

MIGRAÇÃO CORPORATIVA, TRIBUTOS DE SAÍDA E O MERCADO INTERNO ÚNICO DA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REPERTÓRIO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOB A PERSPECTIVA DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

*RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA*¹

*THIAGO LOPES MATSUSHITA*²

*RENATO GUGLIANO HERANI*³

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 2. MOBILIDADE E MIGRAÇÃO DE COMPANHIAS. 2.1 Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da migração corporativa. 3. TRIBUTAÇÃO À SAÍDA COMO OBSTÁCULO À IMIGRAÇÃO DE COMPANHIAS NA UNIÃO EUROPEIA. 3.1 Tributos de saída em pessoas*

¹ Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito. Pós-doutorando (colaborador PPGD) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coordenador-Geral do Curso de Direito do Centro Universitário UNIEURO. E-mail: rafael.fonseca@unialfa.com.br.

² Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Conselho Estadual de Educação de São Paulo. Diretor da Escola de Direito da Alfa Educação – Unialfa/Fadisp. Professor assistente-doutor, do mestrado e do doutorado em Direito da PUC/SP, professor do mestrado em Direito Constitucional da Unialfa/GO. E-mail: thiagomatsushita@uol.com.br.

³ Douro e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da FADISP. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Pesquisador da FUNADESP. Advogado e Parecerista. E-mail: renato@advgh.com.br.

naturais. 3.2 Tributos de saída em pessoas jurídicas. 4. ANÁLISE DO REPERTÓRIO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: A tributação à saída de corporações é a imposição tributária pelo Estado de saída em companhias que transferem seus centros de gestão ou ativos para o Estado de destino. Representa-se um problema ao mercado interno europeu na medida em que há um tratamento desfavorável de tesouraria ou custo de capital às sociedades imigrantes. Nesse contexto, a metodologia de pesquisa adotada é indutiva, baseada em levantamento bibliográfico e análise de conteúdo textual de documentos oficiais e decisões judiciais atinentes aos tributos de saída com limite temporal em março de 2018. Portanto, almeja-se estabelecer balizas sólidas para a conformação da ação dos Estados-membros quanto ao regime de tributação à saída, além da abertura de caminhos para a harmonização da temática com a finalidade de reconciliar o mercado interno e os tributos de saída proporcionais.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo de saída. Mercado Interno. Tribunal de Justiça da União Europeia. Impostos sobre as Corporações.

**CORPORATE MIGRATION, EXIT TAXES AND EUROPEAN UNION'S
SINGLE INTERNAL MARKET: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CASE
LAW REPERTOIRE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
EUROPEAN UNION FROM THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL
FREEDOMS**

ABSTRACT: Corporate's Exit taxation is the imposition of taxes on the subjects of a exit state triggered by the transfer of effective management or assets to transferring state. It represents a problem to internal market due to a disadvantageous treatment of cash flow ou cost of capital referring to migrating companies. In this contexto, the

methodology of research is inductive reasoning based on literature review and analysis of textual content of official documents and judicial decisions relating to exit taxes until March 2018. In this sense, it is aimed to establish solid criteria to conformate the action of State Members in the scope of exit taxation and also paths to harmonization of the theme for the purpose of reconcile internal market and proportionate exit taxes.

KEYWORDS: Exit Tax. Internal Market. Court of Justice of the European Union. Corporate Taxes.

INTRODUÇÃO

A dinâmica da migração transnacional de corporações dentro do espaço da União Europeia (EU) levanta questões intrigantes sobre atributos da soberania fiscal dos Estados-Membros (EM), especialmente no que diz respeito ao equilíbrio entre liberdades fundamentais e às necessidades de arrecadação. Os tributos de saída consistem em normas jurídicas aplicadas no momento de mudança transnacional de domicílio do contribuinte, incidindo sobre rendas e mais-valias não realizadas, bem como sobre recapturas de isenções ou deduções aplicáveis a essas bases. Eles abrangem tanto indivíduos quanto pessoas jurídicas.

Nesse sentido, a tributação à saída em matéria de tributos diretos é manifestação soberana dos Estados no cenário internacional. Essa medida visa proteger os princípios de direito tributário internacional referentes à territorialidade e à tributação da renda mundial diante da migração transnacional de empresas, notadamente quando ocorre a perda do nexo e da competência tributária da jurisdição de origem. Ao enfrentar a possibilidade de não tributar ativos, ganhos não realizados ou rendas geradas dentro de suas fronteiras, os Estados podem aplicar tributos de saída. Isso evita a redução da base tributária, respeitando o direito interno.⁴

⁴ ZERNOVA, Daria. Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market. *Intertax*, [S.l.], v. 39, n. 10, p. 471-493, out. 2011. DOI: 10.54648/taxi2011051. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/39.10/TAXI2011051>>. Acesso em 24 mar. 2024.

Este processo é também admitido no âmbito do direito tributário internacional. Ilustrativamente, segundo o Modelo de Convenção Tributária da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE MC), os tratados internacionais podem dispor sobre alocação de poderes tributários entre Estados e medidas fiscais que busquem evitar dupla tributação das rendas. Contudo, em relação aos tributos de saída, não é viável extrair orientação segura em relação às restrições de tributação de ganho de capital não realizado ou mesmo acerca da disponibilidade dos Estados em pactuar sobre a matéria.

No âmbito europeu, o artigo 26.2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia⁵ define o mercado interno como um espaço sem fronteiras internas em que é assegurada a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, as liberdades fundamentais. Isso destaca a importância das liberdades econômicas dentro da EU, afinal não se admite transação relativamente a essas garantias, diante da primazia do direito europeu em face da ordem nacional.

Em complemento, desde pelo menos o caso *Saint-Gobain*⁶, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) orienta que os EM detêm competência primária em matéria de fiscalidade direta, haja vista que essa não se cuida de temática harmonizada. Com efeito, eles são livres para estabelecer os fatores de ligação vocacionados à repartição de competências tributárias em sede de tratados bilaterais vocacionados a evitar a dupla tributação da renda. Esse poder, contudo, deve ser exercido em harmonia com o direito europeu, especialmente quando o seu exercício tenha aptidão para restringir as liberdades fundamentais de estabelecimento e movimento de capitais. Nesses casos, revela-se possível um tratamento discriminatório contra o indivíduo ou companhia que migram entre EM, comparado

⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2016/C 202/01, p. 47, 7 jun. 2016. (Versão consolidada em: 1º mar. 2020). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 1999, Saint-Gobain ZN, Processo C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438**. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Legislação fiscal - Imposto sobre as sociedades - Imposto sobre a fortuna - Estado-Membro que exclui os estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes da concessão de certas vantagens fiscais reservadas às sociedades residentes - Inadmissibilidade - Justificação - Inexistência. Autor: Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland. Réu: Finanzamt Aachen-Innenstadt. Relator: M. Wathelet, 11 set. 1999. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-06161, 1999. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44717&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5416720>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

aos que permanecem na jurisdição de origem, desafiando, portanto, a integração econômica do bloco.

Assim, os tributos de saída (*exit taxes*) correspondem a desafio em relação ao processo integrativo da EU, porque demanda dentro de cada sistema tributário nacional o equilíbrio entre o princípio da territorialidade e a coerência com o direito comunitário. A questão central é encontrar uma maneira de conciliar a soberania fiscal e proteger a arrecadação tributária de um lado e, de outro, evitar abusos no uso de formas jurídicas com repercussões tributárias na seara supranacional.⁷

Neste artigo o enfoque recairá sobre a tributação à saída de corporações, fenômeno que pode ocorrer diante da imposição fiscal pelo Estado de origem motivada pela transferência dos centros de gestão ou ativos corporativos para outro Estado⁸. Considerando a complexidade adicional na UE decorrente das exigências de harmonização supranacional e preservação das liberdades econômicas, o problema condutor desta pesquisa é saber se o TJUE tem conferido condições de possibilidades de coordenação dos tributos de saída em corporações no mercado interno europeu, em consonância às liberdades fundamentais. Em termos secundários, importa, ainda, responder se o repertório jurisprudencial formado pelos julgamentos desse órgão guarda coerência e consistência. Posto isso, lançam-se hipóteses positivas a ambas as indagações.

Portanto, o objetivo é compreender as diretrizes estabelecidas pelos pronunciamentos do TJUE acerca dos impostos de saída corporativos. Com isso, busca-se alcançar um nível satisfatório de segurança jurídica sobre as movimentações transnacionais de companhias, protegendo as estratégias de investimento e os planejamentos tributários decorrentes dessas operações. Adentra-se, por conseguinte, no campo comparativo, uma vez que se analisa a experiência europeia desde uma perspectiva brasileira⁹. Com efeito, intenciona-se obter, a partir

⁷ DI PIETRO, Adriano. Past and perspectives of exit tax. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4736. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4736>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁸ FARCAS-LOHAN, Andreea. **Company Migration: a study on the european corporate exit taxation**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial Europeu) – Universidade Lund, Lund, 2013. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3811105&fileId=3811115>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁹ LEE, YUN KI. Direito ao esquecimento: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Brasil, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/351>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

desse cotejo, aprendizados conjuntos derivados das semelhanças e diferenças entre as duas ordens jurídicas.

Em termos metodológicos, concebe-se a pesquisa em questão com abordagem qualitativa baseada em coleta de dados em fontes primárias e secundárias e assume-se um método epistemológico essencialmente indutivo, pois se buscará a generalização das razões do órgão jurisdicional estudado. Ainda, o procedimento consistirá em análise de conteúdo textual de documentos oficiais e decisões judiciais atinentes aos tributos de saída no contexto da União Europeia, assim como levantamento bibliográfico atinente à literatura tributária correlata e especializada no objeto com a finalidade de construção do referencial teórico. Sendo assim, o empreendimento científico expressa um caráter precipuamente descritivo, uma vez que se dedicará à compreensão do entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito da compatibilização do tratamento nacional tributos de saída incidentes em migrações de corporações no espaço comunitário com as liberdades fundamentais do direito europeu.

Para alcançar esses fins, este artigo apresentará o seguinte roteiro argumentativo, além desta introdução e de considerações finais. De início, serão discutidas as restrições à imigração de empresas na UE por motivos fiscais, estabelecendo condições prévias e independentes à questão dos tributos de saída. Após, será examinado o regime europeu de tributação à saída na condição de um potencial entrave à transferência transnacional de empresas, com foco especial na jurisprudência do TJUE, abrangendo desde indivíduos até pessoas jurídicas. Em sede de análise do *corpus* de decisões judiciais coletado, serão avaliadas possíveis justificativas aos tributos de saída e medidas consideradas proporcionais, bem como haverá a apresentação de perspectivas para o desenvolvimento de uma tributação à saída que seja compatível com os princípios do mercado interno da UE e as liberdades fundamentais relacionadas.

2. MOBILIDADE E MIGRAÇÃO DE COMPANHIAS NA UNIÃO EUROPEIA

Previamente à análise do regime jurídico da tributação à saída e de seus impactos na liberdade de estabelecimento e movimentação de capitais, entende-se indispensável aportar uma compreensão antecedente a respeito dos fundamentos e dos limites relativos à transferência corporativa e transnacional de domicílio, de acordo com o direito europeu. Com efeito, almeja-se na presente seção explanar, com detalhamento, sobre as teorias de incorporação e da sede real, assim como as implicações tributárias da mobilidade empresarial na EU. Sendo assim, o encadeamento do tópico inicia-se com um panorama geral do direito corporativo europeu, seguido pela análise das teorias de incorporação e sede real, de modo a terminar com exame da atuação do TJUE no que toca às repercussões tributárias da mobilidade de companhias no espaço europeu.

Esta análise fundamenta-se na revisão da legislação nacional de cada Estado-Membro (EM) da União Europeia (UE), com foco particular nas duas teorias principais de conflito de leis: a teoria da incorporação e a da sede real. Estas teorias buscam esclarecer a relação entre os modelos de negócios corporativos e o quadro legal aplicável à entidade jurídica.¹⁰

Segundo a teoria da incorporação, a existência legal e os aspectos internos de uma corporação são regidos pelas leis do Estado onde ela foi incorporada. Nessa linha, dita que a conexão corporativa se dá com a jurisdição na qual foi incorporada, pois a existência e os assuntos internos das corporações são ditados pelo regramento do Estado de incorporação. Assim, uma vez preenchidos os requisitos da incorporação, conforme a legislação nacional do ente estatal, o reconhecimento do nexó é aceito em todas as jurisdições. Com efeito, admite-se que a empresa transfira sua sede administrativa para outro EM sem alterar sua sede social, a qual remanesce no Estado de incorporação. Portanto, não se exige a reincorporação para a manutenção da personalidade jurídica da empresa migrante.

Em contraste, a teoria da sede real estabelece uma conexão substancial entre a corporação e o sistema legal que governa sua formação e personalidade jurídica. O Estado que abriga o verdadeiro centro de administração da empresa possui autoridade para regular seu âmbito jurídico. Dessa forma, sob essa teoria, a

¹⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso; CARVALHO, Maria Miguel. **A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2016.

transferência do centro de gestão implica a necessidade de dissolução ou liquidação da companhia para alterar a legislação que regula suas relações internas.¹¹

Na União Europeia, os artigos 49 e 54 do TFUE não demonstram preferência legal por qualquer das teorias, desde que seja respeitada a liberdade de estabelecimento, isto é, a liberalidade em constituir e gerir empresas e sociedades nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento, sendo equiparável às pessoas naturais, nacionais dos EM. No entanto, discrepâncias tributárias podem surgir quando os Estados de origem e destino adotam métodos divergentes para resolver esses conflitos transnacionais, potencialmente restringindo as liberdades fundamentais ou permitindo o abuso de formas jurídicas pelo contribuinte.

Até o momento, a solução para essas discrepâncias no âmbito supranacional é limitada. A Regulação do Conselho da Europa (CE) nº 2.157, de 2001, conhecida como o Estatuto da Companhia Europeia (*Societas Europaea*), permite a transferência da sede social sem necessidade de liquidação ou alteração da personalidade jurídica, mas exige a coincidência de localizações da sede social e administrativa. Igualmente, a Diretiva de Fusões, Cisões e Aquisições do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva UE 2017/1132, alterada pela Diretiva UE 2019/2121, de 27 de novembro de 2019) oferece meios para a transferência da sede social por meio de fusão. Tratando-se a definição do elemento de conexão uma matéria de competência de casa Estado-membro, por vezes, recai sobre o TJUE a responsabilidade de incrementar a harmonização jurídica e dirimir conflitos, mediante reenvios prejudiciais ou ações de incumprimento. Em alguns casos, a orientação jurisprudencial aponta para a invalidade de legislações nacionais dos EM que contrariem o direito europeu primário. Posto isso, mostra-se conveniente tratar de julgamentos paradigmáticos dessa Corte nos quais se tratou da mobilidade transnacional de companhias *vis-à-vis* liberdade de estabelecimento.

¹¹ PANAYI, Christiana Hji. Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of Eu Tax Law. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Cambridge, v. 13, p. 245-282, 2010-2011. p. 260-261. DOI: 10.5235/152888712801752898. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/abs/exit-taxation-as-an-obstacle-to-corporate-emigration-from-the-spectre-of-eu-tax-law/8A9EB3001623084F2B7832BAD1F4E669>>. Acesso em 24 mar. 2024.

2.1 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA ACERCA DA MIGRAÇÃO CORPORATIVA

A partir de revisão da literatura comercial e tributária voltada ao direito europeu, identifica-se o caso *Daily Mail*¹² como um marco significativo na discussão sobre a mobilidade transfronteiriça de corporações. Nele, a empresa buscava transferir seu estabelecimento principal para os Países Baixos e, simultaneamente, manter seu *status* de empresa do Reino Unido, motivada principalmente por interesses fiscais.

Para proceder com essa transferência, a *Daily Mail* precisava da aprovação da Administração Tributária britânica, pois tal mudança implicaria na perda de sua sujeição ao imposto corporativo no Estado de origem. A exigência do órgão tributário britânico de que a empresa vendesse parte de seus ativos antes da transferência, um requisito que constituiria fato gerador de tributação pelo Reino Unido, levou a *Daily Mail* a contestar a condição, sob o fundamento de restrição à liberdade de estabelecimento. O caso foi, então, levado ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante reenvio prejudicial iniciado pela Alta Corte de Justiça do Reino Unido.

Em resposta, o TJUE assentou que a exigência de autorização prévia do Tesouro britânico, para que uma sociedade possa transferir sua sede administrativa mantendo sua personalidade jurídica e *status* de sociedade do Reino Unido, não constitui uma violação à liberdade de estabelecimento. Concluiu-se que, sendo as entidades constituídas sob uma ordem jurídica interna, o vínculo com o território nacional ou a mobilidade transnacional do centro de gestão efetiva são regidos e condicionados pela legislação nacional.

O Tribunal identificou que a questão central residia na discrepância entre as legislações dos Estados Membros, particularmente em relação à adoção das teorias

¹² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1988, *Daily Mail*, Processo C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456**. 1. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que nele tem a sua sede estatutária - Direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro - Inexistência (Tratado CEE, artigos 52.º e 58.º). 2. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Directiva 73/148 - Inaplicabilidade às pessoas colectivas (Directiva 73/148 do Conselho). Recorrente: *Daily Mail and General Trust PLC*. Recorridos: *The Queen e HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue*. Relator: M. Stuart, 27 set. 1988. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-05483, 1988. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95099&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4394920>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

de incorporação e sede real. Logo, a controvérsia deveria ser resolvida pela via legislativa ou convencional – algo que não houvera sido estabelecido entre o Reino Unido e os Países Baixos. Em suma, o TJUE estabeleceu que não há um direito inerente para uma companhia transferir sua administração central para outro Estado-Membro, mantendo seu *status* legal originário.

Em decisões subsequentes relacionadas à migração corporativa, observou-se uma mitigação da rigidez das estruturas jurídicas nacionais, especialmente ao avaliar se os Estados de origem e destino compartilham as mesmas obrigações sob o TFUE. Casos notáveis incluem *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, nos quais a jurisprudência do TJUE avançou no sentido de facilitar a mobilidade corporativa dentro da União Europeia, ao mesmo tempo em que reconheceu as limitações impostas pelas legislações nacionais.

Em *Centros*¹³, debateu-se a situação de uma sociedade de responsabilidade limitada, sediada no País de Gales e na Inglaterra, que não realizava atividades econômicas significativas em seu passado recente e possuía um capital social muito baixo. A controvérsia surgiu quando a pessoa jurídica tentou registrar e estabelecer uma filial na Dinamarca. As autoridades dinamarquesas interpretaram essa tentativa como um meio de exercer o direito primário de estabelecimento de forma indevida, já que nessa configuração a sucursal apresentaria maior importância em comparação à matriz. Assim, entenderam que o objetivo principal era, na verdade, furtar-se das exigências de capital mínimo impostas pela legislação dinamarquesa.

Com a judicialização da questão na seara comunitária, o TJUE determinou que não se pode presumir abuso na ação de constituir uma sociedade em uma jurisdição com regras comerciais mais flexíveis e estabelecer uma filial em outro Estado-Membro. Afinal, tal prática é considerada parte integrante do exercício da liberdade de estabelecimento no âmbito de um mercado interno único europeu. Portanto, mesmo na ausência de uma integração legislativa ou convencional, é dado ao Tribunal

¹³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 1999, Centros, Processo C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126**. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede sem aí exercer actividades comerciais - Estabelecimento de uma sucursal noutro Estado-Membro - Recusa de registo - Inadmissibilidade - Possibilidade de os Estados-Membros tomarem medidas contra as fraudes (Tratado CE, artigos 52. e 58.). Autor: Centros Ltd. Réu: Erhvervs-og Selskabsstyrelsen. Relator: M. Wathelet, 9 mar. 1999. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-01459, 1999. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44462&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4398079>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

promover a harmonização, em um sentido negativo, das leis nacionais na hipótese de violação das liberdades fundamentais.

Em relação às possíveis justificativas para restringir a liberdade de estabelecimento, o TJUE destacou critérios a serem atendidos para que tais restrições sejam admitidas segundo o direito europeu: aplicação de maneira não discriminatória, existência de motivos baseados no interesse geral e a proporcionalidade da medida, considerando sua adequação e necessidade. Concluiu-se, no caso *Centros*, que essas justificativas não foram caracterizadas, porque não se constatou uma relação direta entre a restrição imposta pela Dinamarca e o objetivo de combater abusos e fraudes por parte de sociedades de responsabilidade limitada.

No caso *Überseering*¹⁴, a disputa envolveu a empresa holandesa “Überseering BV” e a “Nordic Construction Company Baumanagement GmbH”, da Alemanha, sobre defeitos na construção de uma garagem e de um motel, propriedades da primeira. O cerne da controvérsia residia na capacidade legal da Überseering de reivindicar direitos em ações judiciais na Alemanha, após a transferência efetiva de sua sede de Amsterdã para Dusseldorf e a sucessão de sócios.

O foco da questão era as teorias de incorporação *versus* sede real, tendo em conta o interesse simultâneo de transferência de domicílio e de manutenção da personalidade jurídica da empresa. Então, o Tribunal de reenvio questionou o TJUE a propósito da aplicabilidade da doutrina do *Acte Clair* e possíveis diferenças em relação aos casos *Daily Mail* e *Centros*.

Na oportunidade, o TJUE considerou estar em xeque a liberdade de

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de novembro de 2002, *Überseering*, Processo C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632**. 1. Tratado CE - Artigo 293º, terceiro travessão, CE - Objectivo - Adopção de convenções destinadas a facilitar a realização da liberdade de estabelecimento das sociedades - Adopção que não condiciona o exercício desta liberdade (Artigos 44º CE e 293º, terceiro travessão, CE) 2. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede social - Sociedade que se considera que, segundo o direito de um outro Estado-Membro, transferiu a sua sede efectiva para esse mesmo Estado - Não reconhecimento pelo Estado-Membro de acolhimento da capacidade jurídica - Restrição da liberdade de estabelecimento - Justificação - Inexistência (Artigos 43º CE e 48º CE) 3. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede social - Sociedade que exerce a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro - Obrigação de o Estado-Membro de acolhimento respeitar a capacidade jurídica da sociedade (Artigos 43º CE e 48º CE). Autor: Überseering BV. Réu: Nordic Construction Company Baumanagement GmbH. Relator: M. Wathelet, 5 nov. 2002. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-09919, 2002. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47835&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4450747>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

estabelecimento no caso de corporação instituída num primeiro EM, que transferiu sua sede efetiva de acordo com a legislação do EM de destino, a partir da cessão de toda as quotas a cidadão do segundo país. Por conseguinte, assentou que as sociedades europeias ostentam o direito de exercer sua atividade em EM distinto ao de sua constituição, na hipótese de fixação de sua sede social, administração central ou principal estabelecimento.

Diferentemente do caso *Daily Mail*, a questão em *Überseering* estava relacionada ao Estado de destino (Alemanha) e ao fato de que a transferência da sede não foi uma escolha da *Überseering*, mas uma consequência da transferência de ações para cidadãos alemães. De acordo com a lei dos Países Baixos, isso não implicou na dissolução ou liquidação da empresa.

A esse propósito, a teoria da incorporação assegura que a empresa seja reconhecida em sua personalidade jurídica e capacidade legal em todo o mercado interno europeu. Logo, segundo o TJUE, exigir que uma empresa se reconstitua sob a legislação alemã para ser reconhecida legalmente e ter a capacidade de agir em defesa de seus direitos viola diretamente a liberdade de estabelecimento. Além disso, essa restrição à capacidade legal e judicial da empresa não pode ser justificada por razões de interesse geral, como a proteção de credores, acionistas minoritários, trabalhadores ou a arrecadação fiscal.

Por sua vez, em *Inspire Art*¹⁵, abordou-se a situação de uma empresa de responsabilidade limitada, registrada no Reino Unido, que realizava atividades comerciais exclusivamente nos Países Baixos, onde o único administrador residia em Haia. Nesse sentido, o contexto fático-normativo da controvérsia aproximou-se

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2003, *Inspire Art*, Processo C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512**. 1. Estados-Membros - Obrigações - Obrigação de punir as violações do direito comunitário - Alcance (Artigo 10.º CE) 2. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedades - Directiva 89/666 - Publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades sujeitas ao direito de outro Estado - Medidas de publicidade obrigatórias e facultativas - Legislação nacional que institui obrigações de publicidade não previstas pela directiva - Inadmissibilidade (Directiva 89/666 do Conselho, artigo 2.º) 3. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede sem aí exercer actividades comerciais - Estabelecimento de uma sucursal noutro Estado-Membro, subordinado a condições relativas ao capital mínimo e à responsabilidade dos administradores - Inadmissibilidade - Possibilidade de os Estados-Membros tomarem medidas contra as fraudes - Limites (Artigos 43.º CE e 48.º CE). Autor: Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam. Réu: Inspire Art Ltd. Relator: M. Wathelet, 30 set. 2003. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-10155, 2003. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48634&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4451538>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

daquele observado em *Centros*. Na hipótese, buscou-se explorar a vantagem de não haver exigência de capital mínimo para a constituição de empresas no Reino Unido. Diante disso, as autoridades neerlandesas demandaram que a sucursal averbasse na inscrição do registro da sucursal sua condição de sociedade estrangeira em perspectiva formal, sob pena de sanções. A recusa da empresa em cumprir essa determinação levou à disputa legal.

Em seguida, o TJUE reiterou que os motivos comerciais pelos quais uma sociedade decide constituir-se em EM, exceto casos de fraude, não importam para a fruição da liberdade de estabelecimento. Restrições como a exigência de capital mínimo ou a responsabilização dos administradores foram vistas como limitações a essa liberdade, sem constituir um uso abusivo da mesma. Assim, em uma relação entre companhia instituída em um EM e outro ente estatal na qual a pessoa jurídica exerce suas atividades, mediante sucursal, devem ser consideradas restrições à liberdade econômica a exigência de capital mínimo ou a responsabilidade dos administradores. Igualmente, a Corte não constatou recurso abusivo de formas jurídicas na espécie.

Após os casos analisados, questionou-se se a interpretação de *Daily Mail* tinha sido implicitamente superada, considerando a diferenciação de tratamento entre o Estado de origem e o Estado de destino. Duas décadas mais tarde, o TJUE proferiu resposta negativa a essa conjectura no caso *Cartesio*¹⁶. Nele se abordou a tentativa de uma empresa húngara de transferir sua sede social para a Itália, mantendo sua personalidade jurídica e o governo de suas relações internas pelas leis do primeiro país. Dito de outra forma, exigia-se da sociedade de comandita simples a dissolução na Hungria com posterior reincorporação sob a legislação italiana, o que não seria necessário para transferências internas.

Contrariando a opinião do Advogado Geral Poiares Maduro, que via nessa

¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 2008, *Cartesio*, Processo C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723.** Transferência da sede de uma sociedade para um Estado-Membro diferente daquele onde foi constituída – Pedido de alteração da inscrição relativa à sede no registo comercial – Recusa – Recurso de uma decisão de um tribunal responsável pela manutenção do registo comercial – Artigo 234.º CE – Reenvio prejudicial – Admissibilidade – Conceito de ‘órgão jurisdicional’ – Conceito de ‘órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno’ – Recurso de uma decisão que ordena um reenvio prejudicial – Poder do juiz de recurso de anular essa decisão – Liberdade de estabelecimento – Artigos 43.º CE e 48.º CE. Autor: Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. Relator: C. W. A. Timmermans, 16 dez. 2008. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-10155, 2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0210>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

oportunidade uma superação jurisprudencial de *Daily Mail*, o Tribunal decidiu que cabe a cada Estado Membro decidir sobre a permissão para a transferência de sede de empresas domésticas para outro Estado Membro e, mesmo assim, manter-se vinculada à legislação do país de origem. Isso porque as normas de conexão são questões de soberania fiscal não submetidas a harmonização. Por conseguinte, pode-se dizer que existe uma diferença entre situações nos quais a transferência ocorre com ou sem reincorporação e mudança da legislação nacional de regência. Em síntese, a hipótese de *Cartesio* não restaria alcançada pela liberdade de estabelecimento, bem como se ratificou que não há preferência no plano comunitário entre as teorias de incorporação e de sede real em casos de mobilidade transnacional de corporações.

Segundo análise de Panayi¹⁷, a possibilidade de medidas restritivas desde a perspectiva de saída ou migração transnacional persiste, embora não se aceite a existência de uma imunidade geral por parte da Corte. Noutra giro, para Pistone e Dourado¹⁸, o TJUE deixou de analisar se os próprios fatores de conexão são contrários à liberdade de estabelecimento, como já havia sido reconhecido quanto aos indivíduos, por entenderem devida a apresentação de justificativas plausíveis para além do objetivo de justa alocação de poderes tributários. Em suas visões, a definição de nexos ultrapassa as disparidades entre legislações nacionais, mostrando-se discriminação incompatível com o direito europeu. Afinal, do ponto de vista tributário, é possível escamotear no marco legislativo comercial a existência de tributos de saída, os quais deveriam ser extintos ou coordenados em arena supranacional.

Em resumo, a partir de análise compreensiva do repertório jurisprudencial do TJUE aqui perfectibilizada, é possível inferir a significativa repercussão que a dinâmica societária possui na integração tributária da UE, principalmente no que tange aos direitos dos contribuintes, pessoas naturais ou físicas. Desse modo, mostra-se necessário compreender as nuances do regime de tributos de saída em relação aos indivíduos e às companhias.

¹⁷ PANAYI, Christiana Hji. *Op. Cit.* p. 273

¹⁸ DOURADO, Ana Paula; PISTONE, Pasquale. Looking Beyond Cartesio: reconciliatory interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities. *Intertax*, v. 37, n. 6/7, p. 342-345, 2009.

3. TRIBUTAÇÃO À SAÍDA COMO OBSTÁCULO À MOBILIDADE DE COMPANHIAS NA UNIÃO EUROPEIA

A tributação à saída ocorre em eventos transnacionais com relevância fiscal, especialmente quando uma pessoa residente deseja transferir seu domicílio ou ativos para fora da jurisdição do ente tributante. Essa medida visa prevenir a elisão fiscal decorrente da perda de conexão para tributação da renda ou da base tributável sob a soberania fiscal do Estado de origem.

Conforme já introduzido, a tributação à saída de corporações implica a cobrança de tributos pelo Estado de origem sobre empresas que transferem seus centros de gestão ou ativos para o Estado de destino. Assim, ela tende a ocorrer em casos de transferência transnacional da sede de direção efetiva, resultando na perda da jurisdição fiscal pelo Estado de origem, ou na realocação transfronteiriça de ativos dentro de um empreendimento, isto é, entre a sede e um ou mais estabelecimentos permanentes.

Do ponto de vista fiscal, exigir o pagamento antecipado de tributo antes da ocorrência do fato gerador tende a contrariar a liberdade de estabelecimento, seja de pessoas físicas, seja de jurídicas, ou a movimentação de capitais. Isso porque apresenta efeitos dissuasórios ao contribuinte apenas em razão da transferência da residência fiscal. A despeito disso, é importante notar que há uma minoria da literatura que questiona se a tributação à saída representa de fato um problema para o mercado único da União Europeia¹⁹.

No entanto, com base na alocação balanceada de competências tributárias, o regime de tributos à saída pode ser aceitável sob o prisma do direito europeu, dependendo das normas nacionais, especialmente se houver justificativas para a interferência nas liberdades fundamentais ou demonstração da proporcionalidade da medida estatal.

Ademais, o efeito fiscal da tributação à saída produz danos ao mercado interno da UE, ao não reconhecer a opção pela transferência de domicílio por parte de

¹⁹ DABIJA, Vladislav. **Exit Taxation in the European Union: is there really a problem?**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário Europeu e Internacional) - Universidade Lund, Lund, 2015. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=5436075&fileId=5436076>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

companhia e a tributação imediata, independentemente da ocorrência de fato gerador. Na hipótese, o contribuinte migrante resta em situação fiscal mais desvantajosa em comparação ao residente que se confina a um único EM²⁰. Estruturalmente, esse estado de coisas dificulta a reestruturação das empresas frente às mudanças econômicas globais, reduz a liquidez corporativa e aumenta os custos de conformidade e fiscalização tanto para o Fisco quanto para os contribuintes.²¹

Em resumo, esta seção cuidará de pesquisa jurisprudencial referente ao TJUE no que toca às pessoas físicas e empresas. Do mesmo modo, será importante versar sobre as justificativas e a proporcionalidade das medidas estatais caracterizadas como tributação à saída.

3.1 TRIBUTOS DE SAÍDA EM PESSOAS NATURAIS

A harmonização negativa operada pela jurisprudência do TJUE em relação à tributação à saída operou-se com os indivíduos que se viam obstaculizados em sua liberdade de estabelecimento, ao receberem tratamento discriminatório de natureza tributária direta na esfera patrimonial no ato migratório para outro Estado-membro. Durante um tempo considerável, houve divergência em relação à proteção dos direitos do contribuinte, a depender do direito empresarial do EM de partida. Portanto, almejava-se estender a compreensão do direito europeu desde os indivíduos às companhias.

A esse respeito, compete ao TJUE realizar um juízo de compatibilidade entre a legislação nacional que opta por manter a tributação sobre as mais-valias não realizadas de um lado e, de outro, a primazia do direito europeu e a afirmação do mercado interno único. Esse exame jurisdicional envolve equilibrar a soberania nacional com a coesão comunitária.

Embora parcela da doutrina sustente que em *Biehl*²² já fosse possível inferir o

²⁰ CARINCI, Andrea. Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes, tra limiti, prospettive e contraddizioni. **Studi Tributari Europei**, n. 1, p. 1-8, 2009. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4738/4667>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²¹ FARCAS-LOHAN, Andreea. *Op. Cit.* p. 21.

²² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de maio de 1990, Biehl, Processo C-175/88, ECLI:EU:C:1990:186**. Livre circulação de pessoas - Trabalhadores - Igualdade de tratamento - Remuneração - Imposto sobre o rendimento -

perfil das regras comunitárias referentes aos tributos de saída²³, foi no caso *Lasteyrie du Saillant*²⁴ que se discutiu especificamente a antecipação da tributação sobre mais-valias não realizadas pela França, devido à mudança do domicílio fiscal do contribuinte para outro Estado-membro, visando prevenir a evasão fiscal. Na oportunidade, contribuinte contestou essa prática como uma limitação à sua liberdade de estabelecimento, que inclui o acesso e a prática de atividades autônomas em outra jurisdição.

Em resposta, o TJUE decidiu que, apesar de o imposto sobre sociedades da França não proibir o direito de estabelecimento, criou-se um efeito dissuasório para contribuintes desejosos de emigrar, resultando em um tratamento menos favorável *vis-à-vis* residentes sítos no território francês e que lá permanecessem. Na visão da Corte, a simples exigência de garantia já se demonstrava suficiente para desencorajar a mobilidade individual.

Além disso, o objetivo de prevenir a evasão fiscal não foi considerado uma justificativa válida, pois se aplicava a todas as formas de imigração, não apenas às situações artificialmente criadas para evitar a legislação nacional. Portanto, uma presunção geral de fraude fiscal é inaceitável sob o ponto de vista do direito europeu. Justificativas como a coerência do sistema tributário ou a perda de arrecadação também não foram aceitas como razões válidas para um tratamento discriminatório no âmbito dos impostos sobre sociedades.

No caso *N*²⁵, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou uma violação à

Reembolso do imposto pago em excesso num sistema de retenção na fonte - Reembolso condicionado à residência durante todo o ano de avaliação - Não autorizado. Autor: Klaus Biehl. Réu: Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg. Relator: G. Slynn, 8 mai. 1990. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-01779, 1990. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96053&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4483724>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²³ NOGUEIRA, João Félix Pinto. Exit taxation of companies in Portugal. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2011. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4817. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4817>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de março de 2004, de Lasteyrie du Saillant, Processo C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138**. Livre circulação de pessoas – Liberdade de estabelecimento – Legislação fiscal – Tributação das mais-valias latentes de valores mobiliários em caso de transferência do domicílio fiscal para outro Estado-Membro – Inadmissibilidade – Justificação – Inexistência. Autor: Hughes de Lasteyrie du Saillant. Réu: Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Relator: C. W. A. Timmermans, 11 mar. 2004. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-02409, 2004. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48987&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4483025>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de setembro de 2006, N, Processo C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525**. Livre circulação de pessoas – Artigo 18.º CE – Liberdade de estabelecimento – Artigo 43.º CE – Fiscalidade directa –

liberdade de circulação das pessoas decorrente da mudança de domicílio de um indivíduo dos Países Baixos para o Reino Unido. O indivíduo, único acionista de três empresas, enfrentaria tributação sobre ganhos de capital latentes, que foi substituída por um adiamento condicionado à prestação de garantia e à entrega de declarações fiscais periódicas. As medidas foram justificadas pelos Estados mencionados enquanto formas de prevenir a dupla tributação e assegurar uma distribuição adequada das competências tributárias.

Por sua vez, o TJUE determinou que tal situação é alcançada pela liberdade de estabelecimento. Nessa linha, é direito de um cidadão da UE de participar de maneira estável na economia de um Estado-Membro que não seja o seu de origem. No caso, observou-se um tratamento diferenciado em relação aos ganhos de capital, impondo aos imigrantes condições mais onerosas devido ao momento da tributação e às obrigações adicionais.

Apesar de reconhecer a possibilidade de um regime de tributação à saída, o TJUE afirmou que tal regime necessita de justificação baseada em objetivos de interesse geral, adotando medidas que sejam adequadas e necessárias. No contexto dos Países Baixos, a tributação à saída servia ao propósito de prover uma alocação justa das competências tributárias, em linha com o princípio da territorialidade fiscal. Contudo, na visão da Corte, a medida foi excessiva, pois existem alternativas menos restritivas, como, por exemplo, os mecanismos de cooperação mútua entre autoridades fiscais dos Estados-Membros em matéria de tributação direta, previstos no direito secundário comunitário.

Adicionalmente, considerou que o princípio da proporcionalidade exige que o Estado de origem permita a dedução integral de eventuais perdas até a venda efetiva das ações, quando tal dedução não for totalmente viável no Estado de destino.

Em outras instâncias, mas na mesma matéria, a Comissão Europeia iniciou ações de não conformidade contra as legislações de Espanha e Portugal. Nas hipóteses, alegou discriminação contra contribuintes que transferiam seu domicílio fiscal para outros Estados-Membros.

Tributação de mais-valias presumidas sobre participações substanciais em caso de mudança de domicílio fiscal para outro Estado-Membro. Autor: N. Réu: Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo. Relator: J. Klučka, 7 set. 2006. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-07409, 2018. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63683&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4482088>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Em *Comissão Europeia v. Reino da Espanha*²⁶, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou a legislação espanhola sobre o imposto de renda das pessoas físicas como uma restrição à liberdade de estabelecimento. Isso porque obrigava contribuintes emigrantes a liquidar imediatamente o tributo sobre rendimentos ainda não tributados, referentes ao último ano fiscal. Apesar de não aumentar a carga tributária individual, assentou-se que essa prática colocava os residentes na Espanha em uma posição mais vantajosa.

Nessa senda, o TJUE julgou a medida desproporcional, destacando que não havia justificativa para uma repartição equilibrada do poder de tributação nem conexão direta entre a tributação à saída e a coerência do sistema tributário. Mencionou-se, ainda, a assistência mútua em cobrança tributária como alternativa menos onerosa ao contribuinte.

No caso *Comissão Europeia v. República de Portugal*²⁷, identificou-se discriminação em operações de troca de participações sociais, onde o diferimento tributário se aplicava apenas a contribuintes que não transferiam sua residência para outro EM. Na espécie, compreendeu-se configurado tratamento desigual em operações que envolviam transferência de ativos e passivos para empresas não

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2012, Comissão/Espanha, Processo C-269/09, ECLI:EU:C:2012:439**. Incumprimento de Estado — Artigos 18.º CE, 39.º CE e 43.º CE — Artigos 28.º e 31.º do Acordo EEE — Legislação fiscal — Transferência da residência de um contribuinte para o estrangeiro — Obrigação de incluir todos os rendimentos não imputados na base tributável do último exercício fiscal — Perda da eventual vantagem que consiste no diferimento da dívida fiscal. Autor: Comissão Europeia. Réu: Reino de Espanha. Relator: M. Berger, 12 jul. 2012. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0269>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Portugal, Processo C-503/14, ECLI:EU:C:2016:979**. Incumprimento de Estado — Artigos 21.º, 45.º e 49.º TFUE — Artigos 28.º e 31.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu — Livre circulação das pessoas — Livre circulação dos trabalhadores — Liberdade de estabelecimento — Tributação das pessoas singulares sobre as mais-valias resultantes de uma permuta de partes sociais — Tributação das pessoas singulares sobre as mais-valias resultantes da transmissão da totalidade do património afeto ao exercício de uma atividade empresarial e profissional — Tributação à saída aplicável aos particulares — Cobrança imediata do imposto — Diferença de tratamento entre as pessoas singulares que permutam partes sociais e mantêm a sua residência no território nacional e as que procedem a essa permuta e transferem a sua residência para o território de outro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu — Diferença de tratamento entre as pessoas singulares que transmitem a totalidade do património relativo a uma atividade exercida numa base individual para uma sociedade com sede e direção efetivas no território português e as que procedem a essa transmissão para uma sociedade com sede e direção efetivas no território de outro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu — Proporcionalidade. Autor: Comissão Europeia. Réu: República Portuguesa. Relator: M. Berger, 21 dez. 2016. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0503>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

residentes.

Nesse contexto, a infração à liberdade de estabelecimento ocorria porque contribuintes que permaneciam em Portugal tinham o benefício do diferimento tributário sobre ganhos de capital de trocas de participações sociais até a futura venda dos ativos recebidos, enquanto aqueles que transferiam sua residência para outro EM eram obrigados ao pagamento imediato do tributo.

Portanto, o TJUE identificou que a restrição à liberdade fundamental era desproporcional, pois nem a garantia da eficiência ou coerência do sistema tributário, a justa distribuição da competência tributária, nem a prevenção da evasão fiscal sustentavam a legislação nacional. Afinal, sob a perspectiva do Tribunal, são menos restritivos mecanismos de assistência mútua entre EM e a falta de argumentação ou evidência de uma conexão direta entre a justificativa e a medida estatal.

Conclui-se que os Estados-Membros podem ajustar suas legislações nacionais sobre tributação à saída de pessoas físicas conforme as diretrizes do TJUE, buscando a coerência interna do sistema tributário ou uma alocação equilibrada das competências tributárias. Além disso, é viável reputar que o TJUE valoriza o princípio da territorialidade fiscal, conforme estabelecido no art. 13.5 da OCDE MS, admitindo sua importância relativa sobre as liberdades fundamentais para promover a tributação da renda mundial e assegurar uma distribuição justa do poder de tributação. Por conseguinte, as justificativas plausíveis cingem-se a requisitos de interesse geral expressos em equacionamento entre territorialidade, coerência e alocação de competências²⁸.

Demais disso, a consideração do sistema tributário nacional em específico demonstra-se relevante para a realização de juízo de compatibilidade com o direito europeu. Afinal, este é fundado na análise dos termos, condições e procedimentos fixados pelos Estados-membros para tributação de mais-valias latentes no caso de transferência de residência fiscal por parte de contribuinte. Sendo assim, o sistema tributário pode justificar a territorialidade da tributação sobre os rendimentos e sua convivência com o mercado interno único.

Seguidamente, destaca-se o caso *Picart*²⁹, julgado em 15 de março de 2018,

²⁸ PRIETO, Carla de. Exit Tax: Fiscal Territoriality and Company Transfer. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4734. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4734>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2018, *Picart*, Processo C-355/16, ECLI:EU:C:2018:184**. Reenvio

que envolveu a mudança de residência de um cidadão francês para um país terceiro, a Confederação Suíça. O contribuinte pretendia manter suas atividades econômicas na França, sem manter contato físico e regular com o país, e evitar a tributação imediata sobre ganhos de capital latentes. Embora o Tratado sobre a Livre Circulação de Pessoas permita a ampliação da liberdade de estabelecimento e a aplicação da jurisprudência do TJUE, reputou-se que a situação do contribuinte não se enquadrava na definição de trabalhador autônomo protegido por este tratado.

Portanto, a diferenciação de tratamento entre o residente que fica no Estado de origem e o requerente, que para evitar o pagamento imediato dos impostos precisaria fornecer garantias adequadas para a futura cobrança do imposto sobre sociedades, não constitui uma violação do direito europeu. Adicionalmente, observa-se que a transferência de residência mencionada não se insere no contexto do mercado interno europeu.

Por fim, importa compreender as razões de decidir do TJUE no caso *Wächter*³⁰ no âmbito de questão correlata. No quadro fático, um nacional alemão transferiu o seu domicílio da Alemanha para a Suíça, onde exerce atividade na área de consultoria informática, uma vez que é gerente de uma sociedade regida pelo direito suíço da qual detém 50% das participações sociais. O litígio instaurou-se pela exação perseguida pela Administração Fiscal de Konstanz a propósito da incidência de imposto sobre o rendimento a título da mais-valia derivada da participação na referida sociedade. Restou em xeque, portanto, se o Acordo sobre a Livre Circulação de Pessoas entre a Comunidade Europeia, seus Estados-Membros e a Confederação

prejudicial — Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas — Fiscalidade direta — Transferência do lugar de residência de um Estado-Membro para a Suíça — Tributação das mais-valias latentes sobre as participações substanciais no capital de sociedades estabelecidas no Estado-Membro de origem por ocasião dessa transferência — Âmbito de aplicação do Acordo. Autor: Christian Picart. Réu: Ministre des Finances et des Comptes publics. Relator: C. G. Fernlund, 15 mar. 2018. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0355>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2019, *Wächter*, Processo C-581/17, ECLI:EU:C:2019:138.** Reenvio prejudicial — Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça sobre a livre circulação de pessoas — Transferência do domicílio de uma pessoa singular de um Estado-Membro para a Suíça — Tributação das mais-valias latentes relativas às participações numa sociedade — Fiscalidade direta — Livre circulação dos trabalhadores independentes — Igualdade de tratamento. Autor: Martin Wächter. Réu: Finanzamt Konstanz. Relator: C. G. Fernlund, 26 fev. 2019. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0581>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Suíça, de 1999, deve ser interpretado no sentido de obstar uma regulamentação de um Estado-Membro segundo a qual, para não perder nenhum elemento de tributação, se tributam (sem diferimento) as mais-valias latentes, ainda não realizadas, dos direitos societários, quando um nacional desse EM que inicialmente aí estava sujeito a uma obrigação fiscal ilimitada transfere o seu domicílio dele para a Suíça, e não para outro EM.

Por sua vez, a Grande Seção do TJUE aportou resposta efetiva, compreendendo restar afrontada a livre circulação dos trabalhadores independentes, dado que deve vigorar a igualdade de tratamento fiscal na espécie. Em síntese, a Corte assentou que o mencionado tratado não permite que um Estado-Membro cobre impostos, no momento da mudança de domicílio para a Suíça, sobre ganhos de capital não realizados em participações sociais de um cidadão que muda seu domicílio desse EM para a Suíça. Tal cobrança só deve ocorrer quando os ganhos são efetivamente realizados, ou seja, na venda dessas participações.

3.2 TRIBUTOS DE SAÍDA EM PESSOAS JURÍDICAS

Após explorar os tributos de saída incidentes sobre pessoas naturais e suas implicações na liberdade de estabelecimento, urge tratar do universo das pessoas jurídicas, onde a complexidade se amplia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre esta matéria ilumina as nuances distintas enfrentadas pelas corporações em movimentos transnacionais.

Como anotado anteriormente, o TJUE adotou, de início, uma perspectiva focada no direito societário para analisar casos transnacionais de transferência de sede, examinando a compatibilidade da teoria da sede real com o direito europeu. No entanto, o caso *National Grid Indus*³¹ marcou a primeira vez em que a Corte avaliou a

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus*, Processos C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785.** Transferência da sede de direcção efectiva de uma sociedade para um Estado-Membro diferente daquele em que a sociedade foi constituída – Liberdade de estabelecimento – Artigo 49.º TFUE – Tributação das mais-valias latentes atinentes aos activos de uma sociedade que faz uma transferência de sede entre Estados-Membros – Determinação do montante do imposto no momento da transferência da sede – Cobrança imediata do imposto – Proporcionalidade. Autor: National Grid Indus BV. Réu: Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam. Relator:

compatibilidade da tributação à saída em empresas com a liberdade de estabelecimento, permitindo revisitar as orientações jurisprudenciais estabelecidas em *Daily Mail* e *Cartesio*, além de delinear o alcance da liberdade de estabelecimento para empresas.

Especificamente, o caso envolveu uma empresa de responsabilidade limitada neerlandesa que, ao transferir sua gestão efetiva para o Reino Unido, onde sua matriz estava localizada, enfrentou a tributação das mais-valias latentes de seus ativos enquanto uma espécie de "acerto fiscal final". Segundo o tratado contra dupla tributação contraído pelos Estados-membros supracitados, a tributação deveria ocorrer no local da gestão efetiva, o que, na prática, retirava do Estado de origem o poder de tributar os lucros da empresa.

Nesse contexto, a legislação nacional da Holanda permitia a realização do referido acerto de contas. Esse ponto restou contestado em face da liberdade de estabelecimento por conta da imediatividade da tributação sem a realização do fato gerador ou a possibilidade de diferimento, nem a dedução das perdas subsequentes à transferência.

Preliminarmente, o TJUE definiu que o caso encontraria guarida no art. 49 do TFUE, pois a transferência da direção efetiva não afetou o status de sociedade neerlandesa da National Grid Indus, haja vista a dupla residência obtida em razão de tratado bilateral. Então, seria possível impugnar exação tributária com base nesse parâmetro comunitário.

No mérito, o Tribunal identificou um tratamento fiscal discriminatório, dado que empresas que mantêm sua gestão nos Países Baixos só são tributadas sobre mais-valias na realização desses ganhos. Por outro lado, reconheceu que a legislação buscava uma alocação balanceada de competências tributárias, justificada pelo princípio da territorialidade fiscal. Ainda, o TJUE diferenciou a quantificação do tributo de sua recuperação. Ao contrário do caso *N*, não considerou necessária a dedutibilidade total das menos-valias no Estado de origem se isso não fosse possível no Estado de destino. Isso evitaria a dupla não tributação. Ademais, diferentemente do que se passou em *Marks & Spencer*³², o TJUE concluiu que a simetria entre o

K. Lenaerts, 29 nov. 2011. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-12273, 2011. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0371>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, Processos C-446/03,**

direito de tributar lucros e a obrigação de deduzir perdas não exigia a consideração de perdas após a transferência, inclusive cambiais.

Em relação à cobrança imediata do imposto no momento da transferência da direção efetiva, preponderou a divisão categórica entre asserção do *quantum* da obrigação tributária e a arrecadação do crédito, o que leva a considerar definitiva a asserção do valor no momento do traslado corporativo. Portanto, o TJUE julgou que a mera execução da obrigação pode ser feita pela assistência mútua existente entre os Estados de origem e de destino, o que representa medida menos gravosa e identicamente adequada para assegurar o crédito do primeiro.

Apesar da expectativa da comunidade jurídica, a *ratio decidendi* de *National Grid Indus* não pacificou, em definitivo, a querela acerca da distinção entre empresas imigrantes e emigrantes, nos moldes de *Daily Mail* e *Cartesio*, ou da possível equiparação entre pessoas físicas e jurídicas em relação ao direito de estabelecimento e tributação à saída.

Ainda assim, destacou-se que a tributação à saída é juridicamente possível se justificada, sugerindo tributos de saída proporcionais definidos pela avaliação prévia do capital tributável e permitindo o adiamento do pagamento, mesmo com juros e custos administrativos. Assim, a liberdade de estabelecimento, embora crucial para o mercado interno, não garante por si só a neutralidade tributária na migração corporativa diante do risco de perda da base tributária por parte dos EM. Por isso, restou viável aos comentadores da decisão apresentarem análise pela discrepância entre a autocontenção da Corte em matéria de direito comercial e os casos tributários, assim como no que diz respeito ao grau de proteção entre pessoas naturais e jurídicas³³.

Enfim, a importância do julgado reside na possibilidade jurídica da tributação à saída, desde que justificada. Logo, é possível falar em tributos de saída proporcionais,

ECLI:EU:C:2005:763. Artigos 43.º CE e 48.º CE – Imposto sobre as sociedades – Grupos de sociedades – Dedução fiscal – Benefícios das sociedades-mãe – Dedução dos prejuízos sofridos por uma filial residente – Autorização – Dedução dos prejuízos sofridos noutro Estado-Membro por uma filial não residente – Exclusão. Autor: Marks & Spencer plc. Réu: David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes). Relator: C. Gulmann, 13 dez. 2005. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, I-10866, 2005. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5670612>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³³ PANTAZATOU, Katerina. National Grid Indus: The first case on companies' exit taxation. **European Business Law Review**, v. 23, n. 6, p. 945-972, 2012. DOI: 10.54648/eulr2012039. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Business+Law+Review/23.6/EULR2012039>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

desde que exista asserção prévia do capital tributável sem necessidade de consideração das perdas posteriores, bem como seja imperativa o exercício da faculdade de diferimento pelo contribuinte. Assim, a despeito de ser um dos mecanismos mais relevantes para garantir o mercado interno, a liberdade de estabelecimento não tem aptidão, por si só, para assegurar a neutralidade tributária na imigração corporativa *vis-à-vis* o risco de perda donexo e o poder de tributar por parte de um Estado-membro.³⁴

Fixado esse precedente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) analisou várias ações de inconformidade iniciadas pela Comissão Europeia contra legislações nacionais dos Estados-Membros relacionadas aos tributos de saída.

No caso *Comissão/Portugal*³⁵, foram examinadas regras que exigiam a tributação imediata de ganhos de capital não realizados quando uma empresa transferia sua sede ou direção efetiva de Portugal para outro Estado-Membro. Apesar dos objetivos de distribuição equilibrada das competências tributárias, o TJUE viu essa exigência como uma restrição desproporcional à liberdade de estabelecimento.

Da mesma forma, a legislação neerlandesa, que impunha a tributação imediata em transferências transnacionais de ativos ou estabelecimentos permanentes, foi invalidada em *Comissão/Países Baixos*³⁶. O tribunal também reconheceu a incompatibilidade das leis de Espanha e Dinamarca com a liberdade de estabelecimento, pela imposição da tributação imediata em casos de transferência de sede para outro Estado-Membro.

³⁴ BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law. **European Company and Financial Law Review**, v. 9, n. 1, p. 101-110, 2012. DOI: 10.1515/ecfr-2012-0101. Disponível em: < <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ecfr-2012-0101/html>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de setembro de 2012, Comissão/Países Baixos, Processo C-38/10, ECLI:EU:C:2012:521**. Incumprimento de Estado — Artigo 49.º do TFUE — Legislação fiscal — Transferência do domicílio fiscal — Transferência de ativos — Imposto imediato à saída. Autor: Comissão Europeia. Réu: República Portuguesa. Relator: K. Schiemann, 6 set. 2012. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0038>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Sétima Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2013, Comissão/Países Baixos, Processo C-301/11, ECLI:EU:C:2013:47**. Legislação fiscal — Transferência de domicílio fiscal — Liberdade de estabelecimento — Artigo 49.º do TFUE — Tributação de mais-valias não realizadas — Tributação imediata à saída. Autor: Comissão Europeia. Réu: Reino dos Países Baixos. Relator: M. G. Arestis, 31 jan. 2013. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2016. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133246&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5664142>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Em *Verder LabTec*³⁷, mediante reenvio prejudicial, analisou-se a transferência de ativos (direitos de propriedade intelectual) de uma sociedade de comandita, sediada na Alemanha, para uma filial nos Países Baixos. A Administração Tributária Alemã permitiu o parcelamento do imposto em dez anos, mas o contribuinte contestou, argumentando que o imposto deveria ser cobrado apenas na realização dos ganhos de capital.

Na oportunidade, o TJUE teve a oportunidade de explicitar o que já contido em *National Grid Indus*, pois reconheceu a ingerência da esfera da liberdade de estabelecimento, a partir da comparação do caso em tela e a companhia que remanesca residente no Estado de origem. Contudo, a tributação à saída é viável para corresponder a razões imperiosas de interesse geral, notadamente a preservação da repartição da competência tributária, desde que guarde proporcionalidade. Assim, além de adequada à realização dos fins, a medida do Fisco alemão não foi além do necessário, por conferir a possibilidade de diferimento do pagamento da obrigação tributária em prazo até maior do que o cinco anos já chancelado pela Corte em *DMC*³⁸.

Em *Curadores de P Panayi Acumulação e Manutenção Settlements*³⁹, a

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de maio de 2015, *Verder LabTec*, Processos C-657/13, ECLI:EU:C:2015:331.** Reenvio prejudicial — Fiscalidade — Liberdade de estabelecimento — Artigo 49.º TFUE — Restrições — Cobrança parcelada do imposto relativo às mais-valias latentes — Preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros — Proporcionalidade. Autor: *Verder LabTec GmbH & Co. KG*. Réu: *Finanzamt Hilden*. Relator: C. G. Fernlund, 21 mai. 2015. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0657>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2014, *DMC*, Processos C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20.** Fiscalidade — Imposto sobre as sociedades — Transmissão de participações numa sociedade de pessoas a uma sociedade de capitais — Valor contabilístico — Valor venal — Convenção para a prevenção da dupla tributação — Tributação imediata de mais-valias latentes — Diferença de tratamento — Restrição à livre circulação de capitais — Preservação da repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros — Proporcionalidade. Autor: *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH*. Réu: *Finanzamt Hamburg-Mitte*. Relator: E. Levits, 23 jan. 2014. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0164>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

³⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2017, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements*, Processos C-646/15, ECLI:EU:C:2017:682.** Reenvio prejudicial — Fiscalidade direta — Liberdade de estabelecimento — Livre prestação de serviços — Livre circulação de capitais — Trust — Trustees — Outras pessoas coletivas — Conceito — Imposto sobre as mais-valias relativas aos bens detidos em trust por transferência da residência fiscal dos trustees para outro Estado-Membro — Determinação do montante do imposto no momento dessa transferência — Cobrança imediata do imposto — Justificação — Proporcionalidade. Autor: *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements*. Réu: *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*. Relator: C. G. Fernlund, 14 set. 2017. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2017. Disponível em:

situação fática consistiu na transferência de domicílio dos curadores (*trustees*) de um *trust* instituído no Reino Unido por um cidadão cipriota, cujos beneficiários eram seus familiares. Nessa operação triangular, os curadores são considerados um todo uno e contínuo. Com a decisão do instituidor de se eximir da condição de curador e delegar a três outras pessoas domiciliadas no Chipre, a Administração Tributária britânica compeliu o contribuinte ao pagamento das mais-valias não realizadas, sob o pretexto de resguardar a repartição de seus poderes tributários.

O TJEU decidiu que houve na hipótese fático-normativa tratamento discriminatório ao *trust* unicamente pela residência dos curadores, considerado como referência a situação da mesma figura na hipótese em que os *trustees* são residentes do Estado de origem. Logo, a legislação nacional seria desestimulante ao exercício da liberdade de estabelecimento. Porém, configurou-se, ao ver do Tribunal, razão de interesse público com aptidão para justificar a ingerência em questão. Afinal, a transferência transnacional da administração de um *trust* não pode significar a renúncia por parte do Estado de partida ao direito de gravar uma mais-valia surgida antes desse evento. Demais, a possibilidade de taxação direta dos beneficiários não seria suficiente para garantir a repartição equilibrada de competências tributárias, porque as últimas restariam ao alvedrio dos curadores.

Por outro lado, a legislação nacional do Reino Unido foi considerada incompatível com o direito primário europeu, pois não fornecia alternativa ao pagamento imediato dos tributos, por meio do diferimento da obrigação, mesmo que houvesse a cobrança de juros e tarifas correspondente aos encargos do Fisco.

Noutro giro, em *A Oy*⁴⁰, debateu-se sobre a interpretação do art. 49º do TFUE e do art. 10.2 da Diretiva 90/434/CEE, de 1990, pertinente ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0646>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2017, A Oy, Processos C-292/16, ECLI:EU:C:2017:888**. Reenvio prejudicial — Liberdade de estabelecimento — Fiscalidade direta — Imposto sobre as sociedades — Diretiva 90/434/CEE — Artigo 10.º, n.º 2 — Entrada de ativos — Estabelecimento estável não residente transferido, no âmbito de uma operação de entrada de ativos, para uma sociedade beneficiária igualmente não residente — Direito de o Estado-Membro da sociedade contribuidora tributar os lucros ou as mais-valias verificadas por ocasião da entrada de ativos — Legislação nacional que prevê a tributação imediata, desde o ano da transferência, dos lucros ou das mais-valias — Cobrança do imposto devido como receita do ano fiscal em que a operação de entrada de ativos teve lugar. Autor: A Oy. Relator: C. G. Fernlund, 23 nov. 2017. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0292>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

de Estados-membros diferentes. No quadro fático-normativo, o litígio iniciou-se com pleito apresentado por sociedade regida pelo direito finlandês a propósito da tributação imediata das mais-valias de um estabelecimento estável não residente dessa pessoa, verificadas por ocasião da transferência desse estabelecimento para uma sociedade igualmente não residente no âmbito de uma operação de entrada de ativos e de cobrança do imposto devido como receita do ano fiscal em que essa operação teve lugar.

Em resolução ao caso, o TJUE declarou que o artigo do tratado obsta que uma legislação nacional que preveja a tributação imediata dos ganhos de capital verificados por ocasião da operação mencionada, ao passar que inadmita a cobrança diferida do imposto devido. Isso porque, no caso, essas mais-valias só seriam tributadas quando da cessão dos ativos transferidos numa situação nacional equivalente, por não ser autorizada a cobrança diferida desse imposto.

Ainda, em *Marc Jacob*⁴¹, desenvolveu-se o tema da liberdade de estabelecimento na operação de permuta de títulos entre sociedades de entes estatais distintos. Justamente porque o Fisco francês impôs a tributação de mais-valias resultantes de uma operação de permuta de títulos por ocasião da cessão posterior dos títulos recebidos. Colocou-se, então, em questão a interpretação do mesmo art. 49 do TFUE e do art. 8º da mencionada diretiva das fusões.

No tocante ao dispositivo da diretiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou que esse não se opõe a uma legislação de EM que preconize a necessidade de declaração da mais-valia por ocasião da operação, mas deixe que a tributação somente seja reportada ao ano durante o qual se verifica o facto que põe termo a esse reporte de tributação, a saber, a cessão dos títulos recebidos em troca. Na mesma direção, a diretiva das fusões não impede que a legislação de um Estado-membro preveja a tributação da mais-valia referente a uma operação de permuta de títulos,

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Seção). **Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, *Marc Jacob*, Processos C-327/16, ECLI:EU:C:2018:210.** Reenvio prejudicial — Fiscalidade direta — Liberdade de estabelecimento — Fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações com interesse para sociedades de Estados diferentes — Diretiva 90/434/CEE — Artigo 8.o — Operação de permuta de títulos — Mais-valias referentes a essa operação — Reporte de tributação — Menos-valias por ocasião da cessão posterior dos títulos recebidos — Competência de tributação do Estado de residência — Diferença de tratamento — Justificação — Preservação da repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros. Autor: Marc Jacob. Réu: Ministre des Finances e des Comptes publics. Relator: C. G. Fernlund, 22 mar. 2018. Coletânea da jurisprudência, Luxemburgo, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0327>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

posta em reporte fiscal, quando da cessão posterior dos títulos recebidos em troca, apesar de essa cessão não estar abrangida pela sua competência tributária.

Em síntese, a partir do caso *National Grid Indus*, o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu diretrizes claras sobre a tributação à saída para corporações no mercado interno europeu nos últimos anos. É certo que ainda persistem questões sobre a comparação entre a jurisprudência da Corte em matéria comercial e tributária, bem como sobre o equilíbrio entre a definição do valor do tributo e sua cobrança efetiva, pois a primeira pode, em teoria, restringir as liberdades fundamentais. Porém, em avaliação geral, a jurisprudência do TJUE tende a uma abordagem comum e estável sobre a matéria.

4. ANÁLISE DO REPERTÓRIO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Vencida etapas referentes à coleta de dados no âmbito de pesquisa jurisprudencial temática e, em seguida, a um esforço descritivo desse *corpus*, urge neste momento do artigo apresentar análise crítica e compreensiva das orientações colhidas do TJUE, à luz do problema de pesquisa. Nesse sentido, o olhar se centrará precipuamente nas justificativas à adoção de tributos de saída apresentadas pelos Estados-membros que receberam aceitação, ou não, por parte da Corte com esteio no direito comunitário, bem como nas possibilidades de coordenação da tributação à saída das corporações no mercado interno europeu, via pronunciamentos jurisdicionais.

Em relação às justificativas para medidas restritivas em face das liberdades fundamentais, torna-se conveniente examiná-las e explorar as possibilidades vislumbradas de desenvolvimento dos tributos de saída na União Europeia. Nesse sentido, pôde-se ver que a jurisprudência do TJUE utiliza frequentemente o teste da razoabilidade para avaliar os argumentos dos Estados-Membros em favor da manutenção de seus regimes de tributação à saída. Esse teste exige o cumprimento de quatro critérios: não discriminação, fundamentação em necessidades imperativas de interesse geral, adequação da medida aos objetivos propostos e estrita

necessidade da ação.

Entre as justificativas válidas para a tributação à saída, que podem afetar a liberdade de estabelecimento, incluem-se a garantia da eficácia da fiscalização tributária, a prevenção da elisão fiscal, a manutenção de uma distribuição equilibrada das competências tributárias entre os EM, a prevenção da dupla tributação, a coerência do sistema tributário nacional e o princípio da territorialidade⁴².

Em apertada síntese, à medida que aumenta a harmonização jurídica em matéria de impostos diretos na UE, revela-se progressivamente mais desafiador justificar a tributação à saída com base em razões imperativas de interesse público e no princípio da proporcionalidade.

Noutro giro, o propósito anti-elisivo tende a possuir maior destaque nas argumentações em defesa da tributação à saída, a ponto de sustentar-se que o instituto tende a sair da condição de barreira ao mercado interno para ocupar a função de instrumento de combate à elisão fiscal⁴³. Além do previsto nas diretivas antielisão, o TJUE já propõe em diretrizes jurisprudenciais caracterizáveis como testes objetivo (a indicação de que a conduta do contribuinte possui um objetivo comercial compatível ao direito europeu) e subjetivo (inexistência de condições totalmente artificiais para beneficiar-se de vantagens fiscais a pretexto de fruição das liberdades fundamentais).

Em relação à compatibilização dos tributos de saída com as liberdades fundamentais, especialmente a de estabelecimento e a de movimentação de capitais, é possível visualizar caminhos para a conciliação entre o princípio da territorialidade e a justa e balanceada alocação de poderes tributárias. A esse propósito, verificou-se que a reação estatal de tributação imediata de mais-valias latentes à transferência de ativos ou estruturas de negócios para outro EM representa discriminação à companhia imigrante, em contrariedade à liberdade de estabelecimento. Isso porque gera-se uma situação desvantajosa em termos de tesouraria (*cash flow*) e custo de capital. Ademais, é plausível a ocorrência de dupla tributação no interior da UE, desde que o Estado de acolhimento não conceda um *step-up* suficiente à base tributária.

À luz desse panorama, rememora-se não ocorrer harmonização quanto à questão no direito europeu ou regulação no âmbito de tratados tributários bilaterais,

⁴² HELMINEN, Marjaana . **EU Tax Law: direct taxation**. Amsterdã: IBFD, 2023. p. 155-180. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/shop/book/eu-tax-law-direct-taxation-2023>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

⁴³ PEETERS, Steven. Exit taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool. **EC Tax Review**, [S.l.], v. 26, n. 3, p. 122-132, 2017.

fundamentados ou não da OCDE MC. Além disso, embora represente importante contributo ao processo de integração, a via negativa representada pela jurisprudência do TJUE não possui aptidão para solucionar o conflito entre tributação à saída e mercado interno, tendo em vista que a Corte não detém autoridade para forçar a cooperação dos EM para evitar que seus regimes nacionais de tributos de saída conduzam a desvantagens de *cash flow* e juros, ou mesmo dupla tributação da renda.

Na qualidade de proposta de mudança, é certo que não deveria haver diferença de tratamento tributário, notadamente a carga tributária, em relação a atividades econômicas que possuam caráter transfronteiriço. Isso porque na seara europeia o mercado comum e respectivas liberdades econômicas impelem à inexistência de fronteiras à movimentação de bens, pessoas, serviços e capitais. Do mesmo modo, no âmbito internacional, a ideia de renda mundial, na qual o Estado em que se gera a riqueza é detentor do direito de tributar, também demanda solução coordenada para a questão.

Como ponto de partida, tornou-se inviável advogar pela incompatibilidade completa da tributação à saída em relação ao direito europeu, justamente porque este não resta harmonizado quanto aos tributos diretos e trata-se de espaço de atuação da soberania dos EM. No entanto, é insofismável a excepcionalidade da imposição de tributos de saída sobre mais-valias ainda não realizadas. Consiste, portanto, em última razão para exercer a tributação sobre reservas ocultas prestes a deslocarem-se da jurisdição tributária de um Estado de origem. Ou seja, instrumento de relevância ímpar funcionalizado para alocação da competência tributária⁴⁴.

De acordo com Röder, há dois pilares de desenvolvimento de um regime de tributação à saída compatível com o mercado interno: os tributos de saída não devem distorcer atividades econômicas, ao mesmo tempo em que devem salvaguardar os poderes de tributação dos Estados sobre mais-valias corporativas ainda não realizadas⁴⁵.

Igualmente, o principal desafio do expediente reside na própria razão de ser das mais-valias latentes, isto é, elas surgem porque os sistemas nacionais adotam a alienação como fato gerador do imposto sobre as sociedades, e não sua aquisição.

⁴⁴ SCHÖN, Wolfgang. Tax Issues and Constraints to Reorganization and Reincorporation in the EU – The European Company Statute and Taxation. **Tax Notes International**, Londres, n. 34, p. 197-204, 2004.

⁴⁵ RÖDER, Erik. Co-ordination of corporate exit taxation in the internal market and beyond. **British Tax Review**, Londres, n. 5, p. 574-604, dez. 2014.

Aliado a isso, existe uma dificuldade intransponível para avaliar de forma compreensiva o valor justo de mercado em operações transnacionais, o que poderia equiparar de forma positiva a situação das companhias imigrantes e aquelas que permanecem residentes no Estado de origem. A alternativa para um tratamento não discriminatório seria estender a imediação dos tributos de saída às operações internas, o que também não seria recomendável pela degradação da estrutura organizacional induzida pela via fiscal.

Nesse contexto, comprovada a inviabilidade de soluções definitiva, resta a aproximação do marco transnacional ao doméstico, por meio da coordenação tributária que perpassa o alinhamento dos efeitos fiscais combinados do Estado de partida e o de acolhida, de modo a garantir a alocação balanceada de competências tributárias entre as jurisdições.

A título de estabelecer premissas, impende reduzir o escopo da tributação à saída aos casos em que haja transferência transnacional da direção efetiva da companhia, e não só nova atribuição de ativos da matriz a estabelecimentos permanentes e vice-versa. Igualmente, dado o caráter excepcional do regime, os tributos de saída somente são viáveis quando existe a efetiva perda da jurisdição tributária das mais-valias latentes pelo Estado de partida.

O fundamento da coordenação dos EM para resolver o conflito entre tributação à saída e mercado interno passa pela fixação tanto do montante do tributo quanto do tempo, de modo a chegar a um valor justo de mercado das mais-valias. Trata-se de uma tarefa hercúlea, se levado em consideração os incentivos do Estados de origem e de acolhida para aumentar ou abaixar respectivamente o numerário, de modo a favorecer os interesses arrecadatários de cada qual. Com base nisso, o Estado de destino deve garantir um *step-up* ou *step-down* para nivelar o cálculo do valor das mais-valias adquiridas na jurisdição do Estado de origem. Caso contrário, haveria um severo risco de dupla tributação, agravado pela compreensão do TJUE segundo a qual o Estado de origem não se vincula às deduções das perdas ocorridas após a transferência da direção efetiva.

Em suma, sugere-se que a alocação balanceada das competências tributárias entre o Estado de saída e o de destino centre-se no justo valor de mercado ao tempo da transferência de residência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tributação à saída de corporações consiste na imposição tributária pelo Estado de partida incidente sobre companhias que transferem seus centros de gestão ou ativos para o Estado de destino. Nesse sentido, representa, em regra, obstáculo ao desenvolvimento do mercado interno da União, por provocar desvantagens de fluxo de caixa ou custo de capital às sociedades imigrantes, impedindo ou desestimulando o exercício da liberdade de estabelecimento.

Nesse universo temático, procedeu-se recorte fundamentado em pesquisa jurisprudencial pautada no Tribunal de Justiça da União Europeia. Assim, buscou-se por indução à generalização das razões de decidir da Corte no que diz respeito à mobilidade transnacional corporativa e seus reflexos tributários oriundos do Estado de saída. De plano, inferiu-se que não há preferência no direito europeu entre as teorias de incorporação ou constituição e de sede real, assim como a compatibilidade do último método de solução de conflitos corporativos em relação às liberdades fundamentais. Dessa análise também se revelaram disparidades entre as legislações nacionais e em que ponto o tratamento nacional mostra-se discriminatório.

Igualmente, argumentou-se que o efeito fiscal da tributação à saída produz danos ao mercado interno da UE, ao não reconhecer a opção pela transferência corporativa de domicílio e a tributação imediata, independentemente da ocorrência de fato gerador, produzindo situação desvantajosa.

No tocante à tributação à saída incidentes sobre indivíduos, o TJUE construiu diretriz jurisprudencial protetiva à liberdade de circulação de pessoas, ao impedir a tributação antecipada de mais-valias latentes, o reconhecimento da desproporcionalidade da prestação de garantias ou de declarações fiscais periódicas e a dedutibilidade plena dos prejuízos sofridos mesmo após a transferência.

Embora haja certa convergência, o nível protetivo de contribuintes pessoas jurídicas é menor. A imediação da tributação à saída é terminantemente proibida, contudo o regime é possível a partir de justificativas adequadas que não ultrapassem o limite do necessário. Para isso, exige-se a asserção prévia do capital tributável sem a necessidade de consideração das perdas posteriores e a imperiosidade do

diferimento, mesmo que se exija o pagamento de juros e tarifas emanadas dos encargos administrativos. Igualmente, a neutralidade fiscal não resta atendida pela mera afirmação da liberdade de estabelecimento, pois o que se tutela é o risco de perda do nexa e o poder de tributar por parte de EM.

Do mesmo modo, as razões imperiosas de interesse geral guardam especial importância para a construção de justificativas à ingerência da liberdade de estabelecimento. Extrai-se, portanto, dos testes da razão as possibilidades de persecução de impostos de saída para fins de salvaguarda da efetividade da fiscalização tributária, propósito antielisão, preservação da alocação balanceada das competências tributárias entre os Estados-membros, prevenção à dupla tributação da renda, a coerência do sistema tributário nacional e princípio da territorialidade. Enfim, conclui-se que em uma visão restritiva à tributação à saída e com maximização do mercado interno torna-se progressivamente dificultosa o empreendimento de justificação do regime de tributos de saída.

Por outro lado, argumentou-se em prol da coordenação da temática sob a perspectiva da alocação balanceada das competências tributárias entre o Estado de saída e o de destino centrada no justo valor de mercado no momento da transferência de residência. Também foram suscitadas dúvidas acerca da forma de introdução dessa proposta de harmonização no direito europeu ou internacional tributário.

Sendo assim, espera-se alcançado o objetivo de estabelecer balizas sólidas para a conformação da ação dos EM quanto ao regime de tributação à saída, além da abertura de caminhos para a harmonização da temática com a finalidade de reconciliar o mercado interno e os tributos de saída proporcionais.

REFERÊNCIAS FINAIS

BIERMEYER, Thomas; ELSENER, Fabio; TIMBA, Fiona. The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law. **European Company and Financial Law Review**, v. 9, n. 1, p. 101-110, 2012. DOI: 10.1515/ecfr-2012-0101. Disponível em: <<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ecfr-2012-0101/html>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

CARINCI, Andrea. Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes, tra limiti, prospettive e contraddizioni. **Studi Tributari Europei**, n. 1, p. 1-8, 2009. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4738/4667>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

DABIJA, Vladislav. **Exit Taxation in the European Union: is there really a problem?**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário Europeu e Internacional) - Universidade Lund, Lund, 2015. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=5436075&fileId=5436076>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

DI PIETRO, Adriano. Past and perspectives of exit tax. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4736. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4736>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

DOMINGUES, Paulo de Tarso; CARVALHO, Maria Miguel. **A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2016.

DOURADO, Ana Paula; PISTONE, Pasquale. Looking Beyond Cartesio: reconciliatory interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities. **Intertax**, [S.l.], v. 37, n. 6/7, p. 342-345, 2009.

FARCAS-LOHAN, Andreea. **Company Migration: a study on the european corporate exit taxation**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial Europeu) – Universidade Lund, Lund, 2013. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3811105&fileId=3811115>>. Acesso em: 24 mar. 2024.

HELMINEN, Marjaana. **EU Tax Law: direct taxation**. Amsterdã: IBFD, 2023. p. 155-180. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/shop/book/eu-tax-law-direct-taxation-2023>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

LEE, YUN KI. Direito ao esquecimento: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e Superior Tribunal de Justiça e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Brasil, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/351>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

NOGUEIRA, João Félix Pinto. Exit taxation of companies in Portugal. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2011. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4817. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4817>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

PANAYI, Christiana Hji. Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of Eu Tax Law. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Cambridge, v. 13, p. 245-282, 2010-2011. p. 260-261. DOI: 10.5235/152888712801752898. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/abs/exit-taxation-as-an-obstacle-to-corporate-emigration-from-the-spectre-of-eu-tax-law/8A9EB3001623084F2B7832BAD1F4E669>>. Acesso em 24 mar. 2024.

PANTAZATOU, Katerina. National Grid Indus: The first case on companies' exit taxation. **European Business Law Review**, v. 23, n. 6, p. 945-972, 2012. DOI: 10.54648/eulr2012039. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Business+Law+Review/23.6/EULR2012039>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

PEETERS, Steven. Exit taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool. **EC Tax Review**, [S.l.], v. 26, n. 3, p. 122-132, 2017.

PRIETO, Carla de. Exit Tax: Fiscal Territoriality and Company Transfer. **Studi Tributari Europei**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009. DOI: 10.6092/issn.2036-3583/4734. Disponível em: <<https://ste.unibo.it/article/view/4734>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

SCHÖN, Wolfgang. Tax Issues and Constraints to Reorganization and Reincorporation in the EU – The European Company Statute and Taxation. **Tax Notes International**, Londres, n. 34, p. 197-204, 2004.

RÖDER, Erik. Co-ordination of corporate exit taxation in the internal market and beyond. **British Tax Review**, Londres, n. 5, p. 574-604, dez. 2014.

ZERNOVA, Daria. Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market. **Intertax**, [S.l.], v. 39, n. 10, p. 471-493, out. 2011. DOI: 10.54648/taxi2011051. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/39.10/TAXI2011051>>. Acesso em 24 mar. 2024.