

Proporcionalidade e Tributação Direta no Direito Comunitário Europeu

Ricardo Marozzi Gregorio

*Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.
Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo.*

Resumo

A partir do caso *Leur Bloem*, que tratou da aplicação de medidas restritivas à concessão de benefícios fiscais justificadas pela prevenção do abuso, o Tribunal de Justiça da União Europeia fixou o paradigma do exame da proporcionalidade no âmbito da tributação direta. Considerando que o Tratado da Comunidade Europeia prevê a extensão da liberdade de circulação de capitais e pagamentos para terceiros países, podendo incrementar os fluxos de investimentos entre os países europeus e o resto do mundo, o artigo evidencia a possibilidade de se arguir proporcionalidade perante eventuais discriminações dos pagamentos direcionados para ou originados do Brasil.

Abstract

Since the *Leur Bloem* Case, which concerned the application of restrictive measures to grant tax benefits justified by abuse prevention, the European Union Court of Justice has settled the paradigm of the proportionality exam for direct taxation. Considering that the European Community Treaty provides an extension of the movement of capital and payments freedom to third countries, which may improve investment flows between European countries and the rest of the world, the article gives evidence of possibility to argue proportionality in the presence of any discrimination of payments directed to or originated from Brazil.

1 - Proporcionalidade no Direito Comunitário

A proporcionalidade está na fundamentação do direito comunitário. Esta afirmativa, que poderia parecer muito pretensiosa, justifica-se pela constatação de que o direito comunitário é caracterizado pela imposição das liberdades fundamentais estatuídas no Tratado da Comunidade Europeia¹. Esta imposição exige que o aplicador-intérprete do direito comunitário tenha sempre em conta um necessário nexos entre tais liberdades e o princípio da igualdade.

Com efeito, para assegurar a liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais no interior da União Europeia, é forçoso que se reconheça que não deve haver discriminações no Estado-Membro de destino em função da conexão

¹ Denominação conferida em língua portuguesa ao tratado celebrado em Roma, em 1957, depois das subsequentes alterações. Este trabalho referir-se-á a ele simplesmente como "Tratado".

desses bens, pessoas, serviços ou capitais com outro Estado-Membro. Mas não é só isso, a associação entre as liberdades fundamentais e o princípio da igualdade é mais ampla do que a mera proibição de discriminação. O Estado-Membro de origem também não pode restringir a circulação de bens, pessoas, serviços e capitais para outro Estado-Membro.

Então, no direito comunitário, o princípio da igualdade torna possível a efetivação das liberdades fundamentais. E esse princípio normalmente aparece na forma de proibição de discriminação ou proibição de restrição da circulação de bens, pessoas, serviços e capitais entre os Estados-Membros.

Entretanto, essas proibições não são absolutas. A liberdade de circulação pelas fronteiras permite que algumas medidas discriminatórias ou restritivas possam ser justificadas². É neste sentido que o artigo 30º do Tratado, que cuida da circulação de bens, menciona as justificativas por razões de “moralidade pública”, “ordem pública”, “segurança pública”, “proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou preservação das plantas”, “proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico” e “proteção da propriedade industrial e comercial”. A “ordem pública”, a “segurança pública” e a “saúde pública” são previstas nos artigos 39º, 3, e 46º como razões para atenuar a livre circulação de pessoas. E, por remissão do artigo 55º, valem também para a livre circulação de serviços. Por último, o artigo 58º, 2, prevê que a liberdade de circulação de capitais “não prejudica a possibilidade de restrições ao direito de estabelecimento”. Cumpre esclarecer, que o direito de estabelecimento está incluído pelo Tratado na livre circulação de pessoas e, portanto, a interpretação do artigo 58º, 2, revela que a liberdade de circulação de capitais não deve impedir que as razões do artigo 46º sejam prejudicadas.

Essas razões que justificam a discriminação ou restrição às liberdades fundamentais, nos termos do artigo 30º, não deverão “constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros”. No mesmo sentido, o artigo 58º, 3, dispõe que medidas e procedimentos justificados pelas razões previstas no Tratado “não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos”.

Contudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia³, por reconhecer que as razões listadas no Tratado não são capazes de atender todas as razões de interesse público, criou a sua própria “regra da razão” no caso *Cassis de Dijon*⁴, em que permite restrições nacionais desde que (i) sejam necessárias para proteger um legítimo interesse público; (ii) não distingam de modo algum entre bens, pessoas, serviços e capitais intracomunitários; e (iii) os efeitos restritivos não ultrapassem o necessário para proteger aquele legítimo interesse⁵.

Com fulcro nessa regra, o Tribunal tem adicionado o seguinte rol de razões às inicialmente previstas no Tratado: proteção do consumidor, prevenção da com-

² Cf. Terra & Wattel, *European Tax Law*. 4ª ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 38.

³ Denominação conferida pelo artigo 220º da versão em língua portuguesa do Tratado da Comunidade Europeia. Este trabalho referir-se-á a ele simplesmente como “Tratado”.

⁴ Cf. Caso C-120/78, *Cassis de Dijon*.

⁵ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 40.

petição injusta, proteção do ambiente, melhoria das condições de trabalho, segurança do produto, promoção da cultura, proteção da herança cultural nacional, diversidade política da *media*, dentre outras⁶. No âmbito tributário, destacam-se razões como a necessidade de uma efetiva supervisão administrativa⁷, coerência fiscal⁸ e prevenção do abuso⁹.

Por outro lado, o Tribunal também vem descartando diversas razões reivindicadas pelas partes que litigam ou intervêm nos processos a ele submetidos, tais como, prevenção ao jogo, divórcios e suicídios; dificuldades administrativas para se obter informações do exterior (os Estados-Membros devem usar a Diretiva de Assistência Mútua); vantagens compensatórias para as desvantagens sofridas pelos não residentes (as liberdades fundamentais exigem igual tratamento e não mais ou menos compensação); e argumentação *de minimis* (as liberdades fundamentais proíbem quaisquer discriminações, inclusive discriminações mínimas)¹⁰. Nesse sentido também, na área tributária, argumentações fundadas na ideia de que a perda de receita tributária poderia configurar razão imperiosa de interesse geral têm sido correntemente rejeitadas¹¹.

A regra da razão construída pelo Tribunal revela a exigência da proporcionalidade ao mencionar em seu conteúdo alguns contornos dos elementos constitutivos básicos deste exame como as expressões “desde que sejam necessárias” e “não ultrapassem o necessário”. Assim, o requisito da proporcionalidade é observado quando o Tribunal é instado a verificar se uma medida discriminatória ou restritiva erigida por algum Estado-Membro e fundada numa das razões listadas pelo Tratado não ultrapassa o estritamente necessário para fomentar essas razões. Essa verificação implica também observar se foram promovidas iniciativas comunitárias para proteger os mesmos interesses¹², o que, de pronto, afastaria a justificativa da medida.

Apesar de suas diferentes estruturas, o Tribunal tenta aplicar as quatro liberdades fundamentais da mesma maneira. A convergência da interpretação assegurará a praticabilidade e a certeza das decisões. Com esse intuito, para o seu uso diário, o Tribunal sumarizou no Caso *Gebhard*¹³ as características comuns da regra da razão num teste de quatro condições, que é aplicável a todas as liberdades¹⁴. Nesse sentido, ele estipulou que as medidas nacionais suscetíveis de afetar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher as seguintes condições: (i) aplicarem-se de modo não discriminatório; (ii) justificarem-se por razões imperativas de interesse geral; (iii) serem

⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷ Cf. Casos C-120/78, *Cassis de Dijon*; e C-250/95, *Futura Participations and Singer*.

⁸ Cf. Casos C-204/90, *Bachmann*; C-279/93, *Schumacker*; e C-136/00, *Danner*.

⁹ Cf. Casos C-264/96, *Imperial Chemical Industries - ICI*; C-255/02, *Halifax*; C-196/04, *Cadbury Schweppes*; e C-524/04, *Thin Cap GLO*.

¹⁰ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, pp. 42 e 43.

¹¹ Cf. Casos C-264/96, *Imperial Chemical Industries - ICI*; C-9/02, *De Lasteryrie du Saillant*; C-319/02, *Manninen*; e C-446/03, *Mark & Spencer*.

¹² Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 40.

¹³ Cf. Caso C-55/94, *Gebhard*.

¹⁴ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 43.

adequadas para garantir a realização do objetivo que perseguem; e (iv) não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objetivo.

Novamente o Tribunal empregou expressões que revelam a adesão ao exame da proporcionalidade em seu sentido *lato sensu* como “serem adequadas” e “não ultrapassarem o que é necessário”. Portanto, é imperativo constatar que o teste da proporcionalidade faz parte da regra da razão. E as questões que dizem respeito a este teste e que precisam ser enfrentadas pelo aplicador-intérprete do direito comunitário diante de uma medida nacional restritiva são: a adequação (a medida é adequada para fomentar o interesse público reconhecido pela razão alegada?), a necessidade (existe alguma outra medida igualmente efetiva para fomentar aquele interesse que seja menos restritiva da liberdade fundamental protegida?) e a proporcionalidade em sentido estrito (o efeito restritivo é proporcional ao objetivo perseguido?)¹⁵.

Terra & Wattel afirmam que as medidas nacionais restritivas normalmente atendem as primeiras condições da regra das razões. Entretanto, essas medidas falham na última condição que diz respeito à proporcionalidade (em sentido estrito). No âmbito dos tributos diretos, aqueles autores comprovam sua afirmativa relatando que uma tributação pretendida pelo país de emigração sobre os ganhos de capital de participações acionárias não realizadas na saída do acionista pode se revelar uma medida adequada para proteger a coerência fiscal e impedir a elisão fiscal. Contudo, ela será desproporcional se o pagamento imediato do tributo for exigido (já que uma garantia seria suficiente). E mesmo o requisito da garantia poderia ser desproporcional se o Estado-Membro puder confiar em diretivas de assistência mútua entre as administrações fiscais para requisitar ao Estado-Membro de imigração a arrecadação do imposto diferido na futura realização do ganho de capital¹⁶.

Com efeito, esse foi exatamente o desfecho que o Tribunal deu ao Caso N¹⁷. O governo holandês pretendia exigir garantias pelo tributo sobre os ganhos de capital ainda não realizados de um residente quando de sua transferência para o Reino Unido. O Tribunal considerou que havia uma razão de interesse geral para a criação de uma medida restritiva e que a medida criada pelo governo holandês era adequada para assegurar a concretização desse objetivo. Todavia, quanto à necessidade, o Tribunal entendeu que existiam meios menos restritivos das liberdades fundamentais. Neste sentido, fez referência às mencionadas diretivas de assistência mútua. Por sua vez, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, entendeu que a medida ultrapassava o que é estritamente necessário para assegurar o funcionamento e a eficácia do regime fiscal baseado no princípio da territorialidade.

A aplicabilidade da proporcionalidade no direito comunitário, portanto, é total. Como preliminarmente defendido nesse estudo, constata-se que ela permeia

¹⁵ Cf. Ekkehart Reimer. “Os Efeitos das Liberdades Fundamentais do Tratado da Comunidade Europeia sobre o Imposto de Renda nos Estados-Membros da Comunidade”. *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. II. Luís Eduardo Schoueri (coord.). Trad. Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 947 e 948.

¹⁶ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷ Cf. Caso C-470/04, N.

todo o direito comunitário. Nada obstante, a doutrina especializada no Direito Tributário europeu costuma associar, no campo da tributação direta, o exame da proporcionalidade ao *leading case Leur Bloem*¹⁸, cujo Acórdão foi proferido pelo Tribunal, em 17 de julho de 1997. O caso trata da aplicação de medidas restritivas justificadas pela prevenção do abuso. Em função da importância que representa no desenvolvimento do tema da proporcionalidade no Direito Tributário da União Europeia, o presente estudo, a partir de agora, dedicar-se-á a uma análise mais detida dos contornos do Caso *Leur Bloem*. Para isso, preliminarmente, impõe-se uma breve explanação sobre o desenvolvimento, no direito comunitário, da matéria que trata da prevenção ao abuso na tributação direta.

2 - Prevenção do Abuso na Tributação Direta

Se por um lado os Estados-Membros consentem na construção de uma política fiscal comum em matéria de impostos indiretos, por outro lado bloqueiam os esforços que se façam neste sentido no âmbito da tributação direta. Talvez, com isso, algumas confusões que resultam da falta de padronização linguística e conceitual poderiam ser evitadas.

Isso se verifica, com efeito, no campo do abuso. As expressões inglesas *tax avoidance* e *evasion* têm correspondentes em francês, respectivamente, *évasion* e *fraude fiscale*. Então, *evasion*, em inglês, e *évasion*, em francês, são falsos amigos. Essa confusão pode se propagar para o nosso entendimento sobre o direito comunitário, na medida em que no português de Portugal, que também é uma língua oficial da União Europeia, ocorre a adesão ao padrão francês: “evasão” e “fraude fiscal”. Mas, no Brasil, a fraude fiscal é quem recebe o nome de “evasão”¹⁹, enquanto que o *tax avoidance* recebe o nome de “elisão”²⁰. Portanto, uma falta de clareza que deveria ser evitada no discurso jurídico sob pena de proliferar interpretações equivocadas de suas fontes. Nesse estudo, a terminologia brasileira será mantida. No entanto, recomenda-se a atenção do leitor quando consultar as fontes citadas.

Apesar da variação desses conceitos e de sua presença recorrente nos textos dos acórdãos, parece que o Tribunal não dá diferença de tratamento na verificação do abuso decorrente de qualquer dessas figuras. O que importa é que para a caracterização do abuso a verificação comprove que não há razões econômicas que justifiquem a forma jurídica escolhida. Há, então, uma preocupação mais fundada na substância do que na forma jurídica dos atos sob investigação.

Essa constatação, contudo, não é imediata. Outra confusão conceitual que carece de harmonização está presente nos julgamentos prolatados pelo Tribunal em matéria da prevenção ao abuso. Com efeito, expressões como “expedientes puramente artificiais”, “finalidade essencial”, “obtenção de vantagens fiscais”, “elementos objetivos” e “elementos subjetivos” são empregadas sem maiores preocupações

¹⁸ Cf. Caso C-28/95, *Leur Bloem*.

¹⁹ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário - Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 245. O autor registra que o termo *evasão* entrou no Direito brasileiro por obra de Sampaio Dória no sentido de *sonegação*. Entretanto, é comum seu emprego ampliado também para as hipóteses de *fraude fiscal*.

²⁰ *Ibidem*, p. 244.

com a sistematização da matéria. A noção de abuso desenvolvida pelo Tribunal, entretanto, pode ser compreendida com uma leitura atenta dos principais casos que envolveram o assunto.

Neste sentido, o Caso *Imperial Chemical Industries - ICI*²¹ constitui um importante ponto de partida. O benefício do regime de tributação diferenciado para grupos de empresas previsto na legislação nacional britânica, dentre várias outras condições, exigia que as filiais dos grupos empresariais se situassem no Reino Unido. Alegava-se que o objetivo desta restrição era reduzir o risco de elisão fiscal com a transferência de despesas das filiais situadas no exterior para as filiais situadas no Reino Unido ou, inversamente, com a transferência de lucros destas para as filiais situadas no exterior. A medida restritiva visava, portanto, evitar que a criação de filiais no estrangeiro fosse utilizada para subtrair recursos tributáveis do Fisco britânico. O Tribunal decidiu que a medida restritiva não tinha por objetivo específico excluir do benefício fiscal os “expedientes puramente artificiais” cuja finalidade era contornar a lei fiscal do Reino Unido, mas visava, de maneira geral, qualquer situação em que a maioria das sociedades filiais de um grupo tenha a sua sede, por qualquer razão, fora do Reino Unido. O estabelecimento de uma sociedade fora do Reino Unido não implicava, em si, elisão fiscal, pois a sociedade em questão ficava de qualquer forma sujeita a legislação fiscal do Estado de estabelecimento.

O Caso *Halifax*²² tratou do imposto sobre o valor agregado. Apesar disso, sua análise é importante porque revela que o Tribunal rejeita práticas contrárias aos objetivos perseguidos por diretivas que tratam de harmonização de legislações atinentes a esse imposto. No caso analisado, o Tribunal entendeu que a verificação da existência de uma prática abusiva exigiria, por um lado, que as operações em causa tivessem por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão fosse contrária àqueles objetivos, por outro lado, que devesse de um conjunto de “elementos objetivos” igualmente resultar que a “finalidade essencial das operações” era a “obtenção de uma vantagem fiscal”. A proibição de práticas abusivas não seria relevante nos casos em que as operações pudessem ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais.

Por sua vez, no Caso *Cadbury Schweppes*²³, o Tribunal voltou a declarar que, para que uma restrição à liberdade possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objetivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar “expedientes puramente artificiais”, desprovidos de realidade econômica, com o objetivo de evitar o imposto normalmente devido. No caso apreciado, o fato de a intenção de obter redução fiscal ter inspirado o estabelecimento de sociedades na Irlanda não bastou para concluir pela existência de um expediente puramente artificial. A verificação da existência de tal expediente exigiu, além da existência do “elemento subjetivo” que consistia na intenção de obter uma vantagem fiscal, a presença também de “elementos objetivos” que comprovassem o grau de existência física da sociedade em território irlandês em termos de instalações, pessoal e equipamentos. Se essa verificação tivesse com-

²¹ Cf. Caso C-264/96, *Imperial Chemical Industries - ICI*.

²² Cf. Caso C-255/02, *Halifax*.

²³ Cf. Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

provado uma implantação fictícia na Irlanda, através de filiais em caixas-de-correio ou de fachada, a ausência de realidade econômica teria sido constatada e o expediente teria sido declarado puramente artificial.

O Caso *Thin Cap GLO*²⁴ revela também o entendimento do Tribunal nessa mesma direção. A restrição à dedução, para efeitos fiscais, dos juros pagos para remunerar fundos emprestados por sociedades-mãe, direta ou indiretamente, residentes noutro Estado-Membro seria tolerada se essa medida restritiva se baseasse numa análise de “elementos objetivos” e verificáveis que permitissem identificar a existência de um “expediente puramente artificial” com meras finalidades fiscais. A medida restritiva deveria também prever a possibilidade de o sujeito passivo apresentar, se fosse o caso e sem sujeição a exigências administrativas excessivas, elementos relativos às motivações comerciais subjacentes à transação em causa.

Então, no Caso *ICI*, o Tribunal tratou o abuso como a utilização de expedientes puramente artificiais com a finalidade de se evitar o imposto. Todavia, neste caso, o Tribunal não enfrentou a questão dos elementos objetivos e subjetivos já que a previsão da medida restritiva resumia-se à não concessão do benefício se houvesse filiais no estrangeiro. Essa previsão, apesar de objetiva, pareceu demasiadamente genérica. Já no Caso *Halifax*, o Tribunal exigiu que o abuso fosse comprovado através de uma verificação fundada em elementos objetivos que resultasse na constatação de que a finalidade essencial das operações era a obtenção de uma vantagem fiscal. A presença de alguma explicação de cunho não fiscal afastaria a caracterização do abuso. Ao que tudo indica, o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de evitar o imposto, não seria decisivo. Nos Casos *Cadbury Schweppes* e *Thin Cap GLO*, o Tribunal voltou a falar em expedientes puramente artificiais para evitar o imposto. Entretanto, seu sentido só pode ser entendido da mesma forma presente na ideia, colocada no Caso *Halifax*, de finalidade essencial para obtenção de uma vantagem fiscal.

A análise destes três últimos casos pode concluir que o Tribunal sedimentou o entendimento de que, para se aceitar a medida restritiva da liberdade fundamental, é necessário verificar através de elementos objetivos que o expediente utilizado teve como finalidade essencial a obtenção da vantagem fiscal. Ou, o que dá no mesmo, que era puramente artificial. Nesse entendimento pouco importa o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de obter a vantagem fiscal.

Mas, apesar dessa noção de abuso construída pelo Tribunal, o direito comunitário também necessitou enfrentar a questão da prevenção do abuso no âmbito das cláusulas antiabusivas criadas nas diretivas do Conselho Europeu. Com efeito, estas cláusulas foram previstas no artigo 11º, 1, “a”, da diretiva sobre reorganizações societárias²⁵ e no artigo 1º, 2, da diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários²⁶.

A primeira cláusula estipula que os Estados-Membros podem se recusar a aplicar ou podem retirar, no todo ou em parte, os benefícios contidos na diretiva

²⁴ Cf. Caso C-524/04, *Thin Cap GLO*.

²⁵ Cf. Diretiva nº 90/434/CEE.

²⁶ Cf. Diretiva nº 90/435/CEE.

se for evidente que a reorganização societária tiver como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscais. Essa previsão de abuso pode ser presumida se a reorganização societária for executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias. A cláusula presente na diretiva matriz-filial é mais sucinta e simplesmente estipula que a diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar a evasão ou a elisão.

A cláusula antiabusiva da diretiva sobre reorganizações societárias é de suma importância para a sequência deste trabalho porque foi através dela que o Tribunal incorporou a noção da proporcionalidade no tema da prevenção do abuso. Mais precisamente, no *leading case* que será a seguir apresentado. Antes, porém, note-se que a cláusula não define evasão e elisão fiscais e trata os dois conceitos sem distinção. Portanto, também para os propósitos de aplicação da diretiva, a distinção conceitual não terá relevância²⁷.

3 - Apresentação do *Leading Case*

O Caso *Leur-Bloem*²⁸ tratou de questões prejudiciais, submetidas ao Tribunal pelo órgão jurisdicional holandês, sobre a interpretação da cláusula antiabusiva prevista na diretiva sobre reorganizações societárias. Apesar de os fatos em causa terem ocorrido integralmente em território holandês e serem do interesse exclusivo de pessoas físicas e jurídicas holandesas, o Tribunal reconheceu-se competente para apreciar a matéria porque considerou que a interpretação do direito comunitário se fazia necessária, já que a lei nacional holandesa sobre reorganizações societárias adequou integralmente suas disposições aos preceitos da diretiva comunitária.

Na demanda em curso no órgão jurisdicional holandês²⁹, a Sra. *Leur-Bloem*, única diretora e sócia de duas empresas privadas holandesas, pretendia incorporar uma terceira empresa na função de *holding* das duas primeiras. Essa operação deveria ser realizada através da troca de ações das duas empresas já existentes por ações a serem emitidas pela *holding* a ser incorporada. Tratar-se-ia, portanto, de uma fusão por permuta de ações. Com isso, indiretamente, por intermédio da *holding*, a Sra. *Leur-Bloem* continuaria mantendo o total controle das empresas existentes.

Destarte, todo o grupo formaria uma unidade fiscal para fins de consolidação tributária, o que permitiria a compensação horizontal dos lucros e perdas entre as empresas existentes, reduzindo a cargas dos tributos incidentes. A Sra. *Leur-Bloem* seria a única diretora e sócia da *holding*, assim como nas empresas em que já mantinha essa condição. A *holding* não exerceria qualquer atividade, seria apenas a sociedade controladora das duas outras empresas já existentes.

Nesse arranjo societário, economicamente nada mudaria, exceto a criação da possibilidade de consolidação tributária. Por isso, a *holding* não preenchia o requi-

²⁷ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 563. Apesar dessa constatação, os autores reconhecem expressamente que a evasão é uma ofensa criminal (fraude) e que a elisão não é ilegal.

²⁸ Cf. Caso C-28/95, *Leur Bloem*.

²⁹ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 565.

sito da lei nacional holandesa que exigia a condução de um empreendimento duradouro, de um ponto de vista tanto financeiro quanto econômico, reunindo os empreendimentos das duas subsidiárias. Em função da falta desse requisito, a Administração Fiscal holandesa denegou um pedido de diferimento do imposto, o que acabou por motivar a demanda proposta no órgão jurisdicional.

Na apreciação das questões prejudiciais, o Tribunal observou que, como regra geral, a diretiva sobre reorganizações societárias é aplicável indistintamente a todas as operações de fusão, cisão, transferência de ativos e permuta de ações, independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, econômicos ou puramente fiscais. Consequentemente, o requisito previsto na lei holandesa seria, em princípio, irrelevante para a aplicação da diretiva. Portanto, em princípio, o novo arranjo societário não seria impedido do gozo do benefício da diretiva pelos fatos de a *holding* não exercer nenhum empreendimento, de uma mesma pessoa singular ser sua única sócia e diretora, bem como das empresas preexistentes, e de a reorganização societária não acarretar a reunião de um empreendimento duradouro.

Entretanto, a cláusula antiabusiva prevê uma exceção à regra geral. O Tribunal trata essa exceção como uma reserva de competência dos Estados-Membros. Apenas quando a reorganização societária tem como principal objetivo, ou como um dos seus principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscal é que essa reserva pode tornar-se efetiva e o Estado-Membro pode recusar a aplicação da diretiva. A figura 1, a seguir, facilita o entendimento de como a diretiva trata a questão.

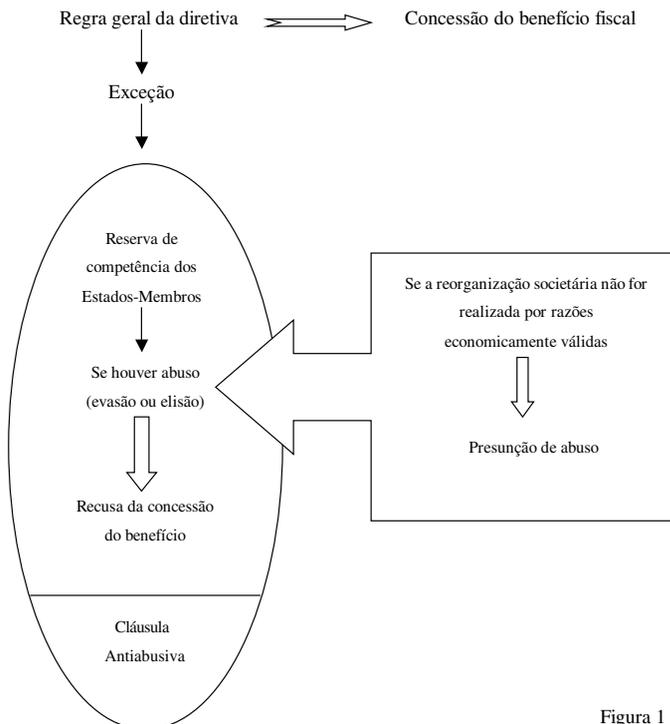


Figura 1

Assim, a regra geral da diretiva é a concessão do benefício fiscal, em conformidade com as liberdades fundamentais comunitárias. Por sua vez, a não concessão é uma medida restritiva que deve ser justificada pela razão já explanada neste estudo, a prevenção ao abuso. A diretiva escolheu tratar do assunto na perspectiva da prevenção à evasão ou à elisão fiscais. Nada muda, contudo, o entendimento da matéria.

É verdade que se a reorganização societária não for executada por razões comerciais válidas, como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias, a diretiva permite que os Estados-Membros presumam que a evasão ou a elisão tenha ocorrido. Todavia, o Tribunal entende que para verificar se a operação em causa tinha algum desses objetivos, as autoridades nacionais competentes não poderiam se limitar a aplicar critérios gerais predeterminados, mas deveriam proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Além disso, essa análise deveria poder ser objeto de uma fiscalização jurisdicional.

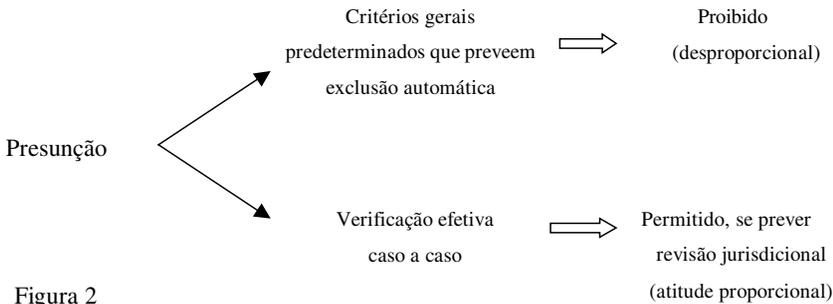
Nesse sentido, tomando como exemplo o caso sob sua apreciação, o Tribunal percebeu que a fusão por permuta de ações que implica na criação de uma nova sociedade *holding*, que não exerce nenhum empreendimento, poderia ser considerada com tendo sido efetuada por razões economicamente válidas. Do mesmo modo, estes fundamentos poderiam tornar necessária a reestruturação jurídica das sociedades que já formavam uma entidade do ponto de vista econômico e financeiro. Também não se poderia excluir, mesmo que isso pudesse constituir um indício de evasão ou elisão fiscais, que a fusão por permuta de ações, que se destinava a criar uma estrutura determinada por um período limitado, e não duradouro, pudesse ter sido efetuada por razões economicamente válidas.

Portanto, os critérios gerais predeterminados presentes na legislação nacional holandesa não puderam ser aceitos como medidas restritivas aos benefícios fiscais previstos na diretiva. Cumpre lembrar, que estes benefícios são medidas que fomentam as liberdades fundamentais comunitárias. Então, no jogo da ponderação, o Tribunal entendeu que os critérios gerais predeterminados são medidas restritivas desproporcionais para fomentar a prevenção ao abuso.

Com efeito, o Tribunal pronunciou que a instituição de uma regra de caráter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, como os critérios da lei holandesa, quer haja ou não efetivamente evasão ou elisão fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa evasão ou essa elisão fiscais e prejudicaria o objetivo perseguido pela diretiva. Cumpre esclarecer, no entanto, que não se deve confundir a referência à palavra “necessário”, empregada pelo Tribunal no teste da proporcionalidade em sentido estrito, com o teste da necessidade, que é uma das vertentes da abordagem *lato sensu* da proporcionalidade.

Por oportuno, nessa perspectiva *lato sensu*, quanto ao teste da adequação, pode-se dizer que as medidas restritivas seriam adequadas para fomentar a prevenção à evasão ou à elisão fiscais. Por sua vez, quanto ao teste da necessidade, não há no caso relatado qualquer referência que poderia revelar a existência de uma medida menos restritiva, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em apreço, ao direito de gozo do benefício da diretiva.

Por consequência, foi quanto ao teste da proporcionalidade em sentido estrito que o Tribunal considerou sua decisão. De fato, a constatação de que as medidas restritivas vão além do que seria necessário reflete bem essa vertente da abordagem proporcional. E é também neste sentido que o Tribunal revela que mesmo uma simples possibilidade de derrogação da regra de caráter geral deixada à discricção da autoridade administrativa, se fosse aditada à lei nacional holandesa, não poderia ser aceita. Tratar-se-ia, do mesmo modo, de uma restrição desproporcional. A figura 2 ilustra bem o entendimento do Tribunal.



Portanto, o requisito previsto pelo legislador holandês constitui uma regra de caráter geral que pretende aplicar a presunção. Mas, nenhum de seus elementos pode ser considerado, em si mesmo, decisivo. Como a regra não verifica caso a caso se efetivamente houve evasão ou elisão, há desproporcionalidade na presunção. Então, o Tribunal entende que a aplicação da presunção prevista na diretiva deve respeitar o exame da proporcionalidade.

Para o Tribunal, esta interpretação está em conformidade com os objetivos tanto da diretiva quanto de sua cláusula antiabusiva. Isso porque, no primeiro, considerando da diretiva, o objetivo por ela perseguido é o de instaurar regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem sua posição concorrencial no plano internacional. Este mesmo considerando prevê também que as reorganizações societárias entre sociedades de Estados-Membros diferentes não devem ser entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros. Apenas quando a operação em causa tiver por objetivo a evasão ou a elisão fiscal, nos termos da cláusula antiabusiva e do último considerando da diretiva, é que os Estados-Membros podem recusar a aplicação desta última.

Em suma, os objetivos da diretiva, que se coadunam com os ideais das liberdades fundamentais, não podem ser distorcidos sem a efetiva verificação da evasão ou elisão fiscais. Em outras palavras, só a efetiva verificação da existência do abuso, realizada caso a caso, poderá revelar a admissibilidade de uma restrição àqueles objetivos. Essa exigência tem como consequência o fato de que em cada caso a autoridade fiscal deve perquirir todas as nuances necessárias para firmar uma convicção aceitável de que a reorganização societária foi efetivada de modo abusivo. Além disso, deve haver previsão da possibilidade de revisão jurisdicional dessa

convicção. No entender do Tribunal, só essa atitude poderia ser considerada proporcional.

Entretanto, parece difícil por em prática legislativa as conclusões traçadas pelo Tribunal. Com efeito, os Estados-Membros podem presumir que a ausência de razões econômicas válidas constitui abuso, mas não podem editar uma regra geral que automaticamente exclua certos tipos de operações. Do mesmo modo, pronunciou o Tribunal, os Estados-Membros também não podem prever exclusões genéricas passíveis de derrogação sujeitas à discricção da autoridade administrativa³⁰.

Então, resta saber se os Estados-Membros poderiam simplesmente atribuir aos contribuintes o ônus de provar a presença de razões econômicas válidas. Mas, se esta regra geral também estiver proibida, o ônus de provar a ausência de razões econômicas válidas seria das autoridades fiscais. No entanto, esta seria uma *probatio diabolica*, já que é impossível demonstrar que alguma coisa não é o caso, não aconteceu ou não existe. Ora, eis também aqui uma desproporcionalidade. Por conseguinte, Terra & Wattel parecem ter razão quando argumentam que não deve ser denegada certa discricionariedade às autoridades fiscais nesta matéria, garantida sempre, entretanto, a possibilidade de completa revisão judicial³¹.

Dentre as questões prejudiciais apreciadas pelo Tribunal, a última tratava especificamente sobre a vantagem fiscal que seria obtida com o arranjo societário revelado no Caso *Leur-Bloem*. Cumpria verificar se uma compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades que participavam na operação constituía uma razão economicamente válida na acepção da cláusula antiabusiva da diretiva. Era, portanto, o Tribunal assumindo, em tese, a postura por ele próprio recomendada para o trato da matéria. Em outras palavras, era no caso concreto que a verificação do abuso deveria ser conduzida.

Entretanto, nessa verificação, o Tribunal economizou palavras. Sua decisão simplesmente foi fundamentada sob o argumento de que restava claro da literalidade e dos objetivos da cláusula antiabusiva, bem como dos da diretiva, que o conceito de razões econômicas válidas vai além da simples procura de um benefício puramente fiscal. Por isso, uma operação de fusão por permuta de ações que apenas visasse a atingir esse objetivo não podia constituir uma razão econômica válida na acepção da cláusula antiabusiva.

Então, para o Tribunal, se o objetivo da reorganização societária for exclusivo de obtenção de uma compensação fiscal horizontal de perdas, isto configura a simples procura de um benefício puramente fiscal. Não seria, pois, uma razão economicamente válida, donde resulta que a presunção poderia ser constituída no sentido de se afirmar que haveria no caso uma possível situação de evasão ou elisão fiscal.

Consequentemente, a verificação caso a caso, aplicada, em tese, pelo Tribunal no Caso *Leur-Bloem*, revelou que a cláusula antiabusiva poderia ser satisfeita. Portanto, a concessão do benefício fiscal poderia, afinal, ser recusada. Então, se por um lado o Tribunal rejeitou os requisitos da lei nacional holandesa porque consti-

³⁰ *Ibidem*, p. 568.

³¹ *Idem*.

tuíam critérios gerais predeterminados que previam de forma desproporcional a exclusão automática do benefício, por outro lado o Tribunal considerou na verificação, em tese, do caso a ele submetido que a presunção do abuso poderia ser reconhecida se a reorganização societária não fosse realizada por razões economicamente válidas.

A decisão do Tribunal nessa hipotética verificação casuística não chega a ser surpreendente. Com efeito, já havia sido aqui revelado, quando se teve a oportunidade de investigar os Casos *Halifax*, *Cadbury Schweppes* e *Thin Cap GLO*, o entendimento sedimentado pelo Tribunal em matéria de abuso. Naquela ocasião, chegou-se a conclusão que, para aceitar a medida restritiva da liberdade fundamental, é necessária a verificação através de elementos objetivos que o expediente utilizado teria como finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal. Concluiu-se também que isso equivaleria dizer que se fez uso de um expediente puramente artificial.

O veredicto do Tribunal no Caso *Leur-Bloem* segue essa mesma orientação. A compensação fiscal horizontal de perdas entre as sociedades que participavam na operação foi considerada uma razão economicamente inválida. Neste caso, a reorganização societária constituiria, para o Tribunal, um expediente puramente artificial. Ou, ainda, um expediente utilizado com a finalidade essencial de se obter uma vantagem fiscal. Descontado o jogo de palavras, o raciocínio é o mesmo.

Poder-se-ia perguntar onde estão os elementos objetivos na verificação efetuada pelo Tribunal. De fato, em sua decisão há apenas uma referência hipotética: “uma operação de fusão por permuta de ações que apenas visasse a atingir esse objetivo [procura de uma benefício puramente fiscal] não podia constituir uma razão econômica válida”. Parece, realmente, faltar o elemento objetivo. Entretanto, como o Tribunal apenas em tese efetuou uma verificação, os elementos objetivos ficaram subtendidos na referência hipotética. Com efeito, cumpriria às autoridades holandesas verificá-los no caso concreto para atestar se a condição subtendida, “visar a atingir o objetivo puramente fiscal”, seria efetivamente satisfeita.

4 - Comentários Finais

Feita a apresentação do *leading case*, alguns comentários são oportunos. Como já se noticiou, o exame da proporcionalidade revelou tamanho valor no raciocínio levado a efeito pelo Tribunal no Caso *Leur-Bloem*, que virou paradigma. Sua citação é recorrente quando se pretende falar da proporcionalidade em matéria tributária na doutrina do direito comunitário. Entretanto, parece que essa constatação merece uma melhor reflexão.

De fato, no campo do abuso, o julgamento do *leading case* manifesta um interesse ímpar porque conduz a um importante precedente. A edição de regras nacionais de cunho restritivo que pretendam fomentar a prevenção ao abuso não pode revestir caráter genérico porque o Tribunal já decidiu que tais iniciativas são absolutamente desproporcionais. No sopesamento entre os interesses colidentes, prevenção ao abuso *versus* liberdades fundamentais, a restrição genérica a estas últimas é demasiada em relação ao fomento da primeira. Diante disso, o Tribunal também concluiu que uma atitude proporcional é a que sustenta a verificação, caso a

caso, da efetiva ocorrência do abuso, reservada a devida previsão da possibilidade de revisão jurisdicional dessa verificação.

A utilidade deste precedente pode ser ilustrada com algumas conclusões na própria discussão sobre o proveito das cláusulas antiabusivas. Segundo Terra & Wattel, as cláusulas antiabusivas, como quaisquer medidas restritivas das liberdades fundamentais, devem ser aplicadas de acordo com a regra das razões, que entre outras condições, inclui a da exigência de atendimento ao exame da proporcionalidade. Os autores citam expressamente o Caso *Leur-Bloem* para lembrar que exclusões automáticas de certas situações, que presumem de forma genérica o abuso, são provavelmente desproporcionais³².

Nesse sentido, os autores avançam seu raciocínio para afirmar que as decisões do Caso *Leur-Bloem* se aplicam também à cláusula antiabusiva da diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários. Isso se justifica porque o Tribunal caracterizou a cláusula antiabusiva como uma reserva de competência dos Estados-Membros, que deve ser interpretada estritamente, já que o objetivo e o propósito geral da diretiva sobre reorganizações societárias é a remoção de obstáculos tributários³³. De fato, esta caracterização aplica-se por igual à cláusula antiabusiva da diretiva matriz-filial. Os autores, na verdade, não esperam que a diferença na estrutura das cláusulas antiabusivas de ambas as diretivas conduza a significativas diferenças em seu escopo ou aplicação³⁴.

E mais, esses autores revelam que uma longa lista de casos julgados pelo Tribunal mostra que os operadores econômicos buscam o direito comunitário como subterfúgio para intentos ardilosos. Entretanto, o Tribunal continuamente decide que os Estados-Membros podem recusar aplicar as cláusulas previstas na lei comunitária sempre que eles puderem demonstrar que (i) o operador planeja obter por artifício um benefício que foi claramente engendrado para uma circunstância que não lhe favorece e (ii) o resultado da aplicação da cláusula prevista na lei comunitária estaria em desacordo com, ou seria até mesmo estranho, ao objetivo e propósito daquela cláusula. Por estes motivos, e comparando-os com a doutrina estabelecida pelo Tribunal no Caso *Leur-Bloem*, aqueles autores sustentam que as cláusulas antiabusivas previstas na diretiva sobre reorganizações societárias e na diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários seriam completamente supérfluas³⁵.

Diante dessas evidências, é de se indagar também a utilidade de cláusulas antiabusivas presentes em outras diretivas como, por exemplo, no artigo 5º, 1, da diretiva que trata dos juros e *royalties* intersocietários³⁶. Com efeito, antes mesmo da entrada em vigor dessa diretiva, ainda na fase de discussão da proposta, já existiam trabalhos discutindo a aplicabilidade da cláusula antiabusiva prevista nesta proposta em face do exame da proporcionalidade e da interpretação proferida pelo Tribunal no Caso *Leur-Bloem*³⁷.

³² *Ibidem*, pp. 526 e 527.

³³ *Ibidem*, p. 527.

³⁴ *Ibidem*, p. 563.

³⁵ *Ibidem*, pp. 571 e 572.

³⁶ Cf. Diretiva nº 2003/49/CE.

³⁷ Cf. Dennis Weber. "The Proposed EC Interest and Royalty Directive", *EC Tax Review* 1, 2001, p. 28.

Por outro lado, como já se disse, também assiste razão a Terra & Wattel quando argumentam que não deve ser denegada alguma discricionariedade às autoridades fiscais na questão da comprovação do abuso. Nesse sentido, seria legítima a inversão do ônus da prova de que as operações sob suspeita não se limitaram ao interesse puramente fiscal. Os Estados-Membros deveriam ser livres para requerer aos contribuintes a comprovação das mínimas razões econômicas de suas operações, garantindo que (i) a requisição seria exigida para cada operação e considerada individualmente em seus próprios méritos pelas autoridades fiscais, (ii) a administração fiscal não solicitaria mais informação ou documentação do que o estritamente necessário, e (iii) o procedimento e seu resultado estariam sujeitos à possibilidade de completa revisão jurisdicional³⁸.

A organização societária numa perspectiva de se beneficiar de regras nacionais menos restritivas não é negada. O *jurisdiction shopping* é reconhecido como parte integrante do mercado, mesmo que a escolha da jurisdição ou da forma legal seja justificada pelo desejo de evitar regras nacionais indesejadas. O que não é aceito é o expediente puramente artificial, ou se for outra a preferência, os seus sinônimos, o benefício puramente fiscal e a finalidade essencial de uma vantagem fiscal. Assim, para que uma operação não corra o risco de ser considerada abusiva no âmbito do direito comunitário, recomenda-se que haja razões não incidentais e não tributárias que a justifique³⁹.

A referência do *leading case* em matéria de prevenção ao abuso se expande também para o tema das legislações das *Controlled Foreign Corporations* - CFC. Argumenta-se que o julgamento do Caso *Leur-Bloem* rejeitou as presunções absolutas no campo da prevenção ao abuso. Como o uso das presunções absolutas é farto nas legislações CFC através de critérios gerais predeterminados, que incluem certos casos no escopo dos regimes CFC, automaticamente, esteja ou não o abuso efetivamente acontecendo, há claras evidências de descumprimento da proporcionalidade⁴⁰. Ainda que a maioria das legislações CFC contenha um conjunto de regras que afasta o regime quando, por exemplo, a CFC efetivamente conduz uma atividade empresarial, mesmo nesse caso, uma abordagem caso a caso seria mais condizente com os reclamos da proporcionalidade⁴¹.

A proporcionalidade, como se vê, ganhou notoriedade no campo da prevenção ao abuso desde a prolação do acórdão do Caso *Leur-Bloem*. No entanto, resumir seu âmbito de aplicação a essa matéria é reduzir sua importância. Já se teve a oportunidade de demonstrar que o exame da proporcionalidade está no âmago do direito comunitário. Sua aplicação, portanto, extrapola a capacidade de aferir uma só das razões que podem justificar uma medida restritiva das liberdades fundamentais. Na verdade, a proporcionalidade tem capacidade de aferir qualquer razão que possa justificar uma medida restritiva ou discriminatória daquelas liberdades.

³⁸ Cf. Terra & Wattel, *op. cit.*, p. 568.

³⁹ *Ibidem*, p. 570.

⁴⁰ Cf. Juanita Bezzina *et al.* "The 2005 Leiden Forum on Recent and Pending Direct Taxation Cases before the European Court of Justice", *Intertax* vol. 34, Issue 4. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, p. 210.

⁴¹ *Ibidem*, p. 211.

Neste sentido, no Caso *Açores*⁴², o Tribunal decidiu, em conformidade com o artigo 87º, 3, “a” e “c”, do Tratado, que podem ser autorizados auxílios estatais que não sejam simultaneamente regressivos e limitados no tempo, na medida em que contribuam para compensar os custos adicionais do exercício da atividade econômica inerentes aos fatores enunciados no artigo 299º, 2, do Tratado, cuja persistência e conjugação prejudicam o gravemente o desenvolvimento das regiões ultraperiféricas. Entretanto, os auxílios previstos devem se justificar não só pela sua natureza e por sua contribuição para o desenvolvimento regional, mas também pela proporcionalidade em relação aos custos adicionais que visam compensar. Diante disso, a aplicabilidade desses auxílios a empresas que operam no setor financeiro, na modalidade de incentivos fiscais que reduzem as alíquotas do imposto sobre o rendimento, foi considerada desproporcional porque faltavam elementos quantificáveis que permitissem medir objetivamente o nível dos custos adicionais com que se defrontavam as sociedades financeiras que operam na região.

Extraí-se dessa decisão, que a liberdade concorrencial, indiretamente presente nas liberdades do direito comunitário, teve maior peso na ponderação que se estabeleceu com o interesse pelo fomento desenvolvimentista da região ultraperiférica. A despeito, inclusive, de argumentos que justificavam a medida restritiva no âmbito nacional, motivada pelo fomento de soberanos princípios constitucionais portugueses, como a capacidade contributiva e a solidariedade nacional. Como constata-se, é a proporcionalidade indistintamente contrapondo princípios nacionais e comunitários.

Esta contraposição de princípios verifica-se até mesmo na essência das grandes decisões nacionais. Com efeito, a Suíça já teve que atenuar um valor importantíssimo de seu sistema constitucional. Apesar de continuar mantendo sua decisão soberana de não participar da comunidade, este país conserva históricas relações de vizinhança com os Estados-Membros. Neste sentido, em 1999, foi assinado o acordo para livre circulação de pessoas. Contudo, a efetivação desta liberdade floresceu o interesse das autoridades europeias pela prevenção do abuso e pela troca de informações de cunho fiscal⁴³. Diante disso, a Suíça viu-se obrigada a suavizar o princípio constitucional do sigilo bancário. Em 2004, foi assinado um acordo sobre aplicações financeiras no qual os investidores europeus que mantêm recursos nas instituições financeiras suíças terão as alíquotas do imposto na fonte sobre o rendimento de suas aplicações progressivamente aumentadas. Entretanto, caso concorde com a quebra do sigilo de suas operações, o investidor poderá compensar o imposto retido na Suíça com o imposto devido em seu país de residência. Além disso, caso se comprove que os recursos aplicados são oriundos de operações fraudulentas, o anonimato será imediatamente afastado.

Constata-se, assim, que o povo suíço, através de seus representantes, também fez sua ponderação para decidir que o valor da liberdade de circulação de pessoas deveria prevalecer sobre o valor do sigilo bancário. Com certeza, trata-se de um

⁴² Cf. Caso C-88/03, *Açores*.

⁴³ Cf. Pasquale Pistone. *General Report, EU and third Countries: Direct Taxation*. Linde Verlag and Kluwer Law International, 2007, p. 19.

enfoque diferente daquele que se verifica nas justificativas de ofensas as liberdades fundamentais do direito comunitário. Mas, ainda assim, serve para ilustrar que o pensamento proporcional deve conduzir as decisões políticas antes mesmo de que os problemas cotidianos sejam submetidos às decisões judiciais.

O exame da proporcionalidade, enfim, é um grande condutor das decisões que refletem as naturais adversidades resultantes de um complexo processo de integração como o vivido na União Europeia. Sua aplicabilidade pode ser comprovada nas mais diversas áreas que constituem o processo. No domínio da tributação direta, essa realidade não se circunscreve às justificativas das medidas que pretendem afastar a supremacia das liberdades fundamentais em proveito da prevenção ao abuso. O uso da proporcionalidade é mais amplo e deveria mesmo ser obrigatório para justificar todas as situações em que uma liberdade fundamental precisa ser obstaculizada para fazer valer o interesse tributário de algum Estado-Membro.

Apesar de as decisões administrativas também deverem ser guiadas pela proporcionalidade, é forçoso reconhecer que cabe ao Tribunal de Justiça o principal papel nesse empreendimento. Ele é o motor da integração europeia. E, na seara dos impostos diretos, desde 1986, com seu pronunciamento no famoso *Caso Avoir Fiscal*⁴⁴, o Tribunal progressiva e gradualmente vem removendo com os seus precedentes judiciais as medidas restritivas e discriminatórias às liberdades fundamentais erigidas pelos Estados-Membros. Este julgamento marcou o nascimento do campo da tributação direta no direito comunitário. Desde então, os Estados-Membros não estão mais livres para exercer suas prerrogativas em dissonância com a primazia do direito comunitário. Além disso, o Tribunal vem também mudando o sentido das regras do Direito Tributário Internacional para fazer valer as liberdades fundamentais⁴⁵.

Mesmo com toda essa atuação do Tribunal, o objetivo da harmonização ainda se faz necessário. Na sistemática atual os juízes nacionais só têm a obrigação do reenvio de uma questão para a apreciação do Tribunal quando não há clareza sobre a interpretação do direito comunitário, ou como se diz, na falta do *acte clair*. Muitos Estados-Membros continuam com suas medidas restritivas e discriminatórias, mesmo que o Tribunal já tenha proferido decisão em sentido contrário. Inclusive, na esfera do Direito Tributário Internacional existem propostas, tanto de convenções-modelo, quanto de tratados multilaterais, que pretendem melhor solucionar os conflitos entre os acordos internacionais firmados pelos Estados-Membros e o direito comunitário⁴⁶.

Nesse contexto, a harmonização exige maior consistência nas decisões do Tribunal. O recurso da proporcionalidade, com efeito, confere maior clareza e certeza quando invocado nessas decisões. Entretanto, percebe-se pouca atenção aos rigores da teoria que sustenta a proporcionalidade. Esta teoria tem raízes na concepção neoconstitucionalista que reconhece nos direitos fundamentais uma posição privilegiada no sistema jurídico. Neste sentido, estes direitos assumem máxima

⁴⁴ Cf. Caso C-270/83, *Avoir Fiscal*.

⁴⁵ Cf. Pasquale Pistone. "European Direct Tax Law: *Quo Vadis?*". *Report at the 2007 Congress of the European Association of Tax Law Professors*. Helsinki: 7-8 June 2007.

⁴⁶ Cf. Pasquale Pistone. "An EU Model Tax Convention". *EC Tax Review* 3, 2002, p. 132.

hierarquia, força jurídica, importância do objeto e grau de indeterminação⁴⁷. A questão de como adaptar a teoria desenvolvida para um sistema constitucional nacional às particularidades do direito comunitário talvez mereça maior reflexão da doutrina, mas a prática do Tribunal de Justiça já incorporou aspectos dessa teoria sem maiores preocupações.

Uma exigência da teoria que parece pouco refletida nos julgamentos do Tribunal é a argumentação jurídica fundamentada. No Caso *Lew-Bloem*, por exemplo, que evidências o Tribunal relatou em sua decisão que poderiam fundamentar sua conclusão de que os critérios gerais predeterminados ultrapassavam o que era necessário para evitar o abuso? Nada além de afirmar a desproporcionalidade foi dito. A racionalidade do sopesamento está no poder da argumentação. Uma teoria argumentativa é absolutamente necessária para complementar a teoria dos direitos fundamentais porque é com ela que o exame da proporcionalidade ganha robustez⁴⁸.

Pode-se contradizer que os textos dos acórdãos refletem apenas as conclusões dos julgamentos. O regimento do Tribunal não prevê a transcrição dos pensamentos nem dos votos dos julgadores. Contudo, essa postura nas decisões amparadas pela proporcionalidade pode ser perigosa. As críticas formuladas às concepções neoconstitucionalistas são constantemente direcionadas para a insegurança jurídica e para a irracionalidade do sopesamento. As respostas a essas críticas estão justificadas na ideia da boa fundamentação argumentativa.

E o que dizer do interesse do assunto deste estudo, a proporcionalidade na tributação direta do direito comunitário, para países não membros da União Europeia, tais como o Brasil? A redação do artigo 56º do Tratado responde a questão. O objeto de sua proteção é a liberdade de circulação de capitais e pagamentos. Entretanto, diferentemente do que ocorre com as outras liberdades fundamentais, o Tratado prevê sua extensão para os terceiros países. Apesar de existirem alguns doutrinadores que ainda sustentam que esta liberdade se aplicaria somente às situações em que as pessoas envolvidas na operação que origina o pagamento em questão tenham a nacionalidade europeia, a melhor doutrina interpreta que a liberdade se aplica independentemente destas situações, já que somente assim pode ser proporcionada uma igualdade definitiva de tratamento para capitais e pagamentos dentro do mercado interno⁴⁹.

Então, a liberdade de capitais e pagamentos pode refletir nos fluxos de investimentos do e para o Brasil. É importante para os investidores nacionais saber se os Estados-Membros estão restringindo os pagamentos direcionados para o Brasil, por exemplo, com a tributação dos juros, *royalties* ou dividendos. De igual modo,

⁴⁷ Cf. Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Miguel Carbonell (ed.). Trad. Alfonso García Figueroa. Madrid: Editorial Trota, 2005, pp. 32 a 36.

⁴⁸ Cf. Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; e *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

⁴⁹ Cf. Pasquale Pistone. “O Impacto do Direito Comunitário Europeu nas Relações com Terceiros Países em Matéria de Tributação Direta sobre a Renda”. *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 3. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 247.

importa às empresas nacionais não verem seus pagamentos serem discriminados nos Estados-Membros porque isto reduziria o interesse pelos investimentos no País. Em ambos os casos, é legítima a busca da defesa desses interesses no Tribunal europeu.

Contudo, ainda há muitos julgamentos no Tribunal que demonstram resistência ao entendimento amplificado da liberdade de capitais⁵⁰. Diante dessa realidade, a argumentação proporcional pode revelar sua força. Com efeito, as considerações manifestadas por Luís Eduardo Schoueri⁵¹ podem ganhar mais apelo se examinadas no contexto da proporcionalidade.

A ideia de se criar uma moeda europeia, como foi o caso do Euro, reforça a liberdade de capitais no âmbito internacional. Afinal, a moeda só é forte porque quem negocia com ela tem certeza de que ela é livre para circular. Assim, a extensão desta liberdade fundamental para terceiros países pode ser considerada uma necessidade para o fortalecimento do mercado de capitais europeu. Restrições à livre circulação podem sucumbir diante desse argumento numa abordagem proporcional. No mesmo sentido, a concessão unilateral, que pode a princípio parecer estranha aos acordos internacionais, que normalmente implicam longas rodadas de discussões para que cada interessado concorde em ceder uma parte na negociação, pode-se mostrar proporcional em detrimento de medidas restritivas. Para isso, o exemplo chileno é uma comparação de forte convencimento.

Pode-se argumentar, ainda, que o objetivo da integração na União Europeia é ir além de um mero Estado federativo. O escopo de seus tratados, que normalmente se ampliam para terceiros países, revela isso. O passado sangrento, que persiste na memória das novas gerações, também contribui para uma ambição de maior amplitude. Os blocos econômicos por todo o mundo tendem a se abrir cada vez mais. Não é outro o objetivo da Organização Mundial do Comércio - OMC. Portanto, parece que a interação não é só europeia. Ela começa na Europa, mas já vai se ampliando com a celebração dos tratados com os diversos países. Nesse contexto, ganha reforço o argumento de que medidas restritivas possam ser desproporcionais quando evidenciada a grandeza das intenções da liberdade de circulação de capitais.

Pasquale Pistone⁵² relata também que a proporcionalidade pode ainda ser aplicada na perspectiva das relações dos Estados-Membros com os terceiros países. Estas relações são estruturalmente diferentes das que se estabelecem no mercado interno europeu. Consequentemente, medidas tributárias que podem parecer desproporcionais dentro do mercado interno poderiam não sê-lo num contexto envolvendo terceiros países. Isso, entretanto, não significa que esse exame sempre implica a aplicação de tratamento diferenciado na relação com terceiros países, mas, na medida em que exista um diferente contexto, um diferente tratamento pode ser justificado à luz da proporcionalidade.

⁵⁰ Cf. Luís Eduardo Schoueri. "Tributação Direta e Direito Comunitário Europeu em Relação a Terceiros Países". *Direito Tributário Atual nº 20*. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 125 a 165.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 120 e 121.

⁵² Cf. Pasquale Pistone. *General...*, p. 11.