

A Tributação da Empresa Multinacional na União Européia - Instrumentos de Tributação dos Rendimentos Transnacionais: a Disciplina Comunitária¹⁻²

Claudio Sacchetto

*Ordinario di Diritto Tributario, Diritto Internazionale, Comunitario e Comparato.
Facoltà di Economia e Management. Università di Torino.*

1. Introdução

Sendo um título amplo e complexo, o curto espaço de tempo que me foi concedido obriga-me a sintetizar alguns aspectos dos documentos que serão citados. Não será um relatório de tipo sistemático, mas somente “crítico”. Procurarei, após uma breve introdução histórica, evidenciar as diversas problemáticas que surgiram desde o último estudo da Comissão Européia,³ procurando, para cada uma delas, identificar as soluções européias compatíveis. Neste momento não se deseja reexaminar as características do processo de harmonização fiscal europeu desde 1957 até hoje, mas somente evidenciar como, durante esses anos, houve uma constante preocupação por parte dos órgãos da União Européia, especialmente por parte da Comissão, em como chegar a um ou mais modelos de tributação das sociedades,⁴ partilhável do ponto de vista fiscal e financeiro, e compatível do ponto de vista político.

Deve-se partir de uma premissa fundamental: a tributação das empresas multinacionais “sempre” foi objeto de estudo por parte da Comissão das Comunidades Européias, mas exclusivamente com atenção específica à transnacionalidade das empresas européias. Os instrumentos comunitários predispostos para esse tipo de tributação foram estudados e concebidos somente com relação às sociedades que efetuavam operações de *cross-border*. As metodologias de tributação deveriam considerar não só a especificidade dos rendimentos transnacionais e, portanto, a interação entre dois ou mais ordenamentos jurídicos, mas, sobretudo, o respeito às liberdades fundamentais do Tratado que instituiu a Comunidade Européia (não-discriminação, livre circulação de mercadorias, capitais etc.). Este sempre foi um objetivo imprescindível entre os escopos da normativa comunitária mesmo se, em alguns casos, não encontrou uma fácil conjugação com o respeito ao princípio da capacidade contributiva presente nos Estados e nos seus vínculos de política econômica e também no princípio da soberania dos Estados em matéria de impos-

¹ *Strumenti di Tassazione dei Redditi Transnazionali: la Disciplina Comunitária*, traduzido para o português por Ricardo Fernandes. Relatório referente à apresentação feita durante Congresso sobre a Tributação das Empresas Multinacionais na União Européia, realizado em Siena em janeiro de 2003.

² Agradecimentos ao Dr. M. Grandinetti, ao Dr. Marco Tucci e ao Dr. C. Baldanzi da Fiat Gesco pelos preciosos conselhos dados. A responsabilidade pelas afirmações deve ser atribuída exclusivamente ao autor.

³ *Company Taxation in the Internal Market*, Sec (2001) 1681 def.

⁴ C. Sacchetto, “Voce Armonizzazione Fiscale nella Comunità Europea”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*; “Mercato Unico e Fiscalità d’impresa. Il Nuovo Scenario all’inizio dell’anno 2000”, *Diritto ed Economia*, 1999, p. 139.

tos diretos. Essa problemática foi objeto de estudo não somente no que tange ao aspecto da equiparação da tributação entre sociedades nacionais e multinacionais, mas, principalmente, sobre a metodologia técnica na qual basear a tributação. É o “como” tributar as sociedades transnacionais que assume particular importância.

2. O Documento da Comissão (582/2001): Conteúdo e Metodologia

O último estudo da Comissão, aqui examinado, é o primeiro após o do Comitê Ruding⁵ de 1992 e, com relação a este, coloca-se em uma perspectiva diferente, pois, neste caso, o Serviço de Documentação da Comissão, e não mais os técnicos externos independentes, não assumiu uma posição clara sobre diversas questões. O seu mandato previa a identificação das c.d. (*sic*) distorções fiscais presentes no Mercado Único, cabendo, depois, ao Conselho da União, por unanimidade, tomar as respectivas decisões políticas. O estudo reflete também o momento histórico em que foi realizado e publicado; de fato, nas premissas destaca-se o motivo da redação de um novo documento posterior ao de 1992. Aqui resumimos as principais razões que foram identificadas:

- as numerosas fusões e aquisições internacionais;
- o surgimento do comércio eletrônico e, mais geralmente, o advento da globalização;
- a realização da integração monetária europeia;
- a mudança de visão por parte das empresas europeias que reconhecem a UE como o seu mercado *nacional*;
- o desenvolvimento das normativas societárias em âmbito europeu.

Em especial, este estudo, de modo muito realista, expõe soluções opcionais, graduais no tempo e, principalmente, com uma ordem política diferente. Além disso, assim como no passado, a escolha recai no favorecimento às operações internacionais, no aumento da competitividade do sistema fiscal europeu, tornando-o transparente e harmonizado e, inevitavelmente, favorecendo os grupos multinacionais.

Considerando esse contexto, era, portanto, indispensável reelaborar uma nova estratégia e, conseqüentemente, uma base diferente de partida em relação às elaborações comunitárias precedentes. E aqui se insere um outro forte motivo que impulsionou a Comissão a reelaborar uma nova estratégia. Nos dez anos sucessivos à publicação do Relatório Ruding, se é verdade que, por um lado, positivamente, nenhuma disposição foi introduzida, por outro lado, surge de modo claro e forte a intervenção do Tribunal de Justiça que, com uma série relevante de sentenças, “transtornou” as legislações nacionais em alguns princípios basilares da fiscalidade transnacional, expressando-se também, em muitos casos, sobre temas relativos aos regimes nacionais em grupos de empresas das quais falaremos adiante.

A estrutura do estudo tem como referência, inicialmente, a análise qualitativa da tributação societária na Europa, considerando uma série de variáveis entre as quais a alíquota, as perdas, a mais-valia e os dividendos etc. Ao lado dessas, após definir a técnica usada, efetua-se uma análise quantitativa que servirá de suporte às análises sucessivas para todas as conclusões relativas a cada problemática.

⁵ Relatório do Comitê de reflexão dos técnicos independentes sobre a fiscalidade das empresas, Bruxelas-Luxemburgo, 1992.

Na terceira parte são completamente definidos os obstáculos fiscais que se apresentam às atividades econômicas *cross-border* no mercado comunitário. Por fim, na quarta parte, chega-se à definição das soluções para cada problemática examinada distinguindo entre dois tipos possíveis de solução: aquelas que têm como referência os obstáculos, com abordagens específicas, e aquelas que afrontam globalmente a problemática fiscal, sendo definidas no estudo como abordagens globais.

A descrição da estrutura do estudo me permite entrar no mérito da relação, através da colocação de algumas perguntas: quais são, portanto, os novos instrumentos europeus que permitiriam a tributação do rendimento transnacional? Como são revistos os instrumentos clássicos como as Convenções contra as duplas tributações e as Diretrizes atualmente em vigor? O que se propõe e como se concretizam, hoje, as indicações dos serviços de documentação da Comissão?

A maior novidade em relação ao passado é inerente à abordagem proposta pelo estudo, definida como *two-tracks*. Essa metodologia de intervenção prevê, de um lado, a identificação das problemáticas que provocam *distorções fiscais* no Mercado Único com as respectivas soluções e, de outro lado, a análise dos quatro modelos de tributação globais relativos à tributação direta. Esses quatro modelos⁶ prevêem, como condição necessária, a predisposição de uma consolidação fiscal, mesmo que relativa somente ao âmbito nacional. Esta solução, como veremos, poderia criar problemas de concorrência e sobreposição entre a disciplina interna e a europeia, pois em alguns Estados como a França e a Dinamarca, e com a atuação da reforma fiscal inclusive na Itália,⁷ existe a possibilidade de consolidar também os resultados das controladas estrangeiras não residentes. De fato, a consolidação europeia prospectada seria opcional e, portanto, a sociedade multinacional, no caso específico a matriz, poderia, em alternativa, escolher entre duas legislações.

3. A Consolidação Fiscal Européia

a) Características gerais

A consideração introdutória que se refere à verdadeira novidade do estudo, o instrumento da consolidação fiscal, é relativa ao papel e à relevância que ele ocupa no volumoso estudo da Comissão. De fato, se por um lado a problemática global é analisada e aprofundada evidenciando as vantagens e as desvantagens das várias abordagens propostas, por outro lado, para o instrumento técnico não são delineadas as características fundamentais que servem para expressar um juízo sobre a sua real eficácia. A Comissão se expressa no sentido de que uma consolidação fiscal para as empresas européias, nos termos e segundo as condições que especificaremos, poderia contribuir potencialmente para dar às empresas da UE maior eficiência e eficácia no mercado, maior transparência e simplicidade do sistema fiscal. O efeito seria a redução certa dos chamados *compliance cost* porque os

⁶ Para a análise e as características específicas de cada modelo, consultar o relatório da Professora S. Giannini.

⁷ No que se refere à Itália, deve-se precisar que, no dia 12 de setembro, foram oficialmente apresentados os decretos delegados em cumprimento à Lei de Delegação n° 80, de 7 de abril de 2003, que, entre outras medidas, prevê a introdução de um sistema de consolidação de tipo nacional e mundial. Atualmente, o texto dos decretos está sendo examinado pelas Comissões parlamentares competentes. Sobre esse assunto, vide o relatório do Professor M. Miccinesi.

grupos poderiam beneficiar-se do uso desse instrumento e teriam que operar exclusivamente com uma série bem definida de normas, consolidando os seus resultados em uma base comum.⁸ Além de comportar uma harmonização da base tributável e uma consolidação de grupo europeu,⁹ nada se diz a respeito de qual dos três modelos a doutrina¹⁰ considera compatível com a estrutura europeia e à qual se deve referir de modo especial. Porque se o modelo de tributação, por exemplo, o *Home State Taxation* ou a *Common Consolidated Tax Base*, considera como condição *sine qua non* uma legislação de grupo de tipo nacional, então poderia acontecer que um grupo inglês que participa da *Home State Taxation* se consolidaria com base no *Group Relief System* e um alemão com base no *Fiscal Unity*. Esse problema está ligado aos limites de cada modelo, delinea-se, portanto, um necessário acordo entre os Estados que participam dos diversos projetos.

Provavelmente, também nesse caso, o estudo fornece só a descrição de uma decisão que, apesar de ter que escolher o modelo técnico a ser adotado, deve ser de caráter político.

A escolha desse instrumento foi condicionada também pelas experiências positivas dos diferentes ordenamentos tributários europeus que, todos ou na maioria, apresentam uma normativa para a tributação dos grupos de sociedades pelo menos em âmbito doméstico.

b) *Âmbito subjetivo*

O instrumento de consolidação fiscal, como destaca a influente doutrina,¹¹ será relativo, exclusivamente, aos grupos de sociedades e não às sociedades de pessoas ou outras formas societárias sem personalidade jurídica; as novas regras serão vantajosas somente para os grupos que operam em âmbito internacional e não exclusivamente em âmbito doméstico. É, portanto, feita uma escolha de fundo: favorecer os grupos de sociedades que operam na União Europeia com o risco de tirar as vantagens de pequenas e médias empresas e dos grupos que operam somente no mercado nacional.¹² Temos que, neste momento, destacar como essa problemática está sendo analisada pela Comissão Europeia, que promoveu na primeira conferência após a publicação do estudo realizado em Bruxelas,¹³ um estu-

⁸ J. Schwarz, "European Commission Strategy for Company Taxation in the European Community", *Bulletin IBFD*, vol. 56, n° 5, 2002.

⁹ Esta consideração é independente do tipo de abordagem que será usada.

¹⁰ B. Wiman, "Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies", *Intertax*, 2000, p. 352; M. Barassi, *La Comparazione nel Diritto Tributario*, ed. prov., Bergamo, 2002, p. 247; a a. classifica o atual sistema de tributação italiano dos grupos de empresas entre os não-sistemas. Na Europa existem vários modelos de consolidado fiscal que são comuns pelo fim ao qual tendem, mas que se baseiam em diferentes técnicas e diferentes princípios. E podem ser distintos em: a) Fiscal Unity System; b) Group Contribution System; c) Group Relief System. O mais difundido no panorama europeu é o primeiro modelo adotado em países como a França e a Alemanha que prevê, substancialmente, o somatório das bases tributáveis das diferentes sociedades pertencentes ao grupo, diversamente de Estados como Reino Unido que optaram pelo terceiro modelo, ainda diferente dos sistemas sueco e finlandês.

¹¹ W. Schon, "The European Commission's Report on Company Taxation: a Magic Formula for European Taxation?", *European Taxation*, vol. 42, n° 8, 2002.

¹² Poder-se-ia falar também em "reverse discrimination" para as empresas domésticas, como Schon, em obra citada.

¹³ A conferência realizou-se em Bruxelas em 29 e 30 de abril de 2002. Os atos podem ser encontrados no site www.europa.eu.int. Paralelamente a este encontro foi possível conhecer a posição das

do de compatibilidade da *Home State Taxation* com a realidade econômica das pequenas e médias empresas.¹⁴

c) *Definição de grupo*

Outra questão relativa à necessidade de uma definição de grupo: antes de qualquer coisa é fundamental uma definição positiva civilista-fiscal de grupo? Se analisarmos os Estados que apresentam no seu ordenamento uma normativa fiscal sobre os grupos de sociedades, poderemos concluir que, para uma consolidação fiscal, não deve, necessariamente, haver uma identificação prejudicial do grupo como tal. Isso significa que, para nós, a função do grupo é delimitar o âmbito de aplicação, a c.d. (*sic*) área de consolidação. Não é relevante a subjetividade tributária do grupo. As sociedades são, a princípio, sujeitos passivos diferentes, mesmo que solidariamente responsáveis. A matriz tem como função agregar os resultados positivos e negativos das controladas e, posteriormente, fazer a redistribuição do rendimento a cada sociedade. A vantagem dessa abordagem é que prescinde dos problemas ligados à soberania de cada Estado. Em síntese, as sociedades continuariam a ser tributadas, como simples sujeitos passivos nacionais, no território de cada Estado com uma alíquota nacional. O grupo, então, assume somente uma função instrumental para a consolidação fiscal e para a determinação da base tributável das sociedades controladas.

d) *Transfer pricing*

Entre as problemáticas mais relevantes afrontadas pela Comissão está a dos preços de transferência. O problema dos *transfer pricing* já tinha sido objeto do Relatório Ruding. O resultado daquela pesquisa foi, como se sabe, a predisposição para uma Convenção de Arbitragem. Após dez anos desse documento, houve uma significativa redução da alíquota dos impostos diretos nos vários Estados da CEE, o que reduziu o aspecto de incidência sobre as sociedades, mas não eliminou o problema. Portanto, o problema do *transfer pricing* ainda é um forte determinante da política de planeamento fiscal das multinacionais na UE.

Entre as medidas que a União Européia iniciou nesse sentido está, como já dito, a Convenção Européia 90/436/CEE.¹⁵ Trata-se de um dos instrumentos mais utilizados pelas empresas européias (as estatísticas dizem que 162 casos foram submetidos a cada uma das administrações), mas nem por isso podemos dizer que a Convenção tenha se revelado como um instrumento resolutivo das potenciais controvérsias sobre preços de transferência.

Deve-se dizer que a Convenção teve um difícil começo, desde 1995, apesar de ter sido emanada em 1990. Além disso, o seu período de eficácia já venceu e

associações industriais de categoria, das administrações e dos órgãos comunitários. Em especial, junto ao projeto-piloto para as PME's foi destacada por várias partes como a escolha ideal seria representada pela *Common Consolidated Tax Base*.

¹⁴ No mês de dezembro realizou-se um encontro sucessivo que providenciou a formulação de um questionário que pode ser consultado no site Internet da Taxud e do que surgiu, sucessivamente, o último documento sobre o tema: *Summary Report on the outcome of the Taxud Consultation of interested parties on the experimental application of Home State Taxation to small and medium sized enterprises in the European Union* (fevereiro-junho 2003).

¹⁵ Convenção relativa à eliminação das duplas tributações em caso de retificação dos lucros de empresas associadas, na *Gazzetta Ufficiale* n. L. 225, de 20 de agosto de 1990, p. 10-24.

até hoje nem todos os Estados apresentaram os protocolos para dar continuidade à Convenção.

Os motivos do não-funcionamento desse instrumento foram aprofundados pela doutrina durante esses anos e podem ser sinteticamente remetidos:

- aos prazos para instaurar o procedimento previsto pela Convenção;
- ao poder, e não dever, reconhecido aos Estados de chegar a um acordo no processo amigável previsto pelos Tratados (MAP).

Com tudo isso, trata-se sempre de uma convenção que, segundo a influente doutrina,¹⁶ representa, por enquanto, o instrumento mais eficaz à disposição das empresas européias e que teve o mérito de estimular as Administrações a encontrar a solução no âmbito dos procedimentos amigáveis previstos pelas Convenções sobre as duplas tributações.¹⁷

De fato, os dados divulgados pela Comissão mostram como, a partir de 1995 e até 1999, em 162 casos citados submetidos às administrações, 64 foram resolvidos na primeira fase e 96 ainda estão bloqueados no primeiro grau de resolução. Acrescentamos que a Comissão de estudo propôs, no final, uma série de intervenções de melhoramento nesse setor, sendo a primeira a instituição de um fórum de confronto entre as autoridades de cada Estado e os representantes das empresas. Atualmente, foi realizada uma série de encontros que afrontaram em primeiro lugar a revisão da Convenção de Arbitragem nas suas linhas essenciais, prevê-se que até 2005 seja apresentada uma proposta de diretriz e não mais uma Convenção, e essa escolha da fonte permitiria a resolução de uma série de problemas que hoje parecem insolúveis. No que se refere à relação entre preços de transferência e consolidação fiscal, a Comissão se expressa, para usar o mesmo teor, afirmando que: “Uma base tributável consolidada permitiria haver uma contabilidade consolidada para fins de tributação (com a conseqüente eliminação de uma eventual incidência fiscal sobre as operações exclusivamente internas ao grupo) e eliminar os problemas ligados à cotação dos preços de transferência na UE.”

Intuitivamente, podemos deduzir que, através do instrumento consolidado, eventuais preços estabelecidos com a única finalidade de deslocar a base tributável de um Estado da União a outro não constituiriam um caso de planejamento fiscal ilícito, pois a operação seria consolidada sempre em relação à matriz. Seria inútil aumentar ou diminuir determinadas transações relativas a uma ou outra sociedade do grupo se, depois, o que vale é o resultado da matriz. Mas essa dedução corre o risco de não considerar a incidência dos diferenciais de *aliquota*, que permaneceria em todos os projetos alternativos apresentados pela Comissão, considerando que a sua grandeza é de competência de cada Estado. Para exemplificar o conceito, no momento em que se efetua o processo de consolidação, a matriz, por exemplo, italiana, considera as suas filiais estrangeiras como se fossem filiais nacionais porque calcula os seus rendimentos tributáveis segundo a normativa italiana. Mas ao efetuar a subdivisão da matéria tributável entre os vários Estados de residência das filiais, como poderia incidir a transação efetuada com es-

¹⁶ D. Oliver, “Transfer Pricing and the Arbitration Convention”, *Intertax*, vol. 30, 2002.

¹⁷ P. Adomino, “Prezzi di Trasferimento e Imposizione Internazionale sul Reddito: l’Attuazione della Convenzione Europea 90/436”, *Atti del Corso di Perfezionamento in Diritto Tributario*, Bolonha, setembro de 2001.

ses países? Quais parâmetros serão utilizados para a repartição? Se fosse utilizado, por exemplo, o faturamento entre as sociedades do grupo como parâmetro para a subdivisão do rendimento tributável, o resultado poderia ser “falseado” por operações internas ao grupo e efetuadas com um valor diferente do valor *normal*.¹⁸

e) O reconhecimento das perdas

O tratamento fiscal das perdas internas ao grupo é de fundamental importância no âmbito do mercado único europeu. O argumento sempre foi objeto de disputa entre os países da União Européia, representando em muitos casos a principal razão da falta de progresso na harmonização fiscal das sociedades na Europa. De fato, do ponto de vista de cada Estado-membro, o reconhecimento de uma perda em uma sociedade própria sofrida em outro Estado-membro significaria uma perda de receita. O problema do reconhecimento fiscal das perdas sofridas pelas filiais estrangeiras é um dos “tabus” da fiscalidade internacional. Em âmbito europeu, o tema sempre foi objeto de atenção, mas com resultados sempre frustrantes ou negativos. Como se coloca a consolidação fiscal nesse contexto?

A consolidação fiscal tem, como foi identificado pelos *tax planner*, o efeito prático de valorização das perdas, ou seja, a redução da base tributável, com relação à matriz. Se esta é a principal vantagem, permanecem, no entanto, outros problemas. O primeiro refere-se à ausência de uma definição homogênea, aceita por todos os Estados, de “perda” a ser entendida aqui em sentido fiscal. Na verdade, o problema já tinha sido objeto de estudo por parte da Comissão Européia em uma proposta de diretiva sobre o regime fiscal do transporte das perdas das empresas¹⁹ enquanto se previa no art. 2 que o “lucro ou perda de um dado exercício é entendido como resultado positivo ou negativo de uma empresa, determinado, após eventual compensação, com outros rendimentos, conforme a regulamentação fiscal do Estado na qual ela é tributada, sem considerar os resultados registrados no exterior no âmbito de organizações estáveis ou de filiais dessas empresas”.²⁰ Nada se prevê, pelo contrário, na última proposta de diretiva de 1991 sobre a escrituração das perdas por parte das organizações estáveis e das filiais estrangeiras.²¹ Uma

¹⁸ Analisamos como funciona o método de subdivisão das bases tributáveis através da fórmula do *apportionment*. Suponhamos que temos um grupo composto por duas sociedades, sociedade A italiana e sociedade B espanhola e que, como fatores de repartição da matéria tributável, sejam escolhidos os custos do pessoal do grupo e as vendas. O custo do trabalho está dividido pela metade nos dois Estados-membros enquanto o grupo realiza 70% dos seus rendimentos no país A e os restantes 30% no país B. Segundo o cálculo de subdivisão da base tributável, o grupo deveria pagar 60% no país A e 30% no país B. Neste caso, a sociedade A, em virtude de uma alíquota mais baixa na Itália, poderia “inflar” o seu faturamento italiano de modo que, pela subdivisão pudesse derivar uma base tributável mais alta na Itália e mais baixa no outro Estado. Portanto, são cruciais tanto a alíquota quanto a fórmula, mas sobretudo os parâmetros de subdivisão da matéria tributável.

¹⁹ Proposta de Diretiva do Conselho concernente à harmonização das legislações dos Estados-membros relativas ao regime fiscal de transporte das perdas das empresas, Doc. Com. (84) 404 def., em Guce nº C 253/3, de 20 de setembro de 1984.

²⁰ Posteriormente, esse artigo foi modificado com o acréscimo dos rendimentos obtidos no exterior inclusive por meio de organizações estáveis ou filiais, Doc. Com. (85) 319 def. em Guce nº 170/3, de 9 de julho de 1985.

²¹ Proposta de Diretiva do Conselho relativa à escrituração, por parte das empresas, das perdas sofridas pelas sedes estáveis e pelas filiais situadas em outros Estados-membros, Doc. Com (90) 585 def. em Guce nº 53/30, de 28 de fevereiro de 1991. Com essa proposta de Diretiva, os Estados-membros podiam optar pela escrituração das perdas com base em dois mecanismos: a) o da tributação; b) o

posição assumida sobre o problema, no sentido de reconhecer as perdas “estrangeiras”, além de ser um fato revolucionário em si, teria o efeito de colocar-se como instrumento técnico alternativo à consolidação fiscal europeia, pelo menos em termos de vantagem no aproveitamento da economia de imposto. Contra esta consideração, deve ser dito por outro lado, que somente através de uma consolidação fiscal europeia poderiam ser constituídos sistemas como o *Home State Taxation* ou a *Common Consolidated Tax Base*. Objetava-se, respeitosamente,²² que um reconhecimento fiscal das perdas, fora de um mecanismo de consolidação fiscal acabaria por favorecer os países em que são mais numerosas as sedes das matrizes (*holding*).²³ E mais: qual método de escrituração deveria ser adotado? Tributação ou dedução com sucessiva reintegração?²⁴ O problema não deveria nem mesmo apresentar-se no caso do *Home State Taxation* e da *Common Consolidated Tax Base* e, portanto, de uma consolidação fiscal de tipo europeu. No *Home State Taxation*, o problema não se apresenta porque, desde o início, os Estados concordam com uma repartição da matéria tributável. É a *holding* que, com base na normativa nacional ou comum no caso da CCTB, agrega os resultados e, posteriormente, realiza a redistribuição. Não há mais um Estado que deve suportar completamente a perda, porque ocorreu em sociedade residente no seu território, mas, diversamente, o Estado participante do projeto (HST ou CCTB) vai tributar ou não o valor que lhe será atribuído após a repartição. Trata-se de uma atribuição efetuada não mais com base nos lucros e perdas realizados no território de cada Estado, mas que depende da fórmula e dos parâmetros de subdivisão previstos pelo modelo. E isso significa que os Estados devem chegar a um acordo sobre este ponto. Além disso, por meio de um dos modelos de tributação, no âmbito das opções HST ou CCTB, seria resolvido um problema clássico, ou seja, aquele representado pela compensação das perdas em âmbito horizontal que, neste caso, teria a oportunidade de valorizar-se. Qual, portanto, o modelo técnico a ser tomado como referência? A Comissão europeia considera o modelo dinamarquês, pois une maior simplicidade a menores custos de condicionamentos burocráticos colocados pelo Fisco, em relação a outro modelo presente na legislação europeia como o francês.²⁵ De fato, o sistema dinamarquês permite inserir na base tributável da matriz os lucros e perdas da subsidiária, as

da dedução com sucessiva reintegração. Para as organizações estáveis era previsto o uso, facultativo, de ambas as metodologias, enquanto para as sociedades somente o da dedução. A disciplina introduzida pela proposta de Diretriz permitiria, portanto, ocorrendo também os outros critérios previstos, a possibilidade de compensar as perdas das sociedades não residentes no Estado da sociedade controladora. Os outros requisitos eram: a participação no capital da sociedade controlada em pelo menos 75%, o domicílio fiscal em um Estado-membro da União Europeia e, por fim, estar sujeita a uma das tributações previstas pelo art. 3 da mesma proposta de diretriz. Atualmente, essa diretriz está em fase de reescrita, prevê-se sua apresentação para o fim de 2004 considerando também as novas orientações que surgiram do debate sobre a tributação europeia.

²² A.H. Coumans - E.M. Fredriks, “Loss Compensation within the European Community”, *Intertax*, 1990, p. 477 (p. 480).

²³ De fato, a Diretriz prevê explícita e exclusivamente a compensação de tipo vertical, portanto, relativa à *holding*.

²⁴ Nesse âmbito, assumiria primária importância a escolha da metodologia, seja para entender qual deva ser o Estado que deve suportar a perda, no caso do método da dedução seria o Estado da subsidiária, e seja para evitar que haja uma dupla vantagem, ou seja, que a perda seja primeiro absorvida pela matriz e sucessivamente levada adiante pela sociedade estrangeira.

²⁵ *Company Taxation in the Internal Market*, Sec (2001) 1681 Parte IV C.13.1, Bruxelas, 2001, p. 341.

regras de cálculo são as da matriz dinamarquesa. A diferença substancial da proposta de diretriz é que esta cobre também as perdas sustentadas pelas organizações estáveis no exterior.

Na consolidação baseada no modelo dinamarquês, a compensação das perdas com eventuais ganhos de outras sociedades do grupo não seria problemática. A compensação deveria ser tanto vertical, das sociedades à matriz, quanto horizontal, entre as sociedades. Neste caso também, as regras técnicas que seriam utilizadas são o objeto da discussão. De fato, com um projeto do tipo *Home State Taxation* poderia haver a deslocação das sociedades chefe de grupo aos Estados nos quais são admitidas fortes deduções da base tributável (pensem em um Estado que concede amortizações antecipadas, desvalorizações etc.). Pelo contrário, os autores do modelo²⁶ propõem o início do projeto somente nos países que têm uma base tributável suficientemente homogênea. O problema é que mesmo nos países europeus que apresentam critérios homogêneos de formação da base tributável ainda estão presentes fortes diferenças, é suficiente pensar nas várias abordagens da relação entre o balanço civilista e o fiscal, ou no problema dos princípios contábeis a serem utilizados sobre o qual tratamos a seguir.

f) Os princípios contábeis internacionais

Um outro problema que se apresenta com a consolidação fiscal é o dos princípios contábeis internacionais para se chegar a uma base tributável comum consolidada. A mesma Comissão²⁷ espera que o *International Accounting Standard (IAS)*²⁸ possa ser motivo de aproximação das várias legislações, primeiro contábeis e depois fiscais.²⁹ A emanção do regulamento comunitário³⁰ sobre a obrigatoriedade, para as sociedades cotadas, de usar os princípios contábeis internacionais para o balanço consolidado segue na direção da harmonização da contabilidade pelo menos de tipo consolidado e, no momento, de tipo civilista.

A esse propósito deve-se precisar que, sobre esse assunto, há duas linhas divergentes de pensamento: a primeira sustenta a validade dos princípios contábeis internacionais para se chegar à base tributável comum; a segunda, mais cética, que, com fortes argumentações, sobretudo de caráter técnico, demonstra como é difícil somente através dos IAS chegar a uma base tributável harmonizada. Segundo os apoiadores dessa linha, os princípios contábeis IAS não têm coerência, não tendo também uma linha interpretativa. Isso se deve, em especial, aos prazos de formulação, pois, inicialmente, foram considerados cada um dos princípios e, posteriormente, é que foi dada a interpretação introdutória (*framework*). Acrescenta-

²⁶ M. Gammie - O. Lodin, *Home State Taxation*, Amsterdã, 2001.

²⁷ Nesse contexto, assim como para o HST, a Comissão publicou primeiro em forma de consulta e posteriormente como estudo dois documentos dos quais surgem muitas considerações que destacamos no relatório. Vide *The application of international Accounting Standard (IAS) in 2005 and the implication for the introduction of a consolidated tax base for companies EU wide activities* que pode ser encontrado no site da Comissão Europeia.

²⁸ Na nova denominação europeia são denominados *Internacional Financial Reporting Standard (IFRS)*.

²⁹ Sobre essa problemática ainda é forte a diferença de posição da França em relação aos outros países europeus.

³⁰ Regulamento (CE) n° 1.606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de julho de 2002, relativo à aplicação dos princípios contábeis internacionais, em Guce L. 243/1, de 11 de setembro de 2002. A obrigação para as sociedades cotadas decorrerá a partir de 1° de janeiro de 2005.

se a tudo isso que no manual que regulamenta os IAS encontram-se infinitos casos que comportam enormes problemáticas de interpretação *sistemática*. O segundo aspecto particularmente importante refere-se à finalidade à qual, através dos IAS, deseja-se chegar. Um balanço de exercício redigido segundo esses princípios contábeis não é destinado aos sócios, principalmente os de minoria, ou a terceiros, mas, pelo contrário, é voltado aos financiadores, ao mercado. A adoção dos princípios contábeis para a redação do balanço consolidado das sociedades cotadas em bolsa tem como objetivo somente permitir que o investidor compare os vários balanços. A orientação baseia-se, além disso, em políticas como, por exemplo, as de *stock option* que não necessariamente são compatíveis e presentes no mercado europeu como o são no mercado americano. O terceiro problema está muito ligado à problemática fiscal. A questão refere-se à aplicação do *fair value* em cada balanço de exercício. Como seria possível conciliar um método de avaliação desse tipo? O pagamento dos impostos deve ocorrer com base em valores que oferecem certeza no tempo, além disso, entra em jogo a problemática dos dividendos, quais importâncias devem ser distribuídas aos acionistas? O quarto problema é de tipo jurídico, a pergunta que fazemos é a seguinte: como se conseguirá reconduzir todo o manual que regulamenta os IAS, cheio de exemplos e feito em uma linguagem não puramente jurídica, a um regulamento comunitário? E como serão resolvidas as problemáticas relativas à tradução?³¹ Em alguns Estados, a disciplina civilista está totalmente separada da fiscal (é o caso do Reino Unido), é necessário, portanto, repensar e aprofundar esse tema.

Concluindo, através da adoção dos princípios IAS para os balanços de exercício das sociedades europeias não se chegaria a uma base tributável comum, pois a representação que dão é relativa a um valor, seja ele para o acionista, para o financiador ou para o mercado.

g) Os dividendos

A tributação dos dividendos distribuídos, em âmbito europeu, ainda não foi objeto de completa harmonização, mas tradicionalmente é possível identificar dois sistemas de tributação:

1. o sistema clássico;
2. o método de tributação.

No *sistema clássico*,³² na falta de corretivos, o imposto de renda produzido pela sociedade e o imposto de renda recebido pelo acionista são considerados como absolutamente independentes um do outro.³³ Esse sistema faz com que os dividen-

³¹ É verdade que existem traduções perfeitas cuidadas por editoras privadas, mas que não representam uma versão oficial, Cfr. C. Sacchetto, "Translation and Tax Law", em AA.VV. *L'Interpretation des Textes Juridiques Rédigés dans plus d'une Langue*, sob direção de R. Sacco, Turin, Paris, 2003, p. 203.

³² A denominação de *sistema clássico* foi introduzida em 1970 por Van den Tempel, *Impôt sur les Sociétés et Impôt sur le Revenu dans les Communautés Européennes*, Luxemburgo, CEE, 1970. A duplicação do imposto derivante da aplicação do sistema clássico ocorre também nos ordenamentos de muitos países industrializados, apesar de que, em muitos casos, eles adotam medidas corretivas destinadas a uma (parcial) integração da tributação em âmbito societário e pessoal, procurando reduzir, ou seja, eliminar plenamente a dupla tributação econômica causada pela duplicidade de retirada. A aplicação do *sistema clássico* ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos onde, porém, são previstos corretivos para limitar o fenômeno da dupla tributação.

³³ A sociedade, na determinação dos lucros tributáveis, não terá direito a nenhuma dedução diante de dividendos distribuídos. Os sócios, por sua vez, deverão considerar integralmente os dividendos

dos sejam tributados duas vezes: primeiro na sociedade, sucessivamente com cada receptor, com uma alíquota que, se o imposto pessoal for progressivo, varia com relação à renda total desse sujeito.

Independentemente da conveniência do investidor, o sistema clássico influencia as escolhas da sociedade em relação às fontes de financiamento, gerando repercussões nas políticas de distribuição, pois a carga fiscal é diretamente proporcional à quota de lucros distribuída.

A sociedade pode obter os recursos necessários ao financiamento dos seus investimentos seja recorrendo ao mercado de capitais, contraindo empréstimos ou colocando novas ações no mercado, seja recorrendo a formas de autofinanciamento, que pressupõem a não-distribuição dos lucros obtidos.

Devido à duplicação do imposto, que ocorre como consequência da aplicação do sistema clássico, o autofinanciamento poderá ser favorecido relativamente a outras formas de financiamento.³⁴

Por outro lado, porém, seria lesado o interesse dos sócios no recebimento do dividendo. O sócio, não vendo a sua participação adequadamente remunerada, poderia ser levado a cedê-la por um preço inferior à quota correspondente de patrimônio líquido.

Em alguns Estados-membros, a dupla tributação gerada pelo sistema clássico é mitigada pela previsão de algumas modificações particulares.

Por exemplo, pode ser prevista: a) a aplicação de uma alíquota de imposto menos elevada, sobre os dividendos; b) a tributação somente de uma parte dos dividendos recebidos.

Nos países escandinavos é aplicado, por outro lado, o sistema da “dual income tax”, que prevê a aplicação de uma alíquota progressiva para os rendimentos de trabalho, e a tributação separada dos rendimentos de capital, às quais é aplicada uma alíquota proporcional, mais baixa.

Com o *método de tributação* o imposto das sociedades transforma-se, pelo menos parcialmente, em um adiantamento do imposto devido pelo acionista, e ao receptor do dividendo é reconhecido um crédito a ser validado no momento em que será liquidado o seu imposto.

Esse sistema não é neutro, em relação às escolhas distributivas, pois, se não for efetuada uma distribuição, os lucros serão tributados com base na alíquota societária, caso contrário, os dividendos descontarão a alíquota marginal do acionista que os recebeu.

Conseqüentemente, se a alíquota marginal do acionista for mais elevada do que a societária, a distribuição não é incentivada.

Os principais sistemas de tributação adotados na Europa apresentam, portanto, qualidades e defeitos.

recebidos no seu rendimento tributável, descontando o respectivo imposto sem ter direito a nenhuma dedução. Vide sobre isso, Pistone, *La Tassazione degli Utili Distribuiti e la thin Capitalization: Profili Internazionali e Comparati*, 1994, p. 51 e segs.

³⁴ A empresa, ao decidir pelo autofinanciamento, considerará também as repercussões sobre a carga fiscal da eventual presença e incidência de *capital gain* acionários, verificando se os dividendos não distribuídos não sofrerão tributação a título de aumento do valor das ações após autofinanciamento e a renúncia à distribuição do dividendo.

O sistema clássico evita as diferenças de tratamentos entre sujeitos residentes e não-residentes, entre investimentos nacionais e estrangeiros, mas gera dupla tributação econômica que, porém, pode ser limitada, seja mediante uma tributação parcial, seja mediante a aplicação de uma alíquota reduzida.³⁵ O sistema de tributação, por outro lado, elimina, através do reconhecimento de um crédito de imposto apropriado, o problema da dupla tributação, mas exclusivamente para os acionistas residentes.

Como consequência, os acionistas domiciliados ou residentes em um outro Estado-membro não poderão usufruir desse crédito relativamente aos impostos devidos.

O fato de os sujeitos residentes beneficiarem-se, enquanto os não-residentes ficam excluídos, é considerado, por boa parte da doutrina, como uma desigualdade de tratamento simplesmente discriminatória.³⁶ Abstratamente, pareceria possível eliminar o principal “defeito” do sistema de tributação mediante o reconhecimento do crédito de imposto aos sujeitos não residentes; na realidade, essa solução encontra notáveis dificuldades.

A Comissão não se posicionou abertamente nem a favor de um sistema, nem a favor do outro, mas faz notar que no Mercado Europeu são poucos os países que adotam o sistema do crédito de imposto (Finlândia, França, Portugal, Espanha e enquanto a reforma não entra em vigor, a Itália também). Obtém-se que a eventual introdução de um crédito de imposto ampliado também a sujeitos não-residentes não encontraria aplicação com base recíproca, e continuaria a ser lesado o princípio de não-discriminação.

Concluindo, mesmo não havendo uma orientação precisa indicada pela Comissão, a tendência será voltada para a adoção do sistema clássico (modificado),³⁷ cujos efeitos, porém, serão mais ou menos satisfatórios de acordo com as modalidades adotadas por cada Estado para evitar o fenômeno da dupla tributação. Sobre esse assunto, não podemos desconsiderar a Diretriz Matriz-Filial considerando também a última proposta de atualização da diretriz por parte da Comissão Européia.³⁸ No caso específico em que os dividendos são distribuídos por sociedades residentes na Comunidade Européia a outra sociedade também residente na Comunidade, o problema da dupla tributação foi, parcialmente, resolvido mediante a aplicação da Diretriz.

Por outro lado, nos casos em que a diretriz não é aplicável, e em todos os casos em que os ganhos são atribuídos ao acionista e não a uma sociedade, o problema permanece irresoluto, e não se impõe aos Estados-membros nenhuma obriga-

³⁵ A reforma do sistema fiscal estatal italiano identificou em 40% o montante de dividendo a ser considerado.

³⁶ O. Lodin, “The Imputation System and Cross-border Dividend - Need for New Solution”, *EU Tax Review*, 1999.

³⁷ (...) “However the current trend seems to be towards a partial or total switchover from the imputation to the (modified) classical system or shareholders relief system.” “Company Taxation in the Internal Market”, *Commission of the European Communities*, Com (2001), 582 final, Bruxelas, 23 de outubro de 2001, p. 227.

³⁸ *Proposal for a Council Directive amending Directive 90/435/EEC on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, Com (2003), 462 final, Bruxelas, 29 de julho de 2003, Com.

ção para evitar a dupla tributação, da qual podem derivar distorções da eficiência alocativa.

Para afrontar e resolver esse problema, a Comissão apresentou uma proposta para a introdução de uma diretriz³⁹ cujo escopo era representado pela extensão do campo de aplicação da Diretriz “Matriz-Filial” a todas as sociedades sujeitas ao imposto sobre as sociedades, independentemente da sua forma jurídica. O objetivo de melhorar o campo de aplicação da diretriz às matrizes e filiais foi atingido na última proposta, em que é ampliada a lista das pessoas jurídicas, anexada à diretriz, de modo a compreender as formas jurídicas de outras sociedades, e entre elas figura a futura Sociedade Européia (anexo ao art. 2, item z).

A Diretriz não cobre, por outro lado, as ações que são detidas através de organizações estáveis, apesar de parecer raro que as organizações estáveis detenham participações cobertas pela Diretriz, essa situação pode, de fato, ocorrer.⁴⁰

As opiniões sobre o modo pelo qual deve ser aplicada essa Diretriz são, em caso de organização estável, geralmente diferentes. Portanto, seria útil conformar-se a uma única orientação. A última proposta da Diretriz, no comentário ao artigo 1, “esclarece que o Estado membro no qual se encontra uma organização estável deve conceder a esta as vantagens previstas pela diretriz, se a organização estável receber lucros distribuídos” (art. 1, par. 1 modificado).

Entre as condições de aplicabilidade da Diretriz, há também a previsão de um percentual mínimo da participação detida. O percentual previsto de 25% em alguns casos poderia ser considerado como causa de distorções.

Esse percentual pode, de fato, ser muito elevado, principalmente nas operações de reestruturação, pois as participações indiretas não são consideradas na determinação do limite previsto pela Diretriz.

Para eliminar esse problema, só alguns Estados-membros prevêm um limite diferente, que às vezes é igual a 5% e algumas vezes a 10%. A atual proposta de Diretriz a esse propósito prevê a redução do percentual de participação de 25% para 10% (art. 3, par. 1, da Diretriz já modificada). A não-consideração das participações indiretas gera conseqüências relativas também ao crédito de imposto. De fato, considerando uma sociedade A, controladora da sociedade B, que por sua vez é controladora da sociedade C, ela poderá beneficiar-se do crédito de imposto ou de um crédito de imposto limitado, como prevê a Diretriz, somente para os impostos pagos pela sua controlada direta, na prática a sociedade B e não para os impostos pagos pela sociedade C.

O art. 2 da proposta de Diretriz de 26 de junho de 1993 tinha procurado solucionar também essa situação, prevendo uma modificação no art. 4 da Diretriz “Matriz-Filial” existente, de modo que o crédito de imposto garantido à controladora, pudesse incluir também os impostos devidos, no exemplo mencionado acima, pela sociedade B e também os da sociedade C.

Esse tema também é afrontado pela última proposta. De fato, o considerando 9, precisa que “é prática normal dos grupos societários ser organizados em cadeias de sociedades, nas quais os lucros são distribuídos através da cadeia de afilia-

³⁹ A proposta foi apresentada em 26 de junho de 1993 (Com (93), 293 final).

⁴⁰ É um exemplo a causa C-307/99: *Compagnie de Saint-Gobain vs. Finanzamt Aachen-Innenstandt*.

das até a casa matriz. Deve-se eliminar a dupla tributação nesses casos. Portanto, a casa matriz deve poder deduzir os impostos pagos por qualquer sociedade afiliada da cadeia, desde que sejam respeitados os requisitos da Diretriz 90/435/CEE” (recebido no art. 4, par. 1 modificado).

Como alternativa, os Estados-membros poderiam permitir a dedução dos custos de administração dos dividendos recebidos e sujeitos a tributação. Esses custos de administração podem ser calculados com base em uma alíquota constante, que não poderá exceder 5% do valor dos dividendos, conforme previsto pelo art. 2 da Diretriz.

O fato de os custos de administração serem deduzidos das entradas provenientes sob forma de dividendos é geralmente aceito, mas a aplicação prática é geralmente sujeita a críticas, sobretudo por parte das sociedades que, sustentando custos de administração inferiores ao limite de 5%, não podem deduzi-los.⁴¹

A tributação dos dividendos na União Européia não está, portanto, completamente alinhada com as exigências do Mercado Único. De fato, há exemplos claros de dupla tributação econômica seja em âmbito do acionista, seja no contexto societário.

Concluindo, é possível afirmar que o sistema ao qual se chega com a aplicação da Diretriz é geralmente bem aceito pelas sociedades e funciona relativamente bem. A proposta de Diretriz é, sem dúvida, uma novidade importante que, de qualquer modo, não “perverteu” a definição da Diretriz 90/435/CEE como tinha sido anteriormente concebida, mas procurou apreender, nos 10 anos de experiência e de aplicações, as possíveis distorções fiscais que foram efetivamente criadas.

h) Os Tratados contra as duplas tributações

O art. 293 do Tratado da Comunidade Européia requer que os Estados-membros se empenhem para eliminar, na União Européia, o fenômeno da dupla tributação. No Tratado também é solicitado aos Estados-membros o respeito, na estipulação dos tratados, do princípio de não-discriminação e das liberdades fundamentais. A atual rede de tratados bilaterais sobre a dupla tributação visa esses objetivos, mas ainda não é completamente suficiente para cobrir todos os casos que são gerados em âmbito europeu e internacional. Os tratados atualmente em vigor são 97, um dos quais é uma convenção multilateral que envolve três Estados-membros, na realidade, porém, o número de tratados que deveria existir para cobrir todas as relações possíveis é igual a 105. Portanto, é evidente que há ainda muitos problemas que podem surgir como consequência dessa imperfeição. Às vezes pode ocorrer que, nem mesmo a sua aplicação permita que sejam alcançados os objetivos esperados pelo Tratado. Esta situação é gerada como consequência do fato que dos 97 tratados, 36 têm mais de vinte anos e, em alguns casos, não refletem mais as normas em vigor nos Estados contraentes. O problema é agravado pela complexidade das medidas, que geralmente podem originar diferentes interpretações sobre a mesma questão, provocando incerteza para os sujeitos envolvidos, basta pensar, por exemplo, no conceito de organização estável. Enfim, o conteúdo dos

⁴¹ Maiores detalhes podem ser encontrados em “Fédération des Experts Comptables Européens”, *Study on the Allocation of Export Related to Cross-border dividend Income covered by the Parent-subsidiary Directive*, Bruxelas, 1999.

tratados nem sempre coincide com o que é previsto em âmbito nacional e, sobretudo, com as liberdades fundamentais asseguradas pelo Tratado da UE. Os tratados, em alguns casos, são incapazes de resolver questões que possam surgir no âmbito de relações multilaterais. Para eliminar esse obstáculo, em um anexo do Relatório Ruding já tinha sido sugerido que se ampliasse a facilitação prevista por um tratado a todos os Estados que apresentassem as condições previstas pela sua aplicabilidade.⁴² A questão, que assume uma certa relevância, fica porém aberta e sem solução. Em conclusão, ainda são muitos os casos de dupla tributação aos quais não se encontra solução mediante a aplicação dos tratados, mas não é só; ficam também sem solução os problemas da discriminação e o relativo às situações triangulares e multilaterais. Quais são, portanto, os recursos e a solução europeias propostas?

Sobre a atual rede de tratados presentes na União Européia foram identificadas três possíveis soluções para resolver os problemas de dupla tributação no Mercado Interno e as incompatibilidades com a normativa europeia, geralmente inadequada. As soluções prospectadas são as seguintes:

1. a conclusão de tratados multilaterais entre todos os Estados-membros;
2. o desenvolvimento de um tratado que represente um modelo para a União Européia, baseado no modelo do OCSE, que pode ser utilizado pelos Estados-membros nas futuras negociações de tratados, com os outros Estados e outros países;
3. no contexto do modelo OSCE, maior atenção na identificação de conceitos particulares, como, por exemplo, o de residência ou de não-discriminação, para identificar definições unívocas cujo uso por parte dos Estados seja mais fácil.

Independentemente da solução adotada, é necessário assegurar que as atuais situações de incerteza sejam removidas. A idéia de dar vida a tratados multilaterais entre os vários Estados-membros da União Européia existe já há muito tempo. A primeira minuta de tratado sobre a tributação dos rendimentos e dos capitais tem mais de trinta anos, mas a discussão entre os seis Estados-membros, envolvidos na época, não levou à conclusão de nenhum acordo.

Desde então o número de tratados, assim como o número de Estados-membros envolvidos, cresceu sensivelmente e gerou-se também um crescimento das atividades estrangeiras. Esta situação tornou os vários tratados bilaterais não compatíveis com o complexo caráter multilateral das relações econômicas e com as exigências do Mercado Interno.

Muitos identificam, nesta situação, a razão pela qual seria necessário estipular Convenções multilaterais na União Européia.

Atualmente, existe uma convenção multilateral que envolve três Estados-membros da União Européia: a Convenção Nórdica Multilateral para a eliminação da Dupla Tributação, respeitando o Imposto de Renda e de Capitais, estipulada em 1993 entre Dinamarca, Finlândia, Suíça, Islândia e Noruega. A aplicação desse tratado parece, além disso, geralmente positiva.

A conclusão de tratados multilaterais é sustentada principalmente porque com eles é possível atribuir um justo valor, seja aos interesses de cada Estado-membro, seja aos derivantes das várias relações que se instauram entre eles.

⁴² Nota do autor inserida em 8 de novembro de 2005: o problema já foi resolvido concretamente com a sentença do caso D, de 25 de julho de 2005 (Caso D - C 367/03).

Ao mesmo tempo, porém, devido às diferenças entre os vários sistemas fiscais, a dificuldade de se encontrar soluções multilaterais pode ser mais complexa do que em um contexto bilateral.

Como alternativa, os Estados-membros poderiam acordar a criação de um Tratado a ser utilizado como base de referência nas negociações com outros Estados e outros países.

Esta solução teria a vantagem de permitir aos vários Estados-membros continuar a estipular tratados bilaterais, com características diferentes de possíveis tratados multilaterais, mas semelhantes ao modelo OCSE. Enfim, a terceira solução prevê a identificação de conceitos fundamentais para eliminar qualquer dúvida de interpretação no momento da sua utilização na estipulação de tratados.

4. Conclusões

Da discussão sobre a problemática emerge um quadro significativamente claro pois se conhecem as problemáticas, os instrumentos para resolvê-las, as posições favoráveis das associações das empresas, mas, apesar disso tudo, a política fiscal da UE está parada nas diretrizes de 1990, pelo menos em sentido positivo.⁴³

Do que foi dito acima, surgem algumas reflexões. As problemáticas inerentes à fiscalidade na Europa e às específicas dos instrumentos de tributação das atividades *cross-border* das sociedades surgem mais claras e transparentes não só para o diagnóstico e as análises, mas também para os instrumentos a serem adotados.

O verdadeiro problema, nesse ponto, não é de tipo técnico, mas político, como é evidenciado nas discussões sobre a escolha do tipo de modelo de tributação a ser adotado: HST, CCTSB etc.

É quando os estudiosos e os técnicos chegam a este ponto nas suas elaborações que podem ser atacados, sobretudo os menos jovens e com experiência mais direta sobre o assunto, por uma espécie de desilusão ou frustração perante a enormidade e as diferenças entre o que foi estudado sobre o problema e o que foi realizado.

Não é por acaso que alguns dos estudiosos menos sensíveis aos problemas do direito fiscal comunitário vejam a evolução da fiscalização comunitária e seus reflexos sobre as normativas internas com um comportamento de subestimação.

A doutrina mais qualificada⁴⁴ atribui a causa desta falta de resultados a razões de ordem institucional, principalmente ao vínculo do voto por unanimidade que ainda se estende à matéria fiscal como foi confirmado na Conferência de Nice⁴⁵ e que se espera possa ser superado na atuação da Constituição europeia. Esta seria, entre os estudiosos apologeticos das instituições comunitárias, a *única* razão da falta de progresso legislativo. Mesmo recentemente,⁴⁶ foi solicitado por várias partes a

⁴³ Muitos sustentam que tudo ficou intacto, mas se subestima, trata-se de uma avaliação superficial, é suficiente pensar no impacto que nos últimos dez anos teve o Tribunal de Justiça, cf. J. Schwarz, "European Commission Strategy for Company Taxation in the European Community", *Boletim IBFD*, vol. 56, n° 5, 2002.

⁴⁴ F. Vanistendael, "Memorandum on the Taxing Powers of the European Union", *EC Tax Review*, n° 3, 2002.

⁴⁵ F. Vanistendael, "How Nice was Nice to European Taxation?", *in EC Tax Review*, n° 1, 2002.

⁴⁶ No site da Comissão Europeia, a Medef, Associação das empresas francesas, expressou seu parecer positivo sobre os projetos de reforma com a advertência de que é necessário mudar a regra do voto unânime também em virtude da entrada de outros países na UE.

adoção do voto por maioria inclusive em assuntos fiscais porque, ao contrário, corre-se o risco mais uma vez de tornar inútil o enorme trabalho realizado pelos serviços de documentação da Comissão⁴⁷ em adotar soluções compromissórias e que acabam por levar à perda de unidade do conjunto dos objetivos e dos princípios, que são as premissas de um verdadeiro mercado único europeu.

Nem mesmo podem ser compartilhados os c.d. *abordagens não legislativas* como recomendações, *guidelines* e declarações.⁴⁸ Mais incisivo seria o uso já previsto⁴⁹ da cooperação reforçada por alguns modelos, HST e CCTB.

Um objetivo irrenunciável, que daria continuidade de visão sistemática e política entre o relatório precedente Ruding e o último da Comissão, é o de chegar à determinação de uma base comum tributável consolidada homogênea, porque traria como primeiro resultado uma maior transparência medindo a efetiva incidência das alíquotas fiscais⁵⁰ e, como possível efeito a longo prazo, uma segura aproximação das mesmas. O recente acordo sobre os *International Financial Reporting Standards*, apesar de relativos à matéria contábil, é visto neste sentido como um incentivo e uma facilitação no percurso até uma base comum, inclusive em matéria fiscal.

Não se revelam contrários, para nós, instrumentos de grande vantagem para a harmonização fiscal entre os que estão se desenvolvendo em direito civil comercial, aludirmos à aprovação do estatuto da sociedade europeia (*Societas Europaea*). A sua adoção não comportará nenhuma vantagem do ponto de vista fiscal⁵¹ para as empresas europeias, apesar de as últimas propostas de modificação da Diretriz Matriz-Filial e da Diretriz sobre operações extraordinárias⁵² incluírem também entre os novos sujeitos jurídicos beneficiários da normativa a Sociedade Europeia.

O debate que esta convenção iniciou adequadamente permanece aberto como, por outro lado, deixa entender o mesmo documento da Comissão Europeia, aqui sinteticamente analisado, e prosseguirá nos aspectos específicos.⁵³ O estudioso, entretanto, não pode não refletir sobre a preocupação de que permanecem irresolutos, por trás de brilhantes exercícios teóricos, problemas de grande relevância prática que podem comprometer as possibilidades de maior bem-estar econômico e social de toda a comunidade e, portanto, só pode encerrar-se com um convite que é também uma solicitação: *videant consules* e queremos acrescentar *consules Europae!*

⁴⁷ A própria comissão, ao receber o doc. sec. 1.681 descarta *a priori* a solução da completa harmonização porque está certa de não obter o apoio no Conselho.

⁴⁸ F. Bolkestein, "Taxation and Competition: the Realization of the Internal Market", *EC Tax Review*, nº 2, 2000.

⁴⁹ Diversamente: O. Ruding, "The Long Way to removing Obstacles in Company Taxation in Europ", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1, 2002.

⁵⁰ O. Ruding, *Remarks at the Conference on Company Taxation*, Bruxelas, 29 e 30 de abril de 2002.

⁵¹ Centre for Europea Policy Studies (Ceps): an EU Company without an EU Tax?: A Corporate Tax Action Plan for advancing the Lisbon Process, Bruxelas, abril de 2002.

⁵² Proposta de Diretriz do Conselho que modifica a Diretriz 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum a ser aplicado às fusões, às cisões, às conferências de ativo e às trocas de ações concernentes a sociedades de Estados-membros diferentes, Bruxelas, 17 de outubro de 2003, Com (2003) 613 definitivo.

⁵³ A referência é à instituição, por parte da Comissão Europeia, de um fórum sobre os preços de transferência.