

## O Caso *Denkavit France*: Tributação dos Dividendos na Saída, Abordagem Pan-européia e Poder Impositivo do Estado da Fonte\*

Mario Tenore

*Bacharel em Economia e Comércio pela Universidade de Salerno. Mestre L.L.M. Masters of Law em Direito Tributário pela Universidade de Nápoles (Itália). Mestre L.L.M. Masters of Law pelo International Tax Center da Universidade de Leiden (Holanda). Doutorando em Direito Tributário Comunitário Europeu na Universidade de Nápoles (Itália). Assistente do Professor Pasquale Pistone no Instituto de Direito Tributário Austríaco e Internacional da Universidade Econômica e de Administração de Viena (Áustria).*

### *Resumo*

Os artigos 43 e 48 da Constituição Européia proíbem norma de direito interno que, embora faça incidir tributo sobre dividendos distribuídos a uma sociedade controladora não-residente, desonere quase totalmente uma controladora residente, consistindo em uma restrição discriminatória à liberdade de estabelecimento. Tais artigos proíbem norma nacional que preveja, apenas para a sociedade controladora não-residente, tributação mediante retenção na fonte, sobre os dividendos distribuídos pela controladora residente, mesmo quando uma convenção em matéria tributária, entre o Estado-membro interessado e um outro Estado-membro, que autorize tal retenção na fonte, preveja a possibilidade de se imputar ao imposto devido em tal “outro” Estado o ônus conseqüente de tal norma nacional, quando a controladora se encontre na impossibilidade, nesse último Estado, de proceder à imputação prevista pela dita convenção.

### *Abstract*

The articles 43 and 48 of the European Constitution forbid norms of internal law that, despite taxing the dividends paid to a non resident controller company, unburdens almost totally a resident controller, consisting in discrimination on the establishment freedom. These articles forbid national law that prescript, only for the non resident controller, the withholding taxation on the dividends paid by the resident controlled, even when a treaty on taxation, between the interested member State and another member State, that permits the mentioned withholding, prescripts the possibility to input to the tax owned to the “other” State the burden resulted from the mentioned national law, when the controller finds itself in a situation of impossibility, in this last State, to make the imputation allowed by the treaty.

\* Tradução de Paulo Victor Vieira da Rocha.

## Introdução

A decisão do caso *Denkavit France*<sup>1</sup> reforça a corrente jurisprudencial no sentido de que uma norma de direito interno não pode ser considerada incompatível com o direito comunitário quando a interação entre os sistemas impositivos do Estado de residência e do Estado da fonte do rendimento neutralize os efeitos discriminatórios a tais normas atribuíveis.

A decisão em comento faz emergir muitas dúvidas e incertezas interpretativas, de forma que não parece estar apta a resolver as questões debatidas em seu objeto, como se evidenciará nos presentes comentários.

A manifestação enquadra-se na corrente de certos autores definidos<sup>2</sup> como pan-europeus, dando um passo atrás em relação aos princípios da integração do mercado interno e da direta e imediata aplicação do direito comunitário<sup>3</sup>. Assim, será necessário esperar manifestações posteriores da Corte sobre causas atualmente pendentes (ex: caso *Amurta*)<sup>4</sup> para compreender se a mesma tem intenção de rever a regra canônica de aplicação do Direito Tributário comunitário como se tem recentemente pronunciado na doutrina<sup>5</sup>.

Após analisar (1) os aspectos relevantes do caso em tela e da decisão, examinar-se-ão algumas questões críticas dos mesmos (2), dentre as quais as vantagens e desvantagens da abordagem pan-européia e o impacto sobre as convenções para evitar a dupla tributação internacional, levando-se em conta outrossim alguns precedentes jurisprudenciais da Corte. Sucessivamente (3), analisar-se-ão as possíveis repercussões do caso *Denkavit France* sobre o Direito Tributário de fonte convencional, debruçando-se, em particular, sobre algumas soluções que são compatíveis com o direito comunitário e que, entretanto, fazem com que o Estado-membro perca o poder de tributar dividendos pagos a sujeitos não-residentes, em respeito ao *princípio da fonte*. Neste contexto, far-se-á breve aceno às possíveis implicações da decisão em exame sobre a causa pendente *Comissione v. Itália* (2004/4350) recentemente remetida à Corte Européia de Justiça, no bojo do procedimento administrativo em andamento sobre essa lide na Itália, que tem como objeto o regime impositivo dos dividendos pagos a sujeitos não-residentes em situações não compreendidas no campo de aplicação da Diretiva controladora-controlada.

<sup>1</sup> Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE), decisão de 14 de dezembro de 2006, *Denkavit International* (C-170/05), Presidente P. Jann, Relator K. Lenaerts. Ementa: “Dividendos pagos à sociedade controladora não residente - Tributação mediante retenção na fonte a título de imposto - Falta de isenção para os dividendos distribuídos a sociedade não residente - Convenção para evitar a dupla tributação - Impossibilidade de se imputar a retenção ao imposto a ser pago no Estado de residência - Ilegitimidade - Mantido.”

<sup>2</sup> Nesse sentido: P. Pistone. “Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes”, *Intertax* vol. 35, n. 2, pp. 70 e ss.

<sup>3</sup> Vide J. English, “Shareholder Relief and the EC Treaty Law - supranational ‘Aims and Effects’?”, *Intertax* vol. 33, n. 5, p. 207.

<sup>4</sup> Causa pendente *Amurta*. C-379/05, na qual são pendentes as conclusões do Advogado Geral Mengozzi.

<sup>5</sup> Vide E. Kemmeren, “EJ - Recent Developments in Direct Taxation 2007”, ed. M. Lang, J. Scuch, C. Staringer, Vienna, 2007, pp. 148-149.

### 1. Fatos, questões prejudiciais e aspectos relevantes da decisão

A decisão em comento cuida do tratamento tributário que o Estado da fonte ou da produção do rendimento aplica aos dividendos pagos a um sujeito não-residente.

No caso em tela, a sociedade Denkavit International, residente na Holanda recebera entre os anos de 1987 e 1989 dividendos por conta da participação em duas empresas controladas residentes na França. Sobre tais dividendos vinha aplicada retenção na fonte de 5%, da qual a mencionada sociedade pedia a devolução, sob o argumento da contrariedade de tal imposição à liberdade comunitária de estabelecimento, constante do artigo 43 do Tratado de Comunidade Européia.

Segundo a recorrente, tal incompatibilidade advém do fato de os dividendos pagos pela controlada francesa à controladora residente na França ou imputáveis a estabelecimento permanente de empresa não-residente ali localizada, diferentemente daqueles pagos a não-residentes, gozavam de um regime de isenção quase completo.

Os juízes da Corte de Cassação francesa enviaram a causa em caráter prejudicial à Corte Européia de Justiça, pedindo que se pronunciassem, diretamente, sobre a compatibilidade de tal imposição com o direito comunitário de estabelecimento e, incidentalmente, sobre a importância de uma convenção para evitar a dupla tributação com base na qual a sociedade holandesa controladora poderia ter obtido no próprio Estado de residência um crédito pela retenção na fonte francesa. Em caso de resposta afirmativa à segunda indagação, os juízes franceses perguntaram finalmente se a convenção contra a dupla tributação era relevante apenas se a sociedade controladora pudesse efetivamente fruir de um crédito dedutível em função do imposto lá incidente.

A manifestação da Corte declarou, em princípio, a incompatibilidade da previsão de retenção na fonte em França. Em relação à primeira questão, os juízes comunitários afirmaram a incompatibilidade da norma francesa com o direito de estabelecimento. Segundo a recente manifestação da Corte na causa *Thin Cap GLO*, as situações dos acionistas residentes e dos não-residentes<sup>6</sup> não são equiparáveis caso esses últimos, ao contrário dos primeiros, sejam isentos da tributação no Estado da fonte. Em tais circunstâncias entende-se que tal Estado não é obrigado a estender o alívio da dupla tributação econômica em favor do sujeito não-residente.

Na decisão em comento, os juízes firmaram o posicionamento da sociedade controladora holandesa equiparável à da sociedade residente na França, concluindo pela incompatibilidade entre a norma francesa, incidente apenas sobre a distribuição em favor de não-residentes.

Na verdade, pouco incisivas parecem as justificativas aduzidas pelo Estado francês.

Primeiramente, o governo francês rechaçava o ponto segundo o qual a situação da sociedade holandesa era equiparável à de uma sociedade francesa, ou en-

<sup>6</sup> CJCE, decisão de 12 de dezembro de 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, pontos 57 a 65.

tão de uma sociedade que, apesar de residente em outro Estado, mantivesse na França um estabelecimento permanente.

Sobre o erro de tal premissa já nos detivemos amplamente.

Subsidiariamente, o governo francês invocava o princípio da territorialidade da tributação, pelo qual a extensão do regime de isenção à sociedade não-residente impediria o Estado francês de tributar os dividendos pagos a sociedade lá residente, provocando um desequilíbrio na repartição da competência tributária estabelecida na convenção para evitar a dupla tributação, celebrada entre França e Holanda.

Na verdade, inclusive esse último argumento parece pouco convincente. O método de isenção dos dividendos deve enquadrar-se entre aqueles que eliminam ou atenuam a dupla tributação, econômica e jurídica, ao nível do sócio acionista. Disso deriva que na relação sociedade-sócio a renda é tributada unicamente na esfera da primeira, no momento de sua produção. Da perspectiva do Estado da fonte, a residência do acionista não pode, portanto, influenciar seu poder de tributar, já que, mesmo na hipótese de sócio residente, a distribuição seria fiscalmente irrelevante.

Os aspectos mais inovadores e, portanto, mais interessantes da decisão em tela estão relacionados à segunda e à terceira questões prejudiciais.

Particularmente, como já se disse inicialmente, a Corte de Justiça manifestou-se sobre a possibilidade de se “neutralizarem os efeitos da restrição à liberdade de estabelecimento” por meio da norma convencional e, em particular, por meio do mecanismo de crédito de imposto previsto no artigo 24 do tratado franco-holandês.

Como visto, a Corte outra afirmou o princípio segundo o qual os Estados são livres para empreender suas próprias políticas fiscais por meio de tratados contra a dupla tributação, desde que o exercício do próprio poder de tributar, também à luz do tratado, não determine uma violação ao princípio de não-discriminação estabelecido pelo tratado da Comunidade Européia. Segundo o critério da precedente decisão<sup>7</sup>, os juízes comunitários consideraram a norma convencional parte integrante do contesto normativo destacado pelo juiz de envio.

É evidente que a alocação da competência tributária estabelecida na convenção franco-holandesa não é, por si só, incompatível com o princípio comunitário de não-discriminação. Todavia, o exercício do poder de tributar da parte do Estado francês viola as obrigações comunitárias na medida em que não submete os sujeitos residentes a uma incidência análoga àquela consentida pelo tratado aos dividendos pagos a não-residentes. Não obstante isso, o governo francês ressaltava que os efeitos discriminatórios conexos a tal imposição seriam menos presentes por força do crédito de imposto obtível pela controladora holandesa no próprio Estado de residência.

A Corte, entretanto, replicava que, no caso concreto, tal argumento era irrelevante, na medida em que o regime de isenção holandês não consentia à contro-

<sup>7</sup> Vide, nesse sentido: CJCE, decisão de 7 de setembro de 2004, causa C-319/02, Manninen, ponto 21; CJCE, decisão de 19 de janeiro de 2006, C-264/04, Bouanich, ponto 51; CJCE, *Test Claimants in Class IV of the ACT group Litigations*, cit., p. 71.

ladora beneficiar-se efetivamente de um crédito correspondente ao imposto pago da França.

Na segunda e terceira questões, os juízes comunitários reiteraram, portanto, a resposta à primeira questão prejudicial, confirmando a existência de uma violação ao direito de livre estabelecimento.

## 2. Algumas Questões Críticas

### *A abordagem pan-européia e os precedentes jurisprudenciais da Corte*

Aqui é um ponto que, em seguida, repeto de extremo interesse na decisão em comento. É difícil compreender por quais razões a Corte fez referência à decisão *avoir fiscal*. De fato, ainda que tenha tal decisão representado a primeira pronúncia da Corte a respeito de tratamento tributário de dividendos, tinha-se categoricamente excluído a aplicação de uma abordagem pan-européia<sup>8</sup>, como de resto fez depois a Corte EFTA na decisão *Focus Bank ASA*<sup>9</sup>.

A evocação da decisão *avoir fiscal* resulta então mais dificilmente compreensível caso se considere que no julgado em comento os juízes comunitários analisam a compatibilidade da norma interna considerando também o impacto do direito convencional e as repercussões do mesmo sobre a tributação no Estado de residência da sociedade controladora.

A possibilidade de configurar-se a interação entre os dois sistemas impositivos ao nível do mercado interno, com um pouco da abordagem pan-européia, não nasce - a meu ver - com a decisão *Denkavit France*, mas encontra nessa a sua completa e clara formulação. Nasce, entretanto, com a decisão *Marks & Spencer*<sup>10</sup>, na qual os juízes comunitários haviam julgado incompatíveis com o direito comunitário a norma inglesa sobre a transferência dos prejuízos de controlada não-residente no Reino Unido. Todavia, segundo a Corte, a restrição era, em tal caso, justificada pela necessidade de contabilizar-se uma simétrica repartição da competência tributária, pela necessidade de se evitar uma dupla utilização das perdas e, afinal, pelo combate à elisão fiscal que seria obtida pelo deslocamento dos prejuízos em um Estado de alta pressão fiscal<sup>11</sup>.

Já na causa *Marks & Spencer*, em seguida, a Corte havia levado em consideração o tratamento dos prejuízos no outro Estado a fim de valorar a compatibilidade da norma inglesa com a liberdade de estabelecimento. Em relação à decisão *Denkavit France*, existem, entretanto, notáveis diferenças de contexto. De fato, nessa última manifestação a perspectiva de análise do problema é a do Estado da fonte.

<sup>8</sup> CJCE, 28 de janeiro de 1986, causa C-270-83, *comissione v. Francia* [avoir fiscal], p. 26, na qual se afirma com *vis* peremptoria que "... the rights conferred by Article 52 of the Treaty are unconditional and a Member State cannot make respect for them subject to the contents of an arrangement concluded with another Member State. In particular, that article does not permit those rights to be made subject to a condition of reciprocity imposed for the purpose of obtaining corresponding advantages in their Member States."

<sup>9</sup> Corte EFTA, 23 de novembro de 2004, causa E-1/04, *Focus Bank ASA*, p. 37.

<sup>10</sup> CJCE, 13 de dezembro de 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, p. 55.

<sup>11</sup> A Corte acrescentava, pois, em matéria de aplicação do princípio da proporcionalidade, que as ditas três justificações eram consideradas conjuntamente e julgamento necessário da perseguição do espoco visado apenas no caso em que os prejuízos não eram utilizados pela sociedade controlada no próprio Estado de residência, nem eram, tampouco, por outra sociedade adquirente a propriedade desta última.

Ademais, a medida objeto de tratamento discriminatório (ou seja, o crédito do imposto), diferentemente do ocorrido na decisão *Marks & Spencer*, diz respeito ao mesmo contribuinte, só que, de uma perspectiva comunitária, se poderia sustentar que o grupo representa um sujeito unitário. Exatamente esta referência subjetiva representa um ponto que se encontra também na decisão *Thin Cap Group Litigation* e que, talvez, pudesse ter induzido a Corte a adotar uma maior prudência em face de grupos societários, quase a indicar que esses últimos podem apresentar risco de situações abusivas<sup>12</sup>.

Poder-se-ia, então, em linhas gerais, afirmar que a Corte tinha adotado a abordagem pan-européia na decisão *Marks & Spencer* e *Denkavit France*, por razões e lógicas não coincidentes. Na primeira, havia julgado a norma inglesa incompatível com a liberdade de estabelecimento, desde que as controladas não se beneficiassem da transferência dos prejuízos no próprio Estado de residência, prevenindo, deste modo, situações abusivas apoiadas em dupla utilização dos prejuízos (*double dip*), isto é, impedindo a alocação das perdas citadas no Estado de maior pressão fiscal. Na segunda, os juízes comunitários, ao contrário, levaram em consideração o tratamento tributário aplicável no Estado de residência da sociedade participante, a fim de verificar se a incidência discriminatória imposta no Estado da fonte tornasse mais onerosa a incidência global do sujeito não-residente.

Impende, entretanto, distinguir as hipóteses em que a verificação do fato satisfaz uma análise paralela de dois sistemas tributários nacionais daquelas em que a Corte primeiro analisa a incompatibilidade emergente em um sistema nacional e depois vê se a interação com um outro sistema é apta a removê-la.

Como exemplo da primeira categoria deve-se lembrar o caso *Schumacker e Manninen*, no qual, a Corte considerou um Estado diverso daquele em que se tinha levantado a questão de compatibilidade, a fim de verificar, em termos fáticos, respectivamente, a existência de renda posterior àquela produzida no território alemão<sup>13</sup> ou a efetiva incidência na Suécia, na pessoa da sociedade distribuidora<sup>14</sup> dos dividendos.

Na segunda categoria lembram-se os casos *Marks & Spencer* e *Denkavit France*, nos quais a abordagem pan-européia é dirigida a verificar a eliminação da incompatibilidade, ainda que no primeiro caso fossem verificáveis problemas de contraste a possíveis situações abusivas.

A discussão sobre a abordagem pan-européia deve, entretanto, levar em conta posteriores manifestações da jurisprudência tributária da Corte de Justiça.

Segundo os juízes comunitários, não basta que ao contribuinte seja abstratamente concedida a possibilidade de obter um crédito do imposto no próprio Estado de residência da sociedade controlada. A tal possibilidade, abstratamente, deve seguir-se concretamente a efetiva redução da imposição no Estado de residência do sócio, conseqüente do mecanismo de aplicação do crédito do imposto.

Na prática pode acontecer que o dividendo não seja tributável por conta de um regime de isenção ou de simplificação. Dos fatos da decisão em comento se

<sup>12</sup> Ver nota 7, p. 201.

<sup>13</sup> CJCE, decisão de 14 de fevereiro de 1995, causa C-279/93, Schumacker.

<sup>14</sup> CJCE, decisão de 7 de setembro de 2004, causa C-319/02, Manninen, p. 46.

deduz que tal era o regime holandês de tributação dos dividendos. A impossibilidade ao sócio de se beneficiar do crédito do imposto induzia assim os juízes comunitários a reiterarem a conclusão relativa à primeira questão, decidindo pela incompatibilidade na norma francesa com o direito de estabelecimento.

Outras situações análogas poderiam se verificar na prática. Por exemplo, a sociedade controladora poderia não obter o crédito do imposto no próprio Estado de residência, por conta de limitações temporais, conexas ao funcionamento de um mecanismo do tipo *per country*, ou em consequência de prejuízos fiscais. Por outro lado, a impossibilidade de obter um crédito poderia derivar de uma violação de obrigações convencionais operadas pelo Estado de residência. Em todas estas situações, comparáveis àquela tomada em consideração pelos juízes comunitários no caso *Denkavit France*, entendo que a impossibilidade - ainda que parcial - de se beneficiar de um crédito pelo imposto pago ao exterior não permitiria neutralizar o efeito discriminatório.

#### *O impacto da decisão sobre os tratados internacionais contra a dupla tributação*

Na linha do que se afirmou na decisão *Bouanich*, a Corte rebateu na decisão em comento o princípio segundo o qual, caso o tratado contra a dupla tributação seja indicado pelo juiz de envio como parte integrante do contexto normativo relevante, os efeitos conexos à aplicação da mesma devem ser levados em consideração no momento de verificar o problema de compatibilidade.

Em particular na causa *Denkavit France*, os traços de incompatibilidade conexos à norma interna do Estado da fonte poderiam ser eliminados pela aplicação do tratado.

Se o tratado é parte do contexto normativo, se poderia, entretanto, indagar sobre o porquê de a Corte ter chegado a uma posição diversa 20 anos após a causa *avoir fiscal* e sobre o porquê - já na causa *Saint Gobain* - os juízes comunitários não haviam julgado insubsistente a incompatibilidade da norma alemã de tributação dos dividendos, considerando que o dispositivo sobre a não-discriminação dos estabelecimentos permanentes previsto no tratado franco-alemão (conforme o artigo 24.3 a Convenção Modelo da OCDE) teria podido eliminar os efeitos discriminatórios.

Como se observa, a abordagem pan-européia deveria ter induzido a Corte na causa *Saint Gobain* a considerar a aplicação dos dois tratados aplicáveis no caso concreto, ou seja, aquele celebrado entre o Estado da fonte e o da residência da sociedade receptora dos dividendos e aquele, supramencionado, aplicável entre este último Estado e aquele do estabelecimento permanente, que contém o dispositivo sobre a não-discriminação dos estabelecimentos permanentes<sup>15</sup>.

Todavia, considerada a jurisprudência recente, deve-se forçosamente, concluir que a necessidade de se considerar o impacto do direito convencional a fim de valorar a compatibilidade na norma interna com o direito comunitário esteja gradualmente se tornando *acte clair*. Resta verificar, de qualquer maneira, se uma conclusão parecida pode *sic et simpliciter* neutralizar os efeitos de um tratamento discriminatório.

<sup>15</sup> Ver P. Pistone, "Tax Treaties and the International Market in the new European Scenario", vol. 35, n. 2, pp. 77-78.

Na opinião de quem aqui escreve, na hipótese de tratamento discriminatório no Estado da fonte, o tratado contra a dupla tributação não é sempre apto a produzir este efeito, ao menos do ponto de vista procedimental<sup>16</sup>. Como se vê, a aplicação do tratado contra a dupla tributação pode realizar-se, seja através de uma imediata redução ou isenção da tributação no Estado da fonte ou através do sistema de reembolso. Raramente os tratados contra a dupla tributação disciplinam os aspectos procedimentais da imposição com grau de detalhe suficiente. Normalmente, o tratado remete os procedimentos de reembolso à disciplina aplicável aos casos submetidos à lei interna.

A liberdade de escolher o procedimento de retenção mais adequado é, no entanto, refletida também no comentário ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE contra a dupla tributação<sup>17</sup>. Se o procedimento baseado na concessão de uma imediata isenção parece elidir os traços de incompatibilidade comunitária, não se poderá chegar à mesma conclusão na hipótese de reembolso do imposto pago pelo não-residente no Estado da fonte. Este último cenário é, todavia, associável àquele em que a aplicação do tratado contra a dupla tributação importa da perspectiva do Estado da residência, de forma que, em ambos os casos, será para o contribuinte uma vantagem financeira.

A Corte de Justiça Européia manifestou-se outras vezes em relação à antecipação da tributação sobre rendimentos transnacionais, concluindo que isso pode violar a liberdade comunitária quando regra análoga não seja prevista para eventos meramente internos ao Estado-membro que aplica a retenção<sup>18</sup>. A mesma Diretiva controladora-controlada prevê no artigo 5º a expressão “são isentos da retenção na fonte”, a teor da qual o Estado da sociedade controlada exclui a tributação do dividendo pago à sociedade controladora residente em outro Estado-membro.

Posteriores traços de incompatibilidade derivariam da vantagem financeira resultante da retenção de fonte francesa. O silêncio da decisão *Denkavit France* sobre este ponto induz a indagar se isso pode dar lugar a uma verdadeira e própria lacuna. No tocante à segunda questão prejudicial, o juiz nacional pergunta se a violação ao direito comunitário deve ter relação com o tratado franco-holandês, salientando, entretanto, que “a retenção na fonte provém simplesmente da repartição das competências tributárias entre os Estados-membros interessados, repartição que não pode ser censurada sob o conteúdo dos arts. 43 da CE e 48 da CE”.

Na terceira questão prejudicial, o mesmo juiz nacional pergunta se a resposta à segunda pergunta deve ser positiva só naqueles casos em que a controladora residente nos *Paises Baixos* se beneficie efetivamente do crédito previsto pelo tratado supracitado.

À luz do que a Corte já decidiu no caso *Saint Gobain*, a segunda questão prejudicial deve ser tida supérflua. Como já dito, o exercício do poder de tributar re-

<sup>16</sup> Sobre o ponto, veja-se: CJCE, decisão de 3 de outubro de 2006, causa C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH, p. 56.

<sup>17</sup> Comentário ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE.

<sup>18</sup> CJCE, decisão de 8 de março de 2001, causas reunidas C-379/98; C-410/98, Metallgesellschaft, p. 87; CJCE, decisão de 21 de novembro de 2002, causa C-436/00, X and Y, p. 63; CJCE, decisão de 12 de dezembro de 2006, causa C-446/04, Test Claimants in the FII Litigation, p. 90.



partido entre dois Estados contratantes por meio de um tratado contra a dupla tributação deve respeitar as obrigações impostas pelo direito comunitário<sup>19</sup>.

Na análise da terceira questão prejudicial relativa à decisão em tela, a Corte afirmou que a aplicação conjunta da norma convencional e da holandesa não permitia neutralizar os efeitos discriminatórios da imposição francesa em virtude de isenção prevista por este último ordenamento<sup>20</sup>.

É interessante notar que a Corte tem em conta a norma holandesa relativa à tributação dos dividendos sem que a mesma tenha sido mencionada na parte da decisão relativa ao contexto normativo, confirmando, ao menos indiretamente, o princípio segundo o qual *iura novit cúria*. Entretanto, exatamente a consideração da norma holandesa poderia ter influenciado a Corte a excluir considerações posteriores sobre a problemática, como aquela relativa à vantagem financeira, que poderia ter emergido na hipótese em que a controladora tivesse efetivamente se beneficiado de crédito pelo imposto pago no exterior. Realmente, a Corte poderia não ter ido além, considerando a irrelevância, para os fins da causa *Denkavit France*, das questões concernentes à vantagem financeira percebida pela controladora.

Na verdade, apenas interpretando *a contrario* o parágrafo 54 da decisão em tela poder-se-ia deduzir que o crédito do imposto elimina *a priori* o traço discriminatório da tributação na fonte. Tratar-se-ia, de qualquer maneira, de uma conclusão fundada em uma suposição que, a meu ver, parece pouco prudente. Não por acaso, a abordagem pan-européia, utilizada pela Corte de Justiça suscitou críticas da Comissão Européia que, no *procedimento de infração* enviado nos litígios da Itália, sobre tratamento fiscal de dividendos na saída, parece andar na direção oposta, *ergo*, àquela de fundar a análise de compatibilidade da norma nacional somente sobre a consideração do ordenamento do Estado da fonte.

### 3. Futuros Cenários em Matéria de Tributação dos Dividendos Transfronteiriços

Como se evidenciou muitas vezes no curso desses comentários, a decisão *Denkavit France*, na opinião deste que escreve, um valor puramente interlocutório.

É interessante imaginar como o Estado francês poderia observar a obrigação de não discriminar imposta na decisão, sem renunciar à tributação dos dividendos pagos a não-residentes permitida pela norma convencional.

Em princípio, são cogitáveis uma série de soluções diversas.

Primeiramente, o Estado francês poderia estender a aplicação da retenção na fonte também às situações puramente internas. Paradoxalmente, se assim o fizesse, a observância das obrigações comunitárias por parte deste último Estado andaria em detrimento dos sujeitos lá residentes, situação que, entretanto, pareceria já ter precedentes<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> CJCE, decisão de 21 de dezembro de 1999, causa C-307/97, Saint Gobain, pontos 56-58.

<sup>20</sup> Ver nota 1, p. 47.

<sup>21</sup> Vide: H.-J., Tries, "A Comparative Study of the thin Capitalization Rules in the Member State of the European Union and Certain Other States: Germany", *European Taxation* vol. 45, n. 9, 2005, pp. 396-397.

Em segundo lugar, o Estado francês poderia eliminar a obrigação de retenção na fonte para os não-residentes. Isso se poderia realizar, seja em nível de ordenamento interno, seja convencional.

No primeiro caso, o efeito final seria uma renúncia *erga omnes* à tributação dos dividendos em saída. Realmente, isso significaria estender os efeitos da Diretiva controladora-controlada a situações em que não existe nenhuma obrigação imposta pelo direito comunitário secundário. Alguns Estados-membros, como Malta e Bélgica, parecem andar nesta direção<sup>22</sup>. Em ambos os casos, a isenção sobre os dividendos em saída foi introduzida por alteração no ordenamento interno, se bem que, no caso da Bélgica, isso tenha sido somente para as controladoras residentes em Estados não pertencentes à União Européia com os quais estivesse em vigor um tratado contra a dupla tributação.

É previsível que isso possa ter repercussões negativas, como a proliferação de cadeias societárias postas a fazer transitar os fluxos de dividendos em tais dois Estados, permitindo, inclusive, que sociedades controladoras residentes em terceiros países se beneficiassem de regime análogo àquele da controlada e repatriassem os dividendos sem qualquer incidência.

Os problemáticos fins aqui evidenciados são *mutatis mutandis* possíveis a muitos Estados-membros, tendo em conta o quase definitivo desaparecimento, na Europa, dos sistemas baseados em crédito do imposto.

É verossímil que a sujeição à tributação dos dividendos na saída, em presença de um regime de isenção àqueles pagos a residentes seja sustentável em termos de compatibilidade com o direito comunitário, nas relações com terceiros países, mas só na hipótese em que não seja aplicável a livre circulação do capital, ou seja, aquelas situações nas quais não seja possível reconhecer uma influência da controladora sobre a controlada em virtude da participação detida nesta última sociedade.

As soluções até aqui arroladas poderiam ser diversas, na hipótese em que a Corte de Justiça Européia adotasse, de forma generalizada, a abordagem pan-européia, nos casos pendentes concernentes à tributação de dividendos na saída.

Se assim fosse, a tributação no Estado de residência da sociedade distribuidora seria condicionada à modalidade de tributação dos dividendos no Estado da residência do sócio e, em particular, da modalidade lá aplicável de eliminação da dupla tributação.

No caso concreto, o Estado da fonte poderia estar impossibilitado de tributar os dividendos na saída, não obstante a existência de um tratado que lhe reserve a incidência, nos limites previstos no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE, e que imponha ao Estado da residência do acionista eliminar a dupla tributação jurídica, com o método do crédito de imposto. A decisão *Denkavit France* demonstra, de fato, que, em presença de um regime de isenção previsto no ordenamento interno do Estado de residência do sócio, o exercício da competência atribuída pela norma de origem convencional teria efeitos discriminatórios. Entre-

<sup>22</sup> Vejam-se: C. Chéruiy, "Belgium Extends Withholding Tax Exemption", *Tax Analysts*, 17 de janeiro de 2007, n. 1/200; A. Manduca et al. "Malta Reforms Tax System", *Tax Analysts*, de 27 de março de 2007, n. 3/2007.

tanto, como já evidenciado, nestes comentários, casos semelhantes poderiam surgir por conta de outros fatores, como a existência de prejuízos fiscais no estado de residência do acionista, ou seja, limitações temporais relativas à pertinência do crédito.

Mesmo na hipótese em que a Corte de Justiça colhesse de forma integral a abordagem pan-européia, a manutenção da competência tributária ao Estado da fonte pareceria improvável.

Seja por meio de uma abordagem pan-européia, seja considerando-se a situação de um só dos Estados-membros, é verossímil que se chegue a uma extensão do regime da Diretiva controladora-controlada, ao menos da perspectiva do Estado da fonte, ou seja, aquela da sociedade distribuidora dos dividendos.

Todavia, entendo que é preciso fazer uma distinção entre as hipóteses em que no Estado da fonte os acionistas lá residentes se beneficiassem da isenção, ou seja, do modelo de crédito de imposto indireto para eliminar-se a dupla a tributação econômica.

No primeiro caso, de fato, a extensão de um benefício análogo consentiria ao Estado da fonte somente a tributação sobre os dividendos operada por meio do sistema de retenção na fonte. Na hipótese do crédito do imposto indireto, entretanto, a extensão aos sujeitos não-residentes produziria o efeito final de perder-se também o produto da tributação societária referente aos rendimentos seguidamente distribuídos ao acionista não-residente, com óbvias repercussões negativas em termos de produto da arrecadação.

Por tal motivo entendo que a isenção no Estado da fonte é a justa solução de compromisso, se considerado que, também na hipótese de distribuição a sujeitos residentes, os rendimentos seriam fiscalmente isentos.

Como já dito no curso deste trabalho, a evolução da jurisprudência comunitária relativa à tributação dos dividendos poderá ser completada com a decisão do caso *Amurta*<sup>23</sup>. Em tal causa pendente deve-se salientar, em relação à decisão em comento, ao menos uma importante diferença, que é a possibilidade da sociedade participante de se beneficiar efetivamente de um crédito do imposto pago no Estado da fonte. Isso é quanto se pode depreender do ordenamento de remissão da Corte de Apelação de Amsterdam, tese que autorizada doutrina reputou errôneo<sup>24</sup>. É lícito referir-se à causa *Amurta*, como importante indicação sobre a já mencionada causa pendente *Commissione v. Itália* - esta última remetida à Corte de Justiça Européia, em seguida ao procedimento de infração concluído de 25 de julho de 2006<sup>25</sup>. Em relação ao Estado atual, pode-se apenas salientar que a Comissão Européia negou por ora uma abordagem pan-européia, avalizando a posição assumida pela Corte EFTA na decisão *Focus Bank A.S.A.*

<sup>23</sup> Vide nota 4.

<sup>24</sup> Vide: E. Kemmeren, "EJ - Recent Development in Direct Taxation 2007", ed. M. Lang, J. Schuch, C. Staringer, Viena, 2007, p. 151.

<sup>25</sup> Sobre o assunto, conferir *amplius* M. Tenore "La Tassazione dei Dividendi Distribuiti a Società non Residenti: Profili Internazionali e Comunitari", *Resenha Tributária* n. 3, maio-junho, 2006, pp. 823 e ss.