

ENSAIOS EM DIREITO PÚBLICO

Os **10 anos da Ministra
Regina Helena Costa** no
Superior Tribunal de Justiça

Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.

Costa, Regina Helena. *Tributação e Direitos Fundamentais: Uma Visão Contemporânea*. REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, v. 28, p. 633-644, 2016.

_____. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Gajardoni, Fernando F.; Delloro, Luiz; Roque, Andre Vasconcelos; Oliveira Jr., Zulmar D. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015: volume 2*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Marcato, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Mazzei, Rodrigo. *Ensaio sobre o inventário sucessório*. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

Muzzi Filho, Carlos Victor. *O imposto sobre transmissões causa mortis: lançamento e decadência*. RDDT, n. 212/29, maio 2013.

Rodrigues, Silvio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.

Theodoro Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO 15

AS SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O PRINCÍPIO FEDERATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário

RICARDO ANDRÉ GALENDI JÚNIOR

Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Colônia. Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

INTRODUÇÃO

Homenagear a Ministra Regina Helena Costa é tarefa honrosa e instigante. A Ministra se encontra no seletorol de Juristas que aliam, com maestria, profícua atividade acadêmica e exitosa carreira na Magistratura. Seus votos e sentenças evidenciam a segurança e a erudição que advêm de sua dedicação acadêmica. Seus livros e artigos denotam o raciocínio preciso, o senso prático e a objetividade de sua experiência como Magistrada.

A atuação da Ministra cobre as mais diversas áreas do Direito Público, mas é no Direito Tributário que se concentra sua produção acadêmica, merecendo destaque seu festejado *Curso de Direito Tributário*¹, e suas relevantíssimas teses a respeito da capacidade contributiva² e da praticabilidade tributária³. Diante de tão vastas possibilidades, elegeram-se as subvenções para investimentos como tema para a presente homenagem. A escolha se deve não apenas à relevância da matéria, mas também à complexidade do tema, sobre o qual a Ministra se manifestou de maneira

1. Regina Helena Costa, *Curso de Direito Tributário*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023.

2. Regina Helena Costa, *Princípio da Capacidade Contributiva*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

3. Regina Helena Costa, *Praticabilidade e Justiça Fiscal*, São Paulo: Malheiros, 2007.

consistente em recentes julgados. O tema das subvenções para investimentos, além de bastante técnico e frequente ao cotidiano das empresas, envolve questões de direito mais amplas, caras ao federalismo brasileiro, e que exigem uma abordagem principiológica em sua interpretação.

O artigo inicia-se pela exposição da jurisprudência administrativa mais recente a respeito da matéria, que acirrou o conflito federativo tradicionalmente existente em torno das subvenções de investimentos (item 2). Em seguida, evidencia-se de que maneira a Lei Complementar nº 160/17 (“LC 160/17”) buscou solucionar o conflito federativo gerado pelas autoridades federais (item 3). Finalmente, no item 4, expõe-se a recente jurisprudência do STJ sobre subvenções para investimentos, enfatizando-se, igualmente, o papel do princípio federativo para o deslinde da controvérsia.

1 O CONFLITO FEDERATIVO CRIADO PELA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

1.1 A DISTINÇÃO ENTRE SUBVENÇÕES CORRENTES E SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS

A distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimento é tradicionalmente explicada pela doutrina tributária a partir da distinção entre *transferências de renda* e *transferências de capital*, tal qual esclarecida por Bulhões Pedreira. Longe de ter sido abandonada, a distinção tem sido também empregada em decisões administrativas mais recentes⁴.

Nas palavras do autor, as “transferências” são, em geral, prestações em negócios unilaterais, em que a parte que transfere renda ou capital não adquire qualquer direito em troca. Na *transferência de renda*, quem transfere renda a outrem jamais adquire qualquer direito em troca, sendo exemplos típicos o pagamento de pensão e as subvenções correntes, para custear as atividades ou operações da pessoa jurídica. Já na *transferência de capital*, “uma pessoa transmite direitos com o fim de acrescê-los ao estoque de capital de outra”. Em alguns casos de transferência de capital, a pessoa que transfere não adquire qualquer direito, como no caso das subvenções para investimento e das doações. Existiriam contudo, hipóteses de transferência de capital em que a parte que transfere também adquire direitos, que nascem do próprio negócio de transferência, tendo por objeto prestações

4. Cf. e.g., CSRF, Acórdão 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 04/05/16 (“Caso Britânia do Nordeste”).

da pessoa que recebe⁵, como seriam os casos da subscrição de capital⁶ e da concessão de empréstimos (ambos negócios bilaterais).

A partir da distinção entre *transferências de renda* e *transferências de capital*, Bulhões Pedreira esclarece, então, o regime jurídico pressuposto pelo Decreto-lei 1.598/77. As *transferências de capital* não seriam computadas no lucro porque seriam “estranhas ao fluxo de renda recebido pela pessoa”⁷. Dessa forma, “coerente com a discriminação de rendas da Constituição”⁸, o legislador houve por bem considerar as *transferências de renda* como parte do lucro, excluindo deste, contudo, as *transferências de capital*.

Com efeito, esclarece o autor que a lei se refere às *transferências de renda* como “subvenções correntes, para custeio ou operação”, tratando, de outro lado, como *transferências de capital*, “as subvenções para investimento, as doações, a subscrição de capital social e de valores mobiliários de emissão da companhia, e o capital ou pecúlio de seguro pago a pessoa jurídica por morte do sócio”⁹. Enquanto os casos de subscrição de valores mobiliários e de pecúlio de seguro não ofereciam maiores problemas – em virtude de a natureza econômica ser determinada a partir da forma jurídica – a distinção entre subvenções correntes (*transferências de renda*) e subvenções de investimento (*transferências de capital*) poderia gerar dúvidas.

Parece correto entender que na subvenção para investimento, a pessoa jurídica de Direito Público contribui, efetivamente, para o capital da empresa, mas sem por isso participar do seu capital. Não se distingue, do ponto de vista econômico, do ágio pago por um acionista na emissão de ações: a diferença entre o preço da ação e o valor do aumento de capital não aproveita ao acionista; é incorporado a seu patrimônio, em benefício de toda a sociedade. De igual modo, a subvenção para investimento não deixa de implicar acréscimo no patrimônio da sociedade, sem beneficiar a entidade beneficiária. Assim como no ágio cobrado na emissão de ações não se cogita qualquer lucro tributável (é um acréscimo patrimonial, como também o é a capitalização, mas não é lucro), de igual modo a subvenção para investimento não representa lucro a ser tributado.

5. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 679.
6. Para a qualificação da subscrição de capital como negócio jurídico bilateral, cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, item 356.
7. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 678.
8. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 680.
9. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 680.

As subvenções correntes, por outro lado, relacionam-se às atividades da pessoa jurídica. Funcionam como vero acréscimo ao lucro da pessoa jurídica. É dizer: reconhecendo o poder público a ocorrência de externalidades, decide por remunerar a pessoa jurídica pela atividade que resulta em benefícios para a coletividade. Com a subvenção, aquilo que era externalidade (i.e., ganho não percebido pelo particular) é internalizado, incorporando-se ao lucro da atividade. Nada mais justo, pois, que oferecer-se à tributação tal parcela.

Apesar da singeleza dos conceitos legais, a distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimento é objeto de controvérsias jurisprudenciais desde seu advento na legislação. Tradicionalmente, a administração tributária federal busca restringir o conceito de subvenção para investimentos, ampliando os requisitos da lei e exigindo condições que não encontram respaldo quer em sua letra, quer em seu espírito. Uma das principais fontes a que se faz referência na jurisprudência administrativa sobre o tema é o PN 112/78, cujos critérios ora são aplicados, ora são combatidos¹⁰.

1.2 A REINTERPRETAÇÃO DO PN 112/78 PELA CSRF

Nas reformas realizadas a partir de 2007, não houve significativa modificação na essência da distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimento. Apesar da modificação do tratamento contábil e da substituição de uma reserva de capital (Doações e Subvenções para Investimentos) por uma reserva de lucros (Reserva de Incentivos Fiscais), não ocorreu, em essência, mudança no racional que subjaz à distinção entre subvenções para investimentos e subvenções correntes. A jurisprudência administrativa continuou se referindo às mesmas fontes de outrora: tanto o PN 112/78 quanto as lições de Bulhões Pedreira são frequentes na jurisprudência administrativa¹¹.

Apesar disso, novos elementos foram trazidos pelas decisões administrativas que sobrevieram. A jurisprudência que se formou no CARE,

10. Cf., *e.g.*, Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-93.716, 1ª Câmara, Rel. Sebastião Rodrigues Cabral, j. 22/01/2002 (“Caso Vulcabrás”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 107-05.912, 7ª Câmara, Rel. Maria Ilca Castro Lemos Diniz, 15/03/2000 (“Caso Halex Istar”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-94.009, 1ª Câmara, Rel. Paulo Roberto Cortez, j. 06/11/2002 (“Caso Cipa Industrial”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 107-06.226, 7ª Câmara, Rel. Natanael Martins, j. 23/05/2001 (“Caso Ducoco”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-94.676, 1ª Câmara, Rel. Sandra Faroni, j. 15/09/2004 (“Caso Aço Cearense”).

11. Cf., *e.g.*, CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-003.171, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 07/11/17 (“Caso Empreendimentos Pague Menos”).

e particularmente na CSRF¹², explorou os requisitos presentes no Parecer Normativo CST n° 112/78 e, posteriormente, na IN RFB 1.700/2017, que inseriu elemento inspirado nos próprios julgados para que se qualificassem as subvenções para investimentos. Nos julgados proferidos, foi-se muito além dos requisitos previstos pela lei, e da teleologia acima descrita, transferindo-se ao sujeito passivo o ônus decorrente de os Estados supostamente não editarem critérios objetivos e específicos e supostamente não procederem à fiscalização da aplicação dos recursos. Ademais, transformou-se o órgão administrativo em vero fiscal da efetividade de incentivos concedidos pelos Estados. Podem identificar-se alguns requisitos para a caracterização da subvenção como sendo de investimentos, quais sejam¹³:

- 1) Transferência de recursos para uma pessoa jurídica, com a finalidade de auxiliá-la, não em suas despesas, mas sim, na aplicação em bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos;
- 2) Sincronia da intenção do subvencionador com a ação do subvencionado;
- 3) Aplicação efetiva da subvenção nos investimentos previstos;
- 4) Registro em conta de reserva – em que pese se enfatize sua insuficiência.

Estes critérios são todos pretensamente extraídos do PN 112/78, sem maiores considerações a respeito décadas de jurisprudência administrativa que o seguiram. A expressão “perfeita sincronia” é recorrentemente citada, com referência ao PN 112/78¹⁴, mas parece apresentar um sentido distinto daquele que se debatia na jurisprudência do Primeiro Conselho

12. CSRF, Acórdão 9101-002.329, 1ª Turma, Rel. Rafael Vidal de Araújo, j. 04/05/16 (“Caso Rigesá”); CSRF, Acórdão 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 04/05/16 (“Caso Britânia do Nordeste”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”); CSRF, Acórdão 9101-003.084, 1ª Turma, Rel. Cristiane Silva Costa, j. 13/09/2017 (“Caso Prismapack”); CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-003.171, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 07/11/17 (“Caso Empreendimentos Pague Menos”).

13. Cf., *e.g.*, CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”). Para uma síntese da jurisprudência, cf. CARE, Acórdão 1302-003.230, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Flávio Machado Vilhena Dias, Rel. Desig. Paulo Henrique Figueiredo, j. em 22/11/18 (“Caso Denusa Destilaria”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”).

14. Cf., *e.g.*, CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-003.084, 1ª Turma, Rel. Cristiane Silva Costa, j. 13/09/2017 (“Caso Prismapack”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”). Para uma síntese da jurisprudência, cf. CARE, Acórdão 1302-003.230, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Flávio Machado Vilhena Dias, Rel. Desig. Paulo Henrique Figueiredo, j. em 22/11/18 (“Caso Denusa Destilaria”).

de Contribuintes. Em relação ao tema, houve um pequeno avanço e um grande retrocesso.

1.3 PERFEITA SINCRONIA NÃO É “CARIMBAR O DINHEIRO”

O pequeno avanço é o afastamento da necessidade de se “carimbar o dinheiro”, rechaçando-se o vetusto entendimento – outrora mantido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes – de que o recebimento da subvenção deveria anteceder a realização do investimento¹⁵. Assim, reconhece-se que “ao se falar na implantação de um novo investimento, naturalmente o subvencionado terá que aplicar recursos próprios para a construção do empreendimento”, e “apenas no futuro, a partir do momento em que o investimento gerar frutos, serão originadas as receitas, cuja parte será objeto de transferência para a empresa a título de subvenção”¹⁶.

Este ponto, aliás, fora construído pela jurisprudência administrativa ao longo dos anos 2000 e se encontra bem frisado em acórdão da CSRF, de relatoria do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior¹⁷. No caso, reconhece-se, portanto, ser “natural” que o beneficiário da subvenção para investimento, inicialmente, aplique recursos próprios na implantação do empreendimento, e depois, quando a empresa inicia suas operações “comece também a recompor seu caixa do capital próprio anteriormente imobilizado em ativo fixo e outros gastos de implantação”¹⁸.

Assim, “não se fala em ‘carimbar o dinheiro’”, e se rechaça a necessidade de que “precisamente o recurso ingressado por meio de transferência seja aplicado na implantação/expansão do investimento”. Tampouco se cogita “simultaneidade”¹⁹. Neste aspecto, a jurisprudência administrativa apresentou importante avanço em relação aos debates travados no Primeiro Conselho de Contribuintes.

15. Cf., *e.g.*, Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 108-07.015, 8ª Câmara, Rel. Marcia Maria Loria Meira, j. 20/06/2002 (“Caso Goiás Cloro”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 108-05.767, 8ª Câmara, Rel. Desig. Nelson Lóssó Filho, j. 08/06/1999 (“Caso Laboratório Teuto-Brasileiro”).

16. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-003.171, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 07/11/17 (“Caso Empreendimentos Pague Menos”). Cf., também, CSRF, Acórdão 9101-003.084, 1ª Turma, Rel. Cristiane Silva Costa, j. 13/09/2017 (“Caso Prismapack”).

17. CSRF, Acórdão 9101-001.094, 1ª Turma, Rel. Alberto Pinto Souza Júnior, j. 29/06/2011 (“Caso Itabuna”).

18. CSRF, Acórdão 9101-001.094, 1ª Turma, Rel. Alberto Pinto Souza Júnior, j. 29/06/2011 (“Caso Itabuna”).

19. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-003.171, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 07/11/17 (“Caso Empreendimentos Pague Menos”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”).

1.4 PERFEITA SINCRONIA É “FISCALIZAR A FISCALIZAÇÃO”

O grande retrocesso, de outro lado, diz respeito a uma interpretação extremamente criativa do que seja um “estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos” – a interpretação que se segue é pretensamente baseada nesta expressão.

Segundo esta corrente da jurisprudência administrativa, seriam necessárias duas etapas para se verificar/atestar se os recursos poderiam ser reconhecidos como subvenção para investimentos²⁰: i) se a legislação estabelece critérios objetivos e efetua o devido controle para acompanhar a efetividade da aplicação dos recursos; ii) se os requisitos de ordem formal (contabilização) e material (efetiva aplicação dos recursos) foram atendidos. Da perspectiva do ente subvencionador, consignou-se que, não bastaria “a mera intenção”, devendo restar claro do “diploma legal que o ente subvencionador irá, de fato, estabelecer mecanismos claros de controle para verificar se as condições serão atendidas”²¹. Da perspectiva do ente subvencionado, os investimentos deveriam estar “devidamente escriturados, de modo que possam refletir na contabilidade a aplicação dos recursos em ativo fixo, dentro de um período de tempo determinado, em montante proporcional às transferências recebidas”²².

O que se objetivaria com tais critérios, seria “assegurar que o montante de recursos derivados da transferência seja, em momento razoável, efetivamente aplicado, de acordo com projetos executivos de implementação e construção”. Um tal controle “*deve ser exercido pelo subvencionador*” (destacamos), além de exigir a escrituração dos investimentos, “de modo que possam refletir na contabilidade a aplicação dos recursos em ativo, e, dentro de um período de tempo determinado, em montante proporcional às transferências recebidas”. Dever-se-ia, ademais “identificar, mediante elaboração de um plano de contas os ativos que foram objeto de implementação ou expansão”²³.

20. CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”); CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 04/05/16 (“Caso Britânia do Nordeste”).

21. CSRF, Acórdão 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 04/05/16 (“Caso Britânia do Nordeste”); CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”).

22. CSRF, Acórdão 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 04/05/16 (“Caso Britânia do Nordeste”); CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”); CSRF, Acórdão 9101-002.556, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. 13/03/17 (“Caso Via Uno”).

23. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

Com efeito, subjugou-se a legislação (usualmente estadual nas questões decididas), a um “crivo de qualidade”, a cargo do auditor federal. Passou-se a examinar, então, em uma “primeira verificação”, “se a legislação do ente subvencionante, em tese, estabelece critérios objetivos e efetua o devido controle para acompanhar a efetividade da aplicação dos recursos considerados como subvenção para investimentos”²⁴. Passou-se a questionar a “generosidade” dos entes subvencionadores, a partir de argumentos que discutiam a suficiência das comprovações exigidas pelos Estados.²⁵

Assim, diante da alegada insuficiência de “controle do Estado”, considerou-se, no caso em questão, que restaria descaracterizada a subvenção para investimentos. Não bastaria a incorporação do desconto ao capital social – o que atribuiria a evidente natureza de *transferência de capital ao montante* –, tampouco o cumprimento das obrigações assumidas no projeto – que deixaria claro não apenas o intento de estímulo ao investimento, como a efetiva destinação dos recursos ao investimento.

Nota-se, portanto, que se passou a exigir a “perfeita sincronia” em um sentido que não se pretendeu sequer no próprio PN 112/78. Em certo sentido, houve uma exacerbação do critério da “perfeita sincronia” previsto no PN 112/78 – o qual era, por si só, controverso e muitas vezes rechaçado na própria jurisprudência administrativa²⁶.

Alguns problemas relativos a tais interpretações foram devidamente apontados, por exemplo, na declaração de voto do Conselheiro Luís Flávio Neto²⁷. Em seu entendimento, o argumento da ausência de controle por parte do Estado não prosperaria, porque a União não tem sua capacidade tributária ativamente limitada pelo trabalho fiscalizatório de qualquer outro ente federado, podendo fiscalizar e aferir o cumprimento das contrapartidas em questão. Assim, caberia ao agente fiscal federal desincumbir-se do ônus de demonstrar o descumprimento das contrapartidas, não se podendo adotar entendimento apriorístico de que tal verificação seria prescindível.

24. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

25. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

26. Cf., e.g., Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-93.716, 1ª Câmara, Rel. Sebastião Rodrigues Cabral, j. 22/01/2002 (“Caso Vulcabrás”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 107-05.912, 7ª Câmara, Rel. Maria Ilca Castro Lemos Diniz, 15/03/2000 (“Caso Halax Istar”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-942009, 1ª Câmara, Rel. Paulo Roberto Cortez, j. 06/11/2002 (“Caso Cipa Industrial”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 107-06.226, 7ª Câmara, Rel. Natanael Martins, j. 23/05/2001 (“Caso Ducoco”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão 101-94.676, 1ª Câmara, Rel. Sandra Faroni, j. 15/09/2004 (“Caso Aço Cearense”).

27. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

Em que pesem todos os problemas tradicionalmente atrelados ao critério da perfeita sincronia, a IN 1700/17 trouxe dispositivo que afasta a possibilidade de exclusão da apuração do lucro real quando não há “obrigatoriedade de aplicação da totalidade dos recursos na aquisição de bens ou direitos necessários à implantação ou expansão de empreendimento econômico, inexistindo sincronia e vinculação entre a percepção da vantagem e a aplicação dos recursos”²⁸.

Nota-se, portanto, uma persistência da administração tributária federal em estabelecer condições não previstas na lei, seja mediante a criação de critérios pela jurisprudência administrativa, seja mediante a edição de normas administrativas que não encontram fundamento na legislação.

1.5 EFEITO: AS SUBVENÇÕES COMO FONTE DE CONFLITO FEDERATIVO

As decisões da CSRF produziram, portanto, um conflito federativo referente à definição de subvenção para investimentos adotada, no caso de estas terem sido concedidas por outros entes que não a União. A jurisprudência administrativa abriu espaço para a ingerência da administração tributária federal sobre os incentivos concedidos pelos Estados, que tornou necessária a afirmação de poderes supostamente detidos pela fiscalização a este respeito. Refutando argumentos da decisão recorrida, argumentou-se em um dos casos que a União teria poderes para fiscalizar a subvenção de investimentos editada pelos Estados, vez que isso faria parte da fiscalização de seus próprios tributos²⁹.

Ao argumento subjaz, portanto, a ideia de que as subvenções concedidas por outros entes federados interfeririam na base de cálculo de tributos federais. Caberia, portanto, à lei federal impor limitações a esta interferência, e à administração tributária federal restaria a tarefa de fiscalizar não apenas as condições estabelecidas por outro ente federado, como também sua efetiva implementação no caso concreto. Em última análise, não bastaria que o sujeito passivo cumprisse com as condições impostas pelo ente subvencionador; seria necessário, ainda, que a subvenção tivesse sido concedida em termos aceitáveis à União Federal – o que pode implicar a recusa de se tratar a “modernização” como fim legítimo da subvenção para investimentos – e fosse fiscalizada pelo ente subvencionador de maneira que a União Federal entendesse satisfatória – implicando, por exemplo, a insuficiência do aumento de capital e do cumprimento das condições

28. IN RFB 1700/17, art. 198, § 7º.

29. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

acordadas, sem outras medidas adicionais de controle. Ao sujeito passivo, mais que a insegurança jurídica inerente à aplicação do direito, resta também aquela decorrente de um prélio federativo.

A questão pode, contudo, ser analisada de outra perspectiva. Afinal, no caso das subvenções, o ente subvencionador abre mão de parcela de suas receitas (tributárias), em prol do incentivo a determinada atividade. Quando um Estado decide abrir mão de parcela do ICMS devido para subvencionar determinada atividade ou empreendimento, ele não o logra fazer sem que a União abocanhe um quinhão da transferência realizada.

No caso das transferências de renda, expressas pelas subvenções correntes, o texto legal não deixa dúvida quanto à tributação (conquanto, conforme veremos abaixo, o STJ afaste esta tributação). Se um Estado auxilia um ente privado no custeio de suas atividades, tem-se, na letra da lei, rendimento de imediato tributável. Ao ente federado não se permite, portanto, realizar transferências de renda, destinadas ao custeio de atividades, que não sejam tributadas pela União. Caso pretenda realizar uma transferência de renda em um determinado valor líquido, deve realizar um *gross up* do valor, diante da tributação que cabe à União Federal.

No caso das transferências de capital, expressas pelas subvenções para investimento, a obrigação de constituição de reserva de lucros para sua caracterização – decorrência de lei federal (e igualmente afastada pelo STJ) – gera situação diversa. A transferência de capital não será de imediato tributada, desde que o sujeito passivo constitua reserva de lucros com o montante correspondente à subvenção. Não parece irrazoável essa medida, já que o destino da subvenção é conferir capital à pessoa jurídica, não aumentar o lucro dos seus sócios. De toda forma, o que se tem é, no máximo, um diferimento da tributação até o momento em que a reserva seja de alguma forma distribuída aos sócios ou retorne a eles na forma de devolução de capital – conforme se extrai da legislação vigente.

Em suma, o conflito federativo assumiu os seguintes contornos. De um lado, tem-se a administração tributária federal, entendendo que as subvenções, inclusive as para investimento, constituem hipótese de redução da base de cálculo de tributo federal e, portanto, sua interpretação deveria ser a mais restritiva possível, exigindo-se uma “perfeita sincronia amplamente fiscalizada” para que se possa estar diante de um “estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”. Por outro lado, da perspectiva dos demais entes federados, a exigência de cumprimento de requisitos previstos em lei federal e em normas administrativas federais para que não se tributem as transferências de capital realizadas é problemática. Ao se estabelecerem tais requisitos, acaba-se por condicionar por lei federal (e por normas administrativas federais) a forma como podem os demais

entes federados atuar no domínio econômico, o que gera um problema federativo claro.

Diante do conflito federativo gerado pela jurisprudência administrativa, teve-se resposta na forma de lei complementar, cuja aplicação se estende também a casos que não foram definitivamente julgados. Paralelamente, observou-se desenvolvimento jurisprudencial no âmbito do STJ, que igualmente soluciona o conflito federativo, mas em sentido mais amplo que aquele preconizado pela LC 160/17. Cumpre examinar cada uma das soluções em apartado.

2 A LC 160/17 E A SUFICIÊNCIA DA INTENÇÃO DO SUBVENCIONADOR

A LC 160/17 inseriu os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/14. Tais dispositivos foram inseridos como evidente resposta às construções da jurisprudência administrativa, pretendendo-se solucionar o conflito federativo por ela gerado.

2.1 CONTEXTO DA EDIÇÃO DA LC 160/17

Em poucas palavras, a LC 160/17 estabeleceu expressamente que não poderiam ser exigidos outros requisitos para a configuração das subvenções para investimentos que não aqueles previstos no art. 30 da Lei 12.973/14, e determinou sua aplicação, inclusive, a casos não definitivamente julgados. O exame do histórico legislativo é interessante para que se compreendam os dispositivos afinal inseridos no ordenamento.

O PLP 54, aprovado no Senado Federal, recebeu algumas emendas legislativas na Câmara dos Deputados, dentre as quais os arts. 9º e 10, que inseriam os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/14. Debatidos os temas em ambas as casas, o PLS 130 foi finalmente aprovado. Os arts. 9º e 10 da LC 160/17, que inseriam os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/14, foram vetados pelo Presidente da República. Na Mensagem de Veto Parcial 276/2017, lê-se que os dispositivos causariam “distorções tributárias, ao equiparar as subvenções meramente para custeio às para investimento, desfigurando seu intento inicial, de elevar o investimento econômico, além de representar significativo impacto na arrecadação tributária federal”³⁰.

Ocorre, contudo, que não há “equiparação” entre as modalidades de subvenção pela lei. A constituição de reserva continua sendo requisito para a exclusão das subvenções para investimento do lucro real – elemento que não se faz presente nas subvenções correntes, que continuam, segundo a lei

30. Publicada no Diário Oficial da União de 08/08/2017, seção 1, p. 9.

federal, compondo a receita bruta operacional. Por conseguinte, tampouco existe “desfiguração” do “intentio inicial”, pois a distinção entre *transferências de renda* e *transferências de capital*, que inspira a lei, resta mantida.

O veto acabou sendo, nesse sentido, derrubado, em sessão conjunta e pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores (CF, art. 66, § 4º), tendo-se inserido, ao final, os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/14. O veto ao dispositivo foi, inclusive, utilizado como argumento em decisão da CSRF, proferida antes de sua derrubada pelo Congresso Nacional. Segundo se argumentou, o veto representaria a “preocupação em não banalizar a subvenção para investimentos”³¹.

De qualquer forma, a relação entre o advento de tais dispositivos e os excessos da jurisprudência administrativa federal mostra-se evidente. A LC 160/17 promoveu clara e intencional ruptura com a jurisprudência administrativa³². Conforme visto, além dos requisitos previstos no art. 30, § 4º, da Lei 12.973/14, passaram a ser exigidas, sem fundamento imediato na lei tributária, (i) a validade dos incentivos fiscais concedidos pelos Estados; (ii) a efetiva implantação dos empreendimentos, e (iii) a sincronia entre o recebimento e os investimentos. Foi contra esta construção da jurisprudência administrativa que se editaram os respectivos dispositivos da LC 160/17.

2.2 A SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTOS NA LC 160/17

Segundo dispõe o § 4º, inserido ao art. 30 da Lei 12.973/14:

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiros relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo.

Em outras palavras, os incentivos de ICMS devem ser tratados como subvenções para investimentos, desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 30, vedando-se a exigência de qualquer outro requisito ou condição. Resta, em tais casos, compreender quais são estes requisitos. A partir da literalidade do texto, chega-se à conclusão de que tais requisitos são, essencialmente, (i) tratar-se de “estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos” (ii) haver a constituição de reserva de lucros, mantida e destinada nos termos previstos pela lei.

31. CSRF, Acórdão 9101-003.157, 1ª Turma, Rel. André Mendes de Moura, j. em 05/10/17 (“Caso Gravia Esquality”).

32. Cf., sobre o tema, Lucas Bevilacqua; Vanessa Marini Ceconnello, Incentivos fiscais e subvenções para investimentos: tratamento fiscal após a edição da Lei Complementar n. 160/2017. *Revista Direito Tributário Atual*, v. 41, 2019, p. 251-275.

Conforme se evidenciou ao se examinar a jurisprudência administrativa mais recente, o estabelecimento de requisitos adicionais àqueles previstos na lei pretende-se como “interpretação” da lei, ou, mais especificamente, como interpretação do que seja um “estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”. Esta expressão ainda está presente na lei, mas o contexto de edição da LC 160/17 evidencia que foi justamente aquele tipo de expediente, expansivo do sentido da lei, mas supostamente interpretativo, que se pretendeu afastar.

A questão que fica, então, é determinar o que deve ser considerado como suficiente para se tratar de “estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”. Em decisão da CSRF posterior ao advento da LC 160/17, encontra-se resposta satisfatória a tal questão. Na decisão da CSRF, consignou-se que “remanesce, quando concedido benefício na forma do artigo 155, II, a exigência de cumprimento dos requisitos do caput do artigo 30, quais sejam: (i) intenção do Estado em estimular a implantação e expansão de empreendimentos (ii) registro em reserva de lucros”³³. Afirmou-se, ainda, que “o investimento em ativo permanente não consta do art. 30, da Lei n.º 12.973/2014, sendo improcedente o lançamento fundado em tal exigência”.

Em suma, a análise da perspectiva do ente subvencionador comporta algum grau de vagueza, que oscila desde a suficiência da intenção do ente subvencionador de subvencionar para investimentos, até uma construção mais complexa, em que se exigem diferentes graus de sincronia entre esta intenção e as ações do subvencionado, chegando-se, no limite, à exigência de “perfeita sincronia amplamente fiscalizada”.

Conforme se argumentou, quando se examina a lei em seu contexto, percebe-se que se pretenderam segregar *transferências de capital* de *transferências de renda*. Em vez de se exigir qualquer sincronia – a qual pode, é verdade, ser exigida no ato de concessão da subvenção – o legislador preferiu garantir a natureza de *transferência de capital* a partir da perspectiva do ente subvencionado, demandando-se a constituição de reserva, que garante que o montante seja tributado, caso seja convertido em renda pelo ente subvencionado. Da perspectiva do subvencionador, basta a intenção do Estado em estimular a implantação e expansão de empreendimentos, sendo o nível de cognição em relação a este elemento bastante reduzido, levando-se em consideração os conflitos federativos decorrentes das alternativas.

33. CSRF, Acórdão 9101003.841, 1ª Turma, Rel. Cristiane Silva Costa, j. em 03/10/18 (“Caso Real Moto Peças”).

2.ª LEI NO TEMPO E APLICAÇÃO A CASOS NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADOS

O § 5º estabeleceu que “o disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados”. O que se pretende, portanto, é aplicar o § 4º com eficácia retroativa, a casos “não definitivamente julgados”. Como se trata de retroatividade benéfica e expressa, a fundamentação no art. 106 do CTN não é necessária. Esta compreensão fica evidente quando se examina a estrutura do dispositivo, o qual estabelece:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Veja-se que o inciso II se aplica somente a “ato não definitivamente julgado”, nas hipóteses listadas, não se exigindo, portanto, mandamento expresso. Vale dizer, nos casos em que conferir tratamento mais benéfico ao sujeito passivo, nas hipóteses listadas, não é necessário que a lei se diga “interpretativa” ou, então, estabeleça sua própria aplicação retroativa. Naqueles casos, por força do art. 106, II, deve-se aplicar a lei retroativamente, ainda que esta nada diga a respeito de sua aplicação a fatos passados. A *contrario sensu*, o inciso I pretende aplicar-se também a atos definitivamente julgados (“em qualquer caso”), tendo a lei interpretativa o pretenso condão de fazer frente também à coisa julgada. No entanto, neste caso, exige-se que a retroatividade seja expressa.

O § 5º, contudo, não depende do art. 106 para fundamentar sua aplicação retroativa. A retroação decorre de sua própria redação, tratando-se de lei que expressamente soluciona caso não definitivamente julgado, ao mesmo tempo que não pretende confrontar a coisa julgada. A hipótese de retroação veiculada pelo § 5º não se encontra submetida aos requisitos do art. 106 do CTN.

Evidentemente que o Estado (em sentido amplo) somente tem o poder de solucionar litígios e de atribuir efeitos interpretativos à lei, com

eficácia retroativa, em sentido que lhe é contrário, isto é, reconhecendo de maneira expressa o direito do sujeito passivo. No caso do inciso II do art. 106, tal conclusão decorre da própria intelecção do dispositivo: as hipóteses enumeradas são todas benéficas ao sujeito passivo. No caso do inciso I, apesar de não haver a menção expressa, tal conclusão é decorrência evidente da regra constitucional da irretroatividade (CF, art. 150, III, “a”).

O que importa é afirmar tão somente a validade jurídica da norma veiculada no § 5º, que, tal qual previsto no CTN, permite a aplicação do § 4º de maneira não apenas prospectiva, mas também a atos pretéritos não definitivamente julgados. Não fosse por outra razão, basta lembrar que se trata, afinal, de lei complementar e por isso mesmo, no caso em comento, não se subordinaria ao CTN. A aplicação prática deste dispositivo pelas autoridades tributárias não tem apresentado dificuldades.

Consonante ao comando do § 5º, publicou-se a IN RFB 1.881/19, que acrescentou o § 8º ao art. 198, da IN RFB 1.700/17, o qual dispõe que:

§ 8º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos no caput e nos §§ 1º a 4º deste artigo.

A esse respeito, importa registrar, ainda, que a jurisprudência administrativa tem aplicado o § 5º sem maiores problemas, reconhecendo a eficácia do § 4º também em relação a fatos pretéritos não definitivamente julgados. É o que se extrai de acórdãos do CARF que afirmaram a aplicação imediata da LC 160/17, inclusive para processos em curso³⁴. Na CSRF encontra-se acórdão em que o § 5º foi corretamente aplicado, reconhecendo a validade do art. 30 em relação a “processos pendentes”³⁵. Também em sede de Solução de Consulta, já se reconhece que “a nova realidade normativa alcança também os incentivos e benefícios fiscais instituídos por legislação estadual até a data de início da produção de efeitos da LC n° 160, de 2017”³⁶.

34. CARF, Acórdão 1302-003.230, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Flávio Machado Vilhena Dias, Rel. Des. Paulo Henrique Figueiredo, j. em 22/11/18 (“Caso Denusa Destilaria”); CARF, Acórdão 1302002.726, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Gustavo Guimarães da Fonseca, j. em 11/05/18. (“Caso White Martins”).

35. CSRF, Acórdão 9101003.841, 1ª Turma, Rel. Cristiane Silva Costa, j. em 03/10/18 (“Caso Real Moto Peças”).

36. Solução de Consulta COSIT 11, de 04/03/15, para. 24.

2.4 A CARACTERIZAÇÃO DAS SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS CONCEDIDAS PELA UNIÃO

Os novos critérios inseridos pela lei complementar criaram uma situação curiosa em que é possível se questionar se a subvenção para investimentos deveria ser analisada sob critérios distintos a depender do tributo a que se refira. Vale dizer, na medida em que a lei se pretende aplicável somente aos incentivos de ICMS, poder-se-ia cogitar a existência de critérios distintos que orientam a subvenção para investimentos em relação a este tributo. Aparentemente, assim o pretende a administração tributária federal, porquanto o § 7º, do art. 198, da IN 1.700/17, que exige “sincronia e vinculação entre a percepção da vantagem e a aplicação dos recursos” não foi revogado após a inclusão do § 8º, do art. 198, que veda a exigência de outros requisitos para fins do ICMS, que não aqueles previstos no art. 30 da Lei 12.973/14.

A esse respeito, importa notar que os mesmos critérios que orientam a análise das subvenções para investimento de ICMS, devem orientar também a análise da subvenção para investimento do imposto sobre a renda.

Conforme se delimitou a questão, o problema enfrentado pela jurisprudência administrativa – que culminou no conflito federativo exposto – diz respeito à insuficiência da intenção do ente subvencionador para que se caracterize a subvenção para investimentos. Nesse sentido, embora pretendesse o Estado subvencionar para investimentos, entendia a União que esta intenção não bastaria, devendo ser acompanhada por elementos objetivos que evidenciassem a subvenção de projetos específicos e bem delimitados, os quais deveriam ser amplamente fiscalizados. Embora o estudo das subvenções para investimentos evidencie que a combinação da intenção de subvencionar para investimentos, aliada à constituição de reservas, seja suficiente para que se caracterize a *transferência de capital*, a jurisprudência administrativa acabou por macular a teleologia da norma. Passou-se a entender que não seria qualquer *transferência de capital* que deveria ser tratada como subvenção para investimento, mas somente aquelas destinadas à consecução de projetos específicos e bem delimitados, com suficiente fiscalização por parte do ente subvencionador. Esta exigência de uma “perfeita sincronia amplamente fiscalizada”, além de não encontrar suporte na letra ou no espírito da lei, abriu margem para um conflito federativo desnecessário, porquanto a União passou a questionar as condições dos incentivos conferidos por outros entes federados.

Note-se que o § 7º do art. 198, da IN 1.700/17, traz requisitos para exame do incentivo fiscal “em abstrato”, e não para o seu cumprimento em concreto. É evidente que este tipo de alegação não cabe no caso de

incentivos fiscais concedidos pela própria União. Não pode a União pretender subvencionar para investimentos e, posteriormente, negar que o ato por ela próprio editado tenha o fundamento que outrora lhe atribuiu. A proibição do comportamento contraditório exige que, no caso de incentivos conferidos pela própria União para subvencionar investimentos, trate-se a intenção de subvencionar para investimentos como suficiente para sua caracterização.

Por conseguinte, também para as subvenções para investimentos em que se tem redução de impostos federais, vale o quanto concluído em relação ao ICMS: bastam (i) a intenção do Estado em estimular a implantação e expansão de empreendimentos; e (ii) o registro em reserva de lucros por parte do sujeito subvencionado. De outro lado, é perfeitamente factível que a própria União tenha estabelecido requisitos para concessão da subvenção no caso concreto, tendo havido o descumprimento de tais requisitos e condições por parte do subvencionado. Em tais casos, contudo, não se tem um problema de qualificação da subvenção como sendo para investimentos: a sanção, neste caso, será a própria negação do incentivo, devolvendo-se valores eventualmente recebidos. O tema pode adquirir, contudo, contornos mais complexos, em casos em que o juízo de outros órgãos da administração pública federal adquira relevância. Trata-se de problema relativo à justaposição de competências administrativas para a concessão de incentivos fiscais, que pode ocorrer também em relação a distintas interpretações no âmbito da administração pública federal³⁷.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E A IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS SUBVENÇÕES

Paralelamente à edição da LC 160/17, teve-se importante desenvolvimento jurisprudencial no âmbito do STJ. Anteriormente à edição da LC 160/17, havia o STJ proferido importante decisão, cujo voto vencedor foi redigido pela Ministra Regina Helena Costa, a respeito das subvenções para investimento e sua tributação pelo IRPJ. Este entendimento tem sido mantido, apesar da superveniência da LC 160/17, o que foi decidido em julgados específicos da Primeira e da Segunda Turmas.

37. Cf., sobre o tema, Luís Eduardo Schoueri, Daniel Vitor Bellan e Luiz Carlos de Andrade Jr. “Limites da competência da Receita Federal do Brasil quanto à Revisão de Incentivos Fiscais: Análise dos Casos de Incentivos a Projetos Culturais e Drawback”. In: Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008, v. 12, pp. 329-386.

3.1 O ARGUMENTO A PARTIR DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial³⁸, entendeu o STJ, uniformizando entendimento anteriormente divergente entre as turmas³⁹, que não poderiam ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL os créditos presumidos de ICMS concedidos pelos Estados, sob pena de ofensa ao princípio federativo e à segurança jurídica. O argumento central desenvolvido é que a inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo dos tributos federais implicaria interferência da União na política fiscal adotada por Estado da Federação, o que contrariaria o pacto federativo. Ao se considerar o crédito presumido como lucro, sufragar-se-ia “em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou”, o que levaria “ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo”.

Conforme afirmado no voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, o modelo federativo brasileiro “abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada”. O princípio federativo é, nesta formulação, “um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados”. Com efeito, da competência para instituir o ICMS decorre a competência para “outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar”.

Sendo a concessão de incentivo por ente federado instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo, conclui-se que “a tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapareço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação”.

Finalmente, enxergou-se “estreita semelhança axiológica” entre o caso em questão e a decisão do STF que assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Naquele caso, assentou-se que “o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos”.

38. STJ, EREsp 1.517.492/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, j. 08/11/2017.

39. Para a posição vencida, cf. STJ, EDcl no REsp. n. 1.342.534/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2014.

É verdade que versava a decisão sobre incentivos fiscais (qualificados nos autos como subvenção para custeio) concedidos para permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade (farinha de trigo e produtos que a contenham em sua composição). Nesse sentido, invocaram-se, igualmente, o art. 3º da CF, que, em seu inciso III, afirma ser a redução das igualdades sociais e regionais um dos objetivos da Federação, e o art. 1º, III, do qual se deriva o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, tais argumentos aparecem de maneira subsidiária, sendo a decisão toda ela centrada no argumento construído a partir do princípio federativo.

No caso em questão decidiu o STJ, portanto, que sequer as subvenções para custeio recebidas constituiriam renda tributável. Toda e qualquer subvenção concedida por outro ente federado deve, à luz deste entendimento, ser “respeitada” pela União, ao invés de ser incluída na base de cálculo de tributos federais.

Esta posição do STJ, fruto do voto da homenageada, leva, em última análise, à completa irrelevância da classificação das subvenções para fins de análise de incentivos concedidos por outros entes federados (se subvenções correntes ou subvenções para investimentos) e torna também despicienda a solução ao conflito federativo supervenientemente trazida pela LC 160/17. Também em relação a esta segunda questão já se têm decisões que confirmam este entendimento.

3.2 A SUPERVENIÊNCIA DA LC 160/17 E A MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO

Com a edição da LC 160/17, provocou-se o STJ para decidir sobre a influência das alterações produzidas pelos §§ 4º e 5º sobre o entendimento firmado no precedente analisado.

Em relação a esse tema, bem se reconheceu que “o julgamento do tema feito neste Superior Tribunal de Justiça partiu de premissas outras que não as postas acima” [relativas à classificação das subvenções]. Considerou-se que “para o precedente aqui firmado e agora aplicado, restou irrelevante a discussão a respeito da classificação contábil do referido benefício/incentivo fiscal”, já que este “foi excluído do próprio conceito de Receita Bruta Operacional previsto no art. 44, da Lei n. 4.506/64”⁴⁰.

De maneira categórica, afirmou-se que, conforme a decisão do STJ, em que se decidiu por excluir o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, com fulcro na existência de violação ao princípio federativo, “tornou-se irrelevante a discussão a respeito do

40. STJ, REsp 1.605.245/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 25/06/2019.

enquadramento do referido incentivo/benefício fiscal como ‘subvenção para custeio’, ‘subvenção para investimento’ ou ‘recomposição de custos’.⁴¹ Mais ainda, seriam “irrelevantes as alterações produzidas pelos arts. 9º e 10, da Lei Complementar n. 160/2017”⁴².

Sendo a decisão firmada no sentido de que até mesmo a inclusão de uma subvenção para custeio (*transferência de renda*) violaria o princípio federativo, tanto mais forte se torna o argumento em relação às subvenções para investimentos (*transferências de capital*), as quais não serão tributadas, ainda que convertidas em *transferências de renda*. Desse modo, não importa ao precedente do STJ se a transferência patrimonial realizada se deu na forma de subvenção corrente ou subvenção para investimentos. O que importa é a violação ao pacto federativo identificada pelo STJ.

Com efeito, são diversos os precedentes da Primeira Seção que assim entenderam. Consignou-se, pois, que⁴³:

3. O fato superveniente, no que se refere à LC n. 160/2017, ainda que examinado, não ensejaria o acolhimento da tese fazendária, pois a superveniência de lei que determina a qualificação do incentivo fiscal estadual como subvenção de investimentos não tem o condão de alterar a conclusão de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo.

Em outra decisão, de maneira igualmente clara, afirmou-se que⁴³:

A superveniência da Lei Complementar 160/2017 – cujo art. 9º acrescentou os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/2014, qualificando o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento – não tem o condão de alterar a conclusão, consagrada no julgamento dos EREsp 1.517.492/PR (Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2018), no sentido de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação ao princípio federativo.

Considerou-se, em diversas decisões da Primeira Seção, que a não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL estabelecida no precedente EREsp 1.517.492/PR deriva da constatação de que, porquanto os referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento

41. STJ, REsp 1.605.245/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 25/06/2019.

42. STJ, AgInt nos EREsp. n. 1.671.907/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 27/02/2019. Sucessivos: AgInt nos EREsp. n. 1.462.237/SC; AgInt nos EREsp. n. 1.572.108/SC; AgInt nos EREsp. n. 1.402.204/SC; AgInt nos EREsp. n. 1.528.920/SC.

43. STJ, AgInt nos EAREsp. n. 623.967/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 12/06/2019. Sucessivos: AgInt nos EDv nos EREsp. n. 1.400.947/RS; AgInt nos EDv nos EREsp. n. 1.577.690/SC; AgInt nos EREsp. n. 1.585.670/RS; AgInt nos EREsp. n. 1.606.998/SC; AgInt nos EDv nos EREsp. n. 1.627.291/SC.

econômico daquela Unidade da Federação, deve sobre eles ser reconhecida a imunidade constitucional recíproca do art. 150, VI, a, da CF/88.

Em julgado mais recente, da Primeira Turma⁴⁴, também de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, tem-se claro que é suficiente tratar-se de “crédito presumido de ICMS”, para que o entendimento se aplique. Não se examina, em resumo, se o crédito presumido diz respeito a uma subvenção para custeio, ou subvenção para investimento, tampouco se houve a constituição de reservas. Em seu voto-vista, consignou o Ministro Gurgel de Faria, de maneira convergente, que o entendimento se aplicava ao caso por se tratar de “incentivo fiscal relativo ao ICMS”.

3.3 A ABRANGÊNCIA DAS DECISÕES

Como as decisões são todas fundadas no princípio federativo e se referem a incentivos de ICMS, pode-se afirmar que o racional da jurisprudência se aplica, de maneira imediata, a qualquer subvenção de ICMS, independentemente de sua classificação como subvenção corrente ou subvenção para investimento. De maneira mediata, é perfeitamente possível e lógico que o racional se estenda aos demais tributos de competência de outros entes que não a União. Como se trata de argumento fundado no princípio federativo, o mesmo racional deve ser estendido a outros tributos

De outro lado, a jurisprudência do STJ não se permite aplicar de maneira mediata ou imediata aos incentivos fiscais concedidos pela própria União. Sendo a decisão fundamentada no princípio federativo, não se vislumbra a produção de efeitos em relação a incentivos fiscais concedidos pela própria União, que seguem incluídos no conceito de receita bruta operacional, devendo-se cumprir os requisitos legais para a não tributação da subvenção para investimentos concedidas pela União Federal.

3.4 O *DISTINGUISHING* NO CASO DAS ISENÇÕES DE ICMS

Desafio particular surge nos casos em que a subvenção não toma a forma de crédito presumido de ICMS. Em acórdão da Segunda Turma, sustentou-se que o caso de uma isenção de ICMS seria “completamente diferente” daquele de um crédito presumido de ICMS, não se aplicando ao caso da isenção o entendimento consolidado no EREsp 1.517.492/PR⁴⁵. No caso das isenções, os valores correspondentes não seriam contabilizados como receita do contribuinte (diferentemente dos créditos presumidos

44. STJ, REsp nº 1.222.547/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 08/03/2022.

45. STJ, REsp nº 1.968.755/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/04/2022.

de ICMS), “já que são isenções e reduções de base de cálculo do ICMS por si devido em suas saídas”. Ao estender-se o entendimento do EREsp 1.517.492/PR ao caso das isenções, estar-se-ia aceitando a existência de uma “isenção heterônoma”, já que “todas as vezes que uma isenção ou redução da base de cálculo de ICMS for concedida pelo Estado, automaticamente a União seria obrigada a reduzir o IRPJ e a CSLL da empresa”. A aplicação do tratamento à hipótese de isenção de ICMS seria “desdobramento desarrazoado da tese vencedora por ocasião do julgamento dos EREsp. n. 1.517.492/PR, por violar sua *ratio decidendi* que é a proteção do Pacto Federativo”.

No caso das isenções, no entanto, seria possível ainda conferir-lhes o tratamento de subvenções para investimentos, caso se preenchessem as condições previstas no art. 30, da Lei 12.973/14. Nestes casos, portanto, as alterações promovidas pela LC 160/17 não seriam “irrelevantes”, ao contrário do que fora anteriormente afirmado no âmbito da própria Segunda Turma⁴⁶. Em sede de Embargos de Declaração, provocou-se a Corte a esclarecer a correta interpretação a ser dada ao art. 30 da Lei 12/973/14. Esclareceu-se que não se poderia “exigir a comprovação de que os incentivos foram estabelecidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos”, mas persistiria, ainda a “necessidade de registro em reserva de lucros e limitações correspondentes, consoante o disposto expressamente em lei”⁴⁷. Em resumo, no entendimento que prevaleceu na Segunda Turma, as isenções podem ser tratadas como subvenções de investimentos, desde que seja constituída reserva de lucros, e observando-se as demais condições previstas em lei.

Portanto, o entendimento foi assim sintetizado: “ao crédito presumido de ICMS se aplica o disposto nos EREsp. n. 1.517.492/PR. Já aos demais benefícios fiscais de ICMS se aplica o disposto no art. 10, da Lei Complementar n. 160/2017 e no art. 30, da Lei n. 12.973/2014”⁴⁸. Com a afetação do REsp n.º 1.945.110/RS, deverá o STJ examinar a compatibilidade desse entendimento com o EREsp. n. 1.517.492/PR, e definir se é possível excluir os benefícios fiscais relacionados ao ICMS (inclusive redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, imunidade, diferimento) da base de cálculo do IRPJ e da CSL⁴⁹. A questão deve apresentar novos

46. Cf. STJ, REsp 1.605.245/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 25/06/2019.

47. STJ, EDcl no REsp n.º 1.968.755/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 06/10/2022.

48. STJ, REsp n.º 1.968.755/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/04/2022.

49. STJ, ProAfr no REsp n.º 1.945.110/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07/03/2023.

desdobramentos em breve, os quais não se encontravam concluídos no momento da redação deste artigo.

CONCLUSÃO

Em virtude do conflito federativo gerado pelas autoridades federais na interpretação da lei tributária, o sistema jurídico brasileiro reagiu, apresentando soluções para a controvérsia entre os entes. A comparação entre as soluções evidencia a superioridade da resposta inaugurada pela Ministra Regina Helena Costa no que diz respeito à eliminação de controvérsias e à preservação da autonomia dos entes federados.

Na solução da lei complementar, tem-se a manutenção do racional que tradicionalmente informa a legislação tributária federal, que atribui tratamento diverso a *transferências de capital* e a *transferências de renda*. Diante dos conflitos federativos gerados pelas construções criativas da jurisprudência administrativa e das normas administrativas federais, houve por bem o legislador complementar solucionar a questão da distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimentos tomando por suficientes i) a intenção do ente subvencionador; e ii) a constituição de reserva de lucros, para que se caracterize a subvenção para investimentos. Em certo sentido, a solução da LC não é mais que uma reafirmação do sistema legal originalmente concebido.

Na solução do STJ, tem-se a eliminação do racional que tradicionalmente informa a legislação tributária federal para fins de análise de incentivos fiscais concedidos por outros entes federados. Nesta linha jurisprudencial, o conflito federativo decorrente da distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimentos simplesmente não existe, na medida que se trata como violação ao pacto federativo toda e qualquer inclusão de subvenção concedida por outro ente federado na base de cálculo de tributo federal. Na jurisprudência do STJ, não se incluem as subvenções na receita bruta operacional, sejam as subvenções correntes ou para investimentos.

A solução do STJ, inaugurada pela Ministra Regina Helena Costa é a mais efetiva, e apresenta maior potencial de reduzir as controvérsias e litígios em torno da matéria. A *ratio decidendi* dos julgados do STJ permite afirmar que sua aplicação se restringe, nas decisões, aos incentivos fiscais de ICMS, mas pode ser replicada em relação aos demais tributos de competência dos demais entes federados. A aplicação do racional para incentivos fiscais concedidos pela própria União não se afigura imediata, devendo-se concluir que, em relação a incentivos fiscais de tributos federais, a distinção entre subvenções correntes e subvenções para investimentos remanesce relevante.