	03.03.09	01.05.09
C-249/06 (<i>Comissão/Suécia</i>)	29.07.06	03.03.09	01.05.09

Publicação no Jornal Oficial da UE.

Fonte: Tribunal de Justiça da EU (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)

2.1. Liberdade de capitais intrabloco: *Verkooijen*, *Lenz*, *Manninen* e *Kerckhaert-Morres*

Em *Verkooijen*,³⁴ os fatos materiais remontam a 1991,³⁵ quando o holandês *Verkooijen* recebeu dividendos de *Petrofina BV*, empresa sediada na Bélgica, com

³⁰ *Ibidem*, p. 58.

³¹ BROE, Luc de. *Op. cit.*, p. 868.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, pp. 880-881.

³⁴ C-35/98. Decisão em 6 de junho de 2000.

³⁵ Por ocasião dos fatos, não havia entrado em vigor o Tratado da União Europeia, o que se deu em 1992, por meio do Tratado de Maastricht. Por esta razão, o artigo referente à liberdade de movi-

retenção na fonte de 25% a título de imposto de renda (IR). A Holanda isentava dividendos, caso já tivesse incidido o imposto corporativo holandês sobre a renda de empresas estabelecidas na Holanda.³⁶

Já estava em vigor por ocasião dos fatos a Diretiva 88/361, cujo art. 1 (1) assevera que os Estados-membros são compelidos a abolir *restrições* sobre movimento de capitais entre pessoas residentes no bloco. Este entendimento já havia sido confirmado pela Corte em *Bordessa*.³⁷ A definição de *movimento de capitais* não foi prevista pelo Tratado, mas encontra-se em lista exemplificativa, no Anexo I da Diretiva em comento.³⁸

A Corte entendeu que a Diretiva 88/361 aplicava-se ao caso, pois, embora não houvesse menção expressa ao recebimento de dividendos (*inbound*) em seu Anexo I, havia a *participação em empreendimentos novos ou já existentes com objetivo de estabelecer ou manter vínculo econômico duradouro*,³⁹ ou mesmo *aquisição de títulos estrangeiros negociados em bolsa de valores*.⁴⁰

Evocando princípio consagrado em casos precedentes, no sentido de que *cada Estado-membro mantém sua competência tributária em matéria de tributação direta, condicionando-se, entretanto, à adoção de norma consistente com o direito comunitário*,⁴¹ a CEJ concluiu que previsão doméstica desestimulando o nacional de um Estado-membro (Holanda) a investir seu capital em empresas sediadas em outro integrante do bloco (Bélgica) constitui *restrição à liberdade de capital* (*restrição outbound movement*), proibida pelo art. 1 (1) da Diretiva 88/361. O efeito indutor de tal norma seria a promoção de investimentos tão só naquele Estado-membro (Holanda), prejudicando a desejável neutralidade de exportação de capital.⁴²

mento de capital anterior ao Tratado da UE seria o art. 67. Contudo, para fins didáticos, no intuito de permitir a comparação com os demais casos aqui descritos, será mantida a referência ao Tratado da União Europeia, desconsiderando, ainda, as recentes emendas pelo Tratado de Lisboa.

³⁶ Na Holanda, a dupla tributação econômica seria afastada por meio de um sistema integrado acionista-empresa, no qual, ao *corporate tax* da última, seria contraposta uma isenção beneficiando o primeiro.

³⁷ C-416/93.

³⁸ Diretiva 88/361/CEE. Anexo I. "(...) A presente nomenclatura não é limitativa da noção de movimento de capitais e daí a presença de uma Rubrica XIII - F 'Outros movimentos de capitais: diversos'. Esta nomenclatura não poderá portanto ser interpretada como restringindo o alcance do princípio de uma completa liberalização dos movimentos de capitais, tal como enunciado no artigo 1 g, da presente directiva. I. Investimentos Directos (...); II. Investimentos Imobiliários (...); III. Operações sobre títulos normalmente transaccionados no mercado de capitais (...); IV. Operações sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo (...); V. Operações sobre títulos e outros instrumentos, normalmente transaccionados no mercado monetário (...); VI. Operações em contas correntes e de depósitos 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 seguros (...); XI. Movimentos de capitais de carácter pessoal (...); XII. Importação e exportação física de valores (...); XIII. Outros movimentos de capitais."

³⁹ Item I (2) da lista do Anexo I.

⁴⁰ Item III (2) da lista do Anexo I.

⁴¹ Conforme entendimento da Corte em *Wielockx* (C-80/94); *ICI v. Colmer* (C-264/96) e *Royal Bank of Scotland* (C- 311/97).

⁴² Doravante, NEC.

A Holanda contra-argumentou que seria lícito ao legislador doméstico distinguir contribuintes em situação distinta quanto ao lugar de residência ou de aplicação do capital. Ademais, alegou razões de interesse público, tais como a coesão do sistema tributário; a perda de receitas causada pela isenção de dividendos distribuídos por empresas sediadas em outro Estado-membro; e a concessão de uma dupla vantagem a seus investidores, pois que poderiam se beneficiar de algum alívio fiscal no Estado-membro em que os dividendos fossem pagos (Bélgica), bem como naquele em que fossem recebidos (Holanda).

Para a CEJ, a *justificativa para uma restrição* depende da *falta de comparabilidade* entre as situações envolvidas ou de *razões imperativas de interesse público*. Assim, a Corte revisitou seus seguintes precedentes para decidir em *Verkooijen*:

i) *Schumacker*⁴³ - *Comparabilidade objetiva*: distinção entre contribuintes em razão de residência ou local de investimento somente se justifica se aplicável a situações não comparáveis objetivamente.

ii) *Bachman*⁴⁴ - *Coesão do sistema tributário*: a coesão pode restringir liberdades fundamentais, mas desde que haja vínculo direto entre o benefício fiscal concedido e a arrecadação incidente sobre um mesmo tributo e um mesmo contribuinte. Nada disso se vê em *Verkooijen*, pois que há dois diferentes tributos sobre dois contribuintes distintos. Há incidência sobre os lucros de empresa estrangeira (Bélgica) e sobre os dividendos distribuídos ao investidor (Holanda), que, neste caso, recebe isenção.

iii) *ICI*⁴⁵ - *Perda de arrecadação*: Corte já firmara entendimento de que perda de receitas não seria uma questão de interesse público apta a restringir liberdades fundamentais.

iv) *Commission v. France*⁴⁶ - *Dupla vantagem*: tratamento fiscal desfavorável, contrário a uma liberdade fundamental, não pode ser justificado pela concessão de benefícios fiscais.

A CEJ, em sua resposta ao Judiciário holandês, interpretou o art. 1(1) da Diretiva 88/361, bem como o art. 67 do Tratado das Comunidades Europeias,⁴⁷ no sentido que ambos afastavam norma interna de Estado-membro concedendo isenção de IR sobre dividendos pagos a pessoas naturais, sob condição de que tais di-

⁴³ C-279/93. *Schumacker*, belga cujos rendimentos tributáveis eram recebidos na Alemanha, pleiteava o mesmo tratamento recebido pelos residentes na Alemanha, no tocante às deduções pessoais, já que praticamente não recebia renda na Bélgica. A CEJ entendeu que os benefícios concedidos aos residentes do Estado de emprego (Alemanha) deveriam ser estendidos a não residentes que não pudessem deles desfrutar em seu Estado de residência (Bélgica).

⁴⁴ C-204/90. *Bachmann* aborda o caso em que norma belga assegurava dedução do pagamento de prêmio de seguros à seguradora residente, enquanto o destinado a seguradora não residente não era dedutível. A CEJ entendeu haver razões de interesse público, mais especificamente de preservação da coesão do sistema belga como justificadoras de eventual discriminação indireta.

⁴⁵ C-264/96.

⁴⁶ C-270/83.

⁴⁷ Por ocasião dos fatos, vigia o TCE, que tratava de liberdade de capitais em seu art. 67. No TUE, o tema foi encerrado pelo art. 73 (b) e depois pelo art. 56, que será a maior referência das decisões da CEJ neste trabalho. As recentes alterações produzidas pelo Tratado de Lisboa (em vigor em 1º de dezembro de 2009), levando a liberalização de capitais para o art. 63 do Tratado sobre Funcionamento da UE, não serão aqui retratadas por não haver, até a conclusão deste trabalho, decisão da CEJ fundamentada com base nesse novo direito.

videndos fossem distribuídos por empresa sediada nesse mesmo Estado-membro.⁴⁸

Em *Lenz*,⁴⁹ uma alemã sujeita à tributação na Áustria declarou recebimento de dividendos oriundos de empresas situadas na Alemanha. Segundo o ordenamento austríaco, renda doméstica receberia tratamento distinto de renda externa. Quando do recebimento da primeira, o contribuinte teria a faculdade de optar por um imposto definitivo de 25% ou pela redução da alíquota em 50% na apuração periódica da renda. Já quando do recebimento da última, o contribuinte estaria sujeito ao imposto de renda ordinário.⁵⁰

A questão dizia respeito aos arts. 73 (b) e (d) do Tratado da União Europeia.⁵¹ O primeiro garantia a liberdade de movimentação de capital e o último restringia o exercício de tais liberdades em havendo justificativa suficiente para tanto.

A Corte, baseada em *Verkooijen*,⁵² declarou que o exercício da competência tributária dos Estados-membros deve ser compatível com o direito comunitário, apontando *restrição* austríaca à liberdade de capitais. Com efeito, contribuintes estabelecidos na Áustria sentir-se-iam desmotivados em investir em empresas sediadas em outro Estado-membro (*restrição outbound movement*). Por conseguinte, tais empresas teriam maior dificuldade em captar recursos no mercado austríaco, já que seriam tratadas de forma desvantajosa com relação a empresas lá sediadas.

A CEJ renegou a tentativa austríaca de justificar a restrição à livre circulação de capitais. Razões havia para tanto. Primeiro, porque a situação do contribuinte austríaco recebendo renda de empresa situada na Áustria é *objetivamente comparável* à do contribuinte austríaco recebendo renda de empresa situada em outro Estado-membro. Nada os diferencia no tocante aos efeitos de eventual dupla tributação econômica. Segundo, não se poderia alegar coesão do sistema tributário sob alegação de haver um *link* direto entre a tributação dos lucros da empresa austríaca e as vantagens concedidas a quem recebe a distribuição dos lucros dela originados. Tanto em *Bachmann*⁵³ como em *Verkooijen*, a CEJ já se posicionara sobre a necessidade de um vínculo direto entre deduções e incidência de um tributo sobre um mesmo contribuinte. Em *Lenz*, há dois distintos tributos, o *corporate tax* e o *individual income tax*, afetando diferentes contribuintes. Neste giro, o objetivo do legislador austríaco de atenuar a dupla tributação econômica não teria sido afetado, em absoluto, se tais vantagens fossem também estendidas a quem recebesse dividendos estrangeiros. Ademais, assim como em *De Lasteyrie Du Saillant*,⁵⁴ deveria ser observado o intuito da norma tributária.

Em *Manninen*,⁵⁵ a contenda entre Petri Manninen e a autoridade fiscal finlandesa envolvia os arts. 56 e 58 do Tratado da UE, bem como o crédito tributário

⁴⁸ *Verkooijen*, parágrafo 68.

⁴⁹ C-315/02. Decisão em 15 de julho de 2004.

⁵⁰ O sistema austríaco previa uma alívio ao acionista (*shareholder relief*) como método de integração acionista-empresa para combater a dupla tributação dos dividendos.

⁵¹ Na atualização subsequente, respectivamente, arts. 56 e 58. Após o Tratado de Lisboa (em vigor em 1º de dezembro de 2009), respectivamente, arts. 63 e 65 do Tratado sobre Funcionamento da UE.

⁵² *Verkooijen*, parágrafo 43.

⁵³ *Bachmann*, parágrafo 28.

⁵⁴ C-9/02, parágrafo 67.

⁵⁵ C-319/02. Decisão em 7 de setembro de 2004.

imputado a residentes na Finlândia quando do recebimento de dividendos pagos por empresas finlandesas. A CEJ não viu razão para a Finlândia não eliminar a dupla tributação econômica também no âmbito internacional, já que o controlador somente seria compensado do *corporate tax* antes da distribuição (*full tax credit*) se recebesse dividendos de empresa finlandesa.

Trata-se de mais um caso de prejuízo à NEC, pois a Finlândia restringia a liberdade de capitais à medida que desestimulava seus residentes a investirem no exterior; bem como dificultava empresas sediadas em outro Estado-membro a levantarem capital finlandês (restrição - *outbound movement*).

O art. 58 (1) do Tratado UE permite tratamento desigual, que não signifique discriminação arbitrária, ante situações não comparáveis objetivamente ou razões prioritárias de interesse geral, como a necessidade de preservar a coesão do sistema tributário.

Evocando *Futura Participations and Singer*,⁵⁶ a Corte entendeu que a adoção do princípio da territorialidade, pelo ordenamento finlandês, jamais poderia, por si só, qualificá-lo como contrário à liberdade de capitais. Para a CEJ, eram objetivamente comparáveis os dividendos pagos ao investidor finlandês por empresa finlandesa e aqueles oriundos de sediada em outro Estado-membro, não havendo razão para diferenciar o tratamento de ambos.

Sobre a coesão do sistema finlandês, a Corte novamente evocou *Bachman*, em busca do vínculo direto entre a vantagem fiscal concedida (crédito) e sua compensação com determinada incidência do tributo; e *De Lasteyrie Du Saillant*, com vistas à interpretação teleológica da norma finlandesa.

A CEJ não via correlação direta entre a tributação da renda da pessoa jurídica e o crédito concedido ao beneficiário dos dividendos, pois o cenário envolvia contribuintes distintos. Para a CEJ, a concessão de um crédito para o investidor finlandês, a fim de compensar o IR sobre a empresa finlandesa antes da distribuição, deveria ser estendida para compensar a incidência sobre empresas sediadas em outro Estado-membro. Tal extensão de tratamento em nada afetaria a coesão do sistema tributário da Finlândia.

Se, para a Finlândia, conceder créditos correspondentes ao *corporate tax* recolhido a outro Estado-membro representaria perda de receitas, para a Corte este era um argumento inócuo. De fato, a CEJ já afirmara em *Verkooijen* que decréscimo de receitas tributárias não seria razão de interesse público capaz de justificar norma restritiva de liberdade fundamental.

A contenda entre o casal *Kerckhaert-Morres*⁵⁷ e o Fisco belga envolvia a interpretação do art. 73b (1).⁵⁸ O casal recebeu dividendos de uma empresa sediada em França, nos exercícios de 1995 e 1996, mas não pôde usufruir do benefício fiscal prescrito pelo art. 19 do Tratado para evitar a dupla tributação entre França e Bélgica.

Houve por bem, o Governo belga, revogar o benefício fiscal convencionado, de modo que indeferiu o pleito do casal para compensar o imposto retido na fon-

⁵⁶ C-250/95, parágrafos 18 a 22.

⁵⁷ C-513/04. Decisão em 14 de novembro de 2006.

⁵⁸ Art. 56, após a atualização subsequente.

te, em França. O casal entendeu que o ônus tributário sobre dividendos franceses seria maior que o incidente sobre dividendos distribuídos por empresas sediadas na Bélgica.

A Corte afastou os precedentes de *Verkooijen*, *Lenz* e *Manninen*, por entendê-los inaplicáveis ao caso. Para a CEJ, naqueles casos, configurou-se *tratamento discriminatório*, imposto pela *norma interna* do Estado de residência do investidor, entre dividendos distribuídos por empresas nele sediadas e por sediadas em outro Estado-membro.⁵⁹ Em outro dizer, *Kerckhaert-Morres* não era um caso de aplicação pura e simples do tratamento nacional (*teste migrante/não migrante*), pois a legislação belga previa a mesma alíquota de 25% sobre dividendos, independente de sua origem, o que não restringia a movimentação de capital e nem discriminava a transferência de renda malgrado sua origem.

A Corte afirmou que a bitributação⁶⁰ seria o resultado da coexistência de diversos ordenamentos nacionais funcionando no âmbito da UE. Logo, como nenhuma medida de harmonização para aliviar os efeitos da bitributação havia sido adotada no seio da UE,⁶¹ a solução do tema estaria na esfera de ação dos Estados, ao repartirem voluntariamente suas competências, como no acordo franco-belga.

Ao final, a CEJ não viu discriminação belga sobre o tratamento dos dividendos, pois que submetidos à mesma alíquota, independente de sua origem (empresa residente ou empresa sediada em outro Estado-membro). A tributação da distribuidora em França era resultado do pleno exercício da soberania fiscal francesa, não havendo responsabilidade belga sobre tal imposição.

2.2. Restrições à liberalização de capitais erga omnes - *Holböck, A, Test claimants CFC, Comissão/Austria e Comissão/Suécia*

Assim dispõe o art. 56 do Tratado UE:

“1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são *proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais* entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.” (Destaques nossos)

O escopo deste artigo - liberalização de capitais *erga omnes* - poderá ser reduzido em face das restrições autorizadas pelos arts. 57, 58, 59 e 60. Pretende-se, neste tópico, analisar a interpretação recentemente realizada pela CEJ sobre esses dispositivos, a fim de concluir sobre sua tendência em liberar ou restringir a circulação de capitais em operações com terceiros países.

O caso *Holböck*⁶² trata da movimentação de capitais envolvendo Estado-membro e não membro da UE. Para o deslinde da questão, a CEJ interpretou o art. 57 (1), entendendo que as restrições austríacas à movimentação de capitais de ou para países terceiros estavam justificadas. O fundamento da Corte estava em que o di-

⁵⁹ Nesses três casos houve reprovação da norma interna no teste migrante/não migrante.

⁶⁰ Aqui, sim em seu sentido jurídico, atingindo o mesmo contribuinte, em exação por mais de uma Fazenda Pública.

⁶¹ *Kerckhaert-Morres* parágrafo 22. A Corte ressalva a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de julho de 1990, da Convenção, de 23 de julho de 1990, e a Diretiva 2003/48/CEE do Conselho, de 3 de junho de 2003.

⁶² C-157/05. Decisão em 24 de maio de 2007.

reito doméstico existente em 31 de dezembro de 1993 pode restringir a liberalização *erga omnes* (art. 56) envolvendo *investimento direto*. Ademais, é lícita a aplicação de norma anterior ao Tratado da UE que preserve seu conteúdo material em face de eventuais alterações.

Winfried Holböck, residente na Áustria, recebeu dividendos de empresa extracomunitária (Suíça) em que detinha 2/3 do capital, no período de 1992 a 1996. A legislação austríaca previa redução de 50% da alíquota do IR sobre a distribuição de lucros de empresas domésticas feitas a pessoa natural residente. Em contrapartida, distribuições efetuadas por empresas estrangeiras, a este mesmo residente na Áustria, estariam sujeitas à tributação normal. Foi esta diferença de tratamento que levou *Holböck* a alegar restrição à liberdade de movimento de capitais.

Como a norma austríaca já estava em vigor aos 31 de dezembro de 1993, ela excepcionava a proibição de restringir movimentos de capitais, em operações com países terceiros envolvendo *investimento direto*, de acordo com o art. 57 (1), *verbis*:⁶³

“Artigo 57. (1). O disposto no artigo 56 não prejudica a aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou comunitária respeitante aos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes que envolvam *investimento directo*, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais.” (Destques nossos)

Portanto, eventuais restrições austríacas à liberdade de estabelecimento e ao movimento de capital foram afastadas pela Corte. Primeiro, porque a liberdade de estabelecimento, garantida pelo art. 43 do Tratado não se estendia a países não membros (Suíça); segundo, porque era lícita a restrição à liberdade de movimentar capitais de ou para Estado não membro envolvendo *investimento direto*.

O Tratado não definiu *investimento direto*, mas sim o Anexo 1 da Diretiva 88/361,⁶⁴ segundo o qual, *investimento direto* seria investimentos de qualquer natureza, empreendidos por pessoa física ou jurídica, capazes de estabelecer ou manter um vínculo direto e duradouro (*lasting links*) entre investidor e investida, a fim de desenvolver atividade econômica.⁶⁵ Destarte, assim como em *FII Group Litigation*,⁶⁶ a CEJ entendeu que o objetivo de estabelecer ou manter um vínculo econômico duradouro pressupõe a possibilidade de o investidor participar efetivamente na gerência da investida ou em seu controle.⁶⁷ Era o caso de *Holböck*, que deteve 2/3 do capital da distribuidora entre 1992 e 1996.

⁶³ O art. 57 do Tratado da União Europeia corresponde, após alterações impostas pelo Tratado de Lisboa, ao art. 64 do Tratado sobre Funcionamento da UE, publicado no Jornal Oficial da UE em 30 de março de 2010 - C 83/72 - PT.

⁶⁴ Diretiva 88/361/CEE, Anexo I: “Investimentos directos: Os investimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras e directas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma actividade económica. Esta noção deve pois ser considerada na sua acepção mais lata.”

⁶⁵ Conforme *FII Group Litigation*, parágrafos 180 e 181.

⁶⁶ C-446/04, parágrafos 177 e 178.

⁶⁷ Conforme *FII Group Litigation*, parágrafo 185.

A Corte entendeu que o art. 57 (1) do Tratado permite a um Estado-membro, em suas relações com países terceiros, aplicar restrições ao movimento de capital, desde que haja previsão normativa em vigor aos 31 de dezembro de 1993.⁶⁸ Para a CEJ, uma norma interna editada posteriormente à data fixada por um ato comunitário não ficaria, “por este simples fato, automaticamente excluída do regime derogatório instituído pelo ato comunitário em causa”. Assim, se a nova norma for idêntica, ou se amoldar ao conteúdo da anterior, se beneficiará da derrogação. Caso a nova legislação seja fruto de uma lógica distinta daquela do direito anterior, não será equiparada à legislação na data considerada pelo ato comunitário em causa.⁶⁹

Como não sofrera modificações de ordem lógica com as respectivas alterações sofridas em 1993 e 1996,⁷⁰ a legislação austríaca foi considerada já existente em 31 de dezembro de 1993 para efeito da aplicação do art. 57 (1).

Ao final, a interpretação da Corte sobre o art. 57 (1) definiu que um Estado-membro pode restringir o escopo do art. 56, desde que haja previsão em seu *direito doméstico, anterior a 31 de dezembro de 1993*, dispondo sobre *investimento direto em ou de país estrangeiro ao bloco*.

Em A,⁷¹ a Corte teve oportunidade de se manifestar sobre restrições previstas no art. 58, cujo teor é o seguinte:⁷²

“1. O disposto no artigo 56 não prejudica o direito de os Estados-Membros:

a) 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;

b) Tomarem todas as *medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos*, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem procedimentos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.

2. O disposto no presente capítulo não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com o presente Tratado.

⁶⁸ Conforme *FII Group Litigation*, parágrafo 191.

⁶⁹ Holböck, parágrafo 41.

⁷⁰ Lei de Reforma Fiscal de 1993 e Lei de Ajuste Estrutural de 1996.

⁷¹ C-101/05. Decisão em 18 de dezembro de 2007. Embora a questão prejudicial tenha sido proposta antes de Holböck, preferiu-se seguir a ordem cronológica do *decisum* neste trabalho.

⁷² O art. 58 do Tratado da União Europeia corresponde, após alterações impostas pelo Tratado de Lisboa, ao art. 65 do Tratado sobre Funcionamento da UE, publicado no Jornal Oficial da UE em 30 de março de 2010 - C 83/72 - PT. Em sua nova versão, foi acrescido o item 4: “Na ausência de medidas ao abrigo do nº 3 do artigo 64, a Comissão, ou, na ausência de decisão da Comissão no prazo de três meses a contar da data do pedido do Estado-membro em causa, o Conselho, pode adotar uma decisão segundo a qual as medidas fiscais restritivas tomadas por um Estado-membro em relação a um ou mais países terceiros são consideradas compatíveis com os Tratados, desde que sejam justificadas por um dos objetivos da União e compatíveis com o bom funcionamento do mercado interno. O Conselho delibera por unanimidade, a pedido de um Estado-membro.”

3. As medidas e procedimentos a que se referem os n^{os} 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 56.” (Destaques nossos)

Com efeito, *A* levou à Corte um caso de isenção sobre dividendos distribuídos sob a forma de ações de uma filial, em que o direito doméstico exigia que a sociedade distribuidora estivesse estabelecida em Estado-membro ou em Estado signatário de acordo prevendo troca de informações com o Estado-membro tribuante. Neste caso, a isenção exigia a satisfação de requisitos que somente poderia ser confirmada pelo Estado-sede da distribuidora. Logo, a CEJ entendeu como justificadas as restrições impostas pelo direito doméstico de um Estado-membro aos movimentos de capitais com destino ou provenientes de países terceiros, como previsto no arts. 56 e 58.

Para a Corte, é necessário garantir a *eficácia do controle fiscal*, “sem prejuízo do respeito do princípio da proporcionalidade, no sentido de que deve ser adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não deve ultrapassar o necessário para o alcançar”.⁷³ Conquanto seja vedado, a um Estado-membro, alegar a falta de cooperação na troca de informações com outro membro do bloco, como assegurar que a obtenha de um Estado terceiro não vinculado a uma convenção que lhe obrigue neste sentido?

Em *A*, a fundamentação da CEJ não tomou por base simplesmente o fato de haver um país terceiro envolvido na operação com um Estado-membro, mas antes considerou haver diferenças de *objetivos* e de *contexto jurídico* entre operações intra-comunitárias e outras envolvendo países terceiros.

Assim foi que *A* se tornou precedente revisto pela Corte em *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*,⁷⁴ decidido em 23 de abril de 2008:

“Os artigos 56 CE e 58 CE devem ser interpretados no sentido de que *não se opõem* à legislação de um Estado-membro que concede uma vantagem fiscal ao abrigo do imposto sobre as sociedades em relação a certos dividendos recebidos de sociedades residentes por sociedades residentes, mas que *exclui dessa vantagem* os dividendos recebidos de *sociedades estabelecidas num país terceiro*, designadamente quando a concessão da referida vantagem estiver sujeita a requisitos cuja observância só pode ser verificada pelas autoridades competentes desse Estado-membro mediante a obtenção de informações junto do país terceiro onde está estabelecida a sociedade distribuidora.” (Destaques nossos)

Portanto, quando a legislação de um Estado-membro faz depender uma vantagem fiscal do preenchimento de requisitos cuja observância só pode ser verificada mediante a obtenção de informações junto a um país terceiro, esse Estado-membro pode, em princípio, recusar-se a conceder essa vantagem se for impossível obter tais informações junto desse país terceiro, designadamente por não existir obrigação convencional.

⁷³ C-101/05 - *A*. Acórdão, item 4.

⁷⁴ C-201/05 - *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, parágrafos 95, 97 (4).

Coerentemente, em *Persche*, decidido em 27 de janeiro de 2009, verifica-se a mesma *ratio* usada em *A*, pois a CEJ autorizou que norma interna diferencie o tratamento de instituições de utilidade pública nacional e estabelecida em outro Estado-membro, no caso de os *objetivos* perseguidos por essa última serem diferentes do previsto por tal norma. Entretanto, não há justificativa para o caso de haver coincidência de *objetivos* entre instituições *intra UE*. Com relação a instituições em países terceiros, a CEJ entendeu como justificadas as restrições impostas por Estado-membro, ante a inexistência da obrigação de o país terceiro prestar informações, situação que enfraqueceria o *controle fiscal* do Estado-membro.⁷⁵

Dois outros recentes casos - *Comissão/Áustria*⁷⁶ e *Comissão/Suécia* - restringem o escopo do art. 56, derrogando a liberalização *erga omnes* pela via dos arts. 57 (2), 59 e 60 (1).⁷⁷ Em síntese, esses três dispositivos conferem ao *Conselho da UE* competência para restringir a liberdade de circulação de capitais entre Estados-membros e terceiros países quando envolverem *investimento direto*; causarem, ou ameaçarem causar, *grave dificuldade ao funcionamento da União Econômica e Monetária*, ou, ainda, ensejarem *medidas urgentes afetas à política externa e de segurança comum da UE*.

Embora não tratem diretamente de *inbound dividends*, ambos os casos merecem atenção pela restrição que impõem à movimentação de capitais envolvendo países terceiros.

Por força do art. 307 do Tratado UE, é atribuição do Estado-membro eliminar *incompatibilidades* entre acordos bilaterais celebrados ante sua adesão à UE e as regras de direito comunitário europeu. A inércia da Áustria e da Suécia, *in casu*, levou o Conselho da UE a exercer sua competência para restringir unilateralmente disposições sobre movimentação de capitais idênticas ou conexas às previstas no acordo anteriormente celebrado por esses países do bloco com outros estranhos à UE, quando tal acordo não faça previsão que permita aos Estados-membros exercerem seus direitos e cumprirem suas obrigações típicas de membro da UE e também não haja regra de direito internacional nesse sentido.

⁷⁵ C-318/07 - *Persche* não trata de *inbound dividends*, mas de benefícios fiscais concedidos por donativos a instituições de utilidade pública.

⁷⁶ C-205/06. Decisão de 3 de março de 2009.

⁷⁷ “Art. 57 (2). Ao mesmo tempo que se esforça por alcançar, em toda a medida do possível, o objetivo da livre circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, e sem prejuízo dos restantes capítulos do presente Tratado, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas relativas aos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes que envolvam investimento direto, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais. É exigida unanimidade relativamente às medidas a adotar ao abrigo do presente número que constituam um retrocesso da legislação comunitária em relação à liberalização dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes. (...)”

Art. 59. Sempre que, em circunstâncias excepcionais, os movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes causem ou ameacem causar graves dificuldades ao funcionamento da União Econômica e Monetária, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão e após consulta ao BCE, pode tomar medidas de salvaguarda em relação a países terceiros, por um período não superior a seis meses, se essas medidas forem estritamente necessárias.

Art. 60. (1). Se, no caso previsto no artigo 301, for considerada necessária uma ação da Comunidade, o Conselho, de acordo com o procedimento previsto no artigo 301, pode tomar, relativamente aos países terceiros em causa, as medidas urgentes necessárias em matéria de movimentos de capitais e de pagamentos.”

3. Considerações Finais

A Corte demonstra saudável coerência na construção de sua jurisprudência quanto ao ingresso de dividendos provenientes de Estado-membro ou de país terceiro. O *case law* aqui apresentado demonstra que a CEJ, reiteradamente, recorre a seus precedentes na definição de institutos ou na interpretação de artigos, o que confere segurança jurídica ao ambiente da UE.

Neste sentido, *Verkooijen* é referencial, pois cuida de fatos anteriores ao tratado de unificação de 1992. Como os precedentes da CEJ são fontes obrigatórias de direito, em *Verkooijen*, a Corte buscou em *Bordessa*, *Schumacker*, *Bachman* e *ICI*, fundamentos importantes para sua construção hermenêutica sobre restrições a liberdades fundamentais.

Em *Lenz*, analisa-se com mais vagar a questão da preservação da coesão de um sistema tributário com base na *comparabilidade objetiva*. Este critério serviu para apontar que a situação do contribuinte austríaco recebendo dividendos de empresa estabelecida na Áustria era *objetivamente comparável* à do contribuinte austríaco recebendo dividendos de empresas sediadas em outros Estados-membros. Não havia, deste modo, justificativa para discriminar a origem dos lucros, facultando a opção por benefícios fiscais ao primeiro e tributando à alíquota cheia o segundo.

Manninen completa a tríade em que a legislação doméstica do Estado de residência foi reprovada na aplicação do teste migrante/não migrante (tratamento nacional). Neste caso, a Corte firmou posição sobre a internacionalização do crédito de imposto, isto é, deveria ser estendido aos casos de fontes estrangeiras, quando somente concedido às situações de empresa e acionista residentes em Estado-membro.

Kerckhaert-Morres é um caso à parte, pois não trata de reprovação no teste migrante/não migrante. A Corte, no mérito, entendeu não haver restrição à livre circulação de capitais, pois a norma belga não fazia distinção de dividendos, tributando-os a 25% independentemente de sua origem. Entretanto, o casal Kerckhaert-Morres irressignava-se pela recusa belga em considerar o crédito previsto pelo art. 19 (A) (1) do Tratado de bitributação franco-belga.⁷⁸ Para o deslinde da questão, a CEJ ateve-se, formalmente, à questão prejudicial - interpretação do art. 56 (1) do Tratado UE.

Não há elementos suficientes no acórdão da CEJ, de 14 de novembro de 2006, para aferir se a supressão, pelo legislador belga, de um benefício fiscal previsto em tratado de bitributação, fora, efetivamente, *treaty override* - embora assim possa parecer. Não se pode, todavia, criticar a CEJ por ter se mantido restrita à questão prejudicial, nos limites de sua competência institucional. Negando-se a apreciar o tratado, a Corte permaneceu consistente com seus precedentes, construindo interpretação uniforme sobre bitributação econômica, mas privando-se da bitributação jurídica, pois que resultado do exercício de competência tributária de cada Estado-membro.

⁷⁸ Convenção franco-belga de 10 de março de 1964, alterada pelo Protocolo firmado em 15 de fevereiro de 1971.

A segunda parte da análise dos precedentes da CEJ abrange recentes decisões envolvendo a liberalização de capitais *erga omnes*. O posicionamento da CEJ é fundamental aos membros do bloco, desejosos de reduzir tributação e atrair capitais, bem como a terceiros países que ora poderão se tornar Estados de residência de investidores na UE, ora poderão se tornar Estados de fonte, recebendo o capital europeu.

Uma primeira leitura do art. 56, bem como da Diretiva 88/361, pode dar a impressão de que a liberalização de capitais deverá ser estendida a terceiros países. Assim, eventuais benefícios pela concessão de tratamento nacional assegurado pela UE a um investidor terceiro dependerão da legislação interna do Estado desse investidor (como legisla sobre lucros obtidos no exterior, regras CFC, *tax avoidance* etc.).

Sob este prisma, a plena eficácia da liberalização de capitais dependeria da implantação recíproca de medidas similares pelos envolvidos. Em tese, é possível vislumbrar um ponto de equilíbrio entre a legislação de um terceiro Estado no sentido de fomentar seu investimento na UE e o entendimento da CEJ no sentido de realmente estender, a terceiros países, a liberalização do art. 56. A primeira deveria ser tanto mais benéfica quanto o último fosse mais consolidado.

Contudo, não parece ser essa a tendência da CEJ. Em suas decisões mais recentes sobre liberdade de movimentação de capitais, a Corte definiu melhor o escopo do art. 56 em face das restrições preconizadas pelos arts. 57 a 60.

De *Holböck* (24 de maio de 2007) à *Comissão/Suécia* (3 de março de 2009), a CEJ entendeu como conformes ao direito comunitário restrições variadas à liberalização *erga omnes*, resumidamente aqui aduzidas:

- i) restrição imposta pelo direito doméstico, vigente desde 31 de dezembro de 1993, envolvendo *investimento direto*;
- ii) restrição com vistas a preservar a eficácia do *controle fiscal* de um Estado-membro, não pela diferença da origem dos dividendos, se intra ou extra UE, mas pela diferença de *objetivos* e de *contexto jurídico* em que se insere o fluxo de capitais;
- iii) restrição decorrente da inércia de um Estado-membro em eliminar incompatibilidades entre um acordo firmado com país estrangeiro ao bloco antes de sua adesão à UE e suas obrigações decorrentes do direito comunitário.

Pode-se concluir, portanto, que em suas últimas decisões sobre liberalização de capitais envolvendo terceiros países, a CEJ abriu um vasto espectro de possibilidades de justificação a restrições impostas pelo direito doméstico de um Estado-membro, distanciando-se da direta e irrestrita liberdade prevista no art. 56.