

SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO: CARÁTER INTERPRETATIVO DA LEI COMPLEMENTAR 160/2017

Investment subsidies: Complementary Law 160/2017 interpretative nature
Revista de Direito Tributário Contemporâneo | vol. 29/2021 | p. 73 - 89 | Abr - Jun / 2021
DTR\2021\8154

Marcos Vinicius Neder
Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor da FGV, IBDT e Insper. Ex-Subsecretário da Receita Federal. Advogado em São Paulo. marcos.neder@trenchrossi.com

Telírio Pinto Saraiva
Mestre em Direito Tributário pela FGV/SP. Advogado em São Paulo.
telirio.saraiva@trenchrossi.com

Área do Direito: Tributário

Resumo: O regime de não tributação das subvenções para investimento figura entre os temas mais controversos em matéria tributária, assunto agravado ao longo do tempo por manifestações da Receita Federal do Brasil que construíram condicionantes não previstas na legislação para identificação e não tributação das subvenções. Esse contexto motivou a edição da Lei Complementar 160/2017, cujo art. 9º previu que os incentivos relativos ao ICMS devem ser considerados como subvenções para investimento. O presente ensaio dedica-se à análise de algumas questões que permanecem em aberto mesmo depois da edição da Lei Complementar, tais como a possibilidade de (i) aplicação retroativa da norma nova lei; e (ii) automática consideração dos incentivos do ICMS como subvenções para investimento.

Palavras-chave: Subvenção – Investimento – ICMS – Tributação – Interpretação

Abstract: The non-taxation regime for investment subsidies is one of the most controversial issues among taxpayers, a matter that has been aggravated over time by the Brazilian Federal Revenue Service through the imposition of several conditions not provided by the tax law regarding the identification and non-taxation of investment subsidies. This context motivated the enactment of Complementary Law 160/2017, whose art. 9º predicted that the ICMS incentives should be deemed as investment subsidies. The present paper is dedicated to the analysis of some outstanding doubts that remain even after Complementary Law enactment, such as the (i) retroactive application of the new law; and (ii) the automatic consideration of ICMS incentives as investment subsidies.

Keywords: Subsidy – Investment – ICMS – Taxation – Interpretation

Para citar este artigo: Neder, Marcos Vinicius; Saraiva, Telírio Pinto. Subvenção para investimento: interpretativo da Lei Complementar 160/2017. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. vol. 29. ano 6. p. 73-89. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Subvenções para investimento e custeio - 3. Caráter interpretativo da LC 160 - 4. Retroatividade da LC 160 - 5. Não subordinação ao requisito de implantação/expansão de negócios - 6. Conclusão - 7. Bibliografia

1. Introdução

Há 40 anos, o art. 38, § 2º, do Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216) prescrevia que "as subvenções para investimento [...] concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos [...] não serão computadas na determinação

do lucro real". Surgia, assim, o regime de não tributação das subvenções para investimento, tema dos mais controversos e que passou a habitar com frequência os debates entre contribuintes e fisco.

Ao longo do tempo, reiteradas manifestações da Receita Federal do Brasil (RFB) construíram uma série de condições não previstas na legislação para identificação e não tributação das subvenções para investimento, a exemplo do Parecer Normativo CST 112/1978¹ e da IN RFB 1.556/2015², responsáveis por conferir literal e restritiva interpretação à lei e atribuir significativa insegurança jurídica ao tema.

Ainda, grande parte desses incentivos estão associados a benefícios do ICMS concedidos sem o amparo do Confaz³, ocupando espaço central nas discussões sobre a guerra fiscal do ICMS.

Esse contexto motivou a edição da Lei Complementar 160 (LC n. 160/2017), cujo art. 9º previu que os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao ICMS são considerados subvenções para investimento. Adicionalmente, o art. 10 da LC assegurou que a interpretação prevista no art. 9º também se aplica aos incentivos fiscais instituídos em desacordo com o Confaz por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos da LC, desde que atendidas as exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º da Lei.

Conforme amplamente noticiado durante a tramitação da LC, a edição da norma foi orientada por dois claros objetivos: (i) instituir mecanismos que permitissem a convalidação de incentivos fiscais concedidos sem autorização prévia do Confaz, como alternativa para sanear a guerra fiscal do ICMS; e (ii) encerrar as discussões sobre a natureza das subvenções do ICMS (custeio ou investimento), mitigando litígios em curso e prevenindo futuro contencioso sobre o tema.

Embora a LC 160/2017 tenha sido recebida como um alento aos contribuintes, algumas questões fundamentais ainda parecem merecer uma análise mais detida, tais como: (i) os efeitos da LC são retroativos? (ii) depois da nova lei, os incentivos do ICMS passaram a ser automaticamente qualificados como subvenções para investimento? Essas são algumas das questões que buscaremos abordar no presente estudo.

2. Subvenções para investimento e custeio

O termo "subvenções", para fins tributários, tem sua origem na Lei 4.506/1964 (LGL\1964\16). O art. 44 da norma estabeleceu que as subvenções correntes, para custeio ou operação integram a receita bruta operacional⁴, isto é, sendo as subvenções para custeio parte integrante das receitas da entidade, devem, como regra, compor o resultado tributável do contribuinte.

A qualificação das subvenções como espécie de renda tributável é coerente com o racional de que a pessoa jurídica teve seu patrimônio aumentado, sem que tivesse de incorrer em qualquer sacrifício para tanto. O Parecer Normativo CST 112/1978, ao interpretar o conceito de "subvenções", observa que o "patrimônio da empresa beneficiária é enriquecido com recursos vindos de fora sem que isto importe na assunção de uma dívida ou obrigação", equivalendo a "auxílio que não importa [...] exigibilidade para o seu recebedor".

Em contraponto ao art. 44 da Lei 4.506/1964 (LGL\1964\16), anos depois, o Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216) estabeleceu em seu art. 38 que 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, não serão computadas na determinação do lucro real" desde que registradas em reserva de capital.

De se notar que o art. 38 é norma precursora ao atual art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934). Na realidade, conforme será visto adiante, o art. 30 reitera o teor do

Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216), porém, agora adequando-o aos padrões contábeis vigentes no Brasil pós-convergência às normas internacionais de contabilidade, assunto que será abordado com mais profundidade nos tópicos seguintes.

Relevante estabelecer que as subvenções governamentais podem ser qualificadas em dois grupos: (i) subvenções para custeio, tributáveis nos moldes da Lei 4.506/1964 (LGL\1964\16), art. 44; e (ii) subvenções para investimento, não tributáveis desde que atendidos os requisitos previstos pelo art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) e cuja disciplina era originalmente prevista pelo Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216).

Para que as subvenções para investimento possam ser distinguidas das subvenções para custeio, o art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) estabelece em seu caput que a subvenção deve ter sido concedida (i) pelo poder público, e (ii) como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos.

Relativamente à primeira condição (subvenção ser concedida pelo poder público), cumpre observar que eventuais subvenções subsidiadas por pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas naturais não estão abrangidas pelo art. 30, devendo ser computadas na determinação do lucro real.

Adicionalmente, o caput do art. 30 não restringe qual seria o conceito de "subvenção concedida pelo poder público", apenas exemplificando que a subvenção poderá se materializar na forma de "isenção ou redução de impostos". Significa dizer que o termo "subvenção" deve ser entendido em sentido amplo, alcançando subsídios atrelados a qualquer espécie de tributo e que implique, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução ou eliminação, total ou parcial, de tributos⁵.

Sobre a segunda condição fixada pelo art. 30, importante delimitar o conceito a ser atribuído ao termo "implantação ou expansão de empreendimentos econômicos". Aqui, a análise volta-se para o ato concessivo do benefício fiscal. Deve ser considerada suficiente para qualificação do incentivo como subvenção para investimento se no ato concessivo houver disposição no sentido de que a subvenção é concedida como medida de fomento à implantação, ampliação, revitalização ou diversificação de empreendimentos tendo em vista, por exemplo, o desenvolvimento de uma determinada região.

Sob a perspectiva da RFB, no entanto, usualmente adota-se a ideia de que as subvenções para investimento "ocorrem quando a transferência de recursos [...] tiver por finalidade auxiliar [...] na aplicação específica em bens ou direitos visando à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos"⁶. Em complemento, a IN RFB 1.700/2017, art. 198, § 7º, dispõe serem tributáveis as subvenções cujos "recursos puderem ser livremente movimentados", ou seja, "quando não houver 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".

Percebe-se que o fisco federal dispensa interpretação restritiva à Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), exigindo a aplicação de condicionantes não previstas pelo art. 30, quais sejam: (i) haver aplicação específica e integral dos recursos em bens ou direitos; e (ii) existir sincronia e vinculação entre a percepção da vantagem e a aplicação dos recursos.

A nosso ver, esse entendimento não encontra correspondência na Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934). Primeiro porque, na prática, se fossem aplicados os termos da IN RFB 1.700/2017 em sua literalidade, poucos incentivos fiscais seriam enquadrados como subvenção para investimento. A verificação da referida "sincronia", por exemplo, é inviável na maioria dos casos, sobretudo nos projetos em que os investimentos só começam a ser realizados depois de um período inicial em que o contribuinte se estrutura financeiramente, fato que depende, em primeiro lugar, da percepção da

economia tributária propiciada pela própria subvenção.

Por outro lado, não há qualquer impedimento legal para a livre aplicação dos recursos associados às subvenções para investimento, desde que empregados como fator de estímulo à implantação ou ampliação de empreendimentos econômicos. De igual modo, não há na lei qualquer imposição que restrinja a utilização da subvenção para investimento na exclusiva aquisição de bens ou direitos.

Impende lembrar que as Instruções Normativas possuem natureza regulamentar, isto é, sua validade e eficácia estão condicionadas à estrita observância à lei, não podendo contrariá-la ou criar regra não prevista na lei, sob pena de ilegalidade por usurpação de competência legislativa⁷. Nesse aspecto, a IN RFB 1.700/2017, art. 198, § 7º, extrapola o teor da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), art. 30, no que tange às condições para enquadramento das subvenções para investimento no regime jurídico que lhes afasta tributação.

3. Caráter interpretativo da LC 160

Originalmente, o Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216) trouxe em seus arts. 19 e 38 os dispositivos dedicados à regulação das subvenções para investimento. Observe-se:

“Art. 19. [...]

§ 3º O valor do imposto que deixar de ser pago em virtude das isenções e reduções de que tratam as letras a, b, c e e do § 1º não poderá ser distribuído aos sócios e constituirá reserva de capital da pessoa jurídica, que somente poderá ser utilizada para absorção de prejuízos ou aumento do capital social.

§ 4º Consideram-se distribuição do valor do imposto:

- a) a restituição de capital aos sócios, em caso de redução do capital social, até o montante do aumento com incorporação da reserva;
- b) a partilha do acervo líquido da sociedade dissolvida, até o valor do saldo da reserva de capital.” (Redação original)

“Art. 38. [...]

§ 2º 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, não serão computadas na determinação do lucro real, desde que:

- a) registradas como reserva de capital, que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 19; ou
- b) feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.”

Mais recentemente, a Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) consolidou os dispositivos associados às subvenções para investimento, mantendo a não tributação desses valores. Segundo a Exposição de Motivos da MP 627/2013, posteriormente convertida na Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), a finalidade da norma foi manter o tratamento tributário anterior⁸:

“O art. 29 mantém o tratamento tributário previsto anteriormente, isentando do IRPJ as importâncias relativas a subvenções para investimento e doações recebidas do Poder Público, desde que tais valores sejam mantidos em conta de reserva de lucros específica, ainda que tenham transitado pelo resultado da empresa.”

Desse modo, o art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) preservou as regras antes contidas no Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216). Vejamos:

“Art. 30. 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 não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da , que somente poderá ser utilizada para:

I – absorção de prejuízos, desde que anteriormente já tenham sido totalmente absorvidas as demais Reservas de Lucros, com exceção da Reserva Legal; ou

II – aumento do capital social.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput, a pessoa jurídica deverá recompor a reserva à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

§ 2º As doações e subvenções de que trata o caput serão tributadas caso não seja observado o disposto no § 1º ou seja dada destinação diversa da que está prevista no caput, 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, limitada ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou

III – integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

§ 3º Se, no período de apuração, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente de doações e de subvenções governamentais e, nesse caso, não puder ser constituída como parcela de lucros nos termos do caput, esta deverá ocorrer à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.”

Observa-se que a legislação fixa dois grupos de normas, premissa prevista tanto na forma original da norma, contida no Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216), como em sua redação mais recente, trazida pela Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934). O primeiro grupo estabelece como condição geral para caracterização das subvenções para investimento que o incentivo fiscal deve ser “concedido como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos”.

O segundo está relacionado aos requisitos para não tributação das subvenções para investimento, que não serão computadas na determinação do lucro real⁹, desde que:

a economia fiscal percebida seja computada em reserva de incentivos fiscais (Lei 6.404/1976 (LGL\1976\12), art. 195-A);

essa reserva seja utilizada apenas para absorção de prejuízos acumulados ou incorporação ao capital social; e

os valores não sejam distribuídos aos sócios, direta (mediante a distribuição de dividendos) ou indiretamente (e.g., pela redução do capital até o montante das reservas de incentivo eventualmente incorporadas ao capital).

Os arts. 9º e 10 da LC 160/2017 dedicaram-se ao tema subvenções¹⁰, tendo estipulado

o seguinte:

os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao ICMS são considerados subvenções para investimento (LC 160/2017, art. 9º, em adição ao § 4º à Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), art. 30);

é vedada a exigência de outros requisitos ou condições além daqueles previstos em lei (e.g., necessidade de constituição de reserva de incentivos, não distribuição dos recursos aos sócios etc.) para a qualificação das referidas subvenções para investimento (LC 160/2017, art. 9º, em adição do § 4º à Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), art. 30);

esse entendimento aplica-se aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados (LC 160/2017, art. 9º, em adição ao § 5º à Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), art. 30); e

tais disposições aplicam-se aos incentivos de ICMS instituídos em desacordo com o Confaz¹¹ por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos da LC, desde que atendidas as exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º da Lei (LC 160/2017, art. 10).

Nota-se que, ao fim e ao cabo, o art. 9º da LC n. 160/2017 interpretou que todo e qualquer benefício do ICMS enquadra-se no conceito de subvenção para investimento, reconhecendo indiretamente que tais incentivos atendem, por premissa, à condição geral prevista em lei: atuar como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos. Dessa forma, a lei encerra a dicotomia subvenção para custeio x investimento relacionada aos benefícios do ICMS.

O trâmite legislativo da LC 160/2017, bem como a recente jurisprudência do STJ corroboram essa interpretação.

Em parecer ao Projeto de Lei Complementar 54/2015, que resultou na edição da LC 160/2017, apresentado pelo Deputado Alexandre Baldy, o Poder Legislativo declara que a nova lei deverá atuar em prol da não tributação dos benefícios de ICMS (em sentido amplo), eis que devem ser entendidos como subvenções para investimentos. Vejamos excerto do documento¹²:

"[...] acolhemos a ideia do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly e incluímos artigos que deixam claro que os incentivos e os benefícios fiscais de ICMS recebidos pelas pessoas jurídicas, desde que esses valores sejam mantidos em conta de reserva no patrimônio líquido, são subvenções para investimentos, sobre eles não incidindo, por consequência, o IRPJ e a CSLL. Impede-se, com isso, que a Secretaria da Receita Federal do Brasil continue a autuar as empresas beneficiárias de incentivos do ICMS com base em interpretações jurídicas equivocadas, reforçando a segurança jurídica e garantindo a viabilidade econômica dos empreendimentos realizados."

Por orientação da sua equipe econômica, o ex-Presidente da República, Michel Temer, vetou os arts. 9º e 10 da LC 160/2017, destacando que a norma revelaria uma automática equiparação das subvenções para custeio (tributáveis) como subvenções para investimento (não tributáveis), independentemente das características dos benefícios, sendo oportuna a transcrição das razões de veto apresentadas pelo Poder Executivo¹³:

"Os dispositivos violam o disposto no artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT (LGL\1988\31)), incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016 (LGL\2016\87870) ('Novo Regime Fiscal'), por não apresentarem o impacto orçamentário e financeiro decorrente da renúncia fiscal. Ademais, no mérito, causam 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. Por fim, poderia ocorrer resultado inverso ao pretendido pelo projeto, agravando e estimulando a

chamada 'guerra fiscal' entre os Estados, ao invés de mitigá-la."

Em manifestação do Deputado Luiz Carlos Hauly contra o veto presidencial, o legislador defende a não tributação das subvenções do ICMS também em sentido amplo, sem fazer distinção sobre as características dos benefícios¹⁴:

"Srs. Senadores, Srs. Deputados, que representam os seus Estados, não é lícito uma empresa receber 10 milhões de incentivo fiscal de um Estado X e a Receita Federal querer cobrar Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, PIS, COFINS, e ainda estabelece multa de 75%. Ela recebeu 10 milhões, e está devendo 112 milhões. Ora, o que vai acontecer com o Brasil?"

Por fim, os vetos presidenciais não foram mantidos pelo Congresso Nacional, evento recebido pelo mercado como verdadeira interpretação legislativa de que qualquer benefício do ICMS equivale a uma subvenção para investimento.

É relevante apontar que, paralelamente à tramitação da LC 160/2017, a 1ª Seção do STJ concluiu em 8 de novembro de 2017 que os créditos presumidos de ICMS concedidos pelo Estado não poderiam ser tributados pela União para fins de IRPJ e CSLL. Ao analisar os Embargos de Divergência no âmbito do REsp 1.517.492/PR, a Corte Superior entendeu que:

o crédito do ICMS não representa lucro tributável, eis que a União não pode retirar, por via oblíqua, um incentivo fiscal legitimamente outorgado por outro Ente da Federação no exercício de sua competência tributária;

a Fazenda Nacional não está autorizada a exigir a tributação dos créditos do ICMS com suporte em atos infralegais expedidos pela própria RFB; e

de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio dos contribuintes, mas refere-se a uma receita dos Estados. Logo, os créditos presumidos de ICMS não correspondem à renda tributável.

Em suma, assim como a discussão travada pelo Poder Legislativo na tramitação da LC 160/2017, a interpretação do STJ preserva a não tributação das subvenções independentemente da sua classificação como investimento ou custeio. A Corte simplesmente estabelece como premissa que a concessão de créditos presumidos do ICMS corresponde a um instrumento de política de desenvolvimento econômico regional, cuja tributação pela União afronta o pacto federativo¹⁵.

Oportuno registrar que o STJ vem reiteradamente confirmando este precedente, com diversas decisões proferidas entre 2018 e 2019. A Corte Superior inclusive manifestou recente entendimento de essa jurisprudência se manter válida mesmo posteriormente à edição da LC 160. Decisão proferida em junho de 2019 no âmbito do REsp 1.605.245/RS bem sintetiza a posição do Tribunal:

"Ementa: Recurso interposto na vigência do CPC/1973 (LGL\1973\5). Enunciado Administrativo n. 2. Processual civil. Tributário. Violação ao art. 535, CPC/1973 (LGL\1973\5). Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF. Exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Irrelevância da classificação como "subvenção para custeio" ou "subvenção para investimento" frente aos EREsp n. 1.517.492/PR. Consequente irrelevância dos arts. 9º e 10 da LC n. 160/2017 e §§ 4º e 5º do art. 30, da Lei n. 12.973/2014 (LGL\2014\3934) para o desfecho da causa. [...]"

6. Considerando que no julgamento dos EREsp. n. 1.517.492/PR (Primeira Seção, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe 01/02/2018) este Superior Tribunal de Justiça entendeu por excluir o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL ao fundamento de violação do Pacto Federativo (art.

150, VI, "a", da CF/88 (LGL\1988\3)), tornou-se irrelevante a discussão a respeito do enquadramento do referido incentivo/benefício fiscal como "subvenção para custeio", "subvenção para investimento" ou "recomposição de custos" para fins de determinar essa exclusão, já que o referido benefício/incentivo fiscal foi excluído do próprio conceito de Receita Bruta Operacional previsto no art. 44, da Lei n. 4.506/64 (LGL\1964\16). Assim, também irrelevantes as alterações produzidas pelos arts. 9º e 10, da Lei Complementar n. 160/2017 [...] sobre o art. 30, da Lei n. 12.973/2014 (LGL\2014\3934) (...)."

Vê-se, portanto, que a atual jurisprudência do STJ sustenta que, mesmo na hipótese de os benefícios em estudo não serem enquadrados como subvenções para investimentos, ainda assim seria justificável a sua não tributação, na medida em que a União não pode onerar incentivo outorgado por outro ente federativo no exercício de sua competência tributária. Aliás, em uma interpretação mais ampla, esse entendimento poderia, inclusive, amparar a não tributação das subvenções do ICMS mesmo que os respectivos lucros fossem distribuídos aos sócios ou não alocados em reserva de incentivos.

Essa digressão permite concluir que quaisquer incentivos do ICMS se encontram compreendidos pela interpretação dispensada pelo art. 9º da LC 160/2017, que expressamente reconhece esses benefícios como subvenções para investimento, sobretudo considerando a atual jurisprudência do STJ e uma análise histórica e finalística da norma.

Por último, oportuno recordar que a não tributação desses valores está sujeita aos demais requisitos impostos pela legislação (registro em reserva de incentivos, não distribuição aos sócios etc.), e que a eficácia dessa interpretação está condicionada à convalidação do benefício nos termos do art. 10 da LC 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017.

4. Retroatividade da LC 160

Como estudado, o art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) preservou tanto a condição geral para qualificação das subvenções para investimento como os requisitos para sua não tributação. De fato, impende notar que o teor do Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216) foi praticamente reproduzido pela Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), isto é, o conceito de subvenção para investimento se mantém inalterado há mais de 40 anos. Vide comparação do Decreto-lei e da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934):

Decreto-lei 1.598/1977 (LGL\1977\216): "Art. 38, § 2º 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, não serão computadas na determinação do lucro real [...]."

Lei n. 12.973/2014 (LGL\2014\3934): "Art. 30. 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 não serão computadas na determinação do lucro real [...]."

Ou seja, a LC 160 nem inaugurou e tampouco alterou o conceito de subvenção para investimento no nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário, o art. 9º apenas reconheceu que os incentivos do ICMS atendem ao conceito de subvenção para investimento, exibindo o caráter meramente interpretativo da norma.

Essa conclusão é ainda amparada pelos seguintes fundamentos:

a LC 160/2017 dispõe que a classificação dos incentivos do ICMS como subvenção para investimento é aplicável aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados¹⁶;

essa norma complementar dirime conflito de competência na definição do fato gerador e base de cálculo dos tributos federais ao estabelecer a natureza dos incentivos de ICMS

concedidos pelos Estados. Define o conteúdo semântico do vocábulo “subvenção para investimento” da lei incentivadora para definir o conteúdo da norma que mais se coaduna com os ditames constitucionais, como os princípios federativo e segurança jurídica. Sendo assim, não há como afastar sua aplicação retroativa na interpretação das mesmas normas legais que versam sobre subvenção de investimento, ainda que para fatos anteriores à edição da LC;

como essa interpretação explicitada na lei vale retroativamente para os contribuintes que nunca tributaram esses valores (e, por isso, foram autuados), deve ser naturalmente extensível aos que de boa-fé ofereceram as receitas de subvenção à tributação;

em adição, a jurisprudência do STJ citada no tópico anterior, também pode ser elencada na defesa da retroatividade da LC 160/2017, eis que tratou de eventos ocorridos antes da lei. Os fundamentos abordados pelo voto vencedor podem igualmente ser empregados para incentivos do ICMS fruídos em períodos anteriores.

Em se tratando de norma interpretativa, nos termos do inciso I do art. 106 do CTN (LGL\1966\26), aplica-se em qualquer caso a ato ou fato pretérito. Desse modo, respeitado o prazo quinquenal da decadência tributária, os contribuintes poderão reaver os tributos recolhidos no passado pela tributação dos incentivos do ICMS, desde que:

sejam convalidados nos termos do art. 10 da LC 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017;

os recursos subvencionados não tenham sido distribuídos aos sócios, direta (mediante a distribuição de dividendos) ou indiretamente (e.g., pela redução do capital até o montante das reservas de incentivo eventualmente incorporadas ao capital); e

seja criada reserva de incentivos associadas a esses valores.

5. Não subordinação ao requisito de implantação/expansão de negócios

Revisitemos o teor do caput do art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934), bem como do seu § 4º, inserido pela LC 160/2017:

“Art. 30. 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 não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LGL\1976\12), que somente poderá ser utilizada para: [...]

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais 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.”

O § 4º apresenta aparente sentido dúbio, o que poderia levar à seguinte interpretação: mesmo tendo equiparado os benefícios do ICMS às subvenções para investimento, a norma não abrangeria automaticamente todas as subvenções estaduais, pois ressalva a obediência às condições previstas na lei incentivadora, o que envolveria a observância da condição geral prevista no caput do art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) (benefício ser concedido para implantação/expansão de empreendimentos).

A nosso ver, essa interpretação não merece prosperar. Se a norma declarou que os benefícios do ICMS equivalem a subvenções para investimento, naturalmente compreende que é da natureza desses benefícios o estímulo ao desenvolvimento econômico e regional. Assim, a expressão final contida no § 4º – “vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo” – conecta-se apenas aos

requisitos para a não tributação das subvenções para investimento (e.g., constituição de reserva de incentivos etc.), e não à condição geral prevista no caput (implantação/expansão de negócios), que, por premissa, restaria superada em relação aos incentivos do ICMS.

O § 4º apenas encontra significado na medida em que restringe o seu escopo aos benefícios de ICMS. De outro modo, a LC 160/2017 corresponderia a letra morta. Vale dizer, em se tratando, hipoteticamente, de uma subvenção para o ISS, teoricamente os contribuintes ainda devem se preocupar com o quesito implantação/expansão de empreendimentos.

O escopo do § 4º reside no fato de que, especificamente em relação ao ICMS, a legislação expressamente consignou o entendimento de que todos os incentivos seriam, por definição, subvenções para investimento. A isto, somam-se ainda a recente jurisprudência do STJ (comentada nos tópicos anteriores) à finalidade e contexto de formação da LC 160/2017 (discorrido anteriormente), cujo objetivo foi justamente encerrar a tributação dos benefícios concedidos pelos Estados no âmbito do ICMS.

6. Conclusão

A edição da LC 160/2017 foi orientada por dois claros objetivos: (i) instituir mecanismos que permitissem a convalidação de incentivos fiscais concedidos sem autorização prévia do Confaz, como alternativa para sanear a guerra fiscal do ICMS; e (ii) encerrar as discussões sobre a natureza das subvenções do ICMS (custeio ou investimento), mitigando litígios em curso e prevenindo futuro contencioso sobre o tema.

Em linha com esses objetivos, o art. 9º da LC 160/2017 interpretou que todo e qualquer benefício do ICMS enquadra-se no conceito de subvenção para investimento, reconhecendo indiretamente que tais incentivos atendem, por premissa, à condição geral prevista em Lei: atuar como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos. Dessa forma, a Lei extinguiu a dicotomia subvenção para custeio x investimento relacionada aos benefícios do ICMS.

O trâmite de edição da LC 160/2017 corrobora essa interpretação, uma vez que, pela leitura dos documentos legislativos que acompanharam a promulgação da norma, a intenção (e maior preocupação dos opositores, à época) era justamente o efeito de automática equiparação, a ser proporcionada pela LC, das subvenções do ICMS como subvenções para investimento, independentemente das características dos benefícios.

Paralelamente à tramitação da LC 160/2017, ao analisar os Embargos de Divergência no âmbito do REsp 1.517.492/PR, a 1ª Seção do STJ concluiu em 8 de novembro de 2017 que os créditos presumidos de ICMS concedidos pelo Estado não poderiam ser tributados pela União para fins de IRPJ e CSLL. Entre os argumentos apresentados pela Corte, merece destaque a observação de que considerar o crédito do ICMS como lucro tributável equivaleria a permitir que a União retirasse, por via oblíqua, incentivo fiscal outorgado pelos Estados no exercício de sua competência tributária.

Essa digressão permite concluir que quaisquer incentivos do ICMS se encontram compreendidos pela interpretação dispensada pelo art. 9º da LC 160/2017, que expressamente reconhece esses benefícios como subvenções para investimento, sobretudo considerando a atual jurisprudência do STJ e uma análise histórica e finalística da norma.

Esses mesmos argumentos, aliado ao fato de que o conceito de subvenção para investimento se mantém inalterado há mais de 40 anos, permite aferir que a LC 160/2017 não modificou ou inaugurou conceito novo. Ao contrário, o art. 9º da LC apenas reconhece que os incentivos do ICMS atendem ao conceito de subvenção para investimento, fato que reitera o caráter interpretativo da norma e justifica a sua aplicação retroativa, com fulcro no inciso I do art. 106 do CTN (LGL\1966\26).

Por fim, é relevante alertar que o § 4º do art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) (alterado pela LC 160/2017) apresenta aparente sentido dúbio, o que poderia levar à interpretação de que a LC não abrangeria automaticamente todas as subvenções estaduais, eis que impõe obediência às condições previstas na lei incentivadora, o que envolveria a observância da condição geral prevista no caput do art. 30 da Lei 12.973/2014 (LGL\2014\3934) (benefício a ser concedido para implantação/expansão de empreendimentos).

A nosso ver, essa interpretação não merece prosperar. Se a norma declarou que os benefícios do ICMS equivalem a subvenções para investimento, naturalmente compreende que é da natureza desses benefícios o estímulo ao desenvolvimento econômico e regional. Em verdade, o § 4º apenas encontra significado na medida em que restringe o seu escopo aos benefícios de ICMS.

A distinção do § 4º reside no fato de que, especificamente em relação ao ICMS, a legislação expressamente consignou o entendimento de que todos os incentivos seriam, por definição, subvenções para investimento. A isto, somam-se ainda a recente jurisprudência do STJ e a finalidade e contexto de formação da LC 160/2017, cujo escopo foi justamente encerrar a tributação – e respectivo contencioso – dos benefícios concedidos pelos Estados no âmbito do ICMS.

7. Bibliografia

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017. Dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017 (LGL\2017\6823), sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstuições. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 dez. 2017. Não paginado. Disponível em: [www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV190_17]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Instrução Normativa 1.556, de 31 de março de 2015 (LGL\2015\2165). Altera a Instrução Normativa RFB n. 1.515, de 24 de novembro de 2014 (LGL\2014\10200), que dispõe sobre a determinação e o pagamento do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas, disciplina o tratamento tributário da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no que se refere às alterações introduzidas pela Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014 (LGL\2014\3934), e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º abril 2015. Não paginado. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=62754]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Parecer Normativo CST 112, de 29 de dezembro de 1978. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 1979. Não paginado.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (LGL\1977\216). Altera a legislação do imposto sobre a renda. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Não paginado. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1598.htm]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LGL\1976\12) (Lei das Sociedades por Ações – Lei das S.A.). Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Não paginado. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404compilada.htm]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei 12.973, de 13 de maio de 2014 (LGL\2014\3934). Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição – RTT, instituído pela Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 (LGL\2009\2056) [...]. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 maio 2014. Não paginado. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar 160, de 7 de agosto de 2017 (LGL\2017\6823). Dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014 (LGL\2014\3934). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2017. Não paginado. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp160.htm]. Acesso em: 22.04.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp n. 1.517.492/PR, 1ª S., j. 08.11.2017, DJe 01.12.2018, rel. Min. Og Fernandes, rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Cotriguaçu Cooperativa Central.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.605.245/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 25.06.2019, DJe 28.06.2019. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Cia. Hering. Brasília.

1 Exige a observância (i) da intenção do subvencionador sobre a destinação dos incentivos à ampliação ou realização de novos investimentos; (ii) da efetiva e específica aplicação da subvenção em investimentos; e (iii) da necessidade de o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico.

2 Demanda (i) a existência de sincronia e vinculação entre a percepção da vantagem associada ao benefício fiscal e a aplicação dos recursos; e (ii) a obrigatoriedade de aplicação da totalidade dos recursos associados ao benefício fiscal na aquisição de bens ou direitos necessários à implantação ou expansão de empreendimento econômico.

3 Conselho Nacional de Política Fiscal.

4 Lei 4.596/1964 – Art. 44. Integram a receita bruta operacional: [...]

IV – as subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais.

5 Nesse aspecto, o Convênio ICMS 190/2017, ao disciplinar no âmbito do ICMS as alterações realizadas pela Lei Complementar 160/2017 ao art. 30 da Lei 12.973/2014, traz abrangente conceito ao que deve ser entendido como subvenção para investimento:

“Cláusula primeira [...] § 4º Para os fins do disposto neste convênio, os benefícios fiscais concedidos para fruição total ou parcial, compreendem as seguintes espécies: I – isenção; II – redução da base de cálculo; III – manutenção de crédito; IV – devolução do imposto; V – crédito outorgado ou crédito presumido; VI – dedução de imposto apurado; VII – dispensa do pagamento; VIII – dilação do prazo para pagamento do

imposto, inclusive o devido por substituição tributária, em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 38/88, de 11 de outubro de 1988, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ; IX – antecipação do prazo para apropriação do crédito do ICMS correspondente à entrada de mercadoria ou bem e ao uso de serviço previstos nos arts. 20 e 33 da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996; X – financiamento do imposto; XI – crédito para investimento; XII – remissão; XIII – anistia; XIV – moratória; XV – transação; XVI – parcelamento em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 24/75, de 5 de novembro de 1975, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ; XVII – outro benefício ou incentivo, sob qualquer forma, condição ou denominação, do qual resulte, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação vincule-se à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro.”

6 Solução de Consulta Cosit 124, de 29 de setembro de 2020.

7 STF, AgRg na ADI 531, TP, rel. Min. Celso de Mello, j. 11.12.1991, DJ 03.04.1992; STF, AgRg na ADI 365, TP, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.1990, DJ 15.03.1991.

8 EM MF 187/2013.

9 A Lei 12.973/2014 dispôs expressamente que as subvenções para investimento não compõem as bases de cálculo das contribuições PIS/COFINS, dando nova redação aos arts. 1º, § 3º, das Leis 10.637/2002, X, e 10.833/2003, IX.

10 LC 160/2017:

Art. 9º O art. 30 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º e 5º:

“Art. 30. [...]

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais 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.

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.”

Art. 10. O disposto nos §§ 4º e 5º do art. 30 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, aplica-se inclusive aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de ICMS instituídos em desacordo com o disposto na alínea ‘g’ do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar, desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º desta Lei Complementar.

11 Constituição Federal, art. 155, § 2º, XII, g.

12 Disponível em:

[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1565095&filename=PPR+1+CFT+

13 Disponível em:

[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-276.htm].

14 Disponível em:

[www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=019.3.55.N%20%20%20%20

15 Constituição Federal, art. 150, VI, a.

16 LC 160/2017 – Art. 9º: O art. 30 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4] e 5º:

“Art. 30. [...]

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais 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.

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.”