

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA
**DIREITO
TRIBUTÁRIO
ATUAL**

27



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 2012

Subvenções para Investimento e Parceria Público-privada

Luís Eduardo Schoueri

Advogado em São Paulo. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Mateus Calicchio Barbosa

Advogado em São Paulo.

Resumo

O presente artigo tem por escopo investigar a distinção entre subvenções para investimento e subvenções para custeio, apresentando o tratamento tributário correspondente a cada uma das espécies. Para tanto, parte-se de um caso limite cuja análise permite melhor compreensão de ambas as figuras: a parceria público-privada.

Palavras-chave: Direito Tributário, subvenções, parceria público-privada.

Abstract

This article intends to investigate the distinction between subventions for investment and subventions for costing, presenting the correspondent tax regime of each of the institutes. To this effect, the article starts from an extreme situation which analysis allows a better understanding of both notions: the public-private partnership.

Keywords: Tax Law, subventions, public-private partnership.

I. Introdução

É comum a ideia de que renda corresponde a acréscimos patrimoniais. Essa afirmação não se sustenta, entretanto, quando se considera que existem rendimentos sujeitos à tributação imediata, independentemente de se aferir a ocorrência de um acréscimo no patrimônio do beneficiário (tal o caso da tributação exclusiva na fonte sobre rendimentos auferidos por não residentes). Mas também o contrário é verdadeiro: nem todo acréscimo patrimonial é renda. Basta citar os aumentos de capital da pessoa jurídica, para que se veja que é possível haver um aumento no patrimônio da pessoa jurídica, sem que se cogite sujeitá-la ao imposto de renda.

Dentre as figuras que mais geram dificuldades na distinção entre os acréscimos patrimoniais que se sujeitam ao imposto de renda, ou não, estão as subvenções para investimento. A legislação do imposto de renda, como se verá, afasta a tributação de tais valores. Embora se refira a isenção, sua natureza parece indicar que se trata de caso de falta de competência tributária, já que tais subvenções sequer se enquadram na categoria de renda. São, por dizer assim, mais um caso de acréscimo patrimonial que, como o caso dos aumentos de capital, não é renda. A questão que surge passa a ser como caracterizar tais subvenções para investimento, especialmente tendo em vista sua distinção de outros acréscimos patrimoniais,

igualmente provenientes de transferências do Poder Público, que, por serem subvenções para custeio, estão sujeitos à tributação do imposto de renda.

O presente artigo tem o escopo de investigar a distinção entre ambas as espécies de subvenção. Fugindo de mera definição dogmática, opta-se pela investigação a partir de um caso limite, cujo estudo permitirá melhor compreensão de ambas as figuras.

Elege-se, pois, como caso para análise as parcerias público-privadas. Nos setores ligados à infraestrutura, onde o vulto dos investimentos associados às obras de grande porte muitas vezes surpreende, nota-se a proliferação de modelos contratuais que buscam adequar e ajustar os ônus e riscos derivados da obra às necessidades e expectativas do empreendedor e do construtor. A parceria público-privada, regulada pela Lei nº 11.079/2004, aparece em tal contexto, quando Poder Público busca socorrer-se dos agentes privados para a consecução de obras de porte significativo. Ao inserir tal instituto em nosso ordenamento, inspirou-se o legislador no sistema da *common law*, trazendo para o nosso ordenamento instituto cuja origem pode ser encontrada no sistema jurídico inglês¹.

Assim, com o regime da Lei nº 11.079/2004, o governo fez frente à necessidade de realização de obras de infraestrutura para as quais não dispunha de recursos suficientes. Do mesmo modo, possibilitou-se a transferência de parcela considerável das funções administrativas estatais para a iniciativa privada, de modo a dispensar a necessidade de que o exercício da atividade, uma vez realizado por empresas privadas, esteja condicionado a institutos característicos do Direito Administrativo, como licitações. A parceria público-privada é, pois, uma modalidade de contratação pública cujo objetivo é reunir, em complementaridade, as características do setor público e do setor privado em busca de ganhos de eficiência.

A relação com o tema das subvenções surge justamente no fato de a parceria público-privada permanecer vinculada ao regime de Direito público administrativo, a exemplo da necessidade de licitação prévia para sua contratação, bem como da sujeição das prestações ao controle exercido pelo Tribunal de Contas e dos poderes exercidos pelo parceiro público. Como os pagamentos assim efetuados são aplicados em um investimento que o parceiro privado realiza na obra contratada, pode-se investigar se estariam enquadrados entre as subvenções para investimento.

Dúvida surge, também, quando se considera a possibilidade de incidência da Contribuição ao PIS e da Cofins sobre a contraprestação paga pelo Poder Público: corresponderia tal valor a uma receita auferida pela pessoa jurídica, de modo a dar causa à cobrança de tais tributos? Por fim, há que se questionar, ainda, a possibilidade de incidência do Imposto sobre Serviços sobre os valores recebidos.

É com estas questões que se ocupa o presente artigo, que, após tecer breves considerações sobre a disciplina legal das parcerias público-privadas, irá estudar a natureza e o regramento das subvenções para investimento, para então analisar o tratamento tributário que deve ser dispensado pelo parceiro privado aos recursos recebidos do Poder Público em razão de contrato de parceria público-privada.

¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 158.

II. Parcerias Público-privadas

Encontram-se, na Lei nº 11.079/2004, duas modalidades específicas de parceria público-privada: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Nota-se, neste sentido, o disposto pelo artigo 2º da referida lei:

"Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens."

Constata-se, pela leitura dos parágrafos 1º e 2º do artigo transcrito, que a parceria público-privada poderá ter por objeto a prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, assim como serviços públicos ou obras públicas.

Na chamada concessão administrativa, tem-se a ideia de uma prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não compreender a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. A pedra de toque está na impossibilidade de a tarifa cobrada do usuário ser repassada ao parceiro privado. Na concessão administrativa, o parceiro privado será remunerado integralmente pelo parceiro público, tendo a contraprestação da Administração Pública início quando o serviço se tornar disponível.

O parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004, por sua vez, refere-se à concessão patrocinada. Através de tal modalidade de parceria público-privada, a Administração Pública delega ao parceiro privado a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o último o execute em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário e acrescida de contraprestação pecuniária do Poder Público².

Dessa forma, a concessão patrocinada aproxima-se da concessão de serviço público comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/1995. Diferencia-se de tal instituto, entre outros motivos, por conta do compartilhamento de riscos, que são repartidos com o parceiro público, das garantias que podem ser prestadas pelo parceiro público e da necessidade da constituição de sociedades de propósitos específicos para a gestão do objeto do contrato.

No entanto, a principal distinção entre a referida modalidade de parceria público-privada e a concessão de serviço público comum reside na forma de remuneração do concessionário. Indo além do regime da concessão comum, na concessão patrocinada, há não somente a tarifa cobrada dos usuários, como também uma contraprestação pecuniária devida pelo Estado. Embora o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 faça referência a "contraprestação pecuniária", tal contraprestação parece poder revestir-se das demais formas previstas no artigo 6º da

² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, nota 1, p. 162.

referida lei: cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei.

Conforme se verifica no artigo 7º da Lei nº 11.079/2004, a contraprestação apenas terá lugar com a disponibilização total ou parcial do objeto do contrato. Assim, caso o objeto dependa de prévia execução de obra ou instalação de bens, o parceiro privado deverá cumprir tais tarefas com recursos próprios, não havendo que se falar em remuneração do concessionário antes da disponibilização de parcela fruível do serviço objeto do contrato.

Assim, como na concessão patrocinada, tem-se (i) a execução de investimentos e (ii) uma contraprestação pecuniária, resta ver se a referida contraprestação pode ser incluída na noção de subvenção para investimento.

III. Subvenções para Investimento

O conceito de subvenção, em âmbito tributário, corresponde às transferências de patrimônio e capital recebidas pela pessoa jurídica cuja origem, em regra, encontra-se no Poder Público. Tais transferências recebem essa denominação uma vez que assim são designadas pela contabilidade e pelo orçamento dos entes públicos, e também devido à utilização da expressão, com o sentido de transferência de renda, pelo direito privado³.

As subvenções podem ser classificadas em duas categorias distintas, cujo critério diferenciador reside no destino que é dado aos recursos. Dessa forma, os valores concedidos pelo Poder Público podem ser destinados ao custeio de despesas das entidades beneficiadas, assim como, por outro lado, podem ser investidos em empreendimentos econômicos. No primeiro caso, está-se diante de uma "subvenção para custeio", enquanto no segundo, há uma "subvenção para investimento".

A subvenção para custeio é tratada pelo artigo 44 da Lei nº 4.506/1964, o qual esclarece que as "subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais" devem integrar a receita bruta operacional.

Embora o referido artigo fale em subvenções "para custeio ou operação", vê-se que, nos termos do Parecer Normativo CST nº 112/1978, as expressões "subvenção para custeio" e "subvenção para operação" devem ser entendidas como sinônimas. Isso porque a primeira diz respeito à transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la a fazer face ao seu conjunto de despesas, enquanto a última seria a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la em suas operações, na consecução de seus objetivos sociais. Como as operações das pessoas jurídicas provocam despesas, as expressões são consideradas equivalentes no referido Parecer Normativo.

Ao lado da subvenção para custeio, há a subvenção para investimento, de que trata o parágrafo 2º do artigo 38 do Decreto-lei nº 1.598/1977. De acordo com o referido dispositivo, "subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou

³ Cf. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda - Pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 685.

redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, não serão computadas na determinação do lucro real”, desde que:

- i) registradas como reserva de capital, que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social; ou
- ii) feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

Assim, conforme dispõe o Parecer Normativo CST nº 112/1978, pode-se entender por subvenção para investimento “a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la, não nas suas despesas, mas, sim, na aplicação específica em bens e direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos”.

No referido ato normativo, ressalta-se como característica da subvenção para investimento a necessidade de perfeita sincronia entre a intenção do subvencionador e a ação do subvencionado, na medida em que não basta o *animus* de subvencionar do primeiro, sendo necessária a efetiva e específica aplicação dos recursos, por parte do beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico.

Quando se investiga a figura da subvenção para investimentos na esfera do Direito Financeiro, depara-se com o disposto pelo artigo 19 da Lei nº 4.320/1964. Este se refere a “subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial”. Poder-se-ia, pois, supor que não se poderia falar em subvenção para investimento, alvo do tratamento tributário acima, quando o pagamento efetuado pelo Poder Público não estivesse previsto em lei específica.

Se o conceito de subvenção para investimento, na ótica do Direito Financeiro, é restrita aos casos de previsão expressa, não há razão para estender tal entendimento ao instituto previsto pela legislação tributária. A Lei nº 4.320/1964 relaciona-se a aspectos da classificação de despesas no âmbito do Direito Administrativo e Financeiro. A disciplina das subvenções em seu texto não se confunde com a noção tributária mais ampla de “subvenção”, conforme esta veio a ser tratada posteriormente pela Lei nº 4.506/1964, cujo artigo 44 determinou a contabilização na receita bruta operacional das “subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais”.

A respeito da relação entre a noção de subvenção constante da Lei nº 4.506/1964 e aquela prevista pela Lei nº 4.320/1964, assim já se manifestaram as autoridades fiscais, no Parecer Normativo CST nº 112/1977:

“A expressão ‘subvenções correntes para custeio ou operação’ inspirou-se, ao que tudo indica, em termos técnicos do Direito Financeiro. Essa semelhança, é, talvez, a principal responsável pela dificuldade na interpretação do dispositivo legal. (...) Intuitivamente se é levado a buscar na mencionada Lei nº 4.320/64 as definições para os termos empregados até se dar conta de que o art. 44 da Lei nº 4.506/64 utilizou *subvenção* em caráter amplo e genérico ao identificar as suas possíveis fontes também de forma a mais ampla e genérica. (...) É de se concluir, pois, que o art. 44 da Lei nº 4.506/64 utilizou, do Direito Financeiro, somente aos seus títulos.

A amplitude e generalidade atribuída ao termo *subvenção* pela Lei nº 4.506/64 é confirmada pelo § 2º do art. 38 do Decreto-lei nº 1.598/77 ao distinguir a isenção ou redução de impostos como formas de subvenção. Tecnicamente, na linguagem orçamentária, a isenção ou redução de impostos jamais poderiam ser intituladas de subvenção.”

Confirma-se, assim, o entendimento extraído da legislação tributária, no sentido de que o instituto tributário da subvenção é mais amplo que seu homônimo regulado pela Lei nº 4.320/1964. Ademais, acerta o Parecer Normativo ao tratar a isenção ou a redução de impostos como formas de subvenção, uma vez que tais incentivos fiscais são tradicionalmente reconhecidos como subvenção para investimento quando verificada a destinação dos recursos ao empreendimento econômico⁴.

III.1. Subvenções para investimento e o novo regime contábil

Em sua redação original, o artigo 182, parágrafo 1º, alínea “d”, da Lei nº 6.404/1976 tratava da contabilização das subvenções para investimento, classificando-as como reserva de capital da sociedade, isto é, ingressos de patrimônio ou capital que não surgiram a partir do emprego dos fatores de produção no âmbito da empresa, mas que são advindos de transferências externas. As reservas de capital diferenciavam-se, desta forma, dos ingressos de riquezas novas produzidas pela empresa, os quais são créditos à receita, transitando pelo resultado⁵.

De fato, conforme inclusive reconhecido pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes⁶, as subvenções para investimento possuem como características a intenção do Estado em transferir capital para a iniciativa privada, bem como o aumento do estoque de capital da pessoa jurídica subvencionada, mediante incorporação de recursos em seu patrimônio.

Entretanto, parte do artigo 182 da Lei nº 6.404/1976 foi revogada pela Lei nº 11.638/2007. A partir da introdução do novo padrão contábil, os ingressos correspondentes a subvenções para investimentos, bem como a doações e a prêmios na emissão de debêntures, deixaram de ser classificados como reserva de capital.

As subvenções para investimentos passaram então a integrar, conforme a disciplina contábil estabelecida pela Lei nº 11.638/2007, uma nova espécie de reserva, chamada de reserva de incentivos fiscais, nos termos do novo artigo 195-A da Lei nº 6.404/1976, que dispõe:

“Art. 195-A. A assembléia geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar para a reserva de incentivos fiscais a parcela do lucro líquido decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos, que poderá ser excluída da base de cálculo do dividendo obrigatório (inciso I do *caput* do art. 202 desta Lei).”

⁴ Neste sentido, 1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Acórdão nº 101-94.676, sessão de 15 de setembro de 2004.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1.078.

⁶ Neste sentido, 1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, Acórdão nº 107-08.737, sessão de 20 de setembro de 2006.

Entretanto, as subvenções para investimento receberam tratamento específico no âmbito do Regime Tributário de Transição (RTT), de modo a neutralizar, no que se refere a estas transferências, os efeitos tributários decorrentes dos novos critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/2007. Assim, o artigo 18 da Lei nº 11.941/2009 passou a dispor sobre os procedimentos que, para fins do RTT, a pessoa jurídica beneficiária de subvenções para investimento concedidas para implantação ou expansão de empreendimentos econômicos deve adotar⁷.

No novo regime, as subvenções para investimento devem transitar pelo resultado, para somente então serem excluídas do lucro real da pessoa jurídica, no Lalur. Ainda que esse novo tratamento contábil mereça críticas, já que a natureza da subvenção para investimento é a de capital transferido, o fato é que o RTT assegura que não incidirão o IRPJ e a CSLL sobre as subvenções para investimento recebidas do Poder Público.

A referida lei também determina que as subvenções para investimento serão tributadas caso a elas seja conferida destinação diversa daquela prevista no artigo 18, inclusive nas hipóteses de: capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular; mediante redução do capital social; restituição de ca-

⁷ "Art. 18. Para fins de aplicação do disposto nos arts. 15 a 17 desta Lei às subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e às doações, feitas pelo Poder Público, a que se refere o art. 38 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, a pessoa jurídica deverá: I - reconhecer o valor da doação ou subvenção em conta do resultado pelo regime de competência, inclusive com observância das determinações constantes das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, no uso da competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no caso de companhias abertas e de outras que optem pela sua observância; II - excluir do Livro de Apuração do Lucro Real o valor decorrente de doações ou subvenções governamentais para investimentos, reconhecido no exercício, para fins de apuração do lucro real; III - manter em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a parcela decorrente de doações ou subvenções governamentais, apurada até o limite do lucro líquido do exercício; IV - adicionar no Livro de Apuração do Lucro Real, para fins de apuração do lucro real, o valor referido no inciso II do *caput* deste artigo, no momento em que ele tiver destinação diversa daquela referida no inciso III do *caput* e no § 3º deste artigo.

§ 1º As doações e subvenções de que trata o *caput* deste artigo serão tributadas caso seja dada destinação diversa da prevista neste artigo, inclusive nas hipóteses de:

I - capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou subvenções governamentais para investimentos;

II - restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da doação ou da subvenção, com posterior capitalização do valor da doação ou da subvenção, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou

III - integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

§ 2º O disposto neste artigo terá aplicação vinculada à vigência dos incentivos de que trata o § 2º do art. 38 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não se lhe aplicando o caráter de transitoriedade previsto no § 1º do art. 15 desta Lei.

§ 3º Se, no período base em que ocorrer a exclusão referida no inciso II do *caput* deste artigo, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente de doações e subvenções governamentais, e neste caso não puder ser constituída como parcela de lucros nos termos do inciso III do *caput* deste artigo, esta deverá ocorrer nos exercícios subsequentes."

pital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos cinco anos anteriores à data da subvenção, com posterior capitalização do valor da subvenção; e integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

IV. Caracterização da Contraprestação Pecuniária como Subvenção para Investimento

A Lei nº 11.079/2004, ao dispor sobre as formas de remuneração do parceiro privado em seus artigos 6º e 7º, silencia quanto a sua natureza. Daí poder cogitar-se a contraprestação do Poder Público assumir o regime jurídico-tributário de uma subvenção para investimento.

Como visto acima, a pedra-de-toque a distinguir a subvenção para investimento da subvenção para custeio está na sua destinação, já que a primeira exige que o montante entregue pelo Poder Público se vincule a um investimento. É o que se costuma chamar "recurso carimbado".

Nesses termos, parece que, se uma determinada parceria público-privada previr a vinculação da contrapartida do Poder Público a determinado investimento, estar-se-á diante de uma subvenção para investimento.

Essencial, para tanto, é que aquela contraprestação não esteja vinculada aos serviços prestados, mas, sim, às obras realizadas, *i.e.*, a contrapartida deve remunerar o investimento. Isto porque, diante de determinado caso concreto, entendendo-se que a contrapartida na parceria público-privada se vincula ao serviço, tratar-se-ia de remuneração do serviço; nesse caso, claro que não se poderia cogitar ocorrência de subvenção para investimento.

Deve-se lembrar que a subvenção para investimento corresponde a uma transferência de recursos do Estado para a capitalização de empresas privadas e o investimento em empreendimentos econômicos, e não para o custeio de atividades e operações. Neste sentido, a caracterização da contraprestação do parceiro público como subvenção para investimento encontra-se condicionada à circunstância de que tal valor esteja diretamente vinculado ao investimento, e não a fatores como o sucesso do empreendimento ou à demanda gerada pelo bem objeto da contratação.

Esse ponto merece especial atenção: não constitui subvenção para investimento a contrapartida, posto que paga pelo Estado, de atividades do particular.

Nesse sentido, se a parceria público-privada fosse estruturada na forma patrocinada, prevendo-se uma complementação da tarifa, feita pelo Poder Público, esta complementação não se confundiria com as subvenções para investimento. Ao contrário, seria mero adicional de preço. Seria, enfim, uma receita.

Uma subvenção para investimento pressupõe que o valor seja destinado a um fim previamente estipulado, independente das operações da empresa. Exemplo clássico seria a subvenção, dada pelo Poder Público, para a construção de uma fábrica: independentemente do sucesso da empresa, *i.e.*, mesmo que a fábrica não venda um item sequer, a subvenção para investimento é condicionada, apenas, a que o recurso seja aplicado em sua construção.

É dizer, para que se caracterize uma subvenção para investimento, importa verificar que o valor pago pelo Poder Público tenha uma finalidade específica e que não corresponda a qualquer serviço.

Ou seja: no primeiro teste, investigar-se-á se o contrato prevê a que se destinam os recursos. Deve-se confirmar que o Poder Público, no âmbito da parceria público-privada, oferece recursos (totais ou parciais) para serem empregados na construção da obra. Surge como interessante evidência de tal vinculação a possibilidade de se destacar, na própria contrapartida, parcela que se destine exclusivamente à remuneração do investimento, que não se confunde com outras parcelas eventualmente ligadas aos serviços propriamente ditos.

O segundo teste é ver se há natureza operacional na subvenção, que implicaria sua caracterização como subvenção para custeio (ou ainda melhor: mera complementação de receita). Nesse caso, indaga-se: a concessão do subsídio depende do sucesso do empreendimento?

Assim, por exemplo, é comum que se encontrem parcerias público-privadas em que se preveja que o número de usuários da obra não seja suficiente para cobrir todos os custos do empreendimento; o Poder Público, nesse caso, assegura uma complementação da remuneração. Não é raro, até mesmo, que se estabeleça que conforme cresça o número de usuários, diminui o valor da subvenção. Esta surge, portanto, como mera garantia de uma receita mínima. Nada tem de subvenção para investimento.

Por outro lado, uma verdadeira subvenção para investimento não está condicionada ao sucesso da operação. A única condição é que os recursos sejam efetivamente empregados na sua destinação. Se a subvenção é para uma obra, poderá o Poder Público condicionar a liberação dos recursos a que se verifique o efetivo andamento da obra. Insistimos: da obra, não da operação.

Assim, por exemplo, consistindo o objeto da parceria público-privada em exploração de rodovia, a contraprestação pecuniária da Administração Pública não poderá ser alterada em função da utilização da rodovia pelos transeuntes ou do volume de tarifas arrecadadas, mas antes deve corresponder a um montante fixo atrelado ao próprio investimento.

Neste sentido, importa confirmar se o edital que rege os termos da licitação prévia à contratação condiciona o pagamento a etapas de operação ou de construção. Mais uma vez: o relevante será constatar que a subvenção se vincula à obra, não à operação.

Caso, por outro lado, a contraprestação esteja vinculada a circunstâncias como o sucesso do parceiro privado na exploração do empreendimento e o volume de recursos arrecadados a título de tarifas, ganhando contornos de complementaridade de remuneração, não haverá a caracterização da subvenção para investimento.

Ou seja: como dito acima, estar-se-á diante de subvenção para investimento caso o valor pago pelo Estado se mantenha fixo, sem qualquer complementação, se o empreendimento não se revelar lucrativo para o parceiro privado, sendo seu o risco do negócio. No mesmo sentido, para que seja caracterizada a subvenção, o Estado não deve deixar de pagar o valor acordado, permanecendo este fixo, caso o empreendimento seja um sucesso. Assim, demonstra-se a vinculação do recurso à realização do objeto do contrato, independentemente de seu êxito ou fracasso. O destaque de parcela da contraprestação com tal finalidade surge como evidente indício da caracterização de uma subvenção.

O momento em que a contraprestação pecuniária da Administração Pública tem início é irrelevante para fins da caracterização da subvenção para investimento. No entanto, cabe lembrar que o artigo 7º da Lei nº 11.079/2004 condiciona a contraprestação do parceiro público à prévia disponibilização, pelo parceiro privado, da obra que é objeto do contrato, sendo facultado à Administração, nos termos do contrato, efetuar o pagamento com a apresentação de parcela fruível do objeto. Assim, ainda que a aferição do momento da contraprestação não seja relevante para a caracterização da subvenção, deve o certame licitatório respeitar o disposto pelo artigo 7º da referida lei.

Portanto, para que a contraprestação do Poder Público possa ser caracterizada como subvenção para investimento, faz-se necessária análise do edital de licitação da parceria público-privada, confirmando a vinculação da contraprestação pecuniária da Administração ao próprio objeto, sem que esta se relacione a fatores como a demanda gerada pela obra ou o volume de arrecadação de tarifas. O valor deve, assim, permanecer fixo, seja diante do sucesso ou do fracasso do empreendimento.

V. Regime Tributário das Subvenções para Investimento

Uma vez caracterizada a contraprestação pecuniária do Poder Público ao parceiro privado como uma subvenção para investimento, cabe investigar qual será o tratamento tributário destinado a tal parcela, notadamente no que diz respeito ao (i) IRPJ e à CSLL, à (ii) contribuição ao PIS e à Cofins, e ao (iii) ISS.

VI. IRPJ e CSLL

Conforme já antecipado, a distinção entre as subvenções governamentais destinadas ao custeio de operações da entidade beneficiada daquelas que se destinam ao investimento é relevante para fins fiscais, uma vez que a legislação do Imposto de Renda reconhece apenas as últimas como não tributáveis. Neste sentido, lê-se nos artigos 392, I, e 443 do Regulamento do Imposto de Renda:

"Art. 392. Serão computadas na determinação do lucro operacional:

I - as subvenções correntes para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais;

(...)

Art. 443. Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que:

I - registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou

II - feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas."

Acerta a legislação ao determinar que não se computem no lucro real as subvenções para investimento.

Com efeito, já se apontava que nem todo acréscimo patrimonial compõe o lucro de uma empresa. As subvenções para investimento, se efetivamente caracterizadas como tal, não são resultado das atividades da empresa. Não são o fruto da atuação da empresa no mercado. Não são, enfim, receitas.

As subvenções para custeio, ao contrário, correspondem uma contraprestação pela atuação da empresa no mercado. São veras receitas e como tal devem ser tratadas.

Neste sentido, nota-se a manifestação fiscal sobre o tema, constante do Parecer Normativo CST nº 2, de 1978, em cuja ementa se lê:

"As subvenções que devem integrar a receita bruta operacional da pessoa jurídica beneficiária são as destinadas ao custeio ou operação, não alcançando as que se destinem especialmente à realização de investimentos."

Assim, se a subvenção destina-se a proporcionar à pessoa jurídica beneficiária recursos para o atendimento de despesas e custos incorridos em face de suas atividades ou operações correntes (subvenção para custeio), tem-se que a remuneração por uma atuação da empresa no mercado deve ser considerada nos resultados do exercício correspondente, mesmo que a pessoa jurídica acabe por não utilizar a transferência com essa finalidade (nesse caso, a conversão da renda em capital seria posterior à transferência)⁸.

A subvenção para investimentos, por sua vez, corresponde a uma transferência de capital do Estado destinada à capitalização de empresas privadas. Para que seja assim caracterizada, deve-se constatar tanto a intenção do doador de contribuir para o estoque de capital da pessoa jurídica beneficiada (e não para o custeio das atividades e operações desta), quanto o tratamento contábil dispensado ao valor recebido pelo ente beneficiado, devendo este creditar os valores recebidos a conta de reserva de incentivos fiscais.

O fato de as subvenções para investimentos não serem mais registradas na conta reserva de capital não é suficiente para modificar seu tratamento tributário, como mostrado acima.

Por fim, há que se mencionar que, conforme expresso no item 6 do Parecer Normativo do CST nº 2, de 1978, na hipótese de a transferência recebida pelo particular ser superior às aplicações realizadas, e se essa diferença passar a pertencer à empresa, tal valor passará a integrar a receita bruta operacional do período em que for concluído o empreendimento.

V2. Contribuição ao PIS e Cofins

A contribuição ao PIS e a Cofins são contribuições sociais incidentes sobre as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Sabe-se que nem todo ingresso em uma pessoa jurídica é receita, da mesma forma que nem toda dedução constitui despesa. Assim, um aumento de capital não representa receita, da mesma forma que o pagamento de dividendos não constitui uma despesa da pessoa jurídica.

Conforme já se mencionou, a natureza jurídica das subvenções para investimento é de capital transferido pelo Poder Público ao particular, com a finalidade

⁸ Cf., PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Op. cit.*, nota 3, p. 686.

de auxiliá-lo na consecução de determinado empreendimento. Não por outro motivo, as subvenções para investimentos foram contabilizadas, até 2007, como reserva de capital.

Assim, em princípio, a subvenção para investimento consistiria em ingresso que não corresponde a receita, tal como uma contribuição de um sócio, não restituível, para o capital de determinada empresa.

Em verdade, as subvenções para investimento não possuem caráter de receita, seja porque não constituem resultado de atividade desenvolvida pela empresa (receita operacional), seja porque não correspondem a um valor auferido na venda de bens do ativo (receita não operacional). Receita, seja operacional, seja não operacional, sempre decorre de uma presença no mercado. Não é o caso da subvenção para investimento, que é tão somente um valor, transferido pelo Poder Público, para que a empresa realize empreendimento específico. Não pressupõe - eis o elemento central - a atuação no mercado.

Desta feita, é razoável entender pela não incidência da contribuição ao PIS e da Cofins sobre as subvenções para investimento recebidas do Poder Público pelos particulares.

No entanto, consoante já mencionado, a Lei nº 11.638/2007 e a Lei nº 11.941/2009 alteraram a contabilização das subvenções para investimento. Tais valores, primeiramente, deixaram de ser contabilizados como reserva de capital, para então comporem a chamada reserva de incentivos fiscais.

Nos termos do RTT, conforme determinado pelo artigo 18 da Lei nº 11.941/2009, as subvenções para investimento devem transitar pelo resultado, como se receitas fossem. É criticável a escolha feita pelo legislador, na medida em que ignora a verdadeira natureza jurídica dos montantes transferidos pelo Poder Público e atribui uma classificação e um tratamento contábeis com ela incompatíveis.

Não obstante, a própria Lei nº 11.941/2009 buscou corrigir tal situação, que em um primeiro momento poderia ensejar a incidência da contribuição ao PIS e Cofins, revelando claros efeitos tributários. De acordo com o parágrafo único de seu artigo 21, no âmbito do RTT, as subvenções para investimento recebidas do Poder Público, quando registradas em conta de resultado, podem ser excluídas da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, *verbis*:

"Art. 21. As opções de que tratam os arts. 15 e 20 desta Lei, referentes ao IRPJ, implicam a adoção do RTT na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.

Parágrafo único. Para fins de aplicação do RTT, poderão ser excluídos da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, quando registrados em conta de resultado:

- I - o valor das subvenções e doações feitas pelo poder público, de que trata o art. 18 desta Lei; e
- II - o valor do prêmio na emissão de debêntures, de que trata o art. 19 desta Lei."

Portanto, o artigo 21 da Lei nº 11.941/2009 acaba por reconhecer que as subvenções para investimento não caracterizam receita, e, desta forma, não devem estar

sujeitas à incidência da contribuição ao PIS e à Cofins, ainda que, nos termos do RTT, devam transitar pelo resultado.

13. ISS

O Imposto sobre Serviços (ISS), de competência municipal, encontra-se disciplinado pela Lei Complementar nº 116, de julho de 2003. Tal norma, além de estabelecer a base de cálculo e a hipótese tributária da exação em comento, apresenta, em anexo, a lista de serviços tributáveis pelo imposto.

Nota-se, no artigo 1º da referida lei, que a hipótese de incidência do ISS corresponde à prestação de serviços constantes da lista anexa. Neste sentido, o aspecto material da hipótese do imposto municipal compreende um negócio jurídico relativo a uma obrigação de fazer, cuja prestação, compreendendo as figuras do tomador e prestador, dá ensejo ao surgimento da obrigação tributária⁹. Já o artigo 7º da Lei Complementar nº 116/2003, mantendo a redação do artigo 9º do Decreto-lei nº 406/1968, define a base de cálculo do ISS como o preço do serviço.

Assim, se a contraprestação do parceiro público no âmbito de uma concessão patrocinada possuir natureza complementar aos recursos advindos da cobrança de tarifas dos usuários, variando conforme o valor arrecadado, poderá ser tributável pelo ISS.

Vê-se, por exemplo, o caso do serviço de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio de seus usuários. Neste sentido, lê-se no item 22.01 da lista:

"2.01 -Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."

Em tal circunstância, caso o valor recebido seja complementar aos pedágios, a contraprestação pecuniária da Administração Pública será mero complemento do valor arrecadado a título de tarifa dos usuários, encontrando-se vinculada ao volume de recursos assim arrecadados. Dessa forma, os valores pagos pelo parceiro público integrariam, juntamente com os valores arrecadados com as tarifas cobradas dos usuários, a remuneração pelo serviço de exploração de rodovia mediante cobrança de pedágio, que é tributável pelo ISS, conforme o conteúdo do item 22.01 da lista anexa.

No entanto, verificando-se que a contraprestação do parceiro público não se vincula à própria exploração da rodovia, correspondendo a contraprestação a um montante fixo que não será alterado conforme a sorte do empreendimento e os valores arrecadados com a cobrança de tarifas, estará caracterizada a subvenção para investimento.

⁹ Cf. MELO, José Eduardo Soares de. *ISS - Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 33-34.

Nesse caso, o valor em pecúnia pago pela Administração Pública ao seu parceiro privado não corresponde a uma contraprestação pelo serviço de exploração de rodovia prestado por este, mas, ao contrário, é uma transferência de recursos voltada à capitalização da empresa e ao investimento no empreendimento.

Em tal condição, a contraprestação pecuniária do parceiro público não integra a base de cálculo do ISS, uma vez que a subvenção, sendo simples transferência de recursos, não corresponde à contraprestação paga por um serviço prestado, conforme exigido pelo artigo 7º da Lei Complementar nº 116/2003.

VI. Conclusão

Do ponto de vista tributário, a contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público no âmbito de uma parceria público-privada pode ser caracterizada como subvenção para investimento, tal como disposta na legislação tributária, desde que o valor pago pelo Estado esteja vinculado exclusivamente à obra, e não ao sucesso ou fracasso da operação. Tal contraprestação deve ser fixa, sem qualquer complementação, de modo que o risco do negócio permanece com o parceiro privado.

Caracterizada a contraprestação pecuniária como subvenção para investimento, não há que se falar na incidência de IRPJ e CSLL. No que tange à contribuição ao PIS e à Cofins, o artigo 21 da Lei nº 11.941/2009 é expresso ao afirmar que, para fins de aplicação do RTT, as subvenções para investimento recebidas do Poder Público podem ser excluídas da base de cálculo de tais contribuições sociais, quando registrados em conta de resultado.

A contraprestação pecuniária do parceiro público no âmbito de uma concessão patrocinada somente será tributável pelo ISS na hipótese de vincular-se ao serviço, o que se evidencia se for variável, com características de mero complemento do valor arrecadado a título de tarifa dos usuários. Caso contrário, não haverá a incidência do ISS, uma vez que a subvenção, caracterizada como um montante fixo que não se altera em função dos resultados do empreendimento, não corresponde à contraprestação paga por um serviço prestado, conforme exigido pelo artigo 7º da Lei Complementar nº 116/2003.

Entretanto, o valor da contraprestação pecuniária não poderá ser superior ao valor da obra a ser executada. Caso tal valor seja superior, a parcela excedente não poderá ser caracterizada como subvenção para investimento, sendo tributável pelo IRPJ e pela CSLL.