

A ILEGITIMIDADE DA TRIBUTAÇÃO DA VARIAÇÃO CAMBIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR À LUZ DAS CONVENÇÕES PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA FIRMADAS PELO BRASIL: UM CASO DE *DOUBLE NON-TAXATION*

André Ricardo Passos de Souza

1. Delimitação do tema

O presente estudo visa abordar tão-somente os aspectos jurídicos atinentes à legitimidade da tributação dos resultados positivos decorrentes da variação cambial de investimentos feitos por sociedades brasileiras em sociedades controladas ou coligadas no exterior pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), diante das disposições contidas nas Convenções para Evitar a Dupla Tributação da Renda firmadas pelo Brasil.

2. Esboço legislativo

A questão da tributação no Brasil da renda auferida no exterior por subsidiárias de empresas brasileiras vem ganhando vulto desde a promulgação da Lei n° 9.249, de 26.12.1995, que, nos arts. 25 a 27, instituiu a tributação dos lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, a denominada tributação da renda mundial [*worldwide income*].

Desde a edição daquela Lei, a disciplina da questão vem sofrendo ajustes que objetivam conciliar a nova sistemática com aquela pertinente à tributação das rendas auferidas por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

De fato, tanto as normas legais que sucederam a promulgação da Lei nº 9.249/95, quanto às normas administrativas editadas, tiveram por objetivo a compatibilização da nova sistemática de tributação em bases mundiais com os princípios constitucionais que informam a tributação da renda e do lucro no Brasil.

Logo após a promulgação da Lei nº 9.249/95, foi editada a Instrução Normativa/SRF nº 38/96 que dispôs sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País, com o condão de estabelecer “hipóteses de disponibilização” dos lucros auferidos no exterior por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

Ocorre que, diante dos questionamentos acerca da validade do referido ato administrativo, em 14.11.1997, foi editada a Medida Provisória nº 1.602, posteriormente convertida na Lei nº 9.532/97, tratando no art. 1º da hipótese de disponibilização de lucros auferidos no exterior por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

Tanto a Instrução Normativa/SRF nº 38/96 quanto a Lei nº 9.532/97 procuraram compatibilizar o regime jurídico do Imposto de Renda que exige a disponibilidade econômica ou jurídica da renda (art. 43, *caput*, do CTN) para que ocorra o fato gerador da obrigação tributária de pagar o Imposto de Renda, com a nova sistemática de tributação de rendas em bases mundiais, criando as “hipóteses de disponibilização” dos lucros auferidos no exterior através de filiais, sucursais, controladas ou coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

A Instrução Normativa/SRF nº 38/96 excluía, expressamente, em seu art. 15, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, da incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 1.858-6 (atualmente em vigor sob o nº 2.158-35/01), em 29.6.1999, o Poder

Executivo passou a exigir a CSL sobre os lucros auferidos no exterior, conforme se verifica da redação da norma contida no art. 19 que assim dispõe: “Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 26.12.1995, os arts. 15 a 17 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997”.

Em 27.1.2000, com a promulgação da Lei nº 9.959/00, foram inseridas no rol da Lei nº 9.532/97, mais duas hipóteses de disponibilização de lucros.

Objetivando adequar esse arcabouço legislativo relativo a disponibilização dos lucros auferidos no exterior com as disposições do CTN, em 10.1.2001, foi acrescentada ao referido Código, no bojo da reforma que culminou com a promulgação da Lei Complementar nº 104, a norma do § 2º do art. 43, que dispõe que “na hipótese de receita ou rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo”.

Foi editada em 24.8.2001 a Medida Provisória nº 2.158-35, que permanece em vigor, dispondo no *caput* do seu art. 74 que “para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento”.

Com a introdução desta norma foi criada mais uma hipótese de disponibilização de lucros auferidos no exterior, que teve por escopo alcançar tais lucros a partir de uma presunção legal de disponibilização no encerramento do exercício financeiro da entidade estrangeira, cuja análise da legitimidade não é objeto desse estudo.

Após a edição do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35/04, o Secretário da Receita Federal editou a Instrução Normativa n° 213, de 7.10.2002, dispondo sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País, revogando expressamente a Instrução Normativa/SRF n° 38/96, e disciplinando no âmbito da Secretaria da Receita Federal todas as questões relacionadas à tributação de lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas brasileiras.

Referida norma administrativa, em obediência ao disposto no art. 74, *caput*, da Medida Provisória n° 2.158-35/01, adotou, em seu art. 7º, os resultados positivos de equivalência patrimonial dos investimentos no exterior como o mecanismo através do qual se reconheceriam, no balanço da controladora ou coligada no Brasil, os lucros auferidos no exterior para fins de tributação pelo Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Ocorre que, com a edição destas normas, o cenário envolvendo a questão jurídica da tributação da renda em bases mundiais no Brasil foi sensivelmente alterado na medida em que, com a introdução da nova presunção legal de disponibilização da renda auferida no exterior, os contribuintes do IRPJ e da CSL não podiam mais diferir a tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior para o momento em que estes lucros retomassem ao País sob qualquer forma ou fossem utilizados no exterior em benefício da controladora ou coligada brasileira, passando a tributá-los quando fossem computados no balanço do ente estrangeiro e, por via de equivalência patrimonial, fossem refletidos no balanço da controladora ou coligada brasileira.

A partir da edição dessas normas surgiram dúvidas em tomo da aplicação destes dispositivos aos resultados de variação cambial dos investimentos estrangeiros que estivessem considerados na apuração do resultado de equivalência patrimonial.

Em virtude dessas questões alguns contribuintes formularam consultas às autoridades fiscais federais visando definir a questão e alguns outros ajuizaram medidas judiciais visando garantir o direito à não-tributação da variação cambial dos investimentos no exterior no âmbito dos resultados positivos de equivalência patrimonial.

Em 30.12.2004, foi editada a norma do art. 9º, *caput*, da Medida Provisória nº 232, que expressamente determinou a tributação pelo IRPJ e pela CSLL da variação cambial decorrente dos investimentos de empresas brasileiras no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Recentemente o art. 9º da Medida Provisória nº 232 foi revogado pela Medida Provisória nº 243, de 31.3.2005.

Entretanto, a questão relativa à possibilidade jurídica da tributação das variações cambiais de investimentos no exterior pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ainda necessita de um debate mais aprofundado e amplo de forma a definirmos os contornos dessa tributação face às normas de direito interno vigentes e face às normas contidas nos tratados para evitar a dupla tributação da renda firmados pelo Brasil.

2.1.0 regime jurídico e tributário dos resultados dos investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial na sociedade investidora domiciliada no Brasil

A equivalência patrimonial, segundo a legislação societária (Lei nº 6.404/76), consiste em:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (art. 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social,

e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta lei, na mesma data, ou até sessenta dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente, somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos; se no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do curso de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

Segundo os moldes societários do instituto, a equivalência patrimonial é um método que visa o reconhecimento no balanço de sociedade controladora ou coligada (investidora) dos resultados apurados pela controlada ou coligada (investida), na proporção do investimento, antes que os resultados auferidos pela sociedade investida venham a ser distribuídos à sociedade investidora.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através da Instrução nº 247, de 27.3.1996, determina que os resultados de equivalência patrimonial sejam assim registrados na companhia investidora:

Art. 16. A diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como:

I - Receita ou despesa operacional, quando corresponder:

- a) a aumento ou diminuição do patrimônio líquido da coligada e controlada, em decorrência da apuração de lucro líquido ou prejuízo no período ou que corresponder a ganhos ou perdas efetivos em decorrência da existência de reservas de capital ou de ajustes de exercícios anteriores; e
- b) a variação cambial de investimento em coligada e controlada no exterior.

II - Receita ou despesa não operacional, quando corresponder a eventos que resultem na variação da porcentagem de participação no capital social da coligada e controlada;

III - Aplicação na amortização do ágio em decorrência do aumento ocorrido no patrimônio líquido por reavaliação dos ativos que lhe deram origem; e

IV - Reserva de reavaliação quando corresponder a aumento ocorrido no patrimônio líquido por reavaliação de ativos na coligada e controlada, ressalvado o disposto no inciso anterior.

Parágrafo Único - Não obstante o disposto no artigo 12, o resultado negativo da equivalência patrimonial terá como

limite o valor contábil do investimento, conforme definido no parágrafo Iº do artigo 4º desta Instrução.

Conforme tratamento contábil determinado na norma acima transcrita, o registro destes resultados gera para a sociedade investidora uma receita ou despesa operacional que, em conformidade com o disposto na legislação do IRPJ e da CSL, não poderá impactar a apuração do lucro real ou a base de cálculo da CSL, devendo ser excluídos ou adicionados se positivos ou negativos, respectivamente (art. 389 e parágrafos do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 e art. 2º, § Iº, alíneas “c”, item 1 e 4, da Lei nº 7.689/88), na apuração das bases tributáveis.

Este era o tratamento dispensado, inclusive, aos resultados de equivalência patrimonial advindos das investidas estrangeiras de companhias brasileiras, conforme dispunha a norma do § 6º do art. 26 da Lei nº 9.249/95.

Entretanto, após a entrada em vigor da norma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, e de sua regulamentação na Instrução Normativa nº 213/02, os resultados de equivalência patrimonial auferidos por pessoa jurídica domiciliada no Brasil em decorrência de investimentos em empresas controladas ou coligadas sediadas no exterior passaram a ter outra disciplina, permanecendo o tratamento anterior para os resultados de equivalência patrimonial decorrentes de investimentos em sociedades domiciliadas no Brasil.

Com efeito, o § Iº do art. 7º da Instrução Normativa/SRF nº 213/02 dispõe que: “Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.

Ocorre que as normas do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e do art. 7º da Instrução Normativa em referência não fizeram

qualquer distinção entre o tratamento fiscal dos lucros decorrentes dos negócios praticados pela entidade estrangeira e registrados no balanço daquela sociedade e o tratamento do resultado positivo registrado no balanço da sociedade investidora em decorrência da variação cambial da moeda brasileira diante da moeda utilizada na expressão do capital destes investimentos no exterior para fins de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Apenas uma antiga Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, nº 98, de 21.7.1987, que não mais estava em vigor à época da edição do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, dispunha acerca do tratamento da variação cambial de investimentos no exterior para fins de tributação pelo IRPJ.

Diante do silêncio das normas atinentes à matéria, o receio dos contribuintes que detinham investimentos em sociedades coligadas ou controladas no exterior era de que, por compor o resultado de equivalência patrimonial, na forma da legislação societária, os resultados positivos de variação cambial dos investimentos no exterior viessem a ser tributados juntamente com os lucros auferidos pelas sociedades no balanço levantado no encerramento do exercício.

Tal cenário de incertezas fez com que os contribuintes consultassem a Secretaria da Receita Federal para saber que procedimento adotariam na apuração das bases tributáveis pelo IRPJ e da CSLL diante da apuração de resultados positivos de equivalência patrimonial decorrentes de variação cambial de investimentos estrangeiros.

No Processo de Consulta nº 46/03, a Superintendência Regional da Receita Federal da 9ª Região Fiscal manifestou-se expressamente no sentido de que “a contrapartida do ajuste de investimentos no exterior, avaliados pelo método da equivalência patrimonial, quando decorrente da variação cambial, não será computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.¹

1. Decisão proferida em 10.11.2003, publicada no D0U de 18.12.2003.

O entendimento manifestado pelas autoridades administrativas estava calcado no fato de as normas vigentes à época da decisão terem silenciado quanto ao tratamento específico da variação cambial do investimento no exterior ao mesmo tempo em que mantinham o tratamento fiscal de exclusão das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL para os resultados positivos de equivalência patrimonial de sociedades estrangeiras (§ 6º do art. 25 da Lei nº 9.249/95).

Em outras palavras, decidiu o Fisco que as normas do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e do art. 7º da Instrução Normativa/SRF nº 213/02, somente se aplicam aos resultados positivos de equivalência patrimonial decorrente da apuração de lucros no balanço das coligadas ou controladas estrangeiros, mantendo-se o tratamento fiscal de exclusão da base tributável pelo IRPJ e pela CSLL, dos resultados positivos de equivalência patrimonial decorrentes da variação cambial destes investimentos.

Ocorre que a norma do art. 9º, *caput*, da Medida Provisória nº 232/04, visou modificar a sistemática vigente ao tratar a variação cambial positiva de investimentos no exterior como “receitas financeiras” e não como “resultados positivos de equivalência patrimonial”.

Tal manobra do Poder Executivo que tinha por única finalidade “burlar” o tratamento “neutro” conferido pela legislação vigente às variações cambiais, conforme reconhecido pela própria Secretaria da Receita Federal, de forma a incrementar a arrecadação de IRPJ e de CSLL sobre tais resultados positivos, nos fez atentar para o fato de que a questão precisa ser aprofundada diante das normas internacionais para evitar a dupla tributação de rendimentos, normas estas que garantem aos investidores internacionais proteção efetiva contra os casuísmos que invariavelmente assaltam os estados nacionais na condução de suas políticas fiscais.

3. A tributação do lucro das empresas no regime convencional

3.1.0 regime jurídico do lucro das empresas na convenção-modelo da OCDE e nas convenções firmadas pelo Brasil

O Brasil firmou ao longo das últimas décadas alguns tratados para evitar a dupla tributação da renda que têm por escopo disciplinar a tributação internacional da renda auferida por indivíduos ou corporações que tenham sede ou residência em outro país e façam negócios no Brasil, ou vice-versa, de forma a repartir a competência tributária sobre rendimentos tributáveis produzidos no âmbito dessas relações jurídicas internacionais.

Esta é a tônica das convenções para evitar a dupla tributação da renda que, no dizer de Klaus Vogel, os Estados celebram “geralmente dois-a-dois, nos quais, para usar uma expressão antiga, eles dividem entre si os ‘objetos de tributação’”.²

Para celebrar tratados para evitar a dupla tributação da renda com outros países, o Brasil adotou o modelo de convenção recomendado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que, conforme também asseverou Klaus Vogel, tem como principal finalidade proporcionar “um meio de solucionar de forma uniforme os problemas mais comuns que surgem no campo da dupla tributação internacional.”³

Nesse sentido, ensina Luís Eduardo Schoueri apoiado nas valiosas lições de Victor Ukmar que “o modelo da OCDE teve uma

2. VOGEL, Klaus. Problemas na interpretação de acordos de bitributação. v. II. Trad. Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 962.
3. . Double Taxation Convention. *Kluwer Law International*, p. 2. Texto original em inglês: “a means of settling on a uniform basis the most common problems which arise in the field of international juridical double taxation”.

influência marcante nos acordos de bitributação celebrados desde a sua publicação”.⁴

No modelo da OCDE e, por conseguinte, nas convenções firmadas pelo Brasil, o regime tributário do “lucro das empresas” é tratado no art. 7º da convenção, que assim dispõe:

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça ou tenha exercido sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exerce ou tiver exercido sua atividade na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas somente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.⁵

A regra geral prevista no art. 7º da convenção modelo da OCDE é de que a tributação dos “lucros das empresas” é de competência exclusiva do Estado de residência da empresa cujo lucro se visa tributar.

Em outras palavras, segundo a convenção modelo da OCDE, só o Estado de residência de uma empresa tem competência para tributar o lucro dessa empresa, com exceção, apenas, para os casos em que a empresa residente desse Estado exerça suas atividades em outro Estado através de estabelecimento permanente, o que não é objeto desse estudo.

4. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Cooperação Internacional. *Notas* a Propósito do 11º Encontro do Grupo *ad hoc* de Peritos em Cooperação Internacional em Questões Tributárias na Organização das Nações Unidas. Inédito.
5. Redação original em inglês: “ 1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits on the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.”

3.2. A variação cambial de investimentos como "lucro das empresas" no âmbito dos tratados para evitar a dupla tributação da renda

Com efeito, conforme assinala Alberto Xavier em obra clássica acerca do tema, o “lucro das empresas” no modelo convencional da OCDE “abrange uma pluralidade de rendimentos imputáveis a uma unidade de exploração - rendimentos esses sujeitos, por vezes, a regimes tributários específicos (como é o caso dos dividendos, juros) regidos por outros preceitos das convenções —, as convenções esclarecem que esses regimes especiais não são afetados pelo regime genérico dos lucros, traçado no art. 7º do Modelo”.⁶

Ou seja, nas convenções para evitar a dupla tributação da renda, a regra é da aplicação do regime específico atribuído pela convenção a uma determinada categoria de rendimentos, considerando-se como “lucros das empresas”, apenas os rendimentos que não estejam sujeitos a regimes tributários específicos. É o que Alberto Xavier denomina *princípio da prevalência dos regimes especiais* ou do *caráter residual* da noção de lucro de empresa, *verbis*:

Trata-se do princípio da prevalência dos regimes especiais ou do caráter residual da noção de lucro da empresa. Assim, se os elementos do lucro, isoladamente considerados, têm um tratamento especial (como é o caso dos dividendos, dos juros e dos royalties) aplicam-se as disposições específicas que lhes respeitam. Se não têm um tratamento especial, como é o caso da venda de bens e serviços, aplica-se o art. 7º.⁷

Como a variação cambial não tem um tratamento específico nas convenções firmadas pelo Brasil, até por decorrerem de fenô-

6. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 674-5.

7. *Op. cit.*, p. 696.

meno de ordem econômica que é consequência imediata da desvalorização da moeda de origem do investidor em face da moeda do país em que ele investiu, os rendimentos decorrentes da variação cambial não são tratados especificamente pelas convenções.

Nesse sentido o tratamento de “lucros das empresas” para efeitos de aplicação das normas convencionais decorreria do fato de estarem conectados indissolavelmente à formação do capital da empresa investida e aos sucessivos reinvestimentos de lucros e/ou formação de reservas de capital nessa empresa.

A existência dos resultados positivos ora cogitados depende essencialmente da realização do investimento no exterior com o intuito de obter lucro, essência da formação e existência de qualquer empresa.

Em outras palavras, não há resultado positivo de variação cambial de investimento no exterior se não existir o investimento. A variação é mera decorrência da existência do investimento no exterior. Não fosse assim, não haveria que se cogitar na possibilidade de se tributar rendimentos produzidos por variação cambial de investimentos realizados por empresa domiciliada no Brasil em outras empresas residentes no exterior.

Destarte, a possibilidade jurídica de se tratar os resultados positivos de variação cambial como “lucros das empresas” para fins de aplicação das convenções para evitar a dupla tributação firmadas pelo Brasil decorre: (i) da própria natureza destes rendimentos, que se originam da simples existência dos investimentos no exterior, (ii) do *caráter residual da noção de lucro da empresa* nos tratados para evitar a dupla tributação da renda, e (iii) do tratamento dispensado pela legislação interna brasileira aos resultados positivos de variação cambial de investimentos relevantes mantidos no exterior, que são tratados no Brasil como “lucro” decorrente do exercício das atividades da empresa investida situada no exterior, pois, como assinala Klaus Vogel com propriedade: “O significado do termo ‘lucros’,

e como os lucros são determinados, é governado pela lei doméstica do Estado Contratante correlato”.⁸

3.3. Do tratado como norma de atribuição de competências tributárias

Admitir que o resultado positivo decorrente da variação cambial do investimento tem tratamento de “lucros das empresas” para fins de aplicação das convenções para evitar a dupla tributação da renda firmadas pelo Brasil, tem a conseqüência jurídica de se negar ao Brasil a competência para tributar os rendimentos de variação cambial obtidos pelos investidores domiciliados no Brasil em decorrência da realização de investimentos relevantes em empresas residentes dos países com os quais o Brasil firmou tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Isto porque a norma convencional, por ser norma especial⁹, aplica-se em detrimento da lei interna às situações por ela reguladas e, como vimos no item 3.1 acima, a competência para tributar os “lucros das empresas” no regime convencional é delegada em caráter exclusivo ao Estado de residência da empresa, o que significa que somente o Estado de residência da empresa investida poderia tributar qualquer acréscimo patrimonial tratado e reconhecido como “lucro da empresa” pelas normas convencionais.

Tal distinção é assinalada por Helenilson Cunha Pontes que assim se posiciona sobre o tema:

Os tratados para evitar a Dupla Tributação da Renda substanciam juridicamente, em um primeiro plano, autên-

8. *Op. cit.*, p. 404. Texto original em inglês: “*The meaning of the term “profits”, and how profits are determined, is governed by the domestic law of the contracting state concerned*”.

9. XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 149.

ticas “normas de competência”, na medida em que têm por escopo central definir o sujeito ativo titular da competência para alcançar cada respectiva renda, caso, evidentemente, a legislação tributária interna do país autorizado para tributá-la determine a tributação desta renda.

A norma convencional, em sua essência, é uma norma de definição de competência, na medida em que, ao fim e ao cabo, estabelece o balizamento subjetivo, no que tange ao pólo ativo da relação obrigacional tributária.¹⁰

Para depois concluir:

Portanto, no que concerne à definição da hipótese de incidência, os tratados têm, portanto, mero efeito limitador ou restritivo dos comandos emanados da lei interna do Estado contratante definido como competente pelo mesmo Tratado para tributar a respectiva situação fática.¹¹

Nesse mesmo sentido é a lição de Alberto Xavier:

A orientação unânime da doutrina é no sentido de que os tratados de dupla tributação desempenham uma função negativa, como corolário do princípio da legalidade ou tipicidade da tributação, segundo o qual nenhum tributo pode ser exigido senão com base na lei. [...]

Assim, para que exista tributação válida, não basta a existência de uma norma convencional que a permita; é ainda necessária a existência de uma norma interna que a imponha. E daí que seja necessária uma investigação em duas

10. PONTES, Helenilson Cunha. Parecer inédito.

11. *Op. cit.*

fases: uma primeira, consistente em verificar se existe uma lei interna que fundamente a tributação; em caso afirmativo, uma segunda, na qual se apure se tal pretensão foi eventualmente limitada por norma convencional.¹²

Assim, em virtude do denominado *efeito negativo* das normas convencionais e da prevalência de sua aplicação em detrimento das leis internas, em razão do critério de especialidade do tratado internacional, a consequência jurídica imediata de se reconhecer que a variação cambial compõe o “lucro da empresa” do exterior para fins de aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação da renda firmados pelo Brasil, é a impossibilidade de o Brasil pretender tributar os resultados positivos de variação cambial decorrentes dos investimentos realizados em países com os quais o Brasil firmou tratados, na medida em que, no regime convencional, tal competência é exclusivamente atribuída ao país de residência da empresa investida estrangeira.

3.4. Um caso de *Double non-taxation*

Nesse momento aqueles que não comungam desse entendimento perguntariam: Como o país de residência da empresa investida poderia tributar um resultado de variação cambial que não está refletido nas demonstrações financeiras da sociedade investida e que se apresenta somente nos livros contábeis e fiscais da sociedade investidora domiciliada no Brasil em razão de variações de taxa de câmbio? Existe a possibilidade de o país de residência da empresa investida estrangeira simplesmente deixar de exercer a sua competência tributária definida pelo tratado? Ao deixar de exercer referida competência, poderia então o Brasil tributar tais rendimentos?

12. *Op. cit.* p. 154 e 155.

Ora, conforme anteriormente aludimos, uma convenção para evitar a dupla tributação da renda é uma norma de repartição de competências tributárias. Ao celebrá-la, um Estado abre mão de parte de sua soberania em favor de outro Estado Contratante de forma a evitar a dupla tributação dos rendimentos tratados pela convenção.

Por tal razão, nos tratados para evitar a dupla tributação da renda, são definidas competências exclusivas (como a do Estado de residência para a tributação dos lucros da empresa) ou competências repartidas, mas com limites, para o Estado de fonte e o de residência, como no caso dos dividendos.

No caso dos rendimentos decorrentes de variação cambial do investimento, como tais rendimentos são tratados pelos regimes convencionais como “lucros das empresas” investidas, não há atribuição de competência para a jurisdição da residência do investidor tributar tais valores na forma definida na sua legislação interna.

No regime convencional somente o Estado de residência da empresa investida goza dessa competência. Entretanto, o resultado positivo de variação cambial não ocorre, no plano dos fatos, no Estado de residência da empresa investida, somente no Estado de residência do investidor.

Tal fato ocorre em virtude de tais resultados positivos representarem mera decorrência da desvalorização cambial da moeda do investidor diante da moeda em que está registrado o investimento internacional. O acréscimo patrimonial decorrente das oscilações cambiais somente se apresenta na sociedade investidora e, portanto, no âmbito de atuação da legislação interna da jurisdição de sua sede.

Em outras palavras, a variação cambial do investimento somente configura acréscimo patrimonial para a sociedade investidora; é realidade fática estritamente vinculada à jurisdição de residência do investidor. Configura-se espécie fenomênica peculiar que não guarda similitude com outros elementos formadores do “lucro das empresas”, apesar de integrar o regime convencional a eles atribuído.

A combinação destas características peculiares dos rendimentos oriundos da variação cambial com a atribuição pelas convenções modelo da OCDE de competência exclusiva ao Estado de residência da sociedade investida para tributar o “lucro das empresas” tem por consequência jurídica a impossibilidade de que tais resultados positivos possam ser tributados na jurisdição sede do investimento e no Estado no qual reside o investidor.

Este, portanto, é um caso explícito de *Double non-taxation*, fenômeno que foi objeto das discussões travadas no 58º Congresso da International Fiscal Association (IFA), ocorrido em 2004, em Viena, Áustria.

No relatório geral do citado congresso o professor Michael Lang reforça a idéia de que a *Double non-taxation* é decorrência do fenômeno de repartição das competências tributárias, conforme se verifica do excerto abaixo:

Os casos nos quais os Estados Contratantes simplesmente dividem o direito de tributar certa renda entre eles são particularmente freqüentes. Nesses casos, os tratados para evitar a dupla tributação da renda simplesmente conferem aos Estados o direito de tributar, mas não determinam a obrigação de exercer este direito. O relatório ilustra que a falha de um Estado Contratante no exercício do seu direito de tributar pode levar à *double non-taxation*. Os tribunais, em regra, confirmam que esta consequência deve ser juridicamente aceita.¹³

13. LANG, Michael. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*, v. 89a. 58th Congress of the International Fiscal Association. Viena, 2004, p. 83. Texto original em inglês: “The cases in which the contracting states merely divide the rights to tax certain income between themselves are particularly frequent. In these cases, the DCTs merely assign the states the right to tax but do not provide for an obligation to exercise this right. The reports illustrate that the failure by a contracting state to exercise the right to tax can lead to double non-taxation. As a rule, the courts confirm that this consequence must be accepted.”

Mais adiante, no relatório que apresentou no referido congresso, Alberto Xavier assim assevera acerca do fenômeno da *Double non-taxation* à luz dos tratados para evitar a dupla tributação da renda firmados pelo Brasil:

Outro argumento que demonstra que a *double non-taxation* não é um objetivo perseguido pelos tratados brasileiros é embasado na reserva expressa que o Brasil (sob a condição de Estado não-membro) estabeleceu acerca do novo parágrafo 4º do Artigo 23 A do modelo da OCDE, um parágrafo que reconhece na máxima extensão possível uma política para prevenção da *double non-taxation*.

Entretanto, nenhuma das convenções negociadas pelo Brasil depois de 1999 - data do Relatório sobre a *Partnership* - no qual o objetivo de afastar a *double non-taxation* foi em primeiro lugar declarado pelo Comitê Fiscal da OCDE, aprova o princípio. Mesmo que, todavia, tal objetivo venha a ser reconhecido nas futuras convenções (o que é altamente improvável considerando a reserva feita acerca do parágrafo 4º do artigo 23A), sua invocação como um critério para se interpretar convenções assinadas anteriormente não é possível baseado nos precedentes julgados pelos tribunais brasileiros que reconheceram a proteção diante das expectativas incompatíveis com os tratados anteriormente firmados criadas a partir de novos e impensáveis critérios na interpretação das convenções já firmadas.¹⁴

14. XAVIER, Alberto. Branch report. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*. Volume 89a. 58th Congress of the International Fiscal Association. Viena, 2004. p. 227. Texto original em inglês: "Another argument that shows double non-taxation is not a relevant objective of Brazilian treaties is found in the Express reservation that Brazil (under its condition of non-member state) established in the new paragraph 4 of article 23A of the OECD model, a paragraph that recognizes to the maximum extent possible a possible policy in favor of preventing double non-taxation. Nevertheless, none of the

Com base nos ensinamentos acima transcritos podemos concluir que a *Double non-taxation* decorre da impossibilidade de os Estados signatários de um acordo para evitar a dupla tributação da renda tributarem algum rendimento auferido por um ente residente em um dos Estados contratantes em uma situação determinada em virtude de não possuírem competência para tributá-los ou em razão de terem abdicado, expressamente, do exercício da competência tributária através de suas legislações internas.

Tal fenômeno que é legítimo perante as normas de Direito Tributário Internacional e perante o ordenamento jurídico dos Estados envolvidos em uma situação dessa natureza deriva da combinação da repartição de competências tributárias objeto dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação da renda com lacunas ou isenções existentes nas legislações internas relativas a cada situação fática específica.

4. Conclusão

Destarte, com base no raciocínio desenvolvido acima se conclui que:

(i) A variação cambial, no âmbito dos tratados para evitar a dupla tributação da renda, é um dos elementos componentes do “lucro das empresas” controladas ou coligadas de empresas brasileiras

conventions negotiated by Brazil after 1999 - date of the Partnership Report - where the objective of avoiding double non-taxation was first stated by the OECD Fiscal Committee, acclaims the principle. Even if however, such an objective comes to be recognized in future conventions (which however, such an objective comes to be recognized in future conventions (which is high unlikely considering the reservation made to paragraph 4 of article 23A), its invocation as a criterion for interpreting conventions signed earlier will not be possible in view of the case precedents in Brazil courts that have favored the protection of expectations incompatible with the application of new and unpredictable criteria to the conventions were signed."

residentes no exterior e, como tal, tratados pela legislação interna brasileira;

(ii) O Brasil, ao firmar tratados para evitar a dupla tributação da renda com outros países, abriu mão, expressamente, de sua competência para tributar os lucros das empresas residentes dos outros países e, portanto, em virtude da especialidade da norma convencional diante da norma interna, não pode alcançar a variação cambial decorrentes dos investimentos realizados em países com os quais mantêm tratado para evitar a dupla tributação; e

(iii) A *Double non-taxation* que se origina desta situação goza de juridicidade e legitimidade no sistema jurídico brasileiro, na medida em que os tratados firmados pelo Brasil não contêm cláusulas que permitam a prevenção da *Double non-taxation*.