



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Adílio Anholete

Exit Tax

Harmonização e Consonância às Liberdades Fundamentais

Harmonization and Consonance of Fundamental Rights

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Coimbra, 2018.

RESUMO

A sociedade contemporânea é dinâmica e digital, permitindo grande flexibilização e agilidade em todos os campos existentes. Tais elementos proporcionam às pessoas singulares e coletivas a capacidade técnica e econômica para realizar a migração para outros Estados-Membros.

Esse cenário contribuiu para a utilização indevida por parte dos contribuintes, que visavam realizar a mudança de seu endereço de um Estado para outro, visando materializar a venda de bens e ativos no Estado de destino, onde havia menor ou nenhuma carga tributária. Visando coibir e desestimular tais práticas, os Estados criaram um tributo que incidiria sobre as mais-valias latentes existentes no momento da transferência para outro Estado.

Sendo a tributação direta um campo não harmonizado no âmbito da União Europeia, a aplicação dessa tributação à saída acabou por originar conflitos entre os interesses dos Estados-Membros e as liberdades fundamentais, aptos de causarem incerteza aos contribuintes e à administração pública.

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar as características e princípios que orbitam a tributação em comento, em paralelo com as orientações doutrinárias existentes e as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sem, contudo, limitar-se a previsão do *exit tax* e um Estado-Membro específico, mas sim num contexto geral da União Europeia, no intuito de compreender a possibilidade e limites da instituição e cobrança do tributo em discussão, bem como as expectativas que afloram do cenário atual.

Palavras-chaves: Tributação direta, *exit tax*, tributação à saída, liberdades fundamentais, cláusula anti-abuso.

ABSTRACT

The contemporary society is dynamic and digital, offering greater flexibility and agility in all possible extensions. Such elements provide individuals and corporate entities the technical and economical capability to migrate to other Member States.

This scenario contributed to improper applications from taxpayers that planned to change their addresses from one Member State to another, aspiring the sale of properties and assets in the State of destination, where there is lower or no tax burden. The States then created a tax on unrealized capital gains at the moment of the transfer to another State, aiming to restrain and discourage such acts.

As direct taxation is a non-harmonized field in the European Union, the implementation of the exit taxation has created a conflict of interests between the State Members and the fundamental rights, leading to a feeling of uncertainty in both taxpayers and public administration.

Therefore, the goal of this study is to analyze characteristics and principles of the taxation above mentioned, alongside the current doctrinal orientations and the decisions issued by the Court of Justice of the European Union, not limiting it to the exit tax projection or a specific Member State, but in a broad European Union context, focusing not only on understanding the possibilities and limits of the institution and the taxation under discussion, but also the expectations emerging from the present scenario.

Keywords: direct taxations, exit tax, fundamental rights, anti-abuse clause.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Cit. – Citação.

EM – Estado-Membro

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

Tribunal – Tribunal de Justiça da União Europeia.

UE – União Europeia.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	6
2 – EXIT TAX.....	9
2.1 – Conceito.....	12
2.2 – A determinação na condição de residente: Direção Efetiva e Sede Estatutária	21
2.3 – O posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia na tributação direta e nos <i>exit taxes</i>	24
2.3.1 – A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia envolvendo as pessoas singulares na tributação direta e nos <i>exit taxes</i>	31
2.3.2 - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia envolvendo as pessoas coletivas na tributação direta e nos <i>exit taxes</i>	37
2.3.3 – As justificativas no âmbito das medidas restritivas no seio do <i>exit tax</i>	49
2.3.3.1 – As justificativas aceites pelo Tribunal de Justiça da União Europeia	51
2.3.3.2 – As justificativas não aceites pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.....	62
2.3.4 – O princípio da proporcionalidade como elemento norteador e harmonizador.....	66
2.4 – A normatização do <i>exit tax</i> no âmbito europeu	74
2.5 – As menos valias.....	80
3 – CONCLUSÕES.....	84
BIBLIOGRAFIA	94

1 – INTRODUÇÃO

A reflexão proposta no presente estudo visa compreender uma situação contemporânea no cenário da União Europeia, diante da presença de Estados Sociais, que também se apresentam como um Estado Fiscal arrecadador e que visa, em última análise, uma promoção social coletiva. Para tanto, torna-se indispensável que os Estados consigam angariar recursos por meio da tributação de seus administrados e daqueles que se encontrem sob a égide de sua competência fiscal. Paralelamente, há a figura dos contribuintes, que exercem uma atividade, praticam um fato ou são proprietários de determinado bem, o que acaba desencadeando uma hipótese de incidência para a tributação, possuindo o dever fundamental de suportar tais impostos quando ocorridos.

Todo esse panorama, no âmbito da União Europeia, também se apresenta em consonância com a presença das liberdades fundamentais. Tais garantias fundamentais possibilitam aos europeus o exercício da livre circulação de capitais, mercadorias, pessoas e trabalhadores, além da liberdade de estabelecimento, de modo que tais liberdades não podem ser maculadas, salvo hipóteses justificáveis e proporcionais.

Acresce a tal fórmula, a existência de modernidade, praticidade, celeridade no tráfego de pessoas, bens e da informatização atual, que permite uma fácil mudança transfronteiriça e dinamização em inúmeros aspectos de ordem prática, tanto para as pessoas singulares quanto para as pessoas coletivas, culminando numa realidade plurilocalizada ou em contínua mudança.

Nesta órbita, os Estados se veem diante da necessidade de garantir a arrecadação de suas receitas fiscais, em operações cada vez mais complexas, bem como em contínuo confronto aos abusos e à fraude fiscal, culminando em esforços internacionais desenvolvidos pela OCDE, tal como o BEPS.

A erosão da base de tributável e a fuga para Estados com menor carga fiscal é uma situação de crescente relevância que, até pouco tempo, não recebia o devido destaque e cuidado pelos Estados.

Especificamente no âmbito da tributação direta, os Estados se deparavam com hipóteses onde o contribuinte realizava uma mudança transfronteiriça, deixando de estar sob a competência e soberania do Estado de origem no momento da saída e passando então a estar sob a competência e soberania do Estado de acolhimento. Nessas hipóteses, o contribuinte

possuía bens de sua propriedade, com mais-valias latentes detectáveis no momento da mudança, mas que não se concretizaram efetivamente, *ex vi* a inexistência de transferência de propriedade do aludido bem.

Alguns contribuintes optavam por realizar uma mudança transfronteiriça sob a pendência de existência de mais-valias latentes, quer seja por razões alheias a fiscalidade, quer seja com o objetivo principal de rumar a Estados cuja cobrança fiscal seria menor ou até mesmo inexistente, a fim de concretizar a operação, ocorrendo a mais-valia efetiva no Estado de acolhimento.

Em tais casos, visando garantir a cobrança da tributação oriunda das mais-valias, ainda que latentes, desenvolvidas durante o período temporal no qual o contribuinte estava sob a sua soberania de Estado de origem, bem como para evitar o uso abusivo e fraudulento de mudanças transfronteiriças, os Estados desenvolveram o mecanismo da tributação do *exit tax*.

O objeto nodal do presente estudo é analisar e refletir o *exit tax* como forma de exercício da competência e soberania fiscal Estatal, bem como forma de evitar a fraude e combater o abuso fiscal cometido por contribuintes e administrados.

Para tanto, tratou-se de expor os princípios gerais do direito fiscal e os princípios gerais do direito fiscal internacional aos quais o *exit tax* estaria condicionado, elaborando um conceito do tributo em questão.

Seguiu-se desenvolvendo as hipóteses de mudança transfronteiriças a serem realizadas, em especial àquelas envolvendo as pessoas coletivas, haja vista serem dotadas de maior complexidade e robustez estrutural, principalmente nos casos de empresas multinacionais.

Ao após, foram abordadas e desenvolvidas as liberdades fundamentais a quais encontram-se abrangidos aqueles que se encontrem sob a tutela da União Europeia, bem como a importância e o impacto que tais liberdades possuem para a construção e desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abordou-se de modo cronológico algumas das principais jurisprudências, selecionadas em razão do impacto que vieram a causar, direta ou indireta no âmbito do *exit tax*, desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia envolvendo a tributação direta, que vieram a contribuir para o desenvolvimento de aspectos e conceitos que, posteriormente, foram utilizados na jurisprudência envolvendo as *exit taxes*, desenvolvendo-se primeiramente aquelas relacionadas às pessoas singulares e em seguida às pessoas coletivas.

Posteriormente, refletiu-se acerca das justificativas de interesse geral utilizadas pelos Estados-Membros e aceitas pelo Tribunal como aptas a permitir uma medida discriminatória. Foram abordadas em específico a justificativa invocada, de modo que não se agrupou as justificativas em razão de qual liberdade permitiria cada justificação invocada.

Em seguida, foram expostas algumas das principais justificativas supostamente fundamentadas no interesse geral, mas não aceitas pelo Tribunal como suficientemente aptas a permitir uma violação às liberdades fundamentais, ordenando-se as justificativas *per se* e não com base em qual liberdade fundamental cada justificativa estaria atrelada.

Com amparo no posicionamento jurisprudencial adotado, passou-se a verificar o princípio da proporcionalidade como elemento norteador das justificativas invocadas e como critério de ponderação entre a justificativa e suas consequências para os administrados.

A elaboração e desenvolvimento acerca do princípio da proporcionalidade no presente caso é no sentido de revelá-lo como elemento estruturante e limitador das prerrogativas arguidas pelos Estados, de modo a impossibilitar que qualquer argumento com aparente interesse geral possa ser utilizado como instrumento violador das liberdades fundamentais.

Ao fim, buscou-se traduzir e demonstrar os resultados advindos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que serviu como instrumento de aprimoramento e evolução do quadro normativo no âmbito da União, de modo a elucidar as fases de desenvolvimento da normatização do *exit tax* como uma cláusula geral anti-abuso no seio Europeu e o atual estágio de regulamentação existente.

Ao após, é realizada uma abordagem acerca das menos-valias e os aspectos e consequências advindas de sua consideração e desconsideração por parte das normas dos Estados, bem como os impactos causados aos contribuintes e sua legitimidade.

No encerramento, tratou-se de expor as conclusões obtidas da reflexão acerca do *exit tax* como instrumento de angariação de receitas em favor do Estado e medida de combate a fraude e evasão fiscal, orbitando sua validade e utilidade nesse aspecto, bem como sua pertinência.

2 – EXIT TAX

A tributação direta é um dos últimos resquícios de plena autonomia estatal dos países que compõem a União Europeia, haja vista que esse tipo de imposto não foi expressamente inserido no TFUE.¹

Tal fato se motivou porque à época da assinatura do Tratado de Roma, em 1957, a tributação direta não se revelava como necessariamente importante para estabelecer um mercado interno nos moldes perquiridos, bem como que a tributação direta servia para promover diversos objetivos sociais e econômicos², realizando até hoje essa função.

Assim, é possível compreender que a ausência de harmonização a nível comunitário pode ser traduzido em poder e competência tributária dos Estados-Membros.³

A essa situação jurídica, é dado o nome de princípio da atribuição de poderes, por meio do qual a ausência de expressa atribuição de competência à União Europeia se traduz na manutenção da soberania dos Estados-Membros.⁴

Devido a sua não inclusão inicial, tornou-se politicamente insossa sua inserção posterior⁵, de modo que se desenvolveu certa relutância dos Estados-Membros em entregarem tal autonomia à União.⁶

Ocorre que o cenário globalizado atual modificou-se drasticamente daquele existente no final da década de 50 do século passado. É notório e indiscutível que “o contexto económico

¹ KUBICOVA, Jana. **Exit Tax in the World of International Migration of Companies and Individuals**. Conference Proceedings. 16th International Scientific Conference Globalization and Its Socio-Economic Consequences. University of Zilina, The Faculty of Operation and Economics of Transport and Communication, Department of Economics, 2016. Pg 1101-1109. p. 1103.

² ADAMCZYK, Lukasz; MAJDANSKA, Alicja. **The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation**. in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 14.

³ NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da – **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 160.

⁴ COSTA, Paulo Nogueira da. **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia**. Jurisimat: Revista jurídica. n° 4. 2014. p 321-338. p. 328.

⁵ Inobstante tal fato, é perceptível que a União Europeia já iniciou um processo de harmonização fiscal no âmbito da tributação direta, conforme exposto por NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Editora Almedina. Coimbra. 2005. p. 173-174.

⁶ PEREIRA, Paula Rosado – **Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu**, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Edições Almedina, Coimbra. 2010, p. 269-270.

tornou-se mais globalizado, móvel e digital. Os modelos empresariais e as estruturas das empresas tornaram-se mais complexos, facilitando a transferência de lucros”⁷.

Diante desse cenário, a tributação direta ganhou contornos diversos daqueles existentes à época da assinatura do Tratado de Roma, passando a desempenhar curial importância na manutenção e desenvolvimento da relação de contrato social existente entre os governos e seus cidadãos.

Toda essa dinamização no tráfego de pessoas, bens e informações possibilitou às empresas desenvolverem planos fiscais agressivos, norteados pela circulação de receitas, a fim de encontrarem ambientes tributários mais favoráveis, com menores alíquotas e/ou base de cálculo. Nesta órbita, as grandes empresas começaram a remeter seus lucros para outros países, que não àquele onde o resultado era efetivamente gerado.⁸

Ocorre que no âmbito da União Europeia, também vigoram as diversas liberdades de circulação de pessoas, serviços, estabelecimentos e capitais, além da fixação de *standard* sociais e fiscais por parte da União, causando grande impacto na definição da situação fiscal de cada Estado-Membro.

Como consequência de tal fato⁹, iniciou-se um crescente fenômeno de erosão da base tributável e desvio de lucros para jurisdições de menor tributação, acarretando consequências para os países onde, efetivamente, o lucro foi gerado, com grave impacto nas políticas fiscais de tais Estados¹⁰, sendo cada vez mais difícil determinar em qual país dever-se-ia tributar os rendimentos de tais empresas.

Visando evitar tal problemática de erosão da base de cálculo, a União Europeia definiu como necessária a instituição de regramento referente ao domínio de tributação à saída¹¹, bem como outras políticas fiscais a serem inseridas.

⁷ COMISSÃO EUROPEIA, **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários**. COM(2015) 302 final, 17 de junho de 2015.

⁸ OCDE – **Explanatory Statement**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD. 2015, p. 6.

⁹ DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal – Lições**. 1ª Ed. Editora Almedina, Coimbra, 2015. p. 19.

¹⁰ OCDE (2015), cit., p. 6.

¹¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, **Diretiva (UE) 2016/1164** do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. 19 de julho de 2016.

Sendo necessária a criação de um *exit tax*¹², bem como cauteloso a necessidade de adequação às garantias fundamentais prevista no âmbito da União Europeia, os Estados-Membros, a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia estão em continuo sistema de evolução e aprimoramento de sua aplicação, atentos a conseguirem atingir o objetivo de evitar a erosão da base tributável, sem que tal fato dê margem para uma violação não aceita das liberdades fundamentais.¹³

É preciso ter em mente que a transferência de controle de atividade ou sede, de um Estado para outro Estado, é uma operação legalmente válida e, muitas das vezes, de suma importância para que as empresas possam prosseguir com o desenvolvimento de suas atividades. Tal situação é ainda mais notória no âmbito de um mercado único.¹⁴

Não é admissível que a simples mudança de Estado-Membro para outro possa gerar uma presunção geral de fraude fiscal, sem que tal fato acabe por fulminar a liberdade de circulação.¹⁵

Trata-se de uma medida onde há uma mistura incidível entre sua finalidade de evitar o abuso fiscal e impedir a deslocação de receitas¹⁶.

Desse modo, é possível concluir que o escopo da *exit tax* é apenas garantir que a eventual perda de jurisdição tributária de um Estado-Membro sobre uma pessoa, não gere como consequência direta a inviabilidade de exercer o legítimo direito de tributação sobre aquele ativo acumulado durante o período em que a pessoa desenvolveu sua atividade naquele território¹⁷, mormente quando assente a existência de nítido interesse geral na concretização de tal restrição à liberdade das empresas.¹⁸

¹² AZAM, Rifat. **Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule.** 8 Columbia Journal of Tax Law 6. 2017. p. 29-30.

¹³ DABIJA, Vladislav. **Exit taxation in the European Union is there really a problem?**, Master's Programme in European and International Tax Law, Lund University, School of Economics and Management Department of Business Law. Suécia. 2015. p. 6.

¹⁴ NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da (2015), cit., p. 160.

¹⁵ SANCHES, José Luís Saldanha. **Os limites do planeamento fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional.** Coimbra Editora. Coimbra. 2006. p. 329.

¹⁶ SANCHES, José Luís Saldanha. (2006), cit., p. 329.

¹⁷ LEITÃO, João Menezes. **Saídas para a Tributação à saída de Sociedades na União Europeia – Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10,** Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. A.5, nº2, 2012, Lisboa. p. 276.

¹⁸ KOPPENSTEINER, Hans-Georg – **Transferência Transfronteiriça da sede de uma sociedade.** Revista Direito das Sociedades em Revista, nº 9, volume 18. Almedina. Coimbra. 2017. p. 17.

2.1 – Conceito

O *exit tax*, como forma de tributação direta e como uma espécie do gênero tributário, deve necessariamente encontrar-se condicionado aos princípios gerais da fiscalidade¹⁹, como meio de garantir sua legitimidade e adequação para com a sociedade.

Tal fato encontra maior robustez no direito fiscal, haja vista que o crescimento econômico de uma nação passa, necessariamente, pelo seu âmbito fiscal, que serve de instrumento para a promoção de políticas públicas e designação de medida de governo. Paralelamente, também há o interesse Estatal na maximização de obtenção de receitas disponíveis para gerir tais fatos²⁰, que também reveste-se na qualidade para seus administrados²¹.

Nesse ínterim, e até mesmo pela importância histórica²² que o reveste, destaca-se o princípio do consentimento. Trata-se de proporcionar um conhecimento prévio do contribuinte, de modo direto ou indireto, acerca de sua eventual obrigação fiscal.

Ao contribuinte deverá ser dada ciência acerca do tipo do tributo, forma de pagamento e montante previsível²³, além de outros elementos de igual importância, para que o mesmo possa se preparar e consentir com tais critérios, promovendo-se assim uma não surpresa quanto a fatores tributários.

¹⁹ Quer seja na interpretação de princípios autônomos, compreendidos como aqueles que independem de outros princípios, não sendo derivado deles ou corolários lógicos; quer seja princípios fundamentais, expressamente previstos ou historicamente justificados. Para melhor compreensão recomenda-se GUIMARÃES, Vasco Branco. **Princípios Gerais da Fiscalidade**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. 5ª Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 83-120. p. 100.

²⁰ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. **Manual de Direito Fiscal. Perspetiva multinível**. Almedina. Coimbra. 2016. p. 52.

²¹ Trata-se da ideia de um Estado Social como mecanismo de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais como tipo de direito fundamental, quando concebido no seio da Constituição, ou como princípios jurídicos e garantias institucionais, quando concebido de forma extra constitucional, conforme defendido por ANDRADE, José Carlos Vieira de. in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos**. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 23-42. p. 24-25.

²² Nas palavras de Guimarães o princípio do consentimento é “talvez o mais antigo dos princípios do direito fiscal e está intimamente ligado à existência dos impostos sendo mesmo anterior à existência deste ramo do direito” in GUIMARÃES, Vasco Branco. **Princípios Gerais da Fiscalidade**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. 5ª Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 83-120. p. 84.

²³ GUIMARÃES, Vasco Branco. **Princípios Gerais da Fiscalidade**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. 5ª Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 83-120. p. 87.

É justamente em decorrência de tal princípio que se iniciou o afloramento de inúmeros outros princípios e elementos norteadores gerais, visando resguardar, em última análise, sua manutenção e aperfeiçoamento.

Nesse prisma, merece grande destaque o princípio da legalidade, consubstanciado como um princípio fiscal formal²⁴, devendo, por isso, ser suficientemente determinadas as características do tributo, de modo a possibilitar que o contribuinte compreenda e preveja uma eventual autuação fiscal²⁵.

No âmbito fiscal, para a validade do tributo e sua respectiva cobrança, deverá existir uma norma prévia que o institua e que estabeleça todos os elementos essenciais e indispensáveis para sua existência, sendo certo que a aludida norma instituidora estará adstrita a respeitar as normas hierarquicamente superiores, não sendo admissível confrontá-las. Paralelamente, também é necessário que a lei seja criada pelo órgão com competência legislativa para tanto.²⁶

Tal característica visa também resguardar a segurança jurídica da medida, haja vista que garante que a instituição da exação se deu de modo válido e aprovada pelos próprios contribuintes, por meio de seus representantes legislativos.²⁷

A tributação também deverá observar o princípio da igualdade, como forma de promover um tratamento igual àqueles que se encontrem em condições semelhantes perante a igualdade horizontal, adequando-se um tratamento distinto para fins de nivelar em razão da igualdade vertical, desenvolvendo-se assim uma interpretação no sentido material e não meramente formal²⁸.

²⁴ DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal – Lições**. 2ª ed. Editora Almedina, Coimbra. 2016. p. 113.

²⁵ DOURADO, Ana Paula. (2016), cit., p. 150.

²⁶ GUIMARÃES trata tal conceito como sendo “a *preeminência da lei* e a *reserva da lei*, como elementos que compõem o princípio da legalidade” e prossegue o autor afirmando que “no direito fiscal a Administração só pode atuar com fundamento legal específico sendo esta uma das caracterizações do princípio da legalidade em direito fiscal. Compreende-se que assim seja. O imposto é atualmente uma forma organizada de *agressão* do património dos entes com capacidade económica pelo que a sua conceção, criação e regulação deve obedecer a critérios rigorosos, conhecidos e limitados como forma de proteção de outros valores constitucionais como a propriedade”, *in* GUIMARÃES, Vasco Branco. **Princípios Gerais da Fiscalidade**. *in* CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. 5ª Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 83-120. p. 84-94.

²⁷ MACHADO define como sendo o “princípio do consentimento democrático-representativo”. E afirma que tal fato trata do “cerne da noção da autotributação, onde vincula-se as noções de soberania popular tributária e o contrato social tributário”, de modo que “o sistema tributário deve consistir, essencialmente, na tributação dos cidadãos, pelos cidadãos e para os cidadãos” *in* MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. **Manual de Direito Fiscal. Perspetiva multinível**. Almedina. Coimbra. 2016. p. 68.

²⁸ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. (2016), cit., p. 62.

Ademais, no âmbito da União Europeia convém destacar que expressamente em seu artigo 18º do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia, a proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade do indivíduo, sendo tal fato um corolário ao princípio da igualdade.

Trata-se de um Direito Fundamental de todos os cidadãos europeus, interpretado de modo a evitar não apenas as discriminações ostensivas, mas sim até mesmo as dissimuladas, que indiretamente gerem a mesma consequência.²⁹

Sua concretização se manifesta por meio do princípio da capacidade contributiva, que pode revelar-se por meio do rendimento, do patrimônio ou até mesmo do consumo do contribuinte.³⁰

A capacidade contributiva acaba por se revelar como uma questão de justiça e bom-senso, na exata medida que prevê que somente deverá arcar com determinado tributo, àquele que já detém poder econômico para tanto e que tal somente poderá ocorrer de forma prudente e norteado pelo bom-senso³¹.

É justamente essa função concretizadora do princípio da capacidade contributiva em consonância com o princípio da igualdade, que revela fulcral importância no campo das *exit taxes*.

Devido à determinação da matéria tributável do imposto em questão orbitar as mais-valias latentes, que ainda não se materializaram efetivamente, é possível concluir, portanto, que o contribuinte em questão também não revelou capacidade contributiva para arcar com tal valorização.

Ora, é inegável que se a mais-valia ainda é latente, há a possibilidade do contribuinte não possuir meios de suportar o ônus financeiro decorrente da cobrança fiscal, o que cabalmente poderia vir a flagelar a legitimidade da cobrança das *exit taxes*, em razão de violação ao princípio da igualdade por meio da capacidade contributiva, podendo, inclusive, tal tributo revestir-se de confiscatoriedade.³²

²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 2ª Ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2014. p. 269-270.

³⁰ DOURADO, Ana Paula. (2016), cit., p. 190-191.

³¹ GUIMARÃES, Vasco Branco. (2017), cit., p. 113.

³² DOURADO, Ana Paula. (2016), cit., p. 193-194.

Tal fato ganha maiores contornos, ao questionar-se que os residentes que não realizem uma mudança transfronteiriça, ou seja, que façam uma mudança dentro do próprio Estado-Membro, não se veem compelidos a suportarem as consequências advindas da tributação das mais-valias latentes, o que pode vir a confrontar com a ideia positiva do princípio da igualdade, de que todos são iguais perante a lei³³.

Conforme será demonstrado, essa questão se coloca em análise de modo mais complexo, sendo necessário uma ponderação acerca de, dentre outros fatores, evitar o abuso e combater a fraude fiscal³⁴, bem como garantir a manutenção de um sistema fiscal coeso³⁵ e uma repartição equilibrada do poder tributário dos Estados³⁶.

O princípio da proteção da confiança visa garantir aos administrados, de modo efetivo, a possibilidade de planejamento de vida, crédulos na inocorrência de uma mudança abrupta no modo, forma ou padrão das decisões do Estado.

Sua existência visa garantir estabilidade, previsibilidade e calculabilidade, como instrumentos essenciais para o desenvolvimento das atividades necessárias às pessoas singulares e coletivas³⁷.

Trata-se da segurança jurídica que acompanha o exercício dos direitos de natureza econômica, social e cultural já subjectivizados e adquiridos na esfera jurídica dos particulares e reconhecidos enquanto tal pelo Estado³⁸, devendo-se proceder a um balanceamento ou ponderação entre o interesse individual afetado pela modificação da norma em questão e o interesse público que, em tese, justifica a alteração perquirida.

³³ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. (2016), cit., p. 61.

³⁴ CUNHA, Patrícia Noiret. **A Tributação Directa na Jurisprudência do tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006. p. 139.

³⁵ CASAIS, José Manuel Iglesias. **La Ley 35/2006, del Impuesto Sobre la Renda de las Personas Físicas, T'ras los últimos Pronunciamentos del Tribunal de Justiça de la Unión Europea em matéria de Exit Taxes**, in NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da – **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 131-158. p. 146.

³⁶ NOGUEIRA, João Félix Pinto. **Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade**. Coimbra. Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora. 1ª ed. 2010. p. 249.

³⁷ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. (2016), cit., p. 80.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra. Coimbra Editora. 2004. p. 303.

Destaca-se que a proteção da confiança deverá ser garantida pelo Estado de modo pleno e não meramente formal ou objetiva. É necessário um efetivo cumprimento, na compreensão subjetiva do termo, com pleno alicerce na boa-fé.³⁹

Revela-se como sendo um meio de atuação do exercício do poder, onde são definidos os direitos e deveres das partes, garantindo tal *status* por meio de sua expressa previsão legal⁴⁰.

Para que os administrados possam efetivamente gozar de seus direitos e contribuir para o desenvolvimento social, é necessária uma harmonização para com o Estado, calcado na crença de que as decisões tomadas por este são as mais corretas ou, ao menos, necessárias, garantindo assim maior estabilidade a todos.⁴¹

Ademais, em decorrência da natureza jurídica do *exit tax* e de seu campo de aplicação, conforme será demonstrado, é inegável que tal tributo possui um intrínseco vínculo com o direito fiscal internacional. Tratam-se de princípios com conceitos supranacionais, cujo escopo não pode ser moldado pelos Estados a seu bel prazer e que servem de estrutura para as relações entre Estados.

O princípio de direito fiscal internacional com maior impacto direto no *exit tax* é o princípio da soberania.

Na limitação temática exposta, o referido princípio visa permitir que o Estado possa definir os elementos de conexão em assuntos de tributação internacional, de modo

³⁹ Na definição utilizada por MIRANDA “os cidadãos têm direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das formas de lealdade e respeito pelos particulares)”, in MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Volume II. Tomo II e III. 1º Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. p. 312.

⁴⁰ GUIMARÃES, Vasco Branco. (2017), cit., p. 106.

⁴¹ Sobre o tema, MIRANDA, utilizando-se das palavras de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, afirma que “a tutela da confiança pressupõe a verificação de diversas circunstâncias: primeira, uma *atuação de um sujeito de direito* que crie a confiança quer na manutenção de uma situação jurídica, quer na adoção de outra conduta; segunda, uma *situação de confiança justificada* do destinatário da atuação de outrem, ou seja, uma convicção, por parte do destinatário da atuação em causa, na determinação do sujeito jurídico que a adotou quanto à sua atuação subsequente, bem como a presença de elementos suscetíveis de legitimar essa convicção, não só em abstrato mas em concreto; terceira, a efetivação de um *investimento de confiança*, isto é, o desenvolvimento de ações ou omissões, que podem não ter tradução patrimonial, na base da situação de confiança e a situação de confiança; quarta, o *nexo de causalidade* entre a atuação geradora de confiança e a situação de confiança, por um lado, e entre a situação de confiança e o investimento de confiança, por outro; quinta, a *frustração da confiança* por parte do sujeito jurídico que a criou. Estes pressupostos devem ser encarados de modo global: a não verificação de um deles será em princípio relevante, mas pode ser superada pela maior intensidade de outro ou por outras circunstâncias pertinentes (por exemplo, em certos casos, o decurso de grandes lapsos temporais)”. in MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Volume II. Tomo II e III. 1º Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. p. 314.

paralelamente a sua adequação na legislação interna, a fim de delimitarem a extensão de seu poder tributário⁴².

Os Estados, ao exercerem a complexa e plena atividade de sua soberania, fixam os limites de competência envolvendo os países, com iguais poderes⁴³.

Neste cenário, a saída de um sujeito passivo de determinado Estado-Membro para outro Estado, culminaria no rompimento da soberania e competência tributária para fins de cobrança.

As consequências desse tipo de deslocamento na base de cálculo dos tributos é um dos grandes problemas contemporâneos, de modo que impactam diretamente tanto nos contribuintes, que podem se ver objetos de dupla tributação, quanto dos Estados, que perdem sua capacidade fiscal para realizar a tributação⁴⁴.

Outro princípio que possui uma função guia, é o princípio da equidade. Trata-se de um meio de aflorar e expor orientações gerais e valores que nortearão outros princípios, além de visar promover uma linha tênue⁴⁵, porém segura, para a criação de normas destinadas a compor a repartição do poder de tributar⁴⁶ entre os Estados⁴⁷.

A equidade também visa dar efetividade para que convenções em matéria de dupla tributação consigam, efetivamente, garantir aos sujeitos passivos sua não ocorrência, tendo em conta as relações não apenas internas, que seriam mais facilmente controladas, mas a situações vivenciadas num plano fiscal internacional de fato.

Obviamente que na hipótese de uma efetiva harmonização no âmbito da União Europeia, tais objetivos também seriam atingidos⁴⁸. Todavia, é preciso destacar que os *exit tax* também possuem vultosa aplicação e utilidade efetiva para situações envolvendo Estados

⁴² PEREIRA, Paula Rosado – **Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. p. 201-252. p. 206-207.

⁴³ DOURADO, Ana Paula. **A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia**. Centro de Estudos Fiscais. Lisboa. 1996. p. 13.

⁴⁴ TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. **European Tax Law**. 6ª ed. Wolters Kluwer, Kluwer Law International. 2012. p. 94-95.

⁴⁵ Devido ao caráter abstrato do princípio em questão.

⁴⁶ PANAYI, Christiana Hiji. **National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited**. British Tax Review. Issue 1, 2012. p. 41-49. p. 44.

⁴⁷ PEREIRA, Paula Rosado. (2015), cit., p. 208.

⁴⁸ TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. (2012), cit., p. 199-200.

Terceiros, o que tornaria a existência de uma harmonização de tributação direta no seio da União não plenamente eficaz.

É cediço que os mercados financeiros contemporâneos, bem como toda a economia mundial, encontram-se amplamente globalizados, sendo possível uma criteriosa análise de diversos componentes de toda uma cadeia de investimento, por parte dos investidores.

Nesse cenário, a tributação possui forte impacto na eventual escolha do investidor de onde prosseguir com seu projeto, mormente quando, principalmente num investimento apenas de operações de capital, há grande ingerência do fator tributário sobre os demais⁴⁹.

Diante de tal órbita, alocou-se o princípio da neutralidade no âmbito do direito fiscal internacional, onde se consiste em objetivar que os fatores fiscais oriundos das decisões dos agentes econômicos acabem por interferir o mínimo possível na alocação dos recursos produtivos⁵⁰.

Adstrito a tais princípios, o *exit tax* é um tributo aplicável àqueles que deixem de residir em determinado Estado, por meio de transferência de sua sede ou residência para outro Estado, consistindo na delimitação da base tributável com alicerce na mensuração das mais valias acumuladas, mas não efetivamente realizadas (mais valias latentes), relativos aos ativos que foram gerados durante a existência do contribuinte no território do Estado de origem⁵¹, de modo que sua transferência não gere como consequência para o Estado de origem a impossibilidade de cobrança de tais valores ou uma dificuldade exacerbada de sua realização⁵², visando uma justa distribuição de competência fiscal.⁵³

⁴⁹ VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. **The Interaction of Tax Systems and Tax Cultures in an International Legal Order for Taxation**. Diritto e Pratica Tributaria Internazionale. CEDAM, Vol. 5. n°. 2. 2008. p. 841-867. p. 854.

⁵⁰ PEREIRA, Paula Rosado. (2015), cit., p. 210-211.

⁵¹ Nas palavras de LEITÃO “a tributação a saída de sociedades constitui, na sua essência, um mecanismo tributário fulcralmente dirigido a assegurar que as mais-valias acumuladas, mas ainda não realizadas (mais-valias latentes) relativas aos ativos empresariais que foram ‘geradas’ no território de um Estado não escapam à jurisdição tributária desse Estado se ocorrer a cessão da sujeição tributária da empresa, designadamente por força da transferência da sua residência fiscal para outro Estado-Membro”, LEITÃO, João Menezes. **Saídas para a Tributação à saída de Sociedades na União Europeia – Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10**, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. A.5, n°2, 2012, Lisboa. p. 271.

⁵² PANAYI, Christiana Hiji, **Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law** (March 24, 2011). Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 13, 2010-2011. p. 246.

⁵³ RAKOTO, Sophie. **Exit tax en materia societaria y libertad de establecimiento - entre logros jurisprudenciales y retos legislativos, estudio desde la perspectiva española y francesa**. Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. p. 15.

Trata-se de uma medida que visa penalizar a mudança de sede ou direção efetiva, a fim de proteger⁵⁴ as receitas fiscais do Estado de residência, onde as mesmas foram inicialmente advindas⁵⁵.

Inobstante o foco orbitar as pessoas coletivas, o *exit tax* também pode ser aplicado às pessoas singulares, sem qualquer tipo de prejuízo, desde que em contraste com situações jurídicas semelhantes.⁵⁶

É preciso ter em mente que a transferência de uma sociedade do Estado-Membro de origem para o Estado-Membro de destino significa, em *ultima ratio*, no plano fiscal, também a transferência de soberania tributária.⁵⁷

Tal fato se origina em razão de que, após transferida a sociedade para outro Estado-Membro, na hipótese de não apuração das mais valias (ainda que latentes) existentes no momento da transferência, o Estado de origem deixaria de ter poderes para tributar as situações já ocorridas em seu território, sendo certo que estas poderão ou não virem a ser tributadas pelo local de acolhimento.

É notório que caso não sejam apuradas as mais valias latentes no momento em que o contribuinte deixa o Estado, não será possível sua realização futura, mormente quando a competência fiscal já seria do Estado de acolhimento.

Em uma realidade econômica mundial como a atual, presente o Estado-Dívida⁵⁸, relegar tais receitas não é uma medida conveniente e nem justa a seus administrados.

Nesta órbita, revela-se a necessidade do Estado de origem em salvaguardar sua competência tributária sob as mais valias latentes, haja vista que em razão da mudança de

⁵⁴ A ideia de proteção de receitas está diretamente atrelada a necessidade de ser essa quase que a exclusiva fonte de angariação de recursos por parte de um Estado Fiscal, obtido diante da exclusão da ideia de um estado patrimonial e/ou estado empresarial, conforme sedimentado por NABAIS, José Casalta. **Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado?** in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos**. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 105-128. p. 106-108. e NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Editora Almedina. Coimbra. 2005.

⁵⁵ PALMA, Clotilde Celorico. **Planejamento Fiscal Internacional**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade**. Vol. II – Gestão e Planejamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. p. 125- 166. p. 141.

⁵⁶ MENDES, Inês Carolina da Silva. **O exit tax no código do IRC**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Escola de Lisboa. Lisboa. 2013. p. 7.

⁵⁷ ALVES, Jorge Manuel Osório. **Impostos de saída em matéria societária: Em busca de uma solução para um problema doméstico e europeu**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Centro Regional do Porto – Polo da Foz. Porto. 2013. p. 8.

⁵⁸ DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal – Lições**. 1ª Ed. Editora Almedina, Coimbra, 2015. p. 109.

residência do contribuinte, no momento da efetiva realização da mais valia, a jurisdição para tributar não mais será do Estado de origem, ao passo que, referente ao período ocorrido no Estado de origem, há a manutenção da situação de contribuinte ao transfronteiriço.⁵⁹

Trata-se de uma atuação coesa por parte do Estado de origem, haja vista que a situação que originou e proporcionou a ocorrência, ainda que futura, das mais valias ocorreu antes da mudança de país, de modo que não seria razoável que o Estado de acolhimento se beneficiasse de tal situação.⁶⁰

Foram as condições inicialmente encontradas no Estado de origem⁶¹, quer por força de incentivos políticos e econômicos, quer diante de um cenário puramente consumerista, que contribuíram para que o contribuinte pudesse desenvolver-se e tornou apta a criação das mais valias, ainda que latentes.⁶²

Desse modo, é indispensável, face a impossibilidade de “aguardar pela disposição dos elementos patrimoniais para exercer a competência fiscal há que se fazer anteceder a tributação para o momento anterior da saída da jurisdição nacional”.⁶³

O evento desencadeador da cadeia tributária é o rompimento do vínculo entre o contribuinte e o território, gerando a perda do poder tributário por parte do Estado de origem. Assim, diversamente de uma tributação habitual, o *exit tax* se traduz como uma nítida demonstração de soberania tributária do Estado, posto que seu elemento nodal é a possível perda de jurisdição tributária.⁶⁴

Trata-se da ocorrência de um fato gerador fictício, relacionado diretamente com o elemento temporal.⁶⁵

Apesar do *exit tax* possuir primordialmente como intuito o de garantir que o Estado-Membro possa tributar as mais valias advindas no período em que o contribuinte estava

⁵⁹ Com base na expressão “*extended unlimited tax liability o trailing taxes*”, utilizada por JIMÉNEZ, Adolfo Martín. CARRERO, José Manuel Calderón. **Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española**. *Cronica Tributaria*. Nº 125/2007. p. 52.

⁶⁰ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 15.

⁶¹ KUBICOVA, Jana. (2016). cit., p. 1105.

⁶² RUBIO GUERRERO, **Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional**, in CORDÓN EZQUERRO, **Manual de Fiscalidad Internacional**, Madrid, 2001, p 61, in LOPES, José Carlos. AGUIAR, Nina. **Comércio electrónico on-line e direção efectiva**, *Revista Eurocontas*, 34, January, 2003, p. 33.

⁶³ LEITÃO, João Menezes. (2012), cit., p. 275.

⁶⁴ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 7.

⁶⁵ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 17.

localizado em seu território, devido a sua justificativa como modelo de prevenção ao *tax fraud* e *tax avoidance*⁶⁶, é possível perceber também uma função extrafiscal⁶⁷, mormente quando promove uma orientação de comportamento.

É preciso ter em mente que a mudança transfronteiriça pode ocorrer em razão da mudança estatutária da sociedade, bem como por meio da mudança da direção efetiva⁶⁸ para outro Estado-Membro, sem que tal fato importe⁶⁹, *per se*, em inaplicação do *exit tax*, sendo certo que ambos os casos tornam apta a exação fiscal.

2.2 – A determinação na condição de residente: Direção Efetiva e Sede Estatutária

A ideia de possibilidade de mudança transfronteiriça de uma sociedade passa por poder compreender como se realiza efetivamente seu deslocamento para um outro local.

Diferente das pessoas singulares, cuja mudança de endereço é facilmente perceptível, as mudanças das pessoas coletivas possuem certas peculiaridades.

É necessária a correta compreensão espacial e temporal de onde encontra-se situado o contribuinte no momento da subsunção do fato à norma tributária⁷⁰, a fim de definir a legitimidade tributária do Estado para a realização da liquidação.⁷¹

⁶⁶ NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da. (2015), cit., p. 161.

⁶⁷ DOURADO, Ana Paula. (2015), cit., p. 30-31.

⁶⁸ Na definição local de direção efetiva, foi utilizado o conceito referendado por DINIS, ao afirmar que direção efetiva “consiste numa questão de facto e identificando-o com o local onde são tomadas, na sua substância, as decisões chave tanto a nível de gestão como a nível comercial necessárias para a condução da actividade da entidade, na sua globalidade. Avançando, ainda, que o local da direcção efectiva situar-se-á normalmente no Estado onde o presidente do conselho de administração, ou órgão equivalente, e os demais quadros superiores elaboram as suas decisões, bem como no Estado onde as acções da entidade são globalmente determinadas.” DINIS, José Pedro. **O critério da direcção efectiva na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o património**. Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto. Porto. 2011. p. 12.

⁶⁹ As sociedades podem ser consideradas residentes de determinado Estado, por possuírem lá sua sede; por ser o local de sua constituição; ou por lá se encontrar sua direção efetiva. Diferentemente do que ocorre com a mudança física da sede estatutária, é preciso ter em mente que a mudança de local da direção efetiva é bastante fácil e viável, tendo sua comodidade acentuada em razão dos inúmeros avanços tecnológicos contemporâneos, por compreender a cúpula diretiva da empresa. A Convenção Modelo para eliminar a dupla tributação sobre o rendimento e o património da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos sugere que havendo um conflito aparente entre o local da sede da empresa, oriundo da existência da sede estatutária em um Estado e a direção efetiva em outro Estado, deverá prevalecer o critério da direção efetiva.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª ed. Saraiva. São Paulo. Brasil. 2013. p. 253-258.

⁷¹ PIRES, Rita Calçada. **Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Electrónico – Desvendar mitos e construir realidades**. Coimbra. Almedina, 2011, p. 214.

Nas empresas, a condição de residente pode advir de dois critérios preponderantes, denominados local da Sede Estatutária⁷² ou da Direção Efetiva⁷³, sendo certo que a União Europeia não veda a utilização de quaisquer deles.⁷⁴

Ao redigir o documento inicial da sociedade, os envolvidos elegem e indicam um local que, em tese, corresponderá ao local da sede social. Estando tal documento em conformidade com a legislação nacional⁷⁵, tal hipótese é conhecida como sede estatutária, em alusão à indicação no estatuto social.⁷⁶

Ocorre que a singeleza de tal critério, inobstante garantir baixos custos administrativos para fiscalização da condição de residente de uma sociedade pela administração pública, também permite sua má utilização por parte dos contribuintes, mormente quando bastaria uma simples indicação formal para que se consistisse na eleição da sede da empresa.

Nessa hipótese, bastaria que uma determinada sociedade indicasse sua sede como sendo localizada em um país com menor carga tributária, a fim de que lá fosse realizada a tributação, ainda que todos os atos principais e efetiva direção da sociedade acontecesse em um Estado diferente.

Também é necessário notar que a adoção restrita apenas à teoria da sede estatutária criaria dificuldades para uma circulação econômica de tal estabelecimento, mormente quando seria necessário a desconstituição da sociedade em determinado ordenamento jurídico, com a subsequente criação em um novo ordenamento, criando graves problemas de mobilidade econômica⁷⁷, que fatalmente se agravaria num mercado interno, causando violação às liberdades fundamentais.⁷⁸

No mesmo diapasão, a ideia de obrigar uma determinada sociedade a criar uma nova empresa em um outro Estado, a fim de que essa possa, futuramente, fundir-se ou incorporar a empresa inicial para, só então, permitir a mudança transfronteiriça da sociedade, também não é

⁷² Também podendo ser denominado local da constituição.

⁷³ DINIS, José Pedro. **O critério da direção efectiva na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o património**. Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto. Porto. 2011. p. 10.

⁷⁴ PANAYI, Christiana Hiji, **Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes** (October 29, 2009). *Bulletin for International Taxation*, p. 459-473, October 2009. p. 468.

⁷⁵ KOPPENSTEINER, Hans-Georg. (2017), cit., p. 14.

⁷⁶ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 260.

⁷⁷ PANAYI, Christiana Hiji. (2009), cit., p. 460.

⁷⁸ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 261-262.

interessante, mormente quando poder-se-ia criar inúmeras situações desvantajosas para toda a ordem econômica.⁷⁹

No intuito de efetivamente evitar essa má utilização por parte dos contribuintes, desenvolveu-se também o critério da direção efetiva. A interpretação de direção efetiva vem evoluindo frequentemente, tratando-se de uma ideia ainda em construção e com contínuo desenvolvimento.

Inicialmente, quando da redação do artigo 4º, parágrafo 3º, da CMOECD, se considerou a primazia do critério da direção efetiva em detrimento do critério meramente formal que se consubstanciava na sede estatutária.⁸⁰

Há que se considerar que o sistema globalizado contemporâneo permite que as empresas criem diversos núcleos, dificultando a descoberta por parte da administração pública – e por vezes, até mesmo da sociedade – de quais dos núcleos, efetivamente, possui o poder de direção principal junto a companhia.⁸¹

Atualmente vigora a recomendação que inobstante haja uma preferência pelo critério de direção efetiva, se dê atenção específica caso-a-caso, devendo as autoridades competentes dos Estados Contratantes resolver as peculiaridades de mútuo acordo⁸² a fim de determinar onde efetivamente ocorre a direção efetiva, tanto em nível de gestão como a nível comercial e de produção, destacando que esse local normalmente coincidirá com o local onde o presidente do conselho de administração e demais cúpula decisória elaboram suas decisões.⁸³

Desse modo, pode ser compreendido como local da direção efetiva aquele onde são tomadas as decisões primordiais da companhia, independente de tratarem-se de decisões a nível comercial ou de gestão. Trata-se de onde, em última análise, será decidido pela aplicação de deliberações propostas.

⁷⁹ Além dos impactos que tal perspectiva causaria no âmbito da União Europeia e nas Liberdades Fundamentais garantidas pelo Tratado

⁸⁰ Comentário ao artigo 4º, parágrafo 3º, 22, dos Comentários da CMOECD. Modelo de 21 de novembro de 2017.

⁸¹ CÂMARA, Francisco Sousa da. **A dupla residência das sociedades a luz das convenções de dupla tributação**. Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos. nº 403, 2001. p. 35-146. p. 69.

⁸² Comentário ao artigo 4º, parágrafo 3º, 23-24, dos Comentários da CMOECD. Modelo de 21 de novembro de 2017.

⁸³ DINIS, José Pedro. (2011), cit., p. 12.

Destaca-se que apesar do grau hierárquico⁸⁴ caracterizar um importante indício do local da direção efetiva, é necessária a análise individualizada de cada caso, podendo ser considerado como local da direção efetiva aquele onde são praticados os atos que estrategicamente administram a sociedade⁸⁵, ainda que deliberados por um grupo hierarquicamente inferior.

A existência concomitante de ambos os modelos de verificação do enquadramento no critério de residente é aceita, de modo que, pela existência conjunta das mesmas⁸⁶, são necessários maiores esforços com fim de harmonizar sua utilização, evitando-se danos aos contribuintes e Estados, em razão da dupla tributação ou dupla não tributação.

Relativamente às *exit tax*, é possível que uma sociedade, devidamente constituída em um Estado-Membro, isto é, em consonância com os requisitos e condicionantes impostos pela legislação, transfira-se para outro Estado em decorrência da simples locomoção de sua cúpula diretiva.⁸⁷

Assim, ainda que a empresa continue em funcionamento no local designado em sua sede estatutária, a competência fiscal é transferida do Estado de origem para o Estado de acolhimento onde se instaurou o núcleo diretivo da aludida sociedade, tornando-se justa e necessária a liquidação dos rendimentos gerados até então no primeiro Estado, a fim de manter o equilíbrio e coesão do sistema fiscal.⁸⁸

2.3 – O posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia na tributação direta e nos *exit taxes*

⁸⁴ Teoria do Local da Administração e Controle Central.

⁸⁵ Teoria do Local de Direção.

⁸⁶ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 15.

⁸⁷ PANAYI, Christiana Hiji. (2009), cit., p. 459.

⁸⁸ É preciso ter em mente que a modernidade contemporânea, norteadas pela imediata comunicação de atos e avanços tecnológicos, permite a existência de inúmeros desdobramentos no campo da concomitante administração societária em múltiplos locais, com igual hierarquia e poder diretivo, quer seja por meio de fusão societária ou divisão interna de competência. Entretanto, o avanço interpretativo em tais hipóteses foge aos objetivos do presente trabalho, de modo que se daria impossível sua análise minuciosa sem que se perca de objetivo o elemento nodal do presente estudo.

No tocante a tributação direta, o Tribunal de Justiça da União Europeia iniciou seus posicionamentos desde finais dos anos 80, ampliando seu funcionamento na década de 90, sempre norteado acerca da compatibilidade da exação às liberdades fundamentais⁸⁹.

Para a análise das decisões, deverão estar em causa uma situação internacional apta a violar quaisquer das liberdades fundamentais. Diante desse cenário, o Tribunal analisa tal situação em consonância com uma situação interna idêntica ou bastante semelhante⁹⁰, a fim de verificar se há diferença de tratamento discriminatória, injustificada e desproporcional.⁹¹

O intuito do Tribunal é conferir e auxiliar na evolução dos ordenamentos jurídicos pátrios, a fim de apurar se os mesmos se encontram em consonância com as prerrogativas esculpidas no Tratado.

As análises formuladas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia possuem enfoque em verificar, por meio de uma ligação de prejudicialidade⁹², se houve violação às garantias fundamentais.⁹³ Nas hipóteses de *exit taxes*, o foco orbita em sua grande maioria à liberdade de estabelecimento.

No tocante às hipóteses de violação de liberdades fundamentais, as mesmas podem ser materializadas por meio de restrição e discriminação.

A restrição compreende um ato ocorrido no momento de acesso ou saída do mercado, por meio de uma medida fiscal que visa criar obstáculos ou dificultar esse acesso ao mercado⁹⁴, tornando menos atraente o exercício de quaisquer das garantias fundamentais.

As medidas discriminatórias podem ocorrer de modo direto ou indireto, sendo ambas vedadas pela normatividade à nível Europeu. Trata-se de um tratamento diferenciado

⁸⁹ DOURADO, Ana Paula. (2015), cit., p. 22.

⁹⁰ KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1103.

⁹¹ MENDES, Inês Carolina da Silva. (2013), cit., p. 42.

⁹² MOURA, Alexandre da Cunha Ferreira de. **Direito de estabelecimento e tributação imediata de mais valias latentes em Portugal (*exit tax*): relatório crítico do acórdão do tribunal de justiça da união europeia sobre a matéria (processo c-38/10)**, Coimbra, 2013. p. 4.

⁹³ No âmbito do direito fiscal, trata-se de nítida verificação acerca das limitações ao poder tributário dos Estados-Membros, a fim de garantir a manutenção das proibições impostas pela união aduaneira; aquelas decorrentes do mercado interno; e as proibições em sede de auxílios de Estado, conforme exposto por NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Editora Almedina. Coimbra. 2005. p. 166-172.

⁹⁴ SILVA, Ricardo Miguel Simões. **Justificações de medidas fiscais restritivas das liberdades da União Europeia: análise da jurisprudência do Tribunal da União Europeia em matéria da fiscalidade direta**. Dissertação de mestrado em Direito Fiscal. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 10.

prejudicial, aplicado no âmbito interno do mercado, em virtude da residência ou nacionalidade dos envolvidos.⁹⁵

Inobstante a existência de uma diferenciação entre restrição e discriminação, sua aplicação prática não possui relevância⁹⁶, *ex vi* tratarem de medidas violadoras do Tratado e, portanto, indesejáveis.

Há que se destacar que não há uma ordem de prioridade, para que o TJUE analise qual das garantias fundamentais estão sendo possivelmente violadas, de modo que se uma norma violar uma das liberdades fundamentais, será ela considerada ilegítima e perde-se o objeto de análise frente às demais. Todavia, em razão da Liberdade de Circulação de Capitais possuir aplicação a países terceiros, há o entendimento de prevalência na análise de outras liberdades, como por exemplo da liberdade de prestação de serviços e liberdade de estabelecimento⁹⁷, haja vista possuírem apenas aplicação interna ao âmbito Europeu.

Na análise de viabilidade de medidas que de algum modo colidam com as liberdades fundamentais, o Tribunal elaborou a chamada Fórmula Gebhard.⁹⁸

A referida fórmula consiste em verificar se se encontram preenchidas três⁹⁹ condicionantes de admissibilidade para a restrição, quais sejam: I) as medidas se justificarem por razões imperiosas de interesse geral; II) ser adequada a atingir os objetivos propostos; e III) serem proporcionais, não ultrapassando os limites necessários para atingir esse objetivo.¹⁰⁰

Seguindo tais critérios, foram analisadas situações envolvendo a tributação direta e, de modo mais específico em alguns casos, o *exit tax*, partindo primeiramente de hipóteses envolvendo apenas as pessoas singulares e, ao após, deparando-se com situações envolvendo pessoas coletivas.

⁹⁵ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 10.

⁹⁶ ENGLMAIR, Vanessa E. **The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation**, in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 53-94. P. 65.

⁹⁷ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016). p. 61-62.

⁹⁸ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 321.

⁹⁹ Inobstante a fórmula original prever quatro condicionantes, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia evoluiu no sentido de não diferenciar medidas restritivas e discriminativas, bem como aceitando que medidas discriminatórias possam ser justificadas em situações ímpares. Nesse cotejo, deixou-se de aplicar a condicionante de que a medida não seja aplicada de modo discriminatório.

¹⁰⁰ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 11.

O Tribunal de Justiça da União Europeia firmou importantes posicionamentos com base na tributação direta, de modo a criar uma base geral apta a sustentar as particularidades de cada tipo tributário.

Construída tal hipótese, o Tribunal lapidou suas conclusões, de modo a aplicá-las especificamente às *exit taxes*, no intuito de promover uma harmonização entre os interesses dos Estados e de seus administrados.

Nota-se que os *exit taxes* compõem apenas uma pequena parcela daquilo que efetivamente engloba todo o posicionamento da tributação direta, ao passo que se tratando de uma situação mais específica, o Tribunal utilizou de valores específicos a tal matéria.

É necessário que os *exit taxes* sejam instituídos e fiscalizados em consonância com as liberdades fundamentais previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia, haja vista que uma violação à uma liberdade fundamental somente poderá ocorrer em específicas hipóteses e somente mediante uma justificativa de interesse geral e calcado numa medida proporcional.

As liberdades fundamentais constituem uma garantia a circulação de mercadorias, trabalhadores, pessoas, criação de estabelecimentos, bem como a prestação de serviços e circulação de capitais.

Ao passar pelo crivo do Tribunal, deverá ser verificado se as liberdades fundamentais¹⁰¹ não são injustificavelmente e desproporcionalmente maculadas¹⁰². Ocorrendo tal violação de modo desproporcional ou injustificável, a norma não poderá existir.

No tocante à livre circulação dos trabalhadores¹⁰³, a mesma é aplicada àqueles que realizam uma atividade em favor de outrem, sob sua direção e controle, durante determinado período de tempo, mediante remuneração¹⁰⁴ e também se estendendo aqueles na busca de emprego, mas não se confundindo com a liberdade de estabelecimento e prestação de serviços, onde a atividade é prestada pelo agente de forma independente.

¹⁰¹ Tendo em vista que objetivo do presente estudo são as *exit taxes* e seus reflexos, serão tratadas as liberdades de livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento, livre prestação de serviços e livre circulação de capitais, por possuírem maior correlação a fiscalidade direta. Nesse sentido, a liberdade de circulação de pessoas, *latu sensu*, não é abordada como um viés com impacto direto na tributação direta do *exit tax*.

¹⁰² TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. (2012), cit., p. 68.

¹⁰³ Artigo 45º do TFUE.

¹⁰⁴ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 22.

Convém destacar que no âmbito fiscal, é necessário que o trabalhador transfronteiriço encontre as mesmas vantagens fiscais concedidas aos nacionais, haja vista que a tributação acaba por afetar diretamente um importante campo do contribuinte trabalhador, podendo até mesmo acabar desestimulando o exercício da liberdade¹⁰⁵.

No âmbito da União Europeia também figura a liberdade de estabelecimento¹⁰⁶, sendo, juntamente com a liberdade de circulação de trabalhadores, reconhecida como o grupo de liberdades que sofre maiores impactos e interferência no âmbito fiscal, mormente quando até mesmo medidas consideradas válidas no seio do direito fiscal internacional podem ser consideradas violadoras de uma das liberdades fundamentais¹⁰⁷.

No tocante à liberdade de estabelecimento, essa comporta o direito de um nacional ou empresa nacional de determinado Estado-Membro, que possa optar por exercer sua atividade não assalariada em outro Estado-Membro, sem que, para isso, venha a sofrer uma medida discriminatória.

Nos casos de pessoas coletivas, é necessário tratar-se de um estabelecimento com exercício instalada com intuito permanente, visando algo de modo estável e duradouro, sob pena de caracterizar-se uma atividade de prestação de serviços¹⁰⁸.

Ademais, tratam-se do exercício da liberdade de estabelecimento por meio de operações envolvendo quotas societárias ou situações semelhantes, é necessário que a aquisição de tal participação conceda ao adquirente certo poder de decisão na sociedade, sob pena de caracterizar hipótese de liberdade de circulação de capital¹⁰⁹.

Outrossim, é importante destacar que inobstante a redação dada pelo TFUE indicar que a liberdade de estabelecimento é direcionada apenas aos Estados-Membros de acolhimento,

¹⁰⁵ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 207-208.

¹⁰⁶ A liberdade de estabelecimento originalmente formulada também encontra respaldo no modelo desenvolvido por Charles Tibeout, segundo o qual um sistema de livre concorrência fiscal entre os Estados, em um espaço de liberdade de movimentação dos fatores de produção, conduziria a um modelo eficiente, na exata medida em que as pessoas singulares e coletivas teriam liberdade de escolher o território que melhor se adequaria entre as receitas fiscais perquiridas e os serviços públicos ofertados, recolhendo os tributos cobrados conforme o Estado que se encontrasse, conforme exposto por NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal**. Editora Almedina. Coimbra. 2005. p. 65-68.

¹⁰⁷ TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. (2012), cit., p. 71.

¹⁰⁸ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 24-25.

¹⁰⁹ TJUE, C-251/98, de 13 de abril de 2000, § 22.

já se tornou pacífico que seu cumprimento também é obrigatório para o Estado-Membro de origem¹¹⁰.

Tal fato possui grande impacto nos *exit taxes*. Por tratar-se de um tributo direto cobrado no momento da saída definitiva de um nacional para outro Estado, quando tal quadro não ocorre caso o nacional resolve transferir-se diretamente dentro do próprio Estado-Membro de origem, há uma situação de discriminação entre uma operação interna e uma operação transfronteiriça, de modo que sua ocorrência é apta a causar consideráveis debates jurídicos.

Inobstante a tributação direta ser de competência reservada aos Estados-Membros, a ausência de sua harmonização a nível de União não pode se traduzir como violação cabal ao princípio da igualdade¹¹¹.

A liberdade de estabelecimento é um direito de todo cidadão europeu, bem como as empresas sediadas no bloco, não podendo sua utilização ser interpretada automaticamente como hipótese de fraude fiscal¹¹².

Por tratar-se de uma liberdade fundamental, a liberdade de estabelecimento é diretamente aplicável e vinculativa nas respectivas ordens jurídicas dos Estados-Membros, devendo obter uma obrigação de resultado e com o dever de que o direito nacional busque facilitar seu pleno exercício¹¹³.

Referente à liberdade de prestação de serviços, esta pode ser compreendida como a possibilidade de um nacional exercer sua atividade não assalariada no âmbito da União, sem que venha a sofrer sanções, limitações ou desvantagens por tais fatos, impostas pelos Estados-Membros. Convém destacar que tal liberdade também possui em sua esfera de proteção os destinatários desses serviços e não apenas seus prestadores, desde que configurada uma realização transfronteiriça por parte do beneficiário do serviço¹¹⁴.

Convém frisar que a aplicabilidade prática da liberdade de prestação de serviços remonta a uma ideia de saída provisória de determinado Estado-Membro¹¹⁵, o que impõem pouco – ou mesmo nenhum – impacto no âmbito de uma tributação de mais valias latentes

¹¹⁰ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 208-209.

¹¹¹ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. (2016), cit., p. 126-127.

¹¹² PALMA, Clotilde Celorico. (2015), cit., p. 147.

¹¹³ MACHADO, Jónatas E. M. (2014), cit., p. 364-365.

¹¹⁴ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 27.

¹¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. (2014), cit., p. 377.

motivadas pela possível existência de uma medida abusiva ou visando a proteção da competência fiscal e repartição equilibrada do poder de tributar, *ex vi* que sua ocorrência fática é bem pouco provável.

Ademais, a liberdade de prestação de serviços possui uma natureza de aplicação subsidiária em relação a liberdade de estabelecimento e livre circulação de trabalhadores, mormente quando prioritariamente se tentará enquadrar a atividade exercida nestas liberdades fundamentais e, somente ao após, numa análise negativa, é que se procederá a análise por meio da liberdade de prestação de serviços¹¹⁶.

Essa característica acaba por culminar numa análise diferenciada por parte do Tribunal nas questões que envolvam concomitantemente uma liberdade fundamental com a livre prestação de serviços, passando a decidi-la de modo específico também quanto a última.¹¹⁷

Com relação à livre circulação de capitais, a mesma visa garantir que os Estados não criem mecanismos que objetivem dificultar ou evitar relações de ordem financeira entre os Estados-Membros, bem como entre esses e países terceiros¹¹⁸.

Compõem sua esfera de proteção o direito de se adquirir, explorar ou alienar bens imóveis no território de outro Estado-Membro¹¹⁹, além de participações em sociedades, quer por pessoas singulares, quer seja por pessoas coletivas¹²⁰.

Tal como já mencionado, a aquisição de participações sociais em outras empresas pode ocorrer em diversos níveis. Sendo a hipótese de que a aquisição de participação em outro estabelecimento tenha sido de tamanha profundidade que permita ao adquirente obter determinada influência determinante nas decisões da sociedade, a liberdade fundamental objeto de aplicação deverá ser a de estabelecimento e não a de livre circulação de capitais¹²¹.

Obviamente que tal fato contribui para a existência de ativos plurilocalizados. Em um cenário onde as empresas podem mudar a localização de suas sedes com base apenas na

¹¹⁶ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 208-209.

¹¹⁷ TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. (2012), cit., p. 66.

¹¹⁸ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 29.

¹¹⁹ MACHADO, Jónatas E. M. (2014), cit., p. 395.

¹²⁰ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. (2016), cit., p. 128.

¹²¹ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 212.

mudança da direção efetiva das mesmas, é de se ponderar os impactos que tais hipóteses podem causar¹²².

Assim, ao promover uma análise de validade das medidas nacionais, dentre as quais figuraram as normas do *exit tax*, o Tribunal deverá levar em conta sua possibilidade de adequação às liberdades fundamentais ou, ao menos a existência de uma justificativa calcada em razão de interesse geral e de moro proporcional.

2.3.1 – A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia envolvendo as pessoas singulares na tributação direta e nos *exit taxes*

Referente ao posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para as situações envolvendo pessoas singulares, merece destaque inicial as considerações obtidas no Caso *Lasteyrie du Saillant*¹²³.

O referido caso orbitava na transferência de residência do Sr. *Lasteyrie du Saillant* da França para a Bélgica, visando aí exercer sua atividade profissional. Ocorre que no momento da transferência, o cidadão possuía um conjunto de títulos que lhe conferia direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sediada em território francês, o que motivou a liquidação a título de *exit tax* pelas mais valias, ainda que latentes.

Ao analisar a questão, o TJUE firmou entendimento de que o fato gerador do tributo era a própria transferência de residência e não a eventual alienação dos títulos com a mais valia possível ou latente¹²⁴.

A legislação em causa previa também uma suspensão no pagamento do imposto até a concretização material da realização das mais valias. Contudo, era necessário que o contribuinte prestasse garantias suficientes para assegurar o adimplemento futuro, bem como que após 5 anos da transferência de residência, o imposto em questão seria dispensado.¹²⁵

Ao promover o comparativo da situação do Sr. *Lasteyrie du Saillant* face a outro cidadão que realizasse a mudança de sua residência dentro do território francês, foi reconhecida como

¹²² MACHADO, Jónatas E. M. (2014), cit., p. 405.

¹²³ TJEU, C-9/02, de 11 de março de 2014.

¹²⁴ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 11.

¹²⁵ PANAYI, Christiana Hiji, (2009), cit., p. 469.

sendo imputável um tratamento desvantajoso, ferindo diretamente a liberdade de estabelecimento, mormente quando deveria arcar com um imposto sobre rendimento do qual ainda não dispõem, além de que para evitar tal pagamento imediato era o contribuinte obrigado à prestação de uma garantia para que houvesse o diferimento do pagamento, medidas estas que fatalmente excediam o necessário para assegurar o sistema fiscal.¹²⁶

Isto porque os custos advindos da descapitalização para o pagamento imediato do tributo ou os custos administrativos para a contratação de garantia ou a indisponibilidade de bens para prestação de garantia, acabam por desestimular a mudança da residência do nacional.¹²⁷

Além de tais custos e dificuldades para a prestação de garantia, o contribuinte que optasse pelo diferimento também estaria adstrito a outras obrigações acessórias, como a designação de um representante cujo domicílio é o francês e entrega de declaração fiscal acerca da situação do bem objeto da liquidação.¹²⁸

A simples oferta de possibilidade de diferimento do pagamento do imposto, ao custo de onerosas ou dificultosas situações, não o torna mais apto a resguardar a proporcionalidade necessária¹²⁹.

Concomitantemente, o TJUE também reconheceu que os motivos invocados pelo Fisco Francês não se coadunavam com o ordenamento jurídico comunitário.¹³⁰

O Governo Francês argumentou que esse era um comportamento típico de determinados contribuintes, que transferiam sua residência para outros Estados-Membros de modo temporário, sendo certo que após a materialização da mais valia e recolhimento no Estado

¹²⁶ OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. **A Tributação à Saída (Exit Taxes) na Recente Jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU. O caso Português. As Alterações Introduzidas na Legislação Nacional**, in NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da. **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 159-176. p. 163.

¹²⁷ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 250.

¹²⁸ MENDES, Paula Daniela Ferreira. **Impostos de Saída. A implementação da Diretiva Anti-elisão em Portugal**, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2017. p. 16.

¹²⁹ Sobre o tema, o acórdão C-9/02 é assente em afirmar em seu parágrafo 47 que “O exame das modalidades de aplicação da referida medida confirma esta conclusão. Com efeito, se bem que seja possível beneficiar de uma suspensão de pagamento, esta não é automática e está sujeita a condições estritas, como as que foram referidas pelo advogado-geral nos n.º 36 e 37 das suas conclusões, entre as quais figura, nomeadamente, a constituição de garantias. Estas garantias comportam em si mesmas um efeito restritivo, na medida em que privam o contribuinte do gozo do património dado em garantia.”

¹³⁰ TJEU, C-9/02, de 11 de março de 2014, I-2454, § 50-52.

mais vantajoso em termos fiscais, o mesmo retornava à França, o que era reforçado pela previsão de após 5 anos da transferência de residência, haveria a dispensa no recolhimento tributário.

Ademais, a legislação francesa também previa a hipótese de desagravamento em razão de ocorrência de menos valias futuras.¹³¹

A justificativa de que o objetivo de tal norma era prevenir a evasão fiscal não se mostrava razoável¹³², haja vista que seu objetivo específico não era apenas de excluir medidas puramente artificiais, criadas apenas para burlar a lei fiscal francesa. Em verdade, a legislação em causa criava uma presunção de que qualquer transferência de domicílio de uma pessoa singular para fora do Estado Francês gerava, por si só, uma presunção de fraude, não podendo tal ato ser compreendido como *tax avoidance*¹³³.

Apesar do intuito de evitar a fraude fiscal ser uma justificativa aceita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹³⁴, os moldes como foi delineada no caso *Lasteyrie du Saillant* extrapolavam os limites mínimos a serem observados.

Os parâmetros alcançados pelo conceito de liberdade de estabelecimento obtidos no caso *Lasteyrie du Saillant* serviram de base para toda uma evolução jurisprudencial, quer a nível de pessoas singulares, quer a nível de pessoas coletivas¹³⁵.

Outro caso referente a *exit tax* no âmbito de pessoas singulares se deu por meio do Caso N¹³⁶.

O *leading case* em questão orbitava a mudança de residência de um cidadão que deixava os Países Baixos com destino ao Reino Unido. Na oportunidade, o Senhor N possuía participação societária em três empresas, sendo acionista único em todas elas.

Em decorrência de tal fato, foi realizada a tributação das mais valias latentes por meio de *exit tax*.

¹³¹ TJEU, C-9/02, de 11 de março de 2014, I-2447, § 29.

¹³² KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1103.

¹³³ PANAYI, Christiana Hiji, (2009), cit., p. 470.

¹³⁴ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 76-84.

¹³⁵ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 18.

¹³⁶ TJUE, C-470/04, de 07 de setembro de 2006.

A legislação holandesa permitia o diferimento do pagamento do tributo por um prazo superior ao de *Laesteyrie du Saillant*, *in casu* de 10 anos. Escoado tal prazo sem a efetiva obtenção de mais valia nas ações, haveria a dispensa do tributo em questão face a Holanda.¹³⁷

Entretanto, tal como previsto na legislação francesa, havia a previsão de necessidade de prestação de garantia e entrega de uma declaração fiscal de acompanhamento dos ativos para que fosse concedido o diferimento.¹³⁸

Tendo em vista que o Tribunal de Justiça da União Europeia já havia se manifestado sobre situação bastante semelhante no caso *Laesteyrie du Saillant*, já era esperado a manutenção de tal linha de raciocínio, inclusive para reforçar as teses ventiladas anteriormente¹³⁹.

O Governo Holandês, em atenção às conclusões obtidas no caso *Laesteyrie du Saillant*, por meio de ofício do Secretário de Estado das Finanças, reconheceu pela impossibilidade de exigência de garantia para fins de diferimento do pagamento do tributo¹⁴⁰, determinando fosse a garantia prestada considerada extinta.¹⁴¹

Na oportunidade, o Tribunal esclareceu que a inexistência de possibilidade de diferimento no pagamento da *exit tax* já constitui, *per se*, uma restrição à liberdade de estabelecimento¹⁴².

Concomitantemente, também reconheceu que a necessidade de prestação de garantia, em virtude dos ônus financeiros e administrativos que lhe competem, acabam por violar a liberdade de estabelecimento, quando envolta em um caso absorto em pessoa singular.

Entretanto, é possível notar uma evolução jurisprudencial naquilo que se refere a obrigação de prestação de uma declaração fiscal. Apesar de reconhecer que tal formalidade é apta a causar algum tipo de restrição ao cidadão que deseja se deslocar, também foi reconhecido que tal medida é proporcional e adequada em razão do princípio da territorialidade fiscal como forma de garantir uma repartição do poder de tributação¹⁴³.

¹³⁷ PANAYI, Christiana Hiji. (2009), cit., p. 470.

¹³⁸ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 18.

¹³⁹ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 138.

¹⁴⁰ TJUE, C-470/04, de 07 de setembro de 2006, I – 7452, § 14.

¹⁴¹ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 12.

¹⁴² MENDES, Inês Carolina da Silva. (2013), cit., p. 43.

¹⁴³ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 18-19.

Outro caso paradigmático referente às *exit taxes* de pessoas singulares surgiu na demanda de Comissão VS Espanha¹⁴⁴.

O referido acórdão, apesar de não tratar exclusivamente de uma tributação à saída, ilustra bem as consequências advindas de uma medida que configura um desincentivo para que o cidadão possa transferir sua residência para outro Estado-Membro, mesmo que tal restrição seja de fraco alcance.

Na hipótese em vertente, “a legislação espanhola em causa diz unicamente respeito à tributação de rendimentos já realizados e fiscalmente apreendidos. Consequentemente, o devedor fiscal não é sujeito a um imposto suplementar no momento da transferência da sua residência. É unicamente privado de uma vantagem que facilita o pagamento desta dívida.”¹⁴⁵

In casu, o cidadão que desejasse emigrar do território espanhol se via compelido a aceitar a perda de um benefício fiscal, sendo obrigado a arcar com o pagamento de imediato de tal tributação já realizada anteriormente, o que não se faria presente caso realizasse a mudança internamente no Estado-Membro.¹⁴⁶

Tal alternância de tratamento não possuía respaldo em nenhum tipo de diferença de situação apurada de forma objetiva e equivalente entre residentes e não residentes¹⁴⁷, pelo que foi considerada como sendo um entrave ao exercício das liberdades fundamentais.

As justificativas invocadas pelo Governo Espanhol e rechaçadas pelo Tribunal para a utilização de tal tratamento eram de que se fazia necessário salvaguardar a tributação efetiva de todos os rendimentos, haja vista que deixando o contribuinte de residir em território espanhol, haveria a perda de laço vinculativo entre a Administração Fiscal e o administrado, culminando na dificuldade ou impossibilidade de cobrança do imposto.¹⁴⁸

Nesse cenário, o Tribunal reiterou o posicionamento de que uma cobrança imediata do imposto é apta a causar graves restrições ao contribuinte e, portanto, não se justificam no âmbito europeu. Cumulativamente, também destacou a importância dos sistemas de cooperação

¹⁴⁴ TJUE, C-269/09, de 12 de julho de 2012.

¹⁴⁵ TJUE, C-269/09, de 12 de julho de 2012, § 58.

¹⁴⁶ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 13.

¹⁴⁷ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 139.

¹⁴⁸ TJUE, C-269/09, de 12 de julho de 2012, § 65.

de cobrança entre Estados, indicando-o como uma melhor – além de proporcional – forma de satisfação dos interesses de todos os envolvidos.¹⁴⁹

Quando da análise do Caso *Marc Lassus*¹⁵⁰, o Tribunal se viu diante de nova situação envolvendo as menos valias, lhe permitindo um aprimoramento das conclusões exaradas no Caso *National Grid Indus*¹⁵¹.

O senhor Lassus, residente no Reino Unido, ingressou em uma sociedade firmada em Luxemburgo, utilizando para tanto títulos societários que detinha de uma empresa francesa, tendo sido declarada a mais valia dessa situação, colocada em reporte de tributação em dezembro de 1999¹⁵².

Após tal permuta, M. Lassus adquiriu novos títulos da sociedade, vindo a alienar 45% dos títulos societários que detinha, em dezembro de 2002. A Administração Fiscal entendeu que os títulos recebidos pelo senhor Lassus haviam sido cedidos nessa mesma porcentagem, tributando a fração correspondente da mais-valia colocada em reporte de tributação conforme tinha sido declarada para o ano de 1999 e imputando uma contribuição suplementar¹⁵³.

Ocorre que à época da nova cessão foram registradas menos-valias, hipótese onde a legislação nacional permite ao contribuinte residente imputar tal decréscimo nas mais valias apuradas na operação de permuta de títulos anteriormente havida, podendo tal diferenciação ser considerada uma restrição à liberdade de estabelecimento, na exata medida em que torna menos atrativa o exercício de tal liberdade¹⁵⁴.

Na situação do mencionado *leading case*, na efetiva alienação dos títulos recebidos a título de permuta, o contribuinte era considerado não residente, o que lhe impedia de gozar das menos valias realizadas quando dessa cessão sobre a mais-valia resultante da permuta e colocada em reporte de tributação. Caso fosse considerado residente, mesmo que em situação idêntica, as menos valias poderiam ser levadas em consideração¹⁵⁵.

¹⁴⁹ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015). p. 148-149.

¹⁵⁰ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018.

¹⁵¹ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011.

¹⁵² TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018, § 21.

¹⁵³ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018, § 23.

¹⁵⁴ KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1103.

¹⁵⁵ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018, § 75.

Insta esclarecer que tanto as mais valias apuradas em decorrência da permuta, quanto as mais valias apuradas em razão da efetiva comercialização dos títulos, eram de competência do Governo Francês.

Neste diapasão, não houve o rompimento da competência tributária do Estado em questão, entre o momento da primeira apuração das mais valias e de sua efetiva comercialização, como eram perceptíveis em julgamentos anteriores ocorridos.

A jurisprudência exarada em *National Grid Indus* dava conta da desnecessidade de se levar em consideração as menos valias pelo Estado de origem, posto que essas ocorreram no momento em que esse Estado não mais possuía competência fiscal.¹⁵⁶

De modo diverso, no Caso *Marc Lassus* a menos valia ocorreu ainda sob a égide da competência do Estado-Membro responsável pela mais valia apurada no momento da permuta, de modo que não é permitido afastá-la.¹⁵⁷

Nota-se novamente o trabalho de lapidação e aprimoramento decorrente da análise de situações pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, mormente quando há a adição de novos elementos, ainda que mínimos, úteis a formação de novos paradigmas.

Tais *leading cases* criaram uma robusta base a ser seguida pelo Tribunal de Justiça de União Europeia, bem como serviu de elemento norteador para os Estados e a própria União, a fim de melhor ilustrar como o *exit tax* deveria vir a ser regulamentado nos diversos níveis hierárquicos¹⁵⁸.

2.3.2 - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia envolvendo as pessoas coletivas na tributação direta e nos *exit taxes*

As considerações obtidas nos casos de pessoas singulares criaram no âmbito jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia a compreensão de que os *exit taxes*

¹⁵⁶ BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. **The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law: Case C-371/10 National Grid Indus BV v Inspecteur van de BelastingdienstRijnmond/kantoor Rotterdam, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 November 2011, not yet reported.** European Company and Financial Law Review, Volume 9, Issue 1, p. 101–110. 2012. p. 107-108.

¹⁵⁷ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018, § 83.

¹⁵⁸ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013). cit., p. 14.

constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento. Concomitantemente, a imposição de uma tributação imediata das mais valias latentes daqueles que optavam por uma mudança transfronteiriça, quando tal hipótese não ocorria no âmbito interno, era considerada como tratamento diferenciado e restringia a liberdade de estabelecimento. Paralelamente, a obrigação de prestar uma declaração fiscal e de garantia para que fosse concedido o diferimento do tributo também eram rechaçadas¹⁵⁹. Tal situação foi o ponto de partida para a análise das pessoas coletivas pelo Tribunal.

No âmbito das pessoas coletivas, é preciso ter em mente que os Estados possuem competência para, além de regulamentar os aspectos fiscais da tributação direta, também legislar acerca das regras societárias, de modo que as análises formuladas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia levam em foco ambos os aspectos. Tal fato não se traduz como ausência de direito das sociedades de gozarem de sua liberdade de estabelecimento.¹⁶⁰

Isto porque, inobstante a possibilidade de existência de acordo fiscal entre os Estados, é possível que a regulamentação da forma societária vigente em ambos os países seja diferente, o que pode ensejar problemas a nível das liberdades fundamentais europeias, tanto a nível societário quanto a nível fiscal¹⁶¹.

Notadamente no âmbito jurisprudencial, merece destaque inicial o Caso *Daily Mail*¹⁶².

Na hipótese, uma sociedade constituída no Reino Unido desejava mudar sua sede para os Países Baixos, por meio de traslado da direção efetiva da empresa, a fim de que sua tributação ocorresse no Estado de imigração, de modo que a redução no montante fiscal a ser recolhido era a motivação primordial¹⁶³.

A empresa *Daily Mail* também deseja que fosse mantida sua nacionalidade britânica durante e após o processo. A legislação em causa vinculava tal pretensão à autorização do Estado, que por sua vez condicionou para validação de tal mudança à venda de parte das ações da empresa.¹⁶⁴

¹⁵⁹ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 41-42.

¹⁶⁰ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 12.

¹⁶¹ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 9.

¹⁶² TJUE, C-81/87, de 27 de setembro de 1988.

¹⁶³ JIMÉNEZ, Adolfo Martín. CARRERO, José Manuel Calderón. **Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española**. *Cronica Tributaria*. N° 125/2007. p. 49-76. p. 57.

¹⁶⁴ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 9.

Tal cenário foi contra argumentado como apto a causar uma possível violação à liberdade de estabelecimento, mormente quando haviam restrições à livre circulação da empresa para outro Estado-Membro.

Insta frisar que o objeto de análise do Caso *Daily Mail* é saber se as condicionantes impostas pelo Estado de emigração são válidas e não acerca da possibilidade de manutenção ou não da condição de residente.¹⁶⁵

Na análise de mérito, o Tribunal, juntamente da Comissão, asseverou que à época dos fatos, as condições de permissibilidade de mudança de sede de uma empresa de um Estado-Membro para outro, dependia do direito interno desses Estados.¹⁶⁶

Entendeu que no estado que se encontrava o direito comunitário, a liberdade de estabelecimento não conferia à uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, onde possui sua sede social, o direito de transferir a sede administrativa para outro Estado-Membro.¹⁶⁷

A situação envolvendo o aspecto fiscal não se revelou como primordial no *leading case* em questão, haja vista que o escopo do Tribunal foi responder quanto ao direito das pessoas coletivas de manterem sua condição de residente quando da ocorrência da mudança transfronteiriça¹⁶⁸.

Uma vez que o direito da União não conferiu às empresas o direito a transferência, com a conseqüente manutenção da condição de residente no Estado de emigração, não havia razão para que o Reino Unido fosse impedido de sujeitar a transferência à aprovação fiscal, em especial a venda de parte das ações da companhia.¹⁶⁹

Todas essas peculiaridades existentes no Caso *Daily Mail* são bastante específicas à situação proposta, bem como à época dos fatos ocorridos. Em meados dos anos 80, a globalização, dinamização plurilocalizada e informatização dos meios de comunicação e transmissão de dados eram completamente diferentes daquelas vivenciadas no século XXI.

¹⁶⁵ PANAYI, Christiana Hiji, (2009), cit., p. 464.

¹⁶⁶ TJUE, C-81/87, de 27 de setembro de 1988, 5510, § 14.

¹⁶⁷ TJUE, C-81/87, de 27 de setembro de 1988, 5510, § 24.

¹⁶⁸ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 10.

¹⁶⁹ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 267.

A fim de promover uma análise contemporânea do posicionamento jurisprudencial adotado, é de curial importância contextualizar as situações que orbitavam os julgamentos na época de sua ocorrência.

Posteriormente, o Tribunal se deparou diante da análise do Caso *Centros*¹⁷⁰ referente a mobilidade societária transfronteiriça.¹⁷¹

A sociedade Centros possuía registro junto a Inglaterra e País de Gales, sendo situada em um endereço constante no domicílio de um amigo da sócia diretora da empresa¹⁷².

A aludida empresa foi criada e registrada junto aos órgãos administrativos do Reino Unido e em consonância com sua legislação, com o único intuito de beneficiar os sócios de maiores facilidades na criação societária¹⁷³ se comparadas ao direito dinamarquês.

Ao após, foi objetivado o registro de uma sucursal na Dinamarca, mormente quando já existia uma sede no Reino Unido.

Sob a alegação de o único objetivo da criação da sede na Inglaterra seria apenas de burlar os requisitos necessários para a criação de uma sociedade no âmbito dinamarquês, o Governo da Dinamarca recusou o registro, alegando que a empresa não exercia, de fato, qualquer atividade em Londres.¹⁷⁴

Neste cenário, Centros questionou a validade das decisões proferidas pelo órgão dinamarquês, face a liberdade de estabelecimento, culminando na análise do Tribunal de tal caso.

Na análise em questão, entendeu o Tribunal pela coerência dos argumentos expostos por Centros. A referida empresa foi devidamente constituída respeitando os moldes criados pelo ordenamento jurídico de determinado Estado-Membro, de modo que não compete a outro Estado-Membro avaliar o mérito de tal registro.¹⁷⁵

¹⁷⁰ TJUE, C-212,97, de 09 de março de 1999.

¹⁷¹ PANAYI, Christiana Hiji. (2009), cit., p. 464.

¹⁷² TJUE, C-212,97, de 09 de março de 1999, I-1487, § 3.

¹⁷³ Conforme exposto no TJUE, C-212,97, de 09 de março de 1999, I-1487, § 3: “A legislação do Reino Unido não sujeita as sociedades de responsabilidade limitada a qualquer exigência relativa à constituição e à liberação de um capital social mínimo, o capital social da Centros, que se cifra em 100 UKL, não foi liberado nem colocado à disposição da sociedade. Está dividido em duas quotas detidas pelo Sr. e pela Sra. Bryde, nacionais dinamarqueses residentes na Dinamarca.”

¹⁷⁴ TJUE, C-212,97, de 09 de março de 1999, I-1488, § 7.

¹⁷⁵ PANAYI, Christiana Hiji. (2009), cit., p. 464.

Tendo a criação societária adimplido os requisitos normativos previstos pelo Estado-Membro de origem, o exercício da liberdade de estabelecimento é uma consequência daí advinda.¹⁷⁶

Não é de competência do Estado-Membro de acolhimento avaliar a pertinência e validade das normas de outro Estado, a fim de verificar se as mesmas devem ser aceitas na legislação interna. A escolha do administrado referente a em qual Estado-Membro pretende instituir sua sociedade é uma das peculiaridades advindas de um mercado único.¹⁷⁷

Da análise da jurisprudência extraída dos casos *Daily Mail* e *Centros*, que o Tribunal possuía uma interpretação bastante restritiva do conceito de abuso por parte dos administrados, facultando amplos argumentos em favor das liberdades fundamentais.¹⁷⁸

Nota-se que a questão em tela não objetiva uma relação direta com os *exit taxes*. Contudo, em decorrência de possuir estreita ligação com a mudança transfronteiriça de sociedades, bem como da interpretação da liberdade de estabelecimento e qualificação do que poderia ser interpretado como abuso por parte dos Estados-Membros, possui considerável pertinência para fim de real compreensão da construção jurídica formulada.

Apesar do Caso *Daily Mail* referir-se a uma hipótese de exigência acessória no âmbito da mudança transfronteiriça de uma sociedade e do Caso *Centros* tratar-se de uma hipótese de mudança de sede em nível europeu, é no Caso *Nation Grid Indus*¹⁷⁹ que se iniciou efetivamente a análise do *exit tax* no âmbito societário¹⁸⁰, onde questionou-se a tributação imediata das mais valias latentes no momento da transferência transfronteiriça da sede empresarial, situação inexistente quando comparada a uma hipótese de igual natureza interna¹⁸¹.

Tal como ocorrido no Caso *Daily Mail*, tratou-se da hipótese envolvendo a Holanda e o Reino Unido, dessa vez figurando os Países Baixos como Estado de emigração.

¹⁷⁶ TJUE, C-212/97, de 09 de março de 1999, I-1491, § 20.

¹⁷⁷ Na temática, afirmou o TJUE, C-212/97, de 09 de março de 1999, I01493, § 27, que “Nestas condições, o facto de um nacional de um Estado-Membro, que pretenda criar uma sociedade, optar por constituí-la num Estado-Membro cujas regras de direito das sociedades lhe parecem menos rigorosas e criar sucursais noutros Estados-Membros não pode constituir, em si, um uso abusivo do direito de estabelecimento. Com efeito, o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados-Membros é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.”

¹⁷⁸ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 720.

¹⁷⁹ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011.

¹⁸⁰ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 41.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. (2015), cit., p. 164.

National Grid Indus era uma empresa constituída segundo o ordenamento jurídico holandês, que transferiu sua sede para Londres. Devido a existência de uma convenção em matéria de dupla tributação firmada entre os dois países, já havia a predefinição de que a mesma passaria a ser considerada como residente inglesa, sem, contudo, perder sua característica de sociedade existente no ordenamento neerlandês.¹⁸²

Nesse cenário, o Governo dos Países Baixos, atento a uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, em consonância com o princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal, compreendeu pela necessidade de tributação das mais valias latentes existentes à época da transferência de sede.

Nota-se que os problemas que orbitavam a demanda no Caso *Nation Grid Indus* eram de natureza fiscal, não havendo em causa a discussão de situações de perda ou não da nacionalidade dos envolvidos na mudança transfronteiriça¹⁸³.

Devido ao fato de já existirem os precedentes dos Casos *Lasteyrie du Saillant e N*, o órgão jurisdicional de reenvio entendeu que a exigência das mais valias latentes, de modo imediatamente cobrável, ou seja sem diferimento no pagamento, e sem levar em conta as menos-valias, poderia ser avaliado como uma medida desproporcional e, portanto, não aceita no âmbito da União.¹⁸⁴

Obrigar uma sociedade que opte por exercer uma de suas liberdades fundamentais a suportar uma desvantagem a nível de tesouraria, sendo que tal situação não ocorre quando comparada a uma hipótese de sociedade que não exerce tal prerrogativa, certamente culmina em sua inadequação.¹⁸⁵

Como forma de justificar a cobrança imediata dos *exit taxes*, o Estado-Membro alegou que o fez em razão da necessidade de garantir uma coerência fiscal e uma equilibrada repartição de podres tributários, bem como evitar as possíveis fraudes fiscais por parte dos contribuintes¹⁸⁶.

Novamente o Tribunal ressaltou a necessidade de que as medidas aptas a causarem restrição a qualquer das liberdades fundamentais, devem ser realizadas de modo justificado e

¹⁸² ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 14.

¹⁸³ BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. (2012), cit., p. 103.

¹⁸⁴ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 19.

¹⁸⁵ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 17.

¹⁸⁶ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 23.

com atenção ao princípio da proporcionalidade, a fim de não exceder as medidas estritamente necessárias¹⁸⁷.

A utilização do *exit tax* como forma de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, em consonância com o princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal¹⁸⁸ se relevou coesa e válida, na exata medida em que se deflagra num mercado único a necessidade de garantir uma coexistência pacífica entre sistemas fiscais não harmonizados.¹⁸⁹

Ocorre que apesar de inicialmente válida, ela também se mostrou desproporcional, de modo que não seria possível sua implementação nos moldes utilizados.¹⁹⁰

No tocante à justificativa do Estado Holandês de que a cobrança imediata do *exit tax* visava evitar e combater as fraudes fiscais não se relevou válida, sendo certo que o Tribunal já havia firmado o entendimento de que “a simples circunstância de uma sociedade transferir a sua sede para outro Estado-Membro não pode gerar uma presunção geral de fraude fiscal”¹⁹¹.

O Caso *National Grid Indus* serviu de fulcral importância, na exata medida em que o Tribunal, dentre diversas considerações realizadas no julgamento, dirigiu atenção a pacificação da viabilidade de distinção entre a determinação do montante do imposto e a efetiva cobrança deste¹⁹².

A simples fixação do montante do imposto devido no momento da mudança transfronteiriça do contribuinte é uma medida coesa, haja vista que é neste momento que se encerra a competência fiscal do Estado de origem em relação à mais valia até então obtida¹⁹³. Sendo certo que tal determinação, por si só, não gera qualquer consequência desvantajosa para o contribuinte.

A eventual desvantagem de tesouraria somente viria a ocorrer quando fosse efetivamente coagido o contribuinte a realizar o pagamento do montante anteriormente fixado,

¹⁸⁷ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 42.

¹⁸⁸ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 17.

¹⁸⁹ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 44.

¹⁹⁰ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 15.

¹⁹¹ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 84.

¹⁹² TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 51.

¹⁹³ MOURA, Alexandre da Cunha Ferreira de. (2013), cit., p. 8.

o que poderia, inclusive, ser feito de modo diferido ou quando efetivamente concretizada a mais valia.

Não ocorrendo essa obrigação de pagamento sem a possibilidade de escolha por parte do contribuinte quanto a hipótese de diferimento no recolhimento, não há que se falar em medida desproporcional¹⁹⁴.

Com a distinção entre a determinação do montante tributário e sua efetiva cobrança, o Tribunal fixou o entendimento que a apuração do *quantum debeat* não é causa violadora das liberdades fundamentais.¹⁹⁵

Entretanto, a necessidade de se permitir ao contribuinte a realização da escolha entre o pagamento imediato do tributo¹⁹⁶ ou seu diferimento¹⁹⁷ é o fato que torna a medida proporcional¹⁹⁸.

Ao analisar as questões que orbitam a liquidação do imposto, o Caso *National Grid Indus* também promoveu novo paradigma acerca das menos valias eventualmente apuradas quando da alienação dos ativos da sociedade¹⁹⁹, que seria novamente analisado e minuciado no Caso *Marc Lassus*²⁰⁰.

Convém lembrar que o posicionamento firmado no Caso *N* era no sentido de que seria necessário levar em consideração as eventuais menos valias futuramente surgidas, a fim de tornar a medida proporcional aos objetivos perquiridos²⁰¹.

Ocorre que tal posicionamento, consolidado quando da análise dos *exit taxes* no âmbito das pessoas singulares, não foi endossado na hipótese de pessoas coletivas.²⁰²

¹⁹⁴ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 52.

¹⁹⁵ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 17.

¹⁹⁶ Ainda que tal escolha tenha como consequência uma eventual desvantagem a nível de tesouraria imediata.

¹⁹⁷ Inobstante os custos administrativos que orbitam o cumprimento de obrigações acessórias necessárias para sua concessão.

¹⁹⁸ RIBES, Aurora Ribes. **La cláusula exit taxation em la propuesta de directiva europea para luchar contra la elusión fiscal**. Crónica tributária. nº 159/2016. pg.165-182. p. 174.

¹⁹⁹ BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. (2012), cit., p. 106-107.

²⁰⁰ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018.

²⁰¹ TJUE, C-470/04, de 07 de setembro de 2006, I – 7464, § 54. “só pode considerar-se proporcional, tendo em conta o objectivo prosseguido, um sistema de cobrança do imposto sobre o rendimento dos títulos mobiliários que permita a dedução por inteiro das menos-valias susceptíveis de ocorrer posteriormente à transferência de domicílio do contribuinte em causa”.

²⁰² KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1103.

Sob a ótica da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, bem como atento a possibilidade de dupla tributação ou dupla dedução de despesas, o Tribunal entendeu pela impossibilidade de obrigar o Estado de origem a levar em consideração as eventuais menos valias futuras.²⁰³

O princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal conduz a conclusão de que é no momento da mudança transfronteiriça da sociedade que se rompe o vínculo de conexão tributária entre o Estado e a sociedade.²⁰⁴

É justamente nesse momento onde o poder do Estado de origem para tributar uma sociedade em causa deixa de existir. Assim, também é nesse momento em que deixa de ser oponível ao Estado de origem as eventuais menos valias apuradas.²⁰⁵

Eventual variação negativa do valor do ativo, se vier a ocorrer, se dará quando já inexistente o vínculo entre a sociedade e o Estado de origem, de modo que não poderá a esse ser oponível, sob pena de macular-se a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados. Igualmente, qualquer eventual novo acréscimo ocorrido no valor do ativo, deverá ser tributado pelo Estado de acolhimento²⁰⁶.

Analisando a necessidade de ser oportunizado ao contribuinte a escolha entre o pagamento imediato e o diferimento, o Tribunal também inovou seu entendimento ao prever que a exigência de garantia não extrapola os limites da proporcionalidade para concessão de diferimento no pagamento do tributo²⁰⁷.

Tal medida se torna coesa, no exato grau em que compete ao contribuinte ponderar sua situação fático-econômica e avaliar se lhe convém suportar um custo administrativo a fim de fazer jus ao diferimento ou uma perda de caixa decorrente do pagamento imediato, ao passo que também possibilita aos Estados tranquilizar-se quanto a garantia de recebimento futuro do tributo.

Todo esse cenário de inovação que orbitou a conclusão da análise do Caso *National Grid Indus*, permite atentar para a mudança de posicionamento do Tribunal, que deixou de adotar

²⁰³ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 46.

²⁰⁴ TJUE, C-371/10, de 29 de novembro de 2011, § 58.

²⁰⁵ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 27-28.

²⁰⁶ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 17.

²⁰⁷ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 16.

uma visão mais liberal, passando a conferir maior proteção às liberdades fundamentais previstas no Tratado²⁰⁸.

O *exit tax* no âmbito societário também se viu novamente diante de análise do Tribunal no *leading case Comissão Vs. Portugal*²⁰⁹, que enfrentou questões pertinentes a matéria, servindo para consolidar o amadurecimento da análise firmada no Caso *National Grid Indus*²¹⁰, mormente a existência de publicação do referido caso quando do julgamento do presente.

A Comissão acusou Portugal de violar a liberdade de estabelecimento, haja vista que tributava as mais valias latentes de empresas que realizassem a mudança transfronteiriça da sociedade, ou de transferência dos ativos de um estabelecimento estável de uma sociedade não residente em Portugal, situado em território português, para outro Estado-Membro, quando tal situação também não era gravada em situações internas.

A fundamentação da tributação do *exit tax* por parte de Portugal era similar aquelas já relatadas, calcado na repartição equilibrada de poderes tributários entre os Estados-Membros, em razão do princípio da territorialidade fiscal, por um elemento temporal.²¹¹

Devido ao fato da República Portuguesa não facultar aos contribuintes a hipótese de escolher entre o pagamento imediato do *exit tax* ou seu diferimento, o Tribunal entendeu que a legislação nacional em causa era apta a causar violação a liberdade de estabelecimento²¹² sem uma justificativa proporcional e válida, em análise meritória em consonância com a jurisprudência existente²¹³.

O próprio Governo Português, instado a manifestar-se acerca do acórdão publicado do Caso *National Grid Indus*, admitiu que lhe incumbiria introduzir na norma tributária em questão a possibilidade de diferimento²¹⁴, o que torna ainda mais crasso a razoabilidade da decisão anteriormente proferida.

Desse modo, consolidou-se a impossibilidade de cobrança imediata do *exit tax*, sem opção do contribuinte pelo diferimento, quer seja a nível de mudança da sede societária, quer

²⁰⁸ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 12.

²⁰⁹ TJUE, C-38/10, de 06 de setembro de 2012.

²¹⁰ MOURA, Alexandre da Cunha Ferreira de. (2013), cit., p. 9.

²¹¹ OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. (2015), cit., p. 166.

²¹² KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1104.

²¹³ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 25.

²¹⁴ TJUE, C-38/10, de 06 de setembro de 2012, § 33.

seja pela mudança transfronteiriça de um estabelecimento estável de uma sociedade não residente.²¹⁵

Outra importante contribuição pode ser extraída do Caso *Comissão Vs. Espanha*²¹⁶. Na oportunidade, o Tribunal esclareceu acerca da importância da assistência mútua entre os Estados-Membros, como sendo suficientemente apta a permitir que o Estado de origem controle a veracidade das declarações prestadas pelo contribuinte nos casos de diferimento do pagamento²¹⁷.

A troca de informações é um importante aliado dos Estados-Membros, obtendo resultados favoráveis no cumprimento de seu objetivo de combater a fraude fiscal e manutenção dos sistemas fiscais²¹⁸, sendo de curial importância que os Estados façam uso de suas prerrogativas.

Ao ponderar as situações que orbitam a fixação de uma medida apta a restringir o direito a uma liberdade fundamental, o Tribunal considera outros meios menos lesivos que podem ser utilizados para tanto, quer seja por parte de possibilitar ao contribuinte algumas escolhas, quer seja por medidas possíveis de serem adotadas pelos Estados.²¹⁹

Depara-se que a fundamentação de que o diferimento no recolhimento do *exit tax* tornaria difícil a satisfação do crédito tributário em benefício do Estado de origem, haja vista que a cobrança se daria em outro país, carece de fundamento na exata medida em que os Estados-Membros possuem obrigação de prestar auxílio no recebimento de valores fiscais de outros Estados, quando assim perquiridos, sendo tal assistência mútua suficiente para o fim perquirido²²⁰.

Isto porque a existência de assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/EU fragiliza o argumento por parte do Estado de que alguma medida restritiva visando garantir a

²¹⁵ Acerca da tributação das mais valias latentes de estabelecimento estável, de modo imediato, o TJUE também realizou especificamente a análise de sua viabilidade e consonância com o ordenamento comunitário no caso Comissão Europeia Vs. Reino dos Países Baixos (C-301/11, de 31 de janeiro de 2013), entendendo que a exigência imediata das mais valias latentes é desproporcional, inobstante haver razões de interesse geral.

²¹⁶ TJUE, C-64/11, de 25 de abril de 2013.

²¹⁷ TJUE, C-64/11, de 25 de abril de 2013, § 38.

²¹⁸ FERREIRA, Helena Baptista. **Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória**. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. n° 4, 2016, Lisboa. p. 165 a 190. p. 168.

²¹⁹ KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1104.

²²⁰ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 26.

eficácia da cobrança de impostos²²¹ seja necessária e de interesse geral, posto que há expressa previsão normativa em âmbito europeu destinado a tal aspecto.²²²

Daí ser possível concluir que a assistência mútua e colaboração entre os Estados-Membros se mostra como uma importante ferramenta de combate²²³, não só a fraude fiscal e dupla tributação ou dupla não tributação, mas também para garantir o recolhimento e cobrança fiscal e a situação dos bens que vieram a compor as mais valias latentes no momento da mudança transfronteiriça.²²⁴

Também é de bom tom elucidar o posicionamento exarado no *Caso Verder LabTe*²²⁵, em razão do posicionamento perquirido pelo Governo Alemão.

Ao promover a saída de ativos societários da Alemanha para os Países Baixos, a empresa Verder foi alvo de liquidação a título de *exit tax*, sem que houvesse contestação acerca do montante tributário fixado pelo órgão.

Ocorre que o Estado de origem, de modo unilateral, entendeu que o pagamento imediato das mais valias latentes era injusto, impondo seu diferimento pelo prazo de 10 anos por motivos de equidade²²⁶.

Até o mencionado momento, o Tribunal não havia se deparado com questões que envolvessem a ausência de escolha do contribuinte, gerando como consequência o diferimento no recolhimento fiscal, mas apenas o oposto.

Nesta ótica, o Tribunal também sedimentou que tal como obrigar o contribuinte ao pagamento imediato das mais valias latentes, haja vista a inexistência de possibilidade de diferimento, impedir o contribuinte de realizar o pagamento de modo imediato, condicionando-o a um pagamento diferido, também não é proporcional para os fins perquiridos.

²²¹ SCHILCHER, Michael; SPIES Karoline; ZIRNGAST, Sabine, **Mutual Assistance in Direct Tax Matters**, in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austrália. 2016. p. 203-255. p. 238-247.

²²² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 99.

²²³ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 36.

²²⁴ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 43.

²²⁵ TJUE, C-657/13, de 21 de maio de 2015.

²²⁶ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 27.

Tem-se, assim, que cabe ao sujeito passivo a escolha entre, por um lado, o pagamento imediato do montante desse imposto e, por outro, o pagamento diferido do montante do referido imposto²²⁷, não podendo o Estado impor uma ou outra situação.

Obviamente que o Tribunal se deparou com inúmeras outras situações envolvendo empresas na órbita do *exit tax*²²⁸. Entretanto, as bases que foram criadas durante os supramencionados julgamentos, assentaram as diretrizes norteadoras no âmbito da tributação à saída e os limites de sua consonância com as liberdades fundamentais previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia.

2.3.3 – As justificativas no âmbito das medidas restritivas no seio do *exit tax*

O simples fato de se verificar que uma norma interna é discriminatória não a torna, imediatamente, incompatível com as liberdades fundamentais do tratado, mormente quando estas não se traduzem em uma proteção absoluta e irredutível²²⁹.

Desse modo, as liberdades fundamentais, apesar de servirem como elemento norteador e basilar das condutas e normatividades atribuída pelos Estados, podem se mitigadas diante de determinadas justificativas válidas e específicas.

Entre as justificativas existentes, há que se destacar duas defesas previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia que, inobstante permitirem sua aplicação na tributação direta, não possuem estrita correlação com as *exit taxes*. Trata-se de *cláusula de standstill* e da permissão de disposições fiscais que estabeleçam um tratamento fiscal distinto dos contribuintes, em decorrência dos locais de residente ou de onde os capitais são investidos²³⁰.

²²⁷ TJUE, C-657/13, de 21 de maio de 2015, § 49.

²²⁸ Nesse sentido Comissão Europeia Vs. Reino da Espanha, C-269/09; Comissão Europeia Vs. República Portuguesa, C-503/14; Comissão Europeia Vs. Reino dos Países Baixos, C-301/11; *Nordea Bank Danmark*, C-48/13; *Uberseering*, C-208/00; *Ispire Art*, C-167/01; *Marks & Spencer*, C-446/03; *Picart*, C-255/16; dentre outros.

²²⁹ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 236.

²³⁰ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 23-24.

O artigo 64º do Tratado de Funcionamento da União Europeia prevê a possibilidade de serem mantidas medidas restritivas à liberdade de circulação de capitais envolvendo países terceiros, desde que já se encontrassem em vigor em 31 de dezembro de 1993²³¹.

Apesar da possibilidade de que medidas restritivas adotadas após tal lapso temporal também sejam mantidas, desde que em essencialmente idêntica à legislação anterior²³², fato é que sua aplicação junto aos *exit taxes* não produzem efeitos de correlação significativos.

Já o artigo 65º, 1, ‘a’, do Tratado de Funcionamento da União Europeia expõem a possibilidade de realização de tratamento diferenciado em razão do local da residência ou de onde o capital é investido.²³³

Ocorre que a interpretação dada a tal artigo vem sendo gradualmente substituída pela mesma apreciação geral dada pelo Tribunal para julgamento das possibilidades de medidas discriminatórias, de modo que sua utilização também passa pelo crivo advindo da análise ampla²³⁴.

Desse modo, tradicionalmente, as medidas discriminatórias só podem ser justificadas em razão de motivos envoltos à política pública, segurança pública ou saúde pública.²³⁵

Entretanto, tais critérios dificilmente encontram-se presentes em medidas relacionadas a tributação direta, o que levou o Tribunal a aceitar outras justificativas para as hipóteses de discriminação indireta²³⁶, mais comum no âmbito da tributação direta.

A limitação da análise das justificativas às hipóteses tradicionais criaria um engessamento das medidas que seriam permitidas aos Estados, principalmente no âmbito fiscal,

²³¹ “Artigo 64º (ex-artigo 57º TCE) O disposto no artigo 63. não prejudica a aplicação a países terceiros de quaisquer restrições em vigor em 31 de Dezembro de 1993 ao abrigo de legislação nacional ou da União adoptada em relação à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais. Em relação às restrições em vigor ao abrigo da legislação nacional na Bulgária, na Estónia e na Hungria, a data aplicável é a de 31 de Dezembro de 1999.”

²³² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 24.

²³³ “Artigo 65º (ex-artigo 58º TCE) 1. O disposto no artigo 63.o não prejudica o direito de os Estados-Membros: a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;”

²³⁴ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 26.

²³⁵ NIKOU, Behrang David. **The Swedish Interest Deduction Limitation Rules – To Be Or Not To Be?.** Master’s Programme in European and International Tax Law, Lund University, School of Economics and Management Department of Business Law. Suécia. 2015. p. 23-24.

²³⁶ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 75-76.

o que dificultaria sua manobrabilidade e contemporaneidade. Tal fato motivou a possibilidade de adesão das chamadas justificativas de interesse geral, que atualmente já são aplicáveis a todos os ramos do direito europeu²³⁷.

Em sua utilização, cabe ao Tribunal proceder uma verificação em etapas, a fim de confirmar a validade da medida adotada pelo Estado que, ainda que indiretamente violadora de uma liberdade fundamental, vise satisfazer os interesses gerais da sociedade²³⁸.

Assim, primeiramente é feita a análise pelo Tribunal, a fim de verificar se o contribuinte exerceu alguma garantia fundamental e, ao após, deve-se apurar a existência ou não de alguma medida tomada pelo Estado, apto a constituir uma violação discriminatória à tal liberdade, quando comparada a situação de um nacional. Somente após concluída essas etapas é que se verificará se a medida utilizada pelo Estado é justificada e, caso seja, proporcional²³⁹.

2.3.3.1 – As justificativas aceitas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

As justificativas invocadas pelos Estados e aceitas pelo Tribunal não possuem necessariamente uma ordem hierárquica entre si.

Uma das razões invocadas pelos Estados é de que uma medida discriminatória, no âmbito da tributação direta, poderá ser justificada em razão da necessidade de se manter um sistema fiscal coeso.

A mencionada justificativa foi aceita de modo inaugural quando da análise concomitante do Caso *Bachmann*²⁴⁰ e Caso *Comissão/Bélgica*²⁴¹, reconhecendo-se que para sua aplicação, é necessário que o Estado-Membro evidencie a existência de uma relação direta entre

²³⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 238.

²³⁸ Nesse sentido são as conclusões o Tribunal já firmou entendimento de que: “restrição só pode ser admitida se prosseguir um objectivo legítimo e compatível com o Tratado e se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. Mas é ainda necessário, em tal caso, que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objectivo assim prosseguido e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir” in TJUE, C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2015, § 35.

²³⁹ HILLING, Maria. **Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance**. Intertax, 41, Issue 5, 2013. p. 294–307. p. 295.

²⁴⁰ TJUE, C-204/90, de 28 de janeiro de 1992.

²⁴¹ TJUE, C-300/90, de 28 de janeiro de 1992.

a vantagem fiscal contestada e a compensação dessa vantagem por meio de um gravame fiscal em específico, necessário para manter a coerência do sistema²⁴².

Além disso, é necessário que a medida vise evitar a dupla tributação ou assegurar que o rendimento é tributado apenas uma vez, devendo ser aplicada em relação ao mesmo contribuinte e ao mesmo tributo²⁴³, bem como ausente uma convenção sobre dupla tributação no caso em específico²⁴⁴.

Toda essa situação cria um elo direto envolto a medida adotada pelo Estado, de modo a criar uma simetria entre os requisitos existentes e a medida restritiva em si²⁴⁵ que não deverá ser rompida, sob pena de tornar a medida adotada desproporcional.

Na hipótese de justificativa baseada na manutenção de um sistema fiscal coeso, é necessário que a medida discriminatória²⁴⁶ possa ser amparada pela impossibilidade de se conferir igual tratamento àqueles que não são residentes, sob pena de ao fazê-lo, tornar-se-ia o sistema tributário incoerente.

Nas situações que orbitavam o Caso *Bachmann*²⁴⁷ e Caso *Comissão/Bélgica*²⁴⁸, somente eram permitidas deduções fiscais relativas a seguros de vida pagos a empresas residentes na Bélgica. Sua plausibilidade orbitava o fato de que ocorrendo a tributação futura do capital pago

²⁴² CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 146.

²⁴³ De modo atípico, o Tribunal pode estender essa aplicação a contribuintes e impostos distintos. Nesse sentido: “Muito excepcionalmente, o Tribunal admitiu que o nexo direto se reporte a contribuintes e impostos distintos, desde que exista uma especial ligação material entre os contribuintes e os impostos – ligação típica na tributação dos rendimentos das sociedades, onde os rendimentos das sociedades podem ser tributados novamente no momento em que são distribuídos para as pessoas singulares ou para outras sociedades com participações nessas sociedades (situação relevante para efeitos de compatibilidade com as liberdades fundamentais quando estas pessoas singulares ou coletivas estão situadas noutro Estado-Membro que não no Estado onde se situa a sociedade distribuidora) – dois contribuintes distintos (uma sociedade e uma pessoa singular ou outra sociedade), dois impostos distintos (o imposto sobre o rendimento de uma sociedade e o imposto sobre o rendimento de pessoa singular ou outro imposto sobre o rendimento doutra sociedade), mas a existência de um forte nexos económico entre estes contribuintes e impostos distintos (os rendimentos distribuídos de um contribuinte para outro).

O Tribunal admitiu pela primeira vez esta susceptibilidade de existir um nexos direto entre contribuintes e impostos distintos, no acórdão *Maninnen* – um nexos entre o benefício fiscal atribuído ao acionista da sociedade (o crédito fiscal na tributação sobre o acionista) e a tributação “compensatória” sobre a sociedade.” SILVA, Ricardo Miguel Simões. **Justificações de medidas fiscais restritivas das liberdades da União Europeia: análise da jurisprudência do Tribunal da União Europeia em matéria da fiscalidade direta**. Dissertação de mestrado em Direito Fiscal. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 46.

²⁴⁴ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 77.

²⁴⁵ NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 30.

²⁴⁶ Habitualmente a concessão de um tratamento fiscal mais benéfico em prol do residente, quando comparado a situação de um não residente.

²⁴⁷ TJUE, C-204/90, de 28 de janeiro de 1992.

²⁴⁸ TJUE, C-300/90, de 28 de janeiro de 1992.

pelas seguradoras no término do contrato, ocorreria a compensação do benefício fiscal anteriormente concedido e que tal hipótese não se vislumbraria caso o benefício também fosse concedido às seguradoras não residentes²⁴⁹.

No caso descrito, caso fosse eliminada a medida discriminatória, havia mácula aos interesses sociais gerais, na exata medida que as seguradoras não residentes, justamente por figurarem na condição de estrangeiro, não faria o recolhimento futuro sobre o capital pago ao término do contrato de seguro.

Neste cenário, a adoção da medida discriminatória seria justificada e necessária, *ex vi* que sua não implementação desestabilizaria o sistema fiscal, mormente quando as empresas não residentes se beneficiariam de uma vantagem fiscal em determinado momento, sem que fossem compelidas a arcarem com uma contraprestação futura, como o que ocorria com as empresas residentes belgas.

Paralela à justificativa de imposição de medidas restritivas à uma garantia fundamental prevista no Tratado de Funcionamento visando a manutenção de um sistema fiscal coeso, está a justificativa de garantir uma repartição equilibrada dos poderes fiscais²⁵⁰.

A repartição equilibrada dos poderes fiscais consiste na divisão entre Estados-Membros ou Estados terceiros, por meio da formalização de uma Convenção sobre dupla tributação, onde são acordadas as hipóteses de incidência²⁵¹, e regulada internamente por cada Estado, em seu próprio ordenamento jurídico.

A repartição equilibrada dos poderes fiscais se assenta na ideia de que os Estados-Membros podem, de modo unilateral, optar por dividir ou conciliar sua competência tributária, por meio de tratados com outros Estados²⁵².

Essa simples distribuição dos poderes tributários formalizada por meio de uma convenção não é, *per se*, apta a levar a situações proibidas no âmbito da União, ainda que preveja

²⁴⁹ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 42.

²⁵⁰ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 249.

²⁵¹ CARVALHO, Paulo Barros. (2013), cit., p. 253-258.

²⁵² NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 26.

uma medida discriminatória. É somente no exercício de tais competências que o Estado poderá causar alguma violação a uma das liberdades fundamentais.²⁵³

Nota-se que quando da criação da convenção sobre dupla tributação, os Estados podem até prever medidas que são passíveis de gerarem situações de discriminação e tratamento diferenciado. Todavia, a simples previsão não concede aos Estados o direito de exercê-las.

Tal situação descrita culminou no Caso *Marks & Spencer*²⁵⁴, oportunidade onde foi inicialmente invocado o argumento de repartição equilibrada do poder tributário como uma justificativa para criar uma situação de discriminação validamente amparada, cuja aplicação orbitava os direitos das sociedades²⁵⁵.

A jurisprudência assente no Caso *Marks & Spencer* demonstra que o Tribunal interpretou a necessidade de que a justificativa da repartição equilibrada fosse invocada juntamente à outra justificativa, como forma de garantir o cumprimento das disposições previstas no Tratado.²⁵⁶

Posteriormente, o Tribunal evoluiu seu entendimento, concluindo que a alocação equilibrada poderia ser utilizada como uma justificativa apta a viabilizar uma medida restritiva, ainda que invocada de modo isolado²⁵⁷, conforme sedimentado no Caso *X Holding*²⁵⁸.

Os Estados, ao pactuarem uma convenção em matéria de dupla tributação, visam criar mecanismos e normas previamente acordadas a fim de evitar que os sujeitos passivos de uma obrigação tributária possam utilizar de subterfúgios artificiais para indevidamente pagar menos tributos.

Devido à ausência de fixação de critérios específicos em matéria de tributação direta e sua respectiva repartição entre os Estados-Membros no âmbito Europeu, o Tribunal firmou entendimento de que os Estados devem seguir critérios do direito fiscal internacional, tal como

²⁵³ PRATS, F. Alfredo Garcia. **Source, residence and nationality in income tax matters: between international tax rules and EU law.** *in* Rivista di Diritto Tributario Internazionale. International Tax Law Review. 2/2013. p. 29-90. p. 89.

²⁵⁴ TJUE, C-446/03, de 13 de dezembro de 2015.

²⁵⁵ Nesse sentido, o Tribunal decidiu que: “No entanto, como correctamente salienta o Reino Unido, a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros pode tornar necessária a aplicação das respectivas normas fiscais somente às actividades económicas das sociedades estabelecidas num desses Estados, tanto no que diz respeito aos lucros como aos prejuízos.” TJUE, C-446/03, de 13 de dezembro de 2015, § 45.

²⁵⁶ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 79.

²⁵⁷ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 298.

²⁵⁸ TJUE, C-337/08, de 25 de fevereiro de 2010.

as normas previstas na OCDE. Assim, uma vez que os Estados seguem os princípios gerais previstos na convenção modelo da OCDE, torna-se coeso que a repartição equilibrada dos poderes tributários sirva como justificativa²⁵⁹.

Neste cotejo, tendo em vista que a OCDE²⁶⁰ prevê que os Estados devem promover acordos para evitar a dupla tributação e neutralização de efeitos dos instrumentos e entidades híbridos, não seria coeso censurar ou dificultar a materialização de tais acordos entre os Estados-Membros.

Trata-se de uma justificativa válida²⁶¹, mormente quando as medidas tomadas pelos estados visam evitar comportamentos dos sujeitos passivos, que possam comprometer a competência fiscal acordada entre os Estados, em relação às atividades realizadas em seus territórios²⁶².

Se assim não o fosse, seria possível que determinados contribuintes compelissem um Estado-Membro a levar em consideração fatos tributários sob os quais não possui competência. Tal elemento geraria como consequência o rompimento da simetria na relação entre as competências dos Estados e dos Estados para com o contribuinte²⁶³.

Apesar dos argumentos utilizados pelo Tribunal se relevar inicialmente um pouco confuso, sofrendo inclusive críticas por parte da doutrina quanto a esse aspecto²⁶⁴, há que se concluir que a eventual restrição de uma liberdade fundamental, devidamente justificada e proporcional, é permitida justamente por causar menores malefícios do que o próprio exercício indiscriminado de tal prerrogativa.

O Tribunal de Justiça da União Europeia também defende a permissibilidade de invocação de justificativas por parte dos Estados, calcada no intuito de evitar o abuso e combater a fraude fiscal.

²⁵⁹ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 299.

²⁶⁰ Conforme exposto na Ação 2 do Plano BEPS “NEUTRALISING THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS - Action 2 develops model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to neutralise the effects of hybrid instruments and entities (e.g. double non-taxation, double deduction, long-term deferral).”

²⁶¹ MENDES, Inês Carolina da Silva. 2013), cit., p. 44.

²⁶² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 58-59.

²⁶³ PRATS, F. Alfredo Garcia. (2013), cit., p. 87-90.

²⁶⁴ NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 27.

É cediço que as liberdades fundamentais previstas no tratado conferem direitos aos administrados. Entretanto, os direitos que os particulares retiram de tais liberdades fundamentais e demais normas do tratado não podem ser utilizados visando a fraude ou abuso de tais direitos²⁶⁵.

Diante de um mercado único que possibilita a mudança de um país para o outro com grande facilidade, bem como que possui diferentes regulamentações para a tributação direta a nível de cada Estado-Membro, tem-se como possível, até mesmo provável, que os sujeitos passivos busquem meios de utilizar dessas prerrogativas com o único intuito de obter uma menor arrecadação tributária²⁶⁶.

Não é forçoso afirmar que, de modo abstrato, as medidas restritivas utilizadas como forma de combater a fraude e evitar o abuso fiscal, acabam por prevalecer sobre a proteção conferida pelas liberdades fundamentais²⁶⁷.

Os *exit taxes* foram criados justamente para salvaguardar os Estados onde as condições econômicas, fiscais, sociais e de mercado contribuíram para que fossem gerados resultados positivos para os contribuintes, de se verem impossibilitados de exercer sua competência tributária em razão de uma mudança transfronteiriça por parte do sujeito passivo²⁶⁸.

Neste contexto, não é difícil vislumbrar a possibilidade de alguns contribuintes criarem formas de estruturas abusivas, a fim de aparentemente encontrarem-se protegidos sob o manto da liberdade de estabelecimento e de circulação, com o intuito único de lesar o fisco.

É fato que o direito tributário não pode ser ludibriado através do abuso das diversas possibilidades que orbitam uma configuração jurídica²⁶⁹. Todavia, convém lembrar que a simples mudança transfronteiriça de Estado por parte do contribuinte não permite uma presunção de prática de fraude fiscal, haja vista que tal ato é consagrado como uma liberdade fundamental do Tratado.²⁷⁰

²⁶⁵ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 139.

²⁶⁶ NABAIS, José Casalta. **Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado?** in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos**. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 105-128. p. 120-124.

²⁶⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 245.

²⁶⁸ LEITÃO, João Menezes. (2012), cit., p. 275.

²⁶⁹ COURINHA, Gustavo Lopes. **A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para sua compreensão**. Almedina. Coimbra. 2004. p.149.

²⁷⁰ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 17.

Por esse motivo, a justificativa de evitar o abuso e combater a fraude fiscal deve ser invocada em paralelo com outra justificativa²⁷¹, de modo a se criar um quadro apto a comprovar que a medida especificamente analisada e praticada pelo sujeito passivo extrapola os limites perquiridos²⁷².

Tal como a hipótese anteriormente mencionada acerca do fato de que as medidas restritivas e discriminativas não eram diferenciadas pelo Tribunal, igual fato ocorre na diferenciação entre evasão fiscal e elisão fiscal, sendo certo que habitualmente o Tribunal vem utilizando-os como sinônimo²⁷³.

Tendo em vista um mercado capitalista cada vez mais competitivo e predatório, o Tribunal já consolidou o entendimento de que é necessário estabelecer diretrizes básicas, com o objetivo de frear eventual utilização deturpada por parte dos contribuintes das prerrogativas ínsitas no Tratado.²⁷⁴

No tocante à utilização da justificativa em questão para fundamentar a utilização de medidas discriminatórias, há que se destacar a necessidade de adimplemento de determinadas condições prévias.²⁷⁵

²⁷¹ HILLING, Maria. (2013) cit., p. 296.

²⁷² CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 142.

²⁷³ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 83.

²⁷⁴ Sobre o tema, o Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou o entendimento de que: “É certo que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias (v., nomeadamente, no domínio da livre prestação de serviços, acórdãos de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Colect., p. 543, n.º 13; de 3 de Fevereiro de 1993, Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, Colect., p. I-487, n.º 12, e de 5 de Outubro de 1994, TV10, C-23/93, Colect., p. I-4795, n.º 21; em matéria de liberdade de estabelecimento, acórdãos de 7 de Fevereiro de 1979, Knors, 115/78, Colect., p. 173, n.º 25, e de 3 de Outubro de 1990, Bouchoucha, C-61/89, Colect., p. I-3551, n.º 14; em matéria de livre circulação de mercadorias, acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc e o., 229/83, Recueil, p. 1, n.º 27; em matéria de segurança social, acórdão de 2 de Maio de 1996, Paletta, C-206/94, Colect., p. I-2357, n.º 24; em matéria de livre circulação de trabalhadores, acórdão de 21 de Junho de 1988, Lair, 39/86, Colect., p. 3161, n.º 43; em matéria de Política Agrícola Comum, acórdão de 3 de Março de 1993, General Milk Products, C-8/92, Colect., p. I-779, n.º 21; em matéria de direito das sociedades, acórdão de 12 de Maio de 1998, Kefalas e o., C-367/96, Colect., p. I-2843, n.º 20).”, TJUE, C-212/97, de 09 de março de 1999, § 24.

²⁷⁵ Convém destacar que tais condicionantes não se encontram adstritas apenas no âmbito do direito da União Europeia. Nesse sentido, convém destacar as conclusões exaradas por AZAM ao analisar o conceito de doutrina da substancia econômica no direito Estadunidense: “To overcome some of the ambiguity of the “economic substance doctrine,” for example, Congress enacted in 2010 Section 7701(O) of the IRC which codifies the tests of the “economic substance doctrine” in these words: “(1) Application of doctrine: In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if — (A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer’s economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.” This section contributed some clarifications on the implication of the doctrine but, still, there is a lot of ambiguity. Additionally, the IRS didn’t really try to use Section 7701(o) or the common

A primeira é de que o sujeito, por meio da utilização de uma estrutura internacional, se beneficie de uma situação fiscal mais vantajosa, que não teria se beneficiado em uma situação interna, devendo haver uma ausência de elemento subjetivo por parte do contribuinte, no sentido de se beneficiar de tal conduta. A segunda condição prévia é que o objetivo da medida anti-abuso seja enfaticamente neutralizar a conduta fraudulenta ou abusiva²⁷⁶. A terceira condição é de que a norma que visa evitar a fraude fiscal deve ser concebida de forma a atacar apenas o comportamento abusivo, de modo que permita uma análise caso a caso a fim de apurar se houve ou não o emprego de meios artificiais ou abusivos desprovidos de realidade econômica, sem que, contudo, englobe um grupo indiscriminado de operações transfronteiriças²⁷⁷.

O Tribunal fundou entendimento no Caso *Schweppes*²⁷⁸ de que para fins de configuração de uma estrutura artificial, são necessários o preenchimento de dois requisitos, sendo um elemento subjetivo e outro elemento objetivo.²⁷⁹

Referente ao elemento subjetivo, esse consiste na intenção do sujeito passivo em obter uma vantagem fiscal, enquanto o elemento objetivo pode ser compreendido na criação de uma estrutura que respeite os requisitos formais para sua criação, mas sem alcançar o conteúdo necessário de sua criação.²⁸⁰

É importante que a medida que visa evitar o abuso e combater a fraude fiscal deve proporcionar ao sujeito passivo que possa expor sua situação, demonstrando a existência de liame subjetivo entre a conduta praticada e o benefício fiscal obtido, a fim de desconstruir a imagem da criação de uma estrutura artificial²⁸¹.

Se a opção de estrutura criada pelo contribuinte possuir fundamento lógico e econômico, baseando-se na realização de fato de operações reais, esta poderá ser facilmente

law doctrines to tackle tax avoidance in international transactions. The main usage of these tools had focused on internal tax avoidance transactions. For these two main reasons, ambiguity and internal usage, the effectiveness of Section 7701(o) and the common law doctrines in combating international corporate tax avoidance was limited. But their effectiveness in combating domestic corporate tax avoidance was much better.” in AZAM, Rifat. **Minimum Global Effective Corporate tax rate as general anti-avoidance rule.** 8 Columbia Journal of Tax Law 6. 2017 p 40.

²⁷⁶ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 301.

²⁷⁷ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 80-81.

²⁷⁸ TJUE, C-196/04, de 12 de setembro de 2006.

²⁷⁹ TJUE, C-196/04, de 12 de setembro de 2006, § 64.

²⁸⁰ NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 28-29.

²⁸¹ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 97.

demonstrada ao Estado, que não possuirá justificativas aptas a fundamentar eventual desconsideração de tal sistema e imposição de medida discriminatória.

Neste diapasão, não basta que o contribuinte respeite as estipulações legalmente previstas. É necessário que a preponderância da prática de tal fato se dê por razões econômicas ou práticas, e não por prevalência do elemento fiscal²⁸².

O Tribunal também vem aceitando a justificativa por parte dos Estados, no sentido de que as medidas discriminatórias no âmbito do *exit tax* são necessárias, na exata medida de haver uma necessidade por parte da Administração Pública de garantir uma efetividade da supervisão e arrecadação fiscal.²⁸³

Tal fato ocorre pois, na medida em que o sujeito passivo deixa de residir no território nacional de um Estado-Membro, o mesmo também deixa de estar diretamente submetido a sua jurisdição fiscal, tornando mais difícil a fiscalização direta junto ao contribuinte no tocante a seu estado patrimonial, residência, e até mesmo o próprio procedimento de arrecadação do tributo devido²⁸⁴, sendo certo que tais informações do contribuinte encontram-se presentes em outro Estado.

A aceitação de tal justificativa por parte do Tribunal encontra-se adstrita ao preenchimento de duas condicionantes, por meio das quais se apura o adimplemento do regime de proporcionalidade da medida.

O primeiro requisito é que não haja mecanismos de troca de informações entre os Estados, que visem auxiliar e promover a cooperação para obtenção de informações, sendo necessário que tais mecanismos enfaticamente produzam efetivos resultados. O segundo limite de proporcionalidade consubstancia-se na inexistência de possibilidade do Estado em exigir do próprio contribuinte que forneça as informações necessárias para garantir a segurança fiscal.²⁸⁵

Há que se destacar a existência de normatização no âmbito europeu, cuja finalidade específica é garantir a assistência mútua em matéria tributária²⁸⁶.

²⁸² COURINHA, Gustavo Lopes. (2004), cit., p. 151.

²⁸³ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 247.

²⁸⁴ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 142.

²⁸⁵ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 94-96.

²⁸⁶ Diretiva 2010/24/EU.

A existência de tal diretiva acaba por minar o argumento de que uma medida restritiva seria justificável no âmbito de relações internas da União Europeia, *ex vi* a existência de meios menos lesivos ao sujeito passivo para a obtenção do mesmo fim, de modo que a proporcionalidade de tal ato é claramente contestável²⁸⁷.

Todavia, convém lembrar que a liberdade de circulação de capitais é aplicável a países terceiros²⁸⁸. Tendo em vista que a diretiva de assistência mútua em matéria tributária é aplicável apenas no âmbito da União, não é difícil deduzir que haverá hipóteses onde um Estado-Membro poderá ver sua relação adstrita a um Estado terceiro, alheio ao tratado comunitário.

Em tais situações, habitualmente não há que se falar em pré-existência de uma norma para troca de informações, que somente ocorria mediante um tratado entre os países envolvidos. Nessas hipóteses, a justificativa de eficácia da supervisão fiscal e cobrança tributária mostra-se como coesa, haja vista tratarem-se de legislações distinta entre Estados²⁸⁹.

Tem-se, pois, que essa justificativa é de difícil aceitação, mormente quando majoritariamente as questões envolvendo *exit tax* se dão no âmbito interno europeu²⁹⁰. Entretanto, estando preenchidos os seus específicos requisitos de admissibilidade²⁹¹, há que se presumir tratar-se de uma medida justificável.

Referente a matéria de *exit tax*, o Tribunal também promove a aceitação medidas restritivas calcadas na justificativa do Princípio da Territorialidade. Diversamente das demais justificativas, o princípio da territorialidade possui uma aplicação diminuta, sendo basicamente adstrito ao imposto de saída²⁹², inobstante sua justificativa também envolver outras peculiaridades da tributação direta²⁹³.

O princípio da territorialidade possui grande relevância no âmbito fiscal, mormente quando é este que delimita os limites territoriais de cada Estado, referente ao seu poder de tributar, também sendo apto para gerar restrições ao princípio da igualdade que protege as liberdades fundamentais de medidas discriminatórias²⁹⁴.

²⁸⁷ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 20.

²⁸⁸ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 61-62.

²⁸⁹ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 82-83.

²⁹⁰ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015), cit., p. 143.

²⁹¹ AZAM, Rifat. (2017), cit., p. 40.

²⁹² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 77.

²⁹³ Conforme revelado no âmbito do julgamento do Caso *Futura*, TJUE, C-250/96, de 15 de maio de 1997.

²⁹⁴ NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 27

Em razão do *exit tax* consistir justamente na tributação de um sujeito passivo que deixará de ser residente de um país, liquidando-se então as mais valias latentes, sendo que um residente somente será tributado quando a mais valia efetivamente ocorrer, já demonstra sua correlação intrínseca com o princípio da territorialidade²⁹⁵.

Trata-se da hipótese de reconhecimento de uma justificativa calcada na inegável existência de um elemento temporal, consistente na obtenção de mais-valias, ainda que latentes, durante um período de exercício em determinado Estado.²⁹⁶

Caso a justificativa da territorialidade não fosse aceita nas hipóteses do *exit tax*, tal tributo perderia sua essência jurídica, na exata medida em que a tributação apenas ocorria no Estado de destino da mudança transfronteiriça, permitindo assim a erosão da base de cálculo²⁹⁷.

Justamente por considerar a saída de um contribuinte ou de um ativo como eventos tributáveis, a fim de garantir a soberania tributária²⁹⁸, é possível concluir que tal justificativa é paralelamente invoca com outros argumentos, em razão de sua aptidão para poder pôr em causa a repartição equilibrada dos poderes fiscais entre os Estados-Membros e conduzir a uma dupla tributação ou a duplas perdas.²⁹⁹

Convém destacar que parte dos estudiosos afirmam que o princípio da territorialidade fiscal, de modo isolado, não mais encontra-se apto a promover uma justificativa de interesse geral aceita pelo Tribunal³⁰⁰, o que revela a necessidade de sua utilização em conjunto com outra justificativa³⁰¹.

²⁹⁵ PRATS, F. Alfredo Garcia. (2013), cit., p. 41.

²⁹⁶ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 15.

²⁹⁷ CASAIS, José Manuel Iglesias. (2015) cit., p. 144-145.

²⁹⁸ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 7.

²⁹⁹ BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. (2012), cit., p. 105.

³⁰⁰ Nesse sentido, afirma SILVA “Contudo, parece que isoladamente este princípio continua a não poder servir de justificação para medidas fiscais restritivas.” in SILVA, Ricardo Miguel Simões – **Justificações de medidas fiscais restritivas das liberdades da União Europeia: análise da jurisprudência do Tribunal da União Europeia em matéria da fiscalidade direta**. Dissertação de mestrado em Direito Fiscal. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 37. Igual entender também é defendido por ENGLMAIR, ao afirmar “The territoriality argument was only accepted once in the *Futura Participations case* and was regularly rejected as justification in subsequent cases.” in ENGLMAIR, Vanessa E. **The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation**, in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 53-94. p. 78.

³⁰¹ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 299.

2.3.3.2 – As justificativas não aceitas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

Paralelamente às justificativas aceitas, é possível analisar a jurisprudência exarada pelo Tribunal, de modo a verificar as justificativas que não são acatadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sob o argumento de que não permitiriam uma viabilidade plena e harmonização das liberdades fundamentais.³⁰²

Os Estados têm por hábito promover a tentativa de justificar medidas discriminatórias entre residentes e não residentes, com base na ausência de harmonização na seara da tributação direta, sob o pretexto de que as eventuais restrições enfrentadas seriam decorrentes dessa ausência, motivo pelo qual não seria oponível o resultado danoso ao Estado.³⁰³

O Tribunal se deparou com a mencionada justificativa no Caso *Kronos*³⁰⁴. O caso em tela tratava de uma *holding*, que em virtude dos dividendos distribuídos pelas filiais estrangeiras, isentos do imposto nos termos das convenções destinadas a evitar a dupla tributação respetivamente aplicáveis, não foram tidos em conta no cálculo da base relevante para os avisos de liquidação e para as demonstrações de perdas.³⁰⁵

Diante de tal cenário, a empresa em questão pleiteou a dedução no imposto de rendimento, dos valores relativos aos impostos sobre o rendimento das pessoas coletivas e sobre os rendimentos de capital pagos pelas suas filiais estabelecidas em outros Estados, sendo tal fato tributário apto de conduzir a um reembolso do imposto³⁰⁶.

Ocorre que devido ao fato de tais rendimentos não serem tributáveis no Estado-Membro em questão, os mesmos foram desconsiderados na determinação do montante do imposto, *in casu* na dedução do mesmo, mormente quando tais elementos não eram harmonizados no âmbito europeu.

Na hipótese, o Tribunal sedimentou o entendimento de que o não exercício de uma competência fiscal por parte de um Estado-Membro não pode culminar em lesão à liberdade

³⁰² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 33-34.

³⁰³ NOGUEIRA. João Félix Pinto. (2010), cit., p. 241-242.

³⁰⁴ TJUE, C-47/12, de 11 de setembro de 2014.

³⁰⁵ TJUE, C-47/12, de 11 de setembro de 2014, § 14.

³⁰⁶ TJUE, C-47/12, de 11 de setembro de 2014, § 15.

fundamental do sujeito passivo, mormente quando poderia o Estado em questão dispor acerca dos contornos para dedução fiscal quanto a filiais situadas em outros Estados³⁰⁷.

Outra justificativa invocada pelos Estados e rechaçada pelo Tribunal orbita no argumento de dificuldade de ordens técnicas, práticas ou administrativas.³⁰⁸

Inobstante o fato de que a fiscalização e cobrança de um tributo em sua realidade transfronteiriça possa ser mais onerosa e dificultosa para o Estado, tal justificativa não serve de base para a adoção de uma medida restritiva.³⁰⁹

Tal fato ocorre, pois, a própria União adota medidas aptas a facilitar a troca de informações e assistência mútua entre os Estados-Membros, por meio de regulamentação própria e diretivas.

Nesse cenário, ainda que o Estado argumente a ineficácia do instrumento, o Tribunal entende que compete ao próprio Estado criar mecanismos de auxílio, com o intuito de tornar o instrumento da União eficaz³¹⁰.

Ainda que se trata de uma relação entre um Estado-Membro e um Estado Terceiro, há que se destacar a existência de mecanismos próprios, como por exemplo a Convenção Modelo da OCDE, o que também permite ao Tribunal afastar tais justificativas nessas hipóteses.

Inobstante tal fato, é notório que os Tribunais acabam por fragilizar tal argumento, *ex vi* que aceitam a justificativa de garantir a eficácia da supervisão fiscal e cobrança tributária, quando os mecanismos existentes não produzam efetivos resultados, desde que adstrito aos requisitos e condicionantes já expostos anteriormente³¹¹.

Os Estados-Membros também tentam, sem sucesso, utilizar da justificativa de perda de arrecadação fiscal, a fim de relevar a utilização de uma medida restritiva de liberdade fundamental.³¹²

³⁰⁷ TJUE, C-47/12, de 11 de setembro de 2014, § 85-87.

³⁰⁸ NOGUEIRA. João Félix Pinto. (2010), cit., p. 242.

³⁰⁹ SANCHES, José Luís Saldanha. (2006), cit., p. 318.

³¹⁰ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 85.

³¹¹ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 94-96.

³¹² NOGUEIRA. João Félix Pinto. (2010), cit., p. 239.

Tal justificativa possui inegáveis problemas, haja vista que toda medida tomada por qualquer Estado-Membro, na seara tributária, visa, ainda que indiretamente, garantir a arrecadação fiscal.

Caso o Estado-Membro não estivesse com o objetivo central em evitar a perda de receitas fiscais, não criaria uma medida mais gravosa, cujo resultado seria justamente a manutenção da base tributável.

Neste cotejo, caso fossem aceitas medidas restritivas de liberdades fundamentais calcadas na justificativa de perda da arrecadação fiscal, toda e qualquer medida adotada pelo Estado deveria ser aceita pelo Tribunal³¹³, o que claramente não condiz com os objetivos perquiridos.

Apenas a título de clarificação, as perdas de receitas fiscais decorrente de planejamentos tributários agressivos no âmbito da União Europeia ultrapassa as cifras de 70 bilhões de euros por ano³¹⁴, valores que seriam superiores caso fossem incluídos montantes oriundos de outras condutas dos contribuintes.

Nesse cenário, é patente que se fossem conferidos aos Estados poderes ilimitados para justificar qualquer medida visando evitar a perda de receitas fiscais, os prejuízos e adoções de medidas abusivas certamente iriam ocorrer.

A perda de receitas fiscais quando utilizada como justificativa para o emprego de uma medida restritiva jamais foi aceita pelo Tribunal, sendo clara sua impertinência de utilização isolada, sendo mais coeso quando adotada concomitantemente a outras justificativas³¹⁵.

Convém destacar a nebulosa névoa que acompanha a distinção do que vem a ser uma medida calcada unicamente na perda de receitas, quando comparada as justificativas de repartição equilibrada do poder fiscal e combate ao abuso e à fraude fiscal³¹⁶, revelando-se uma complexa distinção a ser realizada pelo Tribunal.

Outro argumento utilizado pelos Estados orbita a justificativa de que uma medida discriminatória poderia ser aceita, haja vista a existência de uma outra vantagem fiscal concedida.

³¹³ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 33.

³¹⁴ PETRIN, Martin. **Corporate Tax Avoidance - The Problem of Aggressive Tax Planning**. 2018. p. 22.

³¹⁵ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 85.

³¹⁶ COSTA, Paulo Nogueira da. **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia**. Jurismat: Revista jurídica. n.º 4. 2014. p. 321-338. p. 335.

Tal tese invoca a existência de uma compensação direta entre a restrição existente e a vantagem vindoura concedida, de modo que, em última análise, não haveria que se falar em desvantagem fiscal.³¹⁷

Ocorre que o Tribunal jamais acatou tal justificativa, haja vista que a interpretação de uma medida restritiva deve ocorrer de modo isolado, independentemente se existe de fato uma outra vantagem fiscal ou não³¹⁸.

Há que se destacar a possibilidade que tais vantagens fiscais possam ser instituídas de modo autônomo a medida restritiva e, por isso, também poderiam deixar de compor o ordenamento jurídico de modo autônomo, o que fatalmente criaria novas problemáticas.

As liberdades fundamentais têm aplicabilidade direta e não são condicionadas a outras normas, pelo que a justificativa de existência de eventuais benesses fiscais que compensariam as medidas restritivas não é aceita pelo Tribunal, independente do nível ou do alcance da restrição formulada³¹⁹.

O Tribunal também rejeita o emprego do argumento de dupla tributação como justificativa para a aplicação de medidas restritivas de liberdades fundamentais.

A falta de harmonização no âmbito para a matéria de fiscalidade direta é apta a causar a dupla tributação incidental, de modo que os Estados-Membros não são obrigados a adaptar o próprio sistema fiscal aos diferentes sistemas existentes, com o objetivo de eliminar a dupla tributação, contando que a legislação em causa não seja discriminatória³²⁰.

Neste cotejo, é passível a ocorrência de uma dupla tributação, se essa não foi ocasionada por meio de uma medida discriminatória.

³¹⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 236.

³¹⁸ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 85.

³¹⁹ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que: “Contrariamente à tese defendida pelo Governo francês, a diferença de tratamento também não pode ser justificada pelas vantagens eventuais de que beneficiariam as sucursais e agências em relação às sociedades as quais, no entender do Governo francês, compensariam as desvantagens resultantes da recusa da concessão do crédito fiscal. Mesmo supondo que tais vantagens existam, não podem justificar uma violação da obrigação, imposta pelo artigo 52º, de conceder o tratamento nacional no que respeita ao crédito fiscal. Neste contexto, não é necessário tão-pouco avaliar a importância das desvantagens que resultam, para as sucursais e agências das sociedades de seguros estrangeiras, da recusa da concessão do crédito fiscal, nem apurar se essas desvantagens podem ter uma influência sobre as tarifas praticadas pelas mesmas, pois o artigo 52º proíbe qualquer discriminação, mesmo de alcance reduzido.” TJUE, C-270/83, de 28 de janeiro de 1986, § 21.

³²⁰ TJUE, C-157/10, de 08 de dezembro de 2011, § 39.

Nota-se que não há discussão quanto a competência dos Estados para regular os critérios de tributação, mormente quando tal matéria não é harmonizada. O que não se pode aceitar é que essa regulamentação seja discriminatória, na exata medida que tal fato acabar por extrapolar os limites cedidos aos Estados, sendo os mesmos obrigados a respeitar as garantias comunitárias existentes.³²¹

Em última análise, os Estados não podem aplicar restrições às liberdades fundamentais, independentemente da necessidade de uma harmonização fiscal europeia que permitisse um melhor exercício das liberdades fundamentais.³²²

O Tribunal defende que é dever do Estado-Membro garantir o respeito às esferas de proteção oriundas das liberdades fundamentais, não podendo se eximir de tal responsabilidade de modo a somente realizá-la em benefício dos residentes localizados num Estado-Membro que tenha sido celebrado um acordo tributário³²³.

2.3.4 – O princípio da proporcionalidade como elemento norteador e harmonizador

Preliminarmente, é preciso levar em consideração que as questões relativas ao direito fiscal no âmbito comunitário possuem uma interpretação diversa daquela exposta no direito fiscal internacional. Ao passo que o direito fiscal internacional se limita a interpretar a existência de violação a algum acordo firmado entre os envolvidos, no direito fiscal comunitário é necessário apurar se tais normas não impingem máculas as liberdades fundamentais existentes e, caso elas ocorram, se são feitas de modo justificado e se são proporcionais aos fins perquiridos³²⁴.

Referente à fiscalidade direta, tal situação ganha ainda mais robustez, haja vista que diferentemente do que ocorre na fiscalidade indireta, aquela não é amplamente harmonizada, o que acaba por conferir um elevado grau de subjetividade aos Estados-Membros em temas como por exemplo a tributação de rendimentos.

³²¹ TJUE, C-385/00, de 12 de dezembro de 2012, § 93 e 94.

³²² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016) cit., p. 33-34.

³²³ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010) cit., p. 242.

³²⁴ SANCHES, José Luís Saldanha. (2006) cit., p. 322.

Ao passo que o Tribunal sedimenta o entendimento de que no âmbito fiscal os residentes e não residentes não se encontram em condições idênticas, tal fato acaba por permitir um tratamento diferenciado entre esses grupos³²⁵.

É inegável que a aceitação das justificativas baseadas em interesses gerais gera maior necessidade do Tribunal em verificar e dimensionar a viabilidade das normas exaradas pelos Estados-Membros quando comparadas as hipóteses de restrição expressamente previstas no Tratado, conferindo maior importância a análise do princípio³²⁶ da proporcionalidade³²⁷.

Ademais, especificamente no tocante ao princípio da proporcionalidade, não há como sedimentar uma aplicação universal uniforme, sendo certo que tal princípio pode ser interpretado e aplicado de forma distinta, variando conforme a área jurídica de seu emprego³²⁸, de modo que o escopo aqui investido, justamente em razão do objeto do estudo, será na área fiscal.

Todavia, é justamente essa amplitude de aplicabilidade que acaba por conferir ao princípio da proporcionalidade uma aptidão como elemento auxiliar e de adequação à jurisprudência da comunidade europeia, de modo a sopesar o interesse do Estado e da sociedade como um todo, em face das medidas que impõem aos seus administrados³²⁹.

³²⁵ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006) cit., p. 162.

³²⁶ Acerca da classificação da proporcionalidade, a mesma é classificada majoritariamente por parte da doutrina como sendo um princípio. Nesse sentido: ZALASINSKI, Adam. **Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law**, Intertax, Vol. 35. 2007. p. 311. *apud* NOGUEIRA, João Félix Pinto. **Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade**. Coimbra. Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora. 1ª ed. 2010. p. 71. Entretanto, convém destacar a utilização da proporcionalidade, não como princípio, mas como procedimento. Nesse sentido, esclarece NOGUEIRA que “Partindo do quadro metodológico anteriormente traçado, e assumindo que os princípios se tratam de ‘mandados de otimização’, é-nos difícil afirmar que a proporcionalidade, na sua manifestação jurídico-moderna, constitui um verdadeiro princípio. Isto porque esta mostra-se como uma forma de controlo da relação entre meios e fins no quadro de um dado ordenamento jurídico, não impondo, *per se*, uma dada escolha ou valoração. Como veremos seguidamente, a proporcionalidade é um operador neutral dado que não veicula qualquer conteúdo substantivo significativo. Bem pelo contrário, ela acolhe a pirâmide axiológica vigente num dado ordenamento, recortando as soluções tendo por base esse quadro axiológico que a antecede. [...]Em nossa opinião, no quadro da teorização que temos vindo a expor, a proporcionalidade deve ser percebida como um procedimento. Trata-se, efetivamente, de um procedimento estável de aplicação de normas jurídicas, não corporizando na sua essência nenhuma regra ou princípio, mas auxiliando definitivamente na tarefa de adjudicação normativa (*rights adjudication*) a que essas regras e princípios vêm direccionadas.” NOGUEIRA, João Félix Pinto. **Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade**. Coimbra. Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora. 1ª ed. 2010. p. 70-71.

³²⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 281.

³²⁸ AUDZEVICIUS, Ramunas. **Proportionality in Tax Disputes – Lithuanian Court Practice**. 2014. p. 7.

³²⁹ SANCHES, José Luís Saldanha. (2006), cit., p. 275-277.

Neste cotejo, o princípio da proporcionalidade serve, justamente, como elemento limítrofe para a permissão de uma violação a uma liberdade fundamental, *ex vi* que estas não definem espaços de proteção absolutos³³⁰.

A proteção do interesse público somente é obtida com a máxima satisfação dos interesses individuais e coletivos, obtidos pelo modo com menor intervenção possível³³¹, pelo que o princípio da proporcionalidade figura como fiel da balança entre tais interesses.

Notadamente, a proporcionalidade também deverá ser interpretada como forma de defesa dos interesses gerais dos Estados, sob pena de aplicá-la como uma medida de mão única e, portanto, paradoxalmente desproporcional.

É inegável a necessidade de se tentar acautelar os interesses dos Estados-Membros, mormente quando o interesse estatal é, em última instância, também o interesse da sociedade que o compõe.

Nessa ótica, a própria aceitação por parte do Tribunal das justificativas calcadas nos interesses gerais dos Estados para poder promover necessárias limitações às liberdades fundamentais já demonstra que ignorar as necessidades fiscais dos Estados seria desproporcional³³².

Por exemplo, ao justificar a adoção de medidas restritivas de liberdades fundamentais, calcadas na existência de necessidade de eficácia da supervisão fiscal e cobrança tributária, seria possível afastar a medida restritiva na hipótese de existir uma norma no âmbito europeu nesse sentido, como por exemplo a Diretiva 2010/24/EU.

Ocorre que o Tribunal já sedimentou o entendimento de que inobstante a existência de uma diretiva, é necessário que tal mecanismo consiga efetivamente, no caso concreto, cumprir com os objetivos propostos. Ou seja, é necessário que a norma em questão consiga evitar o abuso e combater a fraude fiscal, sob pena de não cumprindo tal finalidade, seria desproporcional afastar tal justificativa³³³.

³³⁰ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 236. O Autor também afirma que a “proporcionalidade face à função que actualmente desempenha no seio da fiscalidade directa, não pode continuar a ser vista como um enigma jurisprudencial... Assim, um qualquer esforço sério de reflexão sobre o domínio da fiscalidade directa europeia tem, necessariamente, de incluir um olhar atento sobre o controle de proporcionalidade...” p. 261.

³³¹ QUEIROZ, Mary Elbe. **A proporcionalidade no âmbito administrativo-tributário.** *in* Revista de finanças públicas e direito fiscal. A. 3. n.º 3. 2010. pg 153-174. p. 158.

³³² SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 28.

³³³ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 95.

Neste diapasão, o elemento nodal do princípio da proporcionalidade é oferecer formas dos Estados realizarem uma justa tributação, a fim de combater a utilização de expedientes puramente artificiais por parte dos contribuintes, com o escopo de apenas promover uma indevida e agressiva redução da base tributável³³⁴.

Referente aos requisitos ínsitos à proporcionalidade, o Tribunal avalia a existência de uma medida adequada, necessária e com proporcionalidade em sentido estrito³³⁵, devendo tais critérios serem analisados de modo autônomo, individualizado, sendo considerada proporcional a medida que cumulativamente seja aprovada em todos os critérios³³⁶.

Inobstante tratem-se de critérios analisados de forma individual e autônomo, há uma ordem de análise, onde primeiro se verifica a adequabilidade da medida, para então apurar sua necessidade e menor onerosidade possível, e por último, se a medida analisada é tolerável, por meio de verificação de sua proporcionalidade em sentido estrito³³⁷.

Uma norma restritiva de quaisquer das liberdades fundamentais deverá possuir um liame lógico entre os meios adotados e a finalidade visada pela norma, a fim de que cumpra o critério de adequabilidade.

Durante a análise do critério de adequação, deverá ser verificado se a norma em questão é apta, de modo abstrato, a conseguir atingir o fim colimado. Tem-se, por necessário, que a norma objeto de análise consiga contribuir validamente para a obtenção do objetivo perquirido, mesmo que ela não seja, *per si*, suficiente para tal fim³³⁸.

É perceptível que o critério da adequação busca apenas verificar a aptidão da norma em conseguir materializar o fim objetivado, de modo que é o simples fato de medida restritiva adotada pelo Estado não ter efetivamente alcançado seus objetivos na prática, não lhe imputa em uma reprovação ao critério da adequação.³³⁹

³³⁴ PALMA, Clotilde Celorico. (2015), cit., p. 147.

³³⁵ CARATINO, João Ricardo. **A liberdade de Planeamento e Gestão na Jurisprudência Nacional e Comunitária.** in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade.** Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. p. 343- 411. p. 349.

³³⁶ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 98-99.

³³⁷ QUEIROZ, Mary Elbe. (2010), cit., p. 165.

³³⁸ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 100-101.

³³⁹ AUDZEVICIUS, Ramunas. (2014), cit., p. 8-9.

A fragilidade da profundidade do critério da adequação³⁴⁰ é compensada pela necessidade de aprovação cumulativa dos demais critérios, quais sejam necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, torna-se desnecessário uma rigidez máxima em cada critério individualizado, permitindo um enfrentamento real do tema, de modo efetivamente proporcional.

Para análise do critério da necessidade, é ofertado um campo abstrato de medidas aptas a serem tomadas e que consigam atingir a finalidade perquirida, de modo que será selecionada aquela medida que oferecerem menores custos³⁴¹.

Trata-se de evitar que a medida restritiva adotada acabe por causar uma restrição maior do que a que poderia ser causada, na hipótese de adoção de uma medida diferente, com a mesma finalidade³⁴².

A luz do critério da necessidade, haverá o requisito de que o Estado, ao adotar uma medida, por excelência a faça do modo menos custoso³⁴³ ao sujeito passivo. Isto porque, a experiência nos releva que a Administração fiscal, habitualmente, não consegue resistir a aplicações mais cômodas de medidas fiscais, em detrimento dos contribuintes³⁴⁴.

É imperioso destacar, por razão da própria essência do crivo da necessidade, que para se produzir um juízo de valor acerca de tal critério, deverão existir outros meios validamente aptos a obterem o mesmo resultado. Caso a medida adotada não possa ser realizada de outro modo, então o critério da necessidade estará automaticamente superado³⁴⁵.

Destaca-se que ao proferir a análise do critério da necessidade no âmbito da proporcionalidade de uma medida³⁴⁶, o Tribunal não é compelido a promover a concreta

³⁴⁰ Nas palavras de QUEIROZ “O meio escolhido não precisa ser o melhor ou mais apropriado, basta que seja suficiente para obter o fim. Isto é, o meio deve simplesmente estar apto a atingir o fim.” QUEIROZ, Mary Elbe. (2010) cit., p. 164.

³⁴¹ COSTA, Paulo Nogueira da. (2014), cit., p. 322-323.

³⁴² HILLING, Maria. (2013), cit., p. 302.

³⁴³ João Félix Pinto Nogueira define tal situação como sendo um efetivo “juízo de alternativa”.

³⁴⁴ CAMPOS, Diogo leite. **As Garantias Constitucionais dos Contribuintes**. in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco **Lições de Fiscalidade**. Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 121-151. p. 135.

³⁴⁵ NOGUEIRA. João Félix Pinto. (2010), cit., p. 104.

³⁴⁶ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 18.

indicação da medida menos lesiva que poderia vir a ser adotada, bastando para tanto determinar a existência de uma possível medida menos gravosa³⁴⁷.

Neste cenário, conclui-se que das análises dos critérios de adequação e necessidade, ao Tribunal é permitido rever não apenas a legalidade da norma, mas também os méritos das medidas eventualmente adotadas³⁴⁸, servindo a proporcionalidade como instrumento para garantir que nenhum direito fundamental acabe sendo violado em sua essência³⁴⁹, ainda que calcado em aparente justificativa.

Apesar de não ser referido expressamente nos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁵⁰, o critério da proporcionalidade em sentido estrito também compõe um dos elementos de análise da aptidão proporcional de medidas restritivas calcadas em razões de interesses gerais.

A proporcionalidade em sentido estrito orbita sua própria definição teleológica. Trata-se, pois, que a eventual medida restritiva não imponha ao administrado uma lesão consideravelmente superior aos benefícios advindos do implemento de tal norma para a sociedade.³⁵¹

É notório que uma medida que implicasse aos afetados um ônus superior ao bônus advindo para a sociedade em razão de sua vigência, certamente seria paradoxalmente incongruente.

Neste sentido, torna-se crível a existência de uma harmonização entre o benefício social e o benefício privado para com o custo social e o custo privado, devendo tentar torná-lo o mais equilibrado possível³⁵².

Trata-se de um critério de ponderação entre o ganho advindo da implementação da medida com a perda no interesse afetado, comparando-se o valor da finalidade pública com as consequências provadas no interesse do particular³⁵³.

³⁴⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 106.

³⁴⁸ AUDZEVICIUS, Ramunas. (2014), cit., p. 9.

³⁴⁹ QUEIROZ, Mary Elbe. (2010), cit., p. 160.

³⁵⁰ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 33.

³⁵¹ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 12-13.

³⁵² Trata-se da chamada Tributação de Pigou, *in* STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª ed. New York. 200. p. 224

³⁵³ NOGUEIRA, João Félix Pinto. (2010), cit., p. 107-108.

Por exemplo, na hipótese de um Estado se recusar a conceder benefícios fiscais a um contribuinte localizado em um país terceiro, sob a justificativa de interesse geral, ter-se-ia violado o critério da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que os impactos ao contribuinte serão consideravelmente superiores as benesses da medida³⁵⁴.

Outro exemplo é a possibilidade de se acatar a justificativa de limitar ou condicionar a liberdade de estabelecimento por meio de um *exit tax*, haja vista que as situações fáticas, econômicas, sociais e de mercado, que possibilitaram ao contribuinte um ganho de capital no Estado de origem³⁵⁵, ainda que latente, não serão recompensadas, havendo um custo social maior do que o benefício social suportado e, em contramedida, um custo privado menor do que o benefício privado advindo.

Além dos critérios tradicionais, anteriormente informados, torna-se importante destacar que o Tribunal também adota, em alguns casos, o critério do objetivo legítimo e compatível com o tratado, para finalidade de mensurar a proporcionalidade da medida.³⁵⁶

Ocorre que uma medida de interesse geral só é admissível de existir, caso a mesma seja, em sua essência, advinda de um objetivo legítimo e compatível com o Tratado, de modo que não há razão axiológica para a adoção de tal critério.³⁵⁷

Entretanto, a segurança jurídica³⁵⁸ desponta como um elemento intrínseco a análise da proporcionalidade de uma medida restritiva calcada no argumento de interesse geral de que as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos³⁵⁹.

Tais elementos convergem para que se uma norma não apresenta a segurança jurídica que dela legitimamente se espera³⁶⁰, torna-se difícil para o Tribunal ponderar entre os objetivos da norma objeto da análise e os fins perquiridos. Neste cotejo, é passível que uma “proceduralização da proporcionalidade” acabe por condicioná-la, algumas vezes, a critérios específicos, como a boa-governança, segurança jurídica e transparência³⁶¹.

³⁵⁴ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 89.

³⁵⁵ RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 15.

³⁵⁶ TJEU, C-9/02, de 11 de março de 2014, § 49.

³⁵⁷ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 33.

³⁵⁸ TJEU, C-318/10, de 05 de julho de 2012, § 59.

³⁵⁹ TJEU, C-318/10, de 05 de julho de 2012, § 58.

³⁶⁰ CARATINO, João Ricardo. (2015), cit., p. 360.

³⁶¹ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 303-304.

A flexibilidade dos critérios que norteiam o princípio da proporcionalidade acaba por conferir a esse instrumento uma grande utilidade, tanto para o Tribunal, quanto para os Estados.

A proporcionalidade revela-se com a utilização de uma medida justificável, que atinge seu alvo, quando não há meios menos lesivos que possam alcançar tais objetivos, sendo, portanto, necessário para tanto³⁶².

Tal fato ocorre justamente porque é a medida proporcional e devidamente justificada nos interesses gerais que consegue unir o interesse do Estado no tocante aos encargos tributários às garantias dos administrados, de modo que um não acabe por se sobrepor ao outro.³⁶³

A existência deles se dá de modo harmonioso, sendo certo que o Estado não obtém na plenitude os seus interesses fiscais, mas também não se vê impedido de conseguir satisfazer uma considerável parcela dos mesmos, ao passo que o administrado, inobstante sofrer uma pequena restrição às suas garantias fundamentais, também não se vê impedido de exercê-las.

Na harmonização de medidas adotadas, por meio do critério da proporcionalidade, o Tribunal pode direcionar as medidas que deverão ser adotadas pelos Estados-Membros.

Os Estados, ao justificarem uma medida restritiva com base em evitar o abuso e combater a fraude fiscal, nas hipóteses onde são adotadas medidas puramente artificiais com o intuito de ludibriar o fisco estatal, deverão impor sanções que conduzam os contribuintes às situações onde de fato se encontrem, caso a medida não fosse abusiva, sob risco de macular-se a proporcionalidade da medida³⁶⁴.

Isto porque, sendo uma medida adotada pelo Estado para fins de justamente evitar o abuso por parte dos Contribuintes, não se mostra coeso extrapolar as medidas necessárias para realinhar o sujeito passivo para a situação que encontrar-se-ia caso não houvesse cometido a violação fiscal abusiva.

Entretanto, no âmbito tributário, convém destacar que a adoção de medidas restritivas por parte dos Estados não se mostra como um virtuoso caminho, mormente quando a maioria das medidas fiscais restritivas de liberdades fundamentais são julgadas inadmissíveis, por não serem consideradas como reais medidas de interesse geral³⁶⁵.

³⁶² RAKOTO, Sophie. (2015), cit., p. 16.

³⁶³ SANCHES, José Luís Saldanha. (2006), cit., p. 277.

³⁶⁴ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 89.

³⁶⁵ SILVA, Ricardo Miguel Simões. (2016), cit., p. 41.

Devido a mutabilidade e constante aprimoramento do direito e seus consectários, a proporcionalidade, quer seja interpretada como princípio quer seja como procedimento, encontra-se num contínuo estado de desenvolvimento³⁶⁶.

Entretanto, é importante destacar que por melhor que seja o trabalho de aprimoramento, a normatização dos *exit taxes* veio a resguardar tais fatores, diminuindo a amplitude interpretativa das hipóteses de interesse geral, que acabam por trilhar um difícil caminho para que os Estados-Membros valorassem a proporcionalidade de diversas medidas³⁶⁷.

Na atuação de uma área não harmonizada, como é a tributação direta, essa função de aprimoramento e lapidação dos elementos³⁶⁸, juntamente com sua contemporaneidade, permite que os Estados e o Tribunal adequem normas gerais, como por exemplo as *exit taxes* às realidades momentâneas das atividades dos contribuintes.

2.4 – A normatização do *exit tax* no âmbito europeu

Tendo em vista que o escopo do presente estudo não se limita a um Estado em específico, torna-se desnecessário a análise de determinado enquadramento normativo de Estado por Estado, utilizando-se para tanto uma análise no âmbito europeu.

Inobstante o fato da União Europeia não possuir competência para exercer um controle incisivo na tributação direta, cuja competência é conferida a cada Estado-Membro, cabe ao mesmo verificar se as liberdades fundamentais não são violadas pelas legislações internas. Paralelamente, também é dever da União coordenar as atividades de combate à evasão fiscal.³⁶⁹

É preciso ter em mente que o projeto BEPS é o ponto de virada em matéria de cooperação internacional, sendo certo que a União Europeia utiliza suas considerações em sua interiorização normativa³⁷⁰.

³⁶⁶ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 302.

³⁶⁷ PANAYI, Christiana Hiji. (2011), cit., p. 281.

³⁶⁸ HILLING, Maria. (2013), cit., p. 302.

³⁶⁹ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 6.

³⁷⁰ RIBES, Aurora Ribes. (2016), cit., p. 166.

De modo sucinto, o plano de ação do BEPS reconhece a necessidade de direcionar atenção à modernidade digital e as consequências daí advindas, tais como má utilização de planejamentos tributários (em decorrência de dupla tributação ou não tributação, diferimento ilógico dos impostos em longo prazo, utilização abusiva de tratados internacionais), a necessidade de maior transparência fiscal internacional, além de combater o artificialismo de *transfer price* e fortalecer a cooperação entre Estados e contribuintes.³⁷¹

Devido à liberdade de estabelecimento e circulação de pessoas e capitais, a tributação de mais valias latentes no âmbito europeu necessita de maiores atenções, *ex vi* a impossibilidade de tal exação ser imotivadamente e desproporcionalmente discriminatória.

Insta esclarecer que inobstante a criação do BEPS ter servido de norte para a adoção de medidas por parte da União Europeia³⁷², referente a positivação em âmbito europeu, tal fato já fora iniciado muito antes, merecendo breves considerações alguns instrumentos utilizados, como as COM(2006) 823 final; COM (2006) 825 final; COM (2016) 23 final; Política Fiscal e Aduaneira e Estratégia de Lisboa; e a Diretiva 2016/1164.

Como será visto em momento oportuno, a diretiva da União Europeia 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 veio a positivar o posicionamento jurisprudencial evidenciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de nortear os Estados na regulamentação das *exit taxes*³⁷³, notadamente o direito ao diferimento no pagamento do tributo ao longo de cinco anos, a possibilidade de cobrança de juros na hipótese de diferimento, bem como a possibilidade de prestação de garantia como condição para o diferimento.

Esse processo de evolução e polimento normativo com base no entendimento exarado pelo TJUE não é exclusivo às diretivas, sendo presente em demais instrumentos, como as comunicações.³⁷⁴

Outrossim, convém destacar que outras diretivas e comunicações também repercutem diretamente no âmbito da tributação direta dos *exit taxes*, ainda que de modo reflexo.³⁷⁵

³⁷¹ <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>

³⁷² PISTONE, Pasquale; SZUDOCZKY, Rita. **The Coordination of Tax Policies in the UE**, in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 27-51. p. 43-44.

³⁷³ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 47.

³⁷⁴ COM(2006) 825 final.

³⁷⁵ Como por exemplo a Diretiva relativa à assistência mútua e pela Diretiva relativa à cobrança de créditos, apenas a título de menção. Referente a assistência mútua em tributação direta recomenda-se SCHILCHER, Michael; SPIES Karoline; ZIRNGAST, Sabine, **Mutual Assistance in Direct Tax Matters**, in LANG, Michel. PISTONE,

É importante frisar que a tributação de rendimento europeu possuía como escopo a adoção de uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)³⁷⁶ como solução pacificadora³⁷⁷, sendo certo que tal instrumento não foi abandonado³⁷⁸, funcionando as *exit taxes* em caráter complementar, porém com suma importância, necessitando inclusive de uma ação concentrada³⁷⁹, mormente quando dá implementação da MCCCIS a evasão fiscal orbitando mais valias latentes se tornará menos atrativa.

Durante a abordagem da Comunicação COM(2006) 825 final, a Comissão das Comunidades Europeias já apresentou um quadro referente ao *exit tax*, norteado pela evolução jurisprudencial existente, com intuito de reforçar e incentivar os Estados a adotarem medidas mais coesas e integradas.

Tornou-se, portanto, crassa a necessidade de efetivamente garantir que os impostos fossem pagos nos Estados onde os lucros eram gerados, a fim de evitar a erosão da base de cálculo.

O instrumento hábil, em nível de União Europeia, para garantir tais objetivos se dá por meio de uma diretiva, de modo a garantir a adoção de medidas finalisticamente uniformes,

Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 203 a 255.

³⁷⁶ “A proposta renovada relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS) consiste num conjunto único de regras para calcular os lucros tributáveis das empresas na UE, visando dar um forte contributo para o crescimento, a competitividade e a equidade no mercado único. Com a MCCCIS, as empresas que exercem atividades transfronteiras passam a reger-se por um sistema único da UE, em vez de diferentes regimes nacionais, para determinar os seus rendimentos tributáveis. As empresas apresentariam uma só declaração fiscal relativa a todas as suas atividades na União e compensariam as perdas sofridas num Estado-Membro com os lucros realizados noutro. As transações intragrupo deixariam de ser tributadas ao nível de cada entidade, eliminando as questões associadas aos preços de transferência na área abrangida pela MCCCIS. Os lucros tributáveis consolidados seriam repartidos pelos Estados-Membros onde o grupo exerce atividade, de acordo com uma fórmula de repartição. Posteriormente, cada Estado-Membro tributaria a sua parte dos lucros aplicando a sua própria taxa nacional do imposto sobre as sociedades.” Definição utilizada no Parecer do Comité Económico e Social Europeu (2017/C 434/09).

³⁷⁷ Situação que é reiterada em diversas oportunidades, como por exemplo por meio da **Resolução do Parlamento Europeu, de 24 de Outubro de 2007, sobre a contribuição das políticas fiscal e aduaneira para a Estratégia de Lisboa (2007/2097(INI))** ao afirmar que: “Apoia os esforços da Comissão no sentido de criar uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS) a nível europeu; faz notar que o MCCCIS irá provocar uma transparência acrescida, ao permitir que as empresas operem segundo as mesmas normas tanto no estrangeiro como no seu país, ao aumentar o comércio e o investimento transfronteiras e ao reduzir significativamente os custos administrativos e a possibilidade de fraude e evasão fiscais; considera que é necessário tomar medidas destinadas especificamente a reduzir os custos relativos ao cumprimento de obrigações fiscais suportados pelas PME, como no caso do regime de imposição do Estado de residência”. Página C 263 E/445, item 22.

³⁷⁸ Conforme manifestado no Parecer do Comité Económico e Social Europeu (2017/C 434/09).

³⁷⁹ COM(2006) 823 final.

porém com certa flexibilidade temporal e material à cada Estado-Membro, bem como conferindo segurança jurídica aos contribuintes, sem enfrentar as dificuldades da criação de um regulamento, dependente de aprovação unânime.³⁸⁰

Conforme dito alhures, a entrada em vigor da Diretiva 2016/1164 serviu como meio de cancelar o posicionamento já exarado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Concomitantemente, inobstante a existência de um lapso temporal para sua adequação, os Estados-Membros estão compelidos a seguirem os princípios e diretrizes basilares expostos na referida diretiva.

É certo que tal medida não irá pacificar por completo e definitivo todos os eventuais problemas existentes no contexto BEPS, posto que a mutabilidade e adaptabilidade das práticas que levam à erosão da base de cálculo são amplamente conhecidas.

Há que se destacar que tal diretiva não trata exclusivamente das *exit taxes*, sendo seu objetivo nodal traçar medidas que sirvam de combate a erosão da base de cálculo. O *exit tax* é apenas uma dessas medidas a serem adotadas, sendo reconhecida sua fulcral importância.³⁸¹

Inobstante o artigo 1º da Diretiva afirmar que a mesma “é aplicável aos contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades”, não há como se negar sua aplicabilidade também aos contribuintes pessoas físicas, por possuírem o mesmo elemento nodal.

Especificamente quanto às *exit taxes*, o artigo 5º da Diretiva chancelou a validade e pertinência de cobrança da referida tributação oriunda da perda do direito de tributar ativos eventualmente transferidos em razão da própria transferência, de modo que sua existência *per se* não é violadora das liberdades fundamentais.

Consolidou-se o entendimento da necessidade de concessão do direito de escolha do contribuinte, desde que preenchida certas circunstâncias, podendo optar pelo diferimento do pagamento do tributo, por um prazo de 5 anos³⁸².

³⁸⁰ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 43-44.

³⁸¹ Especificamente às considerações sobre o *exit tax*, a Diretiva 2016/1164 releva que: “A tributação à saída tem a função de garantir, caso um contribuinte transfira ativos ou a sua residência fiscal para fora da jurisdição fiscal de um Estado, que esse Estado tributa o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, mesmo que essas ainda não tenham sido realizadas no momento da saída.”

³⁸² O prazo de cinco anos esculpido no artigo 5º, 2, da Diretiva não corresponde a uma fixação jurisprudencial. Apesar de jurisprudência ter fixado a existência de um prazo para diferimento, não foi determinado um lapso temporal em específico.

Em razão da possibilidade de diferimento, também se fixou a possibilidade de cobrança de juros em favor do Estado, bem como, na hipótese de risco demonstrável e real de não cobrança, a necessidade de prestação de uma garantia³⁸³, em razão do princípio da proporcionalidade.

No tocante à questão do Estado poder obrigar o contribuinte a prestar uma garantia para a hipótese de diferimento, há que se reconhecer que o critério fixado de “risco demonstrável e real de não cobrança” é amplo e subjetivo.

A diretiva em questão não delimita o que poderia vir a ser uma situação de “risco demonstrável e real de não cobrança”, o que permite aos Estados regular tais hipóteses por meio de sua legislação interna.

Tal subjetivação se revela como uma possibilidade apta a causar novos debates em razão de um possível conflito com as liberdades fundamentais previstas no Tratado.

O Conselho da União Europeia também se atentou para as hipóteses de *step up* em seu artigo 5º, 5, da Diretiva 2016/1164, a fim de evitar a dupla tributação, prevendo que o Estado de acolhimento deve acatar o valor de mercado do ativo fixado pelo Estado de origem, calculando as mais valias eventualmente ocorridas somente pelo acréscimo sobre o valor existente no momento da transferência.³⁸⁴

Trata-se de um importante mecanismo, haja vista que evitaria uma nova tributação referente a parcela de ganho de capital obtida desde a aquisição do ativo até a transferência de Estado, sem que haja uma dependência dos Estados de formalizarem uma Convenção em Matéria de Dupla Tributação prevendo tal hipótese.

A mencionada previsão se revela como uma importante solução para os problemas que orbitavam à chance do Estado de acolhimento tentar realizar a liquidação de toda a mais valia.³⁸⁵

³⁸³ Artigo 5º, 3, da Diretiva 2016/1164.

³⁸⁴ CHAND, Vikram. **Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis**. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 67, nº 4/5, 2013. p. 12.

³⁸⁵ Nesse sentido, antes da edição da mencionada Diretiva, já havia se manifestado OLIVEIRA no sentido de que: “Contrariamente ao artigo sobre as remunerações, que liga o direito de tributar ao exercício de uma atividade assalariada no território do Estado a quem se atribui este direito, nada está previsto para as mais valias, pelo que o Estado de residência tem direito de tributar conforme às suas regras de direito interno a integralidade da mais valia realizada aquando da cessão. Em consequência, a dupla tributação em matéria fiscal não será evitada a menos que as regras de tributação no EM de chegada determinem o valor da mais valia a partir do valor que tinham os activos em causa no dia da transferência, ou então se for tomada em consideração a tributação já feita no EM de saída”. OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. **A Tributação à Saída (Exit Taxes) na Recente Jurisprudência do**

As referidas previsões no tocante ao *exit tax* deverão ser adotadas pelos Estados-Membros até 31 de dezembro de 2019, com início de aplicação em 01 de janeiro de 2020, de modo que o Tribunal de Justiça da União Europeia ainda poderá aprimorar o posicionamento jurisprudencial existente, criando contornos de adequabilidade que deverão compor o quadro normativo dos Estados.

Nesse cenário, os parâmetros existentes permitem concluir, *prima facie*, que a Diretiva 2016/1164 cumpre sua função de nortear e fixar um padrão apto a ser seguido pelos Estados, de modo que normatiza medidas que já foram anteriormente validadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como sendo proporcionalmente corretas às finalidades propostas.

Além da normatização pertinente ao *exit tax*, é imperioso destacar a importância da Diretiva 2010/24/EU³⁸⁶, que trata sobre assistência mútua e colaboração entre os Estados Membro, mormente quando se trata de um mercado único³⁸⁷.

Referida diretiva permite que os Estados adotem medidas menos invasivas aos direitos fundamentais dos cidadãos, posto que a mudança transfronteiriça não representa a cessação de meios hábeis do Estado de origem em satisfazer seu crédito tributário³⁸⁸, na exata medida em que o Estado de acolhimento também é obrigado a promover a cooperação para satisfação fiscal.

Como consequência, cria-se uma estrutura possibilitando ao cidadão enfrentar medidas mais brandas para uma resolução imediata, mormente quando o Estado de origem goza da confiança de cooperação para com o Estado de acolhimento.

Na hipótese, o Estado de acolhimento ao cumprir o pedido de auxílio do outro Estado-Membro, deverá acatar e reconhecer a legalidade da decisão das autoridades deste Estado, não sendo de sua alçada a reavaliação dos mesmos³⁸⁹.

Tribunal de Justiça da EU. O caso Português. As Alterações Introduzidas na Legislação Nacional, in NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da – **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. pg 159-176. pg 173.

³⁸⁶ VER A DIRETIVA 2011/16/UE.

³⁸⁷ SCHILCHER, Michael; SPIES Karoline; ZIRNGAST, Sabine. (2016), cit., p. 236.

³⁸⁸ SCHILCHER, Michael; SPIES Karoline; ZIRNGAST, Sabine. (2016), cit., p. 238-247.

³⁸⁹ AUDZEVICIUS, Ramunas. (2014), cit., p. 34.

É justamente a existência da supramencionada diretiva que acaba por fragilizar a justificativa de eficácia da cobrança fiscal para fins de restrição de liberdades fundamentais, não sendo proporcional adotar uma medida mais gravosa face a existência de uma menos lesiva.³⁹⁰

Em decorrência da mutabilidade contemporânea, principalmente no tocante aos planejamentos fiscais de grandes empresas, certamente o Tribunal e os Estados irão se deparar com novas peculiaridades, sendo certo que novos esforços serão necessários para manter atualizada a prevenção e regulamentação fiscal no âmbito dos *exit taxes*.

2.5 – As menos valias

As menos-valias são constante objeto de dúvida³⁹¹ no âmbito de análise do *exit tax*, mormente acerca da necessidade do direito de serem levadas em considerações as menos-valias eventualmente apuradas.³⁹²

No tocante às menos-valias oriundas de uma operação onde, *a priori*, foram apuradas mais-valias latentes, é necessário compreender a repartição equilibrada do sistema fiscal e o próprio princípio da territorialidade, que serve como delimitação daquele³⁹³.

Neste cenário, um Estado somente pode aplicar sua legislação fiscal àqueles que territorialmente apresentem um elemento de conexão com seus domínios³⁹⁴.

Ocorre que tal fato não se mostrou, inicialmente, conexo com as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Durante a análise do Caso N³⁹⁵, tal como já informado, o Tribunal analisava a legitimidade de uma restrição à liberdade fundamental, ocorrida quando a aplicação do *exit tax* numa transferência de domicílio dos Países Baixos para o Reino Unido, mormente quando o contribuinte em questão era sócio sociedades no Estado de origem.

³⁹⁰ MENDES, Paula Daniela Ferreira. (2017), cit., p. 20.

³⁹¹ ALVES, Jorge Manuel Osório. (2013), cit., p. 19.

³⁹² DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 16-17.

³⁹³ CUNHA, Patrícia Noiret. (2006), cit., p. 118.

³⁹⁴ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. Almedina, Coimbra. 1993. p. 203-204.

³⁹⁵ TJUE, C-470/04, de 07 de setembro de 2006.

Em suas conclusões, entendeu o Tribunal que para reconhecer a proporcionalidade da medida em causa, seria necessário que as menos-valias suscetíveis de ocorrer fossem levadas em consideração pelo Estado de origem, salvo a hipótese de que as mesmas fossem consideradas pelo Estado de acolhimento³⁹⁶.

Nota-se que, no momento da decisão, o Tribunal mantinha o entendimento de que o Estado de origem, ainda que indiretamente, era responsável pelas menos-valias eventualmente apuradas.

Conforme já anteriormente informado, ao promover uma transferência transfronteiriça, o Contribuinte deixa de estar sujeito a competência fiscal do Estado de origem. Tal elemento é justamente uma das razões para a realização da tributação calcada nos *exit taxes*.

É justamente essa ruptura no liame conectivo entre o contribuinte e o Estado que torna apto a existência de uma tributação como a em causa, haja vista que o tributo em questão possui um elemento temporal³⁹⁷.

O elemento temporal que deve figurar como nodal é o momento da efetiva saída do contribuinte do Estado de origem. Este é o último momento em que o contribuinte e o Estado de origem possuem um liame subjetivo entre eles.

Qualquer modificação na situação patrimonial ocorrida após a mudança do sujeito passivo para o Estado de acolhimento, torna-se, em respeito ao princípio da territorialidade³⁹⁸, de competência desse Estado, em razão de sua soberania sobre tal aspecto³⁹⁹.

Na hipótese do Estado de origem fazer valer quaisquer considerações em relação as menos-valias apuradas após a mudança transfronteiriça, haveria nítida usurpação da

³⁹⁶ ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 91.

³⁹⁷ DABIJA, Vladislav. (2015), cit., p. 14-15.

³⁹⁸ NIKOU, Behrang David. (2015), cit., p. 27.

³⁹⁹ Nas palavras de SANCHES “Quando falarmos da soberania de um Estado, estamos necessariamente a referir a soberania interna, enquanto monopólio da decisão normativa e dos poderes coactivos, e a soberania externa (*ius belli ac pacis*), como condição do exercício pleno da primeira: soberania interna e soberania externa têm uma ligação necessária. Ambas correspondem a um poder reflexo da vontade livremente expressa dos cidadãos e cujo exercício é condição para a concretização do princípio da igualdade, igualdade, esta, que tem de ter por base a comparação da situação dos cidadãos dentro do mesmo espaço nacional – aquele onde se exerce o poder soberano de um determinado Estado como expressão de uma comunidade política – e não a comparação entre cidadãos de diversos Estados com diferentes ordenamentos jurídicos tributários” in SANCHES, José Luís Saldanha. **Os limites do planeamento fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006. p. 265.

competência do Estado de acolhimento, mormente quando estas somente se materializaram quando o sujeito passivo lá já se encontrava⁴⁰⁰.

Os posicionamentos esculpidos no *Caso N* são efetivamente bastante diferentes do posicionamento adotado no *Caso National Grid Indus*.⁴⁰¹

No *Caso National Grid Indus*, o Tribunal reconhece a aplicação do princípio da territorialidade, defendendo a tese de que compete ao Estado de acolhimento o direito exclusivo de tributar os lucros futuramente advindos após a mudança transfronteiriça, de modo que também é de competência de tal Estado tratar das menos-valias por ventura apuradas⁴⁰².

O Tribunal viria a lapidar novamente a compreensão das menos valias no *Caso Marc Lassus*⁴⁰³, principalmente no âmbito de aplicação das mesmas. Isto porque, ao Estado de acolhimento é conferido o direito de não levar em consideração⁴⁰⁴ as eventuais mais-valias concretizadas em valor superior as mais-valias latentes já cobradas, ou levá-las em consideração, hipótese em que terá, também de avaliar eventuais menos-valias advindas.

Tal fato decorre até mesmo do princípio da proporcionalidade⁴⁰⁵, haja vista que na generalidade dos sistemas fiscais, as menos-valias são devidamente levadas em consideração numa situação de residentes nascidos ou constituído no referido território.

A conclusão advinda é de que as menos-valias futuramente apuradas não compõem a competência do Estado de origem, haja vista que a materialização do elemento temporal ocorreu quando o sujeito passivo já se encontrava fora dos limites de seu território.⁴⁰⁶

Concomitantemente, caso a legislação do Estado de acolhimento leve em consideração as menos-valias para as situações envolvendo os residentes, também deverá ser levada em

⁴⁰⁰ PANAYI, Christiana Hiji. (2012), cit., p. 46.

⁴⁰¹ KUBICOVA, Jana. (2016), cit., p. 1103.

⁴⁰² ENGLMAIR, Vanessa E. (2016), cit., p. 90.

⁴⁰³ TJUE, C-421/16, de 22 de março de 2018.

⁴⁰⁴ Referente a temática, afirma SANCHES que a não tributação de mais-valias, bem como de mais-valias latentes ou com taxas mais baixas, revelaria uma hipótese de falha sistemática, o que caracterizaria nítida incongruência, *in* SANCHES, José Luís Saldanha. **Os limites do planeamento fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006. p. 207.

⁴⁰⁵ A proporcionalidade ora referida é referente ao Estado de acolhimento, haja vista que na visão de RAKOTO “Levar ou não em consideração as menos-valias não são pertinentes para se avaliar a proporcionalidade da medida, pois quando ocorre a mudança transfronteiriça, o Estado de origem não tem mais competência tributária” *in* RAKOTO, Sophie. **Exit tax en materia societaria y libertad de establecimiento - entre logros jurisprudenciales y retos legislativos, estudio desde la perspectiva española y francesa**. Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. p. 16-17.

⁴⁰⁶ LEITÃO, João Menezes. (2012), cit., p. 277-278.

consideração igual conclusão para as hipóteses de novos residentes advindos de uma mudança transfronteiriça, em atenção ao princípio não discriminação injustificada e desproporcional.

3 – CONCLUSÕES

A dinamização do mundo contemporâneo impingiu necessidades inovadoras aos Estados, sendo necessário que estes se adequassem à enérgica facilidade de mudanças e mobilizações transfronteiriças por parte dos contribuintes.

A informatização e eficácia na troca de informações e dados deu um novo impulso aos anseios das empresas e a facilidade de tráfego permitiu também às pessoas singulares a realização de uma mudança de local ou prestação de serviços e trabalhos em múltiplos locais.

A consequência direta de tais elementos se deu na ativa e rápida circulação de bens e capitais por todo o globo, com especial amplitude na União Europeia, amparada e alavancada pelas liberdades fundamentais.

Ocorre que toda essa pulsante realidade culminou numa indesejada erosão da base de tributável, direcionada a Estados com um sistema fiscal mais ameno ou com uma inexistente hipótese de incidência tributária. As empresas, de modo principal, construíram uma robusta cadeia de atividades e pormenorização de tarefas, criando mecanismos de subterfúgio fiscal de difícil resposta por parte dos Estados.

Neste cenário, a contramedida adotada pelos Estados foi a criação, dentre outros, do sistema do *exit tax*.

O *exit tax* constitui uma tributação incidente sobre as mais-valias latentes, apuradas no momento da saída definitiva de uma pessoa singular ou coletiva, de um Estado-Membro para outro destino.

As mais-valias latentes caracterizam-se pela variação positiva entre o valor de determinado bem no momento de sua aquisição *latu sensu* e o momento da saída transfronteiriça. No caso das empresas, a referida mudança poderia se dar através da alteração de sua sede estatutária para outra região, como também pela mudança do local da direção efetiva, além das hipóteses de incorporação, fusão e cisão, inclusive de estabelecimentos estáveis, o que ampliava a margem de debates sobre o tema.

Ocorre que tal tributação se colocava, *a priori*, em confronto com as liberdades fundamentais, em especial com a liberdade de estabelecimento, livre circulação de mercadorias e capitais, e liberdade de circulação de trabalhadores.

Ao confrontar com a hipótese de mudança dentro do próprio Estado-Membro, onde não incidia a tributação do *exit tax*, materializava-se um tratamento desfavorável àquele que desejasse usufruir de uma liberdade fundamental, no intuito de estabelecer-se em outro Estado-Membro por meio de uma mudança transfronteiriça.

Tal elemento culminou na necessidade de manifestação do Tribunal de Justiça da União Europeia, visando apurar a validade e pertinência das medidas adotadas pelos Estados-Membros.

Cronologicamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou casos envolvendo a tributação direta *latu sensu*, criando-se uma base de premissas válidas, que posteriormente foram aplicadas e adotadas nas hipóteses de julgamentos envolvendo especificamente o *exit tax*.

A construção jurisprudencial demonstrou que inicialmente a tributação em comento não era validada, na exata medida que se configurava como uma forma discriminatória adotada pelo Estado-Membro, conforme conclusões obtidas no Caso *Lasteyrie du Saillant*.

Isto porque o Tribunal de Justiça da União Europeia firmou entendimento de que o fato gerador do tributo era a própria transferência de residência e não a eventual alienação dos títulos com a mais-valia possível ou latente.

No mesmo julgamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia também havia ponderado acerca da possibilidade de prestação de garantia por um considerável lapso temporal, como medida alternativa para o não pagamento do imposto no momento da saída, por meio de suspensão do mesmo.

Ao fim, decidiu-se pela impossibilidade de adoção de tais medidas, haja vista que os custos advindos da descapitalização para o pagamento imediato do tributo ou os custos administrativos para a contratação de garantia ou a indisponibilidade de bens para prestação de garantia, acabam por desestimular a mudança da residência do nacional.

Posteriormente, o Tribunal também analisou o Caso N, caracterizado pela existência de mais-valias latentes, diferenciando-se do caso *Lasteyrie du Saillant* pela concessão de um prazo de suspensão do tributo maior, porém condicionado a uma prestação de garantia por um maior lapso temporal.

Ocorre que o Estado-Membro em questão, atento às conclusões obtidas no caso *Lasteyrie du Saillant*, por meio de ofício do Secretário de Estado das Finanças, reconheceu pela

impossibilidade de exigência de garantia para fins de diferimento do pagamento do tributo, determinando fosse a garantia prestada considerada extinta.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a impossibilidade de diferimento do tributo em questão, consistia em uma infundada violação à liberdade de estabelecimento, reconhecendo também sua violação em razão dos ônus financeiros e administrativos que culminam na prestação de uma garantia para às pessoas singulares.

Ao analisar o Caso Comissão VS Espanha, o Tribunal de Justiça da União Europeia verificava a possibilidade da existência de restrição a um privilégio para pagamento de uma dívida fiscal, quando verificasse a mudança transfronteiriça do contribuinte devedor, ainda que o débito em questão não fosse especificamente voltado ao *exit tax*.

Nesse cenário, o Tribunal reiterou o posicionamento de que uma cobrança imediata do imposto é apta a causar graves restrições ao contribuinte quando não se configure igual medida e, portanto, não se justificam no âmbito europeu, vindo posteriormente a destacar os sistemas de cooperação de cobrança entre Estados, como sendo uma medida mais proporcional.

Ainda no âmbito das jurisprudências firmadas em órbita das pessoas singulares, o Caso *Marc Lassus* destacou, tal como no Caso Comissão VS Espanha, que se uma situação é levada em conta no cenário de mudança dentro do próprio Estado-Membro, sua inobservância injustificada, para os casos de mudança transfronteiriça, é apta a violar o Tratado, sendo na hipótese uma situação envolvendo a relevância ou não das menos-valias apuradas.

Concluiu-se que se a menos-valia ocorreu ainda sob a égide da competência do Estado-Membro responsável pela mais-valia apurada, não é permitido desconsiderá-la.

Desse modo, as considerações obtidas nos casos de pessoas singulares criaram no âmbito jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia a compreensão de que os *exit taxes* constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento. Concomitantemente, a imposição de uma tributação imediata das mais-valias latentes daqueles que optavam por uma mudança transfronteiriça, quando tal hipótese não ocorria no âmbito interno, era considerada como tratamento diferenciado e restringia tal liberdade. Paralelamente, a obrigação de prestar uma declaração fiscal e de garantia para que fosse concedido o diferimento do tributo também eram rechaçadas pelo órgão julgador.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia orbitando as pessoas coletivas, há o destaque para o fato de os Estados-Membros possuem competência

para, além de regular a tributação direta, também legislar no campo das regras societárias, o que causou maiores considerações e pertinências envolvendo o *exit tax*.

No caso *Daily Mail* o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que no estado de evolução e construção que se encontrava o direito comunitário, a liberdade de estabelecimento não conferia à uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um determinado Estado-Membro, onde possui sua sede social, o direito de transferir a sede administrativa para outro Estado-Membro, sem que fossem adimplidos os requisitos previstos legalmente, lembrando que tal julgamento ocorreu em meados dos anos 80 do século passado.

Ainda no âmbito do paralelo entre tributação direta, direito societário e liberdade de estabelecimento, fixou-se a análise do Caso *Centros*, defendendo a tese de que se determinada empresa foi devidamente constituída em um Estado-Membro e depois transferido para outro Estado-Membro, ainda que o escopo primordial fosse gozar de determinado benefício administrativo concedido no primeiro Estado quando comparado ao segundo, não haveria qualquer violação.

Nota-se que à época da constituição de tais jurisprudências, o Tribunal de Justiça da União Europeia visivelmente conferia maior primazia às liberdades fundamentais, ainda que oriundo de uma utilização duvidosa por parte do administrado, o que gerou impactos para as condutas dos administrados e dos Estados-Membros em situações futuras, como aquelas pertinentes ao *exit tax*.

Neste diapasão, a análise específica no campo do *exit tax* em nível societário ocorreu quando do julgamento do Caso *Nation Grid Indus*.

Devido ao fato de já existirem os precedentes dos Casos *Lasteyrie du Saillant* e *N*, ambos envolvendo pessoas singulares, o órgão jurisdicional de reenvio entendeu que a exigência das mais-valias latentes, sem diferimento no pagamento e sem levar em conta as menos-valias possíveis, poderia ser avaliado como uma medida desproporcional e, portanto, não aceita no âmbito da União Europeia.

Na oportunidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a utilização do *exit tax* como forma de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, em consonância com o princípio da territorialidade fiscal associado a um elemento temporal, seria válido, na exata medida em que se deflagra num mercado único a

necessidade de garantir uma coexistência pacífica entre sistemas fiscais não harmonizados, inobstante o fato de que a medida em comento foi considerada desproporcional.

O Caso *National Grid Indus* serviu de fulcral importância, na exata medida em que o Tribunal, dentre diversas considerações realizadas no julgamento, dirigiu atenção a pacificação da viabilidade de distinção entre a determinação do montante do imposto e a efetiva cobrança deste, mormente quando a simples determinação do montante fiscal não gera, por si só, qualquer consequência desvantajosa para o contribuinte.

Assim, fixou-se que a apuração do *quantum debeatur* não é causa violadora de quaisquer das liberdades fundamentais.

Igualmente, o julgamento em questão também fixou novo paradigma para as situações orbitando as menos-valias possíveis, entendendo pela impossibilidade de obrigação do Estado-Membro de origem em levar em consideração tais situações, sob pena mácula ao princípio da territorialidade fiscal.

O *leading case* em questão também inovou seu entendimento ao prever que a exigência de garantia para concessão de diferimento no pagamento do tributo não extrapola os limites da proporcionalidade para concessão de diferimento no pagamento do tributo.

As inovações de posicionamento no âmbito do *exit tax* desenvolvidas no Caso *National Grid Indus* passaram pelo amadurecimento, quando da análise do Caso *Comissão VS Portugal*, que manteve a base selada anteriormente.

No Caso *Comissão VS Espanha*, o Tribunal destacou novamente a pertinência e importante da assistência mútua entre os Estados-Membros, como mecanismo eficaz de tornar uma medida proporcional e não lesiva.

Ao analisar o Caso *Verder LabTec*, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que não compete aos Estados-Membros coibir a possibilidade do pagamento imediato das mais-valias latentes apuradas por meio do *exit tax*, defendendo o oferecimento da possibilidade de escolha ao contribuinte.

Todo o posicionamento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quando da análise de situações envolvendo a tributação direta *latu sensu*, bem como os *exit taxes* em específico, aflorou a necessidade de verificação das justificativas apresentadas pelos Estados-Membros como justificativas de interesse geral para possibilitar a adoção de uma

medida restritiva, além daquelas previstas especificamente no Tratado de Funcionamento da União Europeia.

As justificativas de interesse geral apresentadas pelos Estados-Membros para a promoção de medidas de violação às liberdades fundamentais são divididas pelo Tribunal entre as aceitas e não aceitas.

Entre as medidas aceitas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, encontra-se a necessidade de se manter um sistema fiscal coeso, que consiste na existência de uma relação direta entre uma vantagem fiscal contestada e a compensação dessa vantagem por meio de um gravame fiscal em específico, necessário para manter a coerência do sistema.

É necessário que a medida vise evitar a dupla tributação ou assegurar que o rendimento é tributado apenas uma vez, devendo ser aplicada em relação ao mesmo contribuinte e ao mesmo tributo, bem como ausente uma convenção sobre dupla tributação no caso em específico.

Também é necessário que a medida discriminatória, possa ser amparada pela impossibilidade de se conferir igual tratamento àqueles que não são residentes, sob pena de ao fazê-lo, tornar-se-ia o sistema tributário incoerente.

O Tribunal de Justiça da União Europeia também acata as justificativas baseadas na necessidade de se manter uma repartição equilibrada dos poderes fiscais, consistindo na ideia de que os Estados-Membros podem, de modo unilateral, optar por dividir ou conciliar sua competência tributária, por meio de tratados com outros Estados.

Também são aceitas justificativas de medidas criadas visando evitar o abuso e combater a fraude fiscal, a fim de desestimular que os sujeitos passivos busquem utilizar meios objetivamente legais, porém subjetivamente em confronto com o intuito normativo ou a boa-fé.

O próprio *exit tax* é, em última análise, justamente o fruto da criação de uma medida restritiva visando evitar o abuso e combater a fraude fiscal.

A justificativa de garantir uma efetividade da supervisão e arrecadação fiscal é aceita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na medida em que o sujeito passivo deixa de residir no território nacional de um Estado-Membro, o mesmo também deixa de estar diretamente submetido a sua jurisdição fiscal, tornando mais difícil a fiscalização direta junto ao contribuinte no tocante a seu estado patrimonial, residência.

Há que se destacar a existência de normatização no âmbito europeu, cuja finalidade específica é garantir a assistência mútua em matéria tributária. A existência de tal diretiva acaba por minar o argumento de que uma medida restritiva seria justificável no âmbito de relações internas da União Europeia, *ex vi* a existência de meios menos lesivos ao sujeito passivo para a obtenção do mesmo fim, de modo que a proporcionalidade de tal ato é claramente contestável. Neste cotejo, sua aplicação é mais voltada para as hipóteses envolvendo Estados Terceiros.

No âmbito dos *exit taxes*, também é aceita a justificativa de interesse geral calcada no princípio da territorialidade. Tal justificativa se mostrou muitas vezes contestada.

Inobstante a justificativa apresentada, é de curial importância que a medida restritiva seja proporcional, funcionando o princípio da proporcionalidade como elemento norteador e harmonizador no âmbito da União Europeia.

A tributação direta, grupo no qual se encontra os *exit taxes*, não possui efetiva harmonização à nível europeu, o que acaba por conferir maior subjetividade aos Estados-Membros.

Definiu-se o princípio da proporcionalidade como elemento limítrofe para a permissão de uma violação a uma liberdade fundamental, *ex vi* que estas não definem espaços de proteção absolutos.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia apura se a medida adotada pelo Estado-Membro calcada numa justificativa de interesse geral aceita é, também, uma medida adequada, necessária e com proporcionalidade em sentido estrito.

Além disso, é necessário que a medida também tenha como objetivo uma finalidade legítima e compatível com o tratado, além de que as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos, como forma de garantir a segurança jurídica das mesmas.

Com o preenchimento de tais critérios, admite-se a proporcionalidade em questão da norma.

Outrossim, entre as justificativas de interesse geral apresentadas e não aceitas, destaca-se o argumento de não harmonização das liberdades fundamentais no âmbito da tributação direta. Tal justificativa é afastada pelo entendimento de que o não exercício de uma competência fiscal por parte de um Estado-Membro não pode culminar em lesão a liberdade fundamental do sujeito passivo.

Quanto a justificativa de dificuldades de ordens técnicas, práticas ou administrativas, o Tribunal de Justiça da União Europeia afasta tais argumentos, sob o pretexto de que inobstante a fiscalização e cobrança numa realidade transfronteiriça ser mais difícil e custosa, tal fato não é, *per se*, apto a justificar uma violação às liberdades fundamentais.

Paralelamente, há que se destacar a existência de medidas adotadas pela União visando facilitar e mitigar tais infortúnios.

O argumento de perda de arrecadação fiscal também é afastado pelo Tribunal como sendo uma justificativa válida, na exata medida em que toda e qualquer medida adotada por um Estado-Membro no âmbito fiscal visa, em última análise, majorar a arrecadação tributária.

Desse modo, caso tal justificativa fosse aceita, estar-se-ia concedendo aos Estados uma liberdade de promover a restrição e arbitrariedade muito ampla e, portanto, inadmissível.

Os Estados-Membros também invocavam o contexto de existência de concessão de outra vantagem fiscal, a fim de caucionar uma medida restritiva. Tal justificativa jamais foi adotada pelo Tribunal, haja vista que a interpretação de uma medida restritiva deve ocorrer de modo isolado, independentemente se existe de fato uma outra vantagem fiscal ou não.

Também é rejeitado o argumento de possibilidade de existência de dupla ou não tributação, *ex vi* que os Estados-Membros não são obrigados a adaptar o próprio sistema fiscal aos diferentes sistemas existentes, com o objetivo de eliminar a dupla tributação, contando que a legislação em causa não seja discriminatória.

Diante desse cenário de constante evolução das práticas dos sujeitos passivos, bem como das medidas adotadas pelos Estados-Membros, além do contributo para aprimoramento e lapidação oriundo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, aflorou-se a normatização do *exit tax* no âmbito europeu, por meio da atual Diretiva 2016/1164.

A referida norma veio a legitimar todo o trabalho de construção desenvolvido pelo Tribunal ao longo dos anos, prevendo a validade da existência de uma norma de *exit tax*, com amparo da União Europeia, bem como da OCDE.

A Diretiva em questão consolidou o entendimento da necessidade de concessão do direito de escolha do contribuinte, desde que preenchida certas circunstâncias, podendo optar pelo diferimento do pagamento do tributo, por um prazo de 5 anos, bem como da possibilidade de cobrança de juros em favor do Estado, além da permissibilidade de obrigação de prestação de garantia, quando demonstrado risco real de não cobrança.

A norma em questão também leva em consideração as hipóteses de *step up*, visando evitar a dupla tributação, ao prever que o Estado de acolhimento deve acatar o valor de mercado do ativo fixado pelo Estado de origem, calculando as mais valias eventualmente ocorridas somente pelo acréscimo sobre o valor existente no momento da transferência.

Ademais, as menos-valias possíveis, em razão da repartição equilibrada do sistema fiscal e do princípio da territorialidade, onde ao promover uma mudança transfronteiriça, o contribuinte deixa de estar sujeito a competência fiscal do Estado de origem, poderão ser consideradas apenas pelos Estados de acolhimento, haja vista que a materialização do elemento temporal ocorreu quando o sujeito passivo já se encontrava fora dos limites do território do Estado de origem.

Todo esse cenário culmina em revelar que o *exit tax* deixou de ser considerado apenas e tão somente um mecanismo de evitar o abuso e combater a fraude fiscal.

Na realidade contemporânea, trata-se de um nítido mecanismo fiscal com finalidade arrecadatória, que visa proporcionar ao Estado uma contraprestação em razão de proporcionar ao sujeito passivo um contexto econômico, social e fiscal que, em última análise, permitisse ao mesmo obter as mais-valias, ainda que latentes, no momento em que deixa a competência do aludido Estado em razão de uma operação transfronteiriça.

É justamente a existência de elementos subjetivos positivos existentes no Estado de origem durante o lapso temporal em que o contribuinte lá se localizou, que permitiu ao mesmo obter uma variação positiva em seu patrimônio.

Nesta ótica, condicionar a contraprestação em favor da sociedade à efetiva alienação dos bens não se mostra coeso. Uma medida proporcional e harmônica permitiria tanto ao contribuinte manter seu patrimônio, caso assim desejasse, como cumprir com seu dever fundamental de pagar impostos.

Paralelamente, o *exit tax* também se revela como um importante instrumento de combate à fraude fiscal, *ex vi* que uma mudança transfronteiriça com intuito apenas de promover a erosão da base tributável para outro Estado com menor ou inexistente tributação, não seria satisfatoriamente materializada, haja vista a cobrança das mais-valias latentes no momento da saída.

Essa dicotomia funcional do *exit tax* se traduz em sua aptidão e presteza como mecanismo fiscal de função, tanto fiscal quanto extrafiscal, sendo certo que sua adoção proporcional por parte dos Estados-Membros não é de indesejável.

Em verdade, os efeitos da criação e manutenção de um *exit tax* proporcional se revelam em um efetivo combate à erosão da base de cálculo e à fraude fiscal, bem como na instauração e existência de uma forma de arrecadação coesa e justa, pelo que o desejo advindo de tal mecanismo é apenas e tão somente seu aprimoramento.

BIBLIOGRAFIA

ADAMCZYK, Lukasz; MAJDANSKA, Alicja. **The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation.** *in* LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation.** Linde. Viena, Austria. 2016. p. 1-26.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *in* LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos.** Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 23-42.

AUDZEVICIUS, Ramunas. **Proportionality in Tax Disputes – Lithuanian Court Practice.** 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2481740>.

ALVES, Jorge Manuel Osório. **Impostos de saída em matéria societária: Em busca de uma solução para um problema doméstico e europeu.** Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Centro Regional do Porto – Polo da Foz. Porto. 2013.

AZAM, Rifat. **Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule.** 8 Columbia Journal of Tax Law 6. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2742126>.

AZEVEDO, Patrícia Anjos. **A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar.** Cadernos de Dereito Actual, nº 6, 2017. p. 31-65.

BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. **The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law: Case C-371/10 National Grid Indus BV v Inspecteur van de BelastingdienstRijnmond/kantoor Rotterdam, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 November 2011, not yet reported.** European Company and Financial Law Review, Volume 9, Issue 1, p. 101–110. 2012.

BIZIOLI, Gianluigi. **Aporie e Contraddizioni Della Giurisprudenza Europea in Materia di Exit Taxation.** Rivista di diritto finanziario e scienza della finanze, LXXIII, 3, I, 2014.

BORK, Reinhard; MANGANO, Renato. **European Cross-Border Insolvency Law.** University Press. Oxford. 2016.

CÂMARA, Francisco Sousa da. **A dupla residência das sociedades a luz das convenções de dupla tributação.** Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos. nº 403, 2001. p. 35-146.

CAMPOS, Diogo Leite. **As Garantias Constitucionais dos Contribuintes.** in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco **Lições de Fiscalidade.** Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. Ed. Almedina. Coimbra. 2017. p. 121-151. p. 135.

CARATINO, João Ricardo. **A liberdade de Planeamento e Gestão na Jurisprudência Nacional e Comunitária.** in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade.** Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. p. 343- 411.

CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de Direito Tributário.** 25ª ed. Saraiva. São Paulo. Brasil. 2013.

CASAIS, José Manuel Iglesias. **La Ley 35/2006, del Impuesto Sobre la Renda de las Personas Físicas, T'ras los últimos Pronunciamientos del Tribunal de Justiça de la Unión Europea em matéria de Exit Taxes,** in NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da – **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU.** Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 131-158.

CHAND, Vikram. **Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis.** Bulletin for International Taxation, Vol. 67, nº 4/5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2250769>

COSTA, Paulo Nogueira da. **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia.** Jurismat: Revista jurídica. nº 4. 2014. P. 321-338.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades.** Almedina. Coimbra. 2005.

COURINHA, Gustavo Lopes. **A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para sua compreensão.** Almedina. Coimbra. 2004.

COURINHA, Gustavo Lopes. **BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão.** Cadernos de Justiça Tributária. nº 4. Braga. 2014. pg 3-10.

- CUNHA, Patrícia Noiret. **A Tributação Directa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006.
- DABIJA, Vladislav. **Exit taxation in the European Union is there really a problem?**, Master's Programme in European and International Tax Law, Lund University, School of Economics and Management Department of Business Law. Suécia. 2015.
- DINIS, José Pedro. **O critério da direção efectiva na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o património**. Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto. Porto. 2011.
- DOURADO, Ana Paula. **A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia**. Centro de Estudos Fiscais. Lisboa. 1996.
- DOURADO, Ana Paula. **Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa**. 1ª Ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2010.
- DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal – Lições**. 1ª Ed. Editora Almedina, Coimbra, 2015.
- DOURADO, Ana Paula. **Direito Fiscal – Lições**. 2ª Ed. Editora Almedina, Coimbra, 2016.
- ENGLMAIR, Vanessa E. **The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation**, in LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. Linde. Viena, Austria. 2016. p. 53-94.
- FERREIRA, Helena Baptista. **Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória**. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. nº 4, 2016, Lisboa. p. 165 a 190.
- GAIO, António. **Planejamento Fiscal**, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. A.5, nº2, 2012, Lisboa. p. 131 a 139.
- GONZALES, Luis Manuel Alonso – **Los Impuestos Autonomicos de Caracter Extrafiscal**, Madri, Marcial Pons, 1995.
- GUIMARÃES, Vasco Branco. **Sobre a tributação das mais-valias**. in Revista de finanças públicas e direito fiscal. A. 3. nº 3. 2010. p. 247-267.

GUIMARÃES, Vasco Branco. **Princípios Gerais da Fiscalidade.** in CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade.** Vol. I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna. 5ª Ed. Almedina. Coimbra. 2017. P. 83-120.

HILLING, Maria. **Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance.** Intertax, 41, Issue 5, 2013. p. 294–307.

JIMÉNEZ, Adolfo Martín. CARRERO, José Manuel Calderón. **Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española.** Cronica Tributaria. Nº 125/2007. p.. 49-76.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg – **Transferência Transfronteiriça da sede de uma sociedade.** Revista Direito das Sociedades em Revista, nº 9, volume 18. Almedina. Coimbra. 2017.

KUBICOVA, Jana. **Exit Tax in the World of International Migration of Companies and Individuals.** Conference Proceedings. 16th International Scientific Conference Globalization and Its Socio-Economic Consequences. University of Zilina, The Faculty of Operation and Economics of Transport and Communication, Department of Economics, 2016. p. 1101-1109.

LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation.** Linde. Viena, Austria. 2016.

LEITÃO, João Menezes. **Saídas para a Tributação à saída de Sociedades na União Europeia – Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus, C-371/10,** Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. A.5, nº2, 2012, Lisboa. p. 269 a 279.

LOBITA, João Diogo Dias Carmona. **A Implementação da Regra sobre a Limitação de Gastos de Financiamento da Diretiva Anti-Elisão.** Dissertação em Mestrado em Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2017.

LOPES, José Carlos. AGUIAR, Nina. **Comércio electrónico on-line e direcção efectiva,** Revista Eurocontas, 34, janeiro, 2003, p. 32-35.

LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos.** Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015.

- MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 2ª Ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2014.
- MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. **Manual de Direito Fiscal. Perspetiva multinível**. Almedina. Coimbra. 2016.
- MASON, Ruth. **Tax Discrimination and Capital Neutrality**. World Tax Journal, Forthcoming. Dezembro. Virginia. Estados Unidos da América. 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1309662>.
- MARTINS, António. **A evolução da tributação das pessoas coletivas: a propósito da relação normativa entre o resultado contabilístico e o resultado tributável desde a Contribuição Industrial até à atualidade**. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. nº 4, 2017, Lisboa. p. 75 a 142.
- MENDES, Inês Carolina da Silva. **O Exit Tax no Código do IRC**. Dissertação de Mestrado em Mestre Forense. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito. Escola de Lisboa, Lisboa, Junho de 2013.
- MENDES, Paula Daniela Ferreira. **Impostos de Saída. A implementação da Diretiva Anti-elisão em Portugal**, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Porto. 2017.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Volume II. Tomo III e IV, 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV**. 5ª Ed. Coimbra, 2014.
- MELO, Inês Pereira de. LEITÃO, Adriana Rodrigues. **Regras contra as práticas de elisão fiscal: um avanço no combate à fuga ao fisco ou mais uma porta aberta aos excessos das regras antiabuso?**, disponibilizado no sítio eletrónico: http://carlospintodeabreu.com/public/files/regras_contra_as_praticas_elisao_fiscal.pdf, disponível em 14 de março de 2018.
- MOURA, Alexandre da Cunha Ferreira de. **Direito de estabelecimento e tributação imediata de mais valias latentes em Portugal (exit tax): relatório crítico do acórdão do tribunal de justiça da união europeia sobre a matéria (processo c-38/10)**, Coimbra, 2013, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2259676>.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Editora Almedina. Coimbra. 1998.

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal.** Editora Almedina. Coimbra. 2004.

NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal.** Editora Almedina. Coimbra. 2005.

NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da. **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU.** Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015.

NABAIS, José Casalta. **Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado?** *in* LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. **A economia social e civil: Estudos.** Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 105-128.

NIKOU, Behrang David. **The Swedish Interest Deduction Limitation Rules – To Be Or Not To Be?.** Master's Programme in European and International Tax Law, Lund University, School of Economics and Management Department of Business Law. Suécia. 2015.

NOGUEIRA. João Félix Pinto. **Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade.** Coimbra. Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora. 1ª ed. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis – **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa,** Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais.** 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

OCDE – **El Proyecto BEPS y los países em desarrollo: de las consultas a la participación.** Proyecto BEPS. Novembro de 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf> em 30 de março de 2018.

OCDE – **Explanatory Statement.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf em 30 de março de 2018.

OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. **A Tributação à Saída (Exit Taxes) na Recente Jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU. O caso Português. As Alterações Introduzidas na Legislação Nacional,** *in* NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares da

– **Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU.** Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 159-176.

PALMA, Clotilde Celorico. **Planejamento Fiscal Internacional.** *in* CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade.** Vol. II – Gestão e Planejamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. pg 125- 166.

PANAYI, Christiana Hiji. **Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes** (October 29, 2009). *Bulletin for International Taxation*, pp. 459-473, October 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1529488>.

PANAYI, Christiana Hiji. **Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law** (March 24, 2011). *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 13, 2010-2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1809566>.

PANAYI, Christiana Hiji. *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam: exit taxes in the European Union revisited.* *British Tax Review.* Issue 1, 2012.

PEREIRA, Paula Rosado – **Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu,** Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Edições Almedina, Coimbra. 2010.

PEREIRA, Paula Rosado – **Em torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional.** *in* CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Lições de Fiscalidade.** Vol. II – Gestão e Planejamento Fiscal Internacional. Ed. Almedina. Coimbra. 2015. p. 201-252.

PETRIN, Martin. **Corporate Tax Avoidance - The Problem of Aggressive Tax Planning.** 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3107375>.

PIRES, Rita Calçada. **Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Electrónico – Desvendar mitos e construir realidades.** Coimbra. Almedina, 2011.

PISTONE, Pasquale; SZUDOCZKY, Rita. **The Coordination of Tax Policies in the UE,** *in* LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation.** Linde. Viena, Austria. 2016. p. 27-51.

PONS, Thierry. **The Denkvit Internationaal Case and Its Consequences: The Limite between Distortion and Discrimination?**, European Taxation, 2007.

PRATS, F. Alfredo Garcia. **Source, residence and nationality in income tax matters: between international tax rules and EU law.** *in* Rivista di Diritto Tributario Internazionale. International Tax Law Review. 2/2013. p. 29-90. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2543531> em 29 de abril de 2018.

QUEIROZ, Mary Elbe. **A proporcionalidade no âmbito administrativo-tributário.** *in* Revista de finanças públicas e direito fiscal. A. 3. n° 3. 2010. p. 153-174.

RAKOTO, Sophie. **Exit tax en materia societaria y libertad de establecimiento - entre logros jurisprudenciales y retos legislativos, estudio desde la perspectiva española y francesa.** Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.

RIBES, Aurora Ribes. **La cláusula exit taxation em la propuesta de directiva europea para luchar contra la elusión fiscal.** Cronica tributária. n° 159/2016. pg.165-182.

RUBIO GUERRERO, **Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional,** *in* CORDÓN EZQUERRO, **Manual de Fiscalidad Internacional,** Madrid, 2001, p 61, *apud* LOPES, José Carlos. AGUIAR, Nina. **Comércio electrónico on-line e direcção efectiva,** Revista Eurocontas, 34, January, 2003

SANCHES, José Luís Saldanha. **Os limites do planeamento fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional.** Coimbra Editora. Coimbra. 2006.

SCHILCHER, Michael; SPIES Karoline; ZIRNGAST, Sabine, **Mutual Assistance in Direct Tax Matters,** *in* LANG, Michel. PISTONE, Pasquale. SCHUCH, Josef. STARINGER, Claus. **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation.** Linde. Viena, Austria. 2016. p. 203-255.

SILVA, Suzana Tavares da – **Direitos Fundamentais na Arena global,** 2ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA, Ricardo Miguel Simões. **Justificações de medidas fiscais restritivas das liberdades da União Europeia: análise da jurisprudência do Tribunal da União Europeia em matéria da fiscalidade direta.** Dissertação de mestrado em Direito Fiscal. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Setor.** 3ª ed. New York. 200.

TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. **European Tax Law**. 6ª ed. Wolters Kluwer, Kluwer Law International. 2012.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. **The Interaction of Tax Systems and Tax Cultures in an International Legal Order for Taxation**. Diritto e Pratica Tributaria Internazionale. CEDAM, Vol. 5. n.º. 2. 2008. p. 841-867. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1550815> em 25 de maio de 2018.

VASQUES, Sergio – **Manual de Direito Fiscal**, Almedina, Coimbra. 2015.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. Almedina, Coimbra. 1993.