

US
CS

Fredy José Gomes
de Albuquerque

Fredy José Gomes
de Albuquerque



Série
Controvérsias
Tributárias e os
Precedentes
do CARF

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

S485

Série controvérsias tributárias e os precedentes do CARF tributação sobre a receita PIS/COFINS / Adolpho Bergamini ... [et al.] ; coordenado por Fredy José Gomes de Albuquerque. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2022.

376 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-565-5

1. Direito. 2. Direito tributário. 3. Tributos. I. Bergamini, Adolpho. II. Zanetti, Beatriz Cavallieri. III. Santos, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. IV. Albuquerque, Fredy José Gomes de. V. Quintanilha, Gabriel Sant'Anna. VI. Segundo, Hugo de Brito Machado. VII. Uliana Junior, Laécio Cruz. VIII. Bevilacqua, Lucas. IX. Gameiro, Mariel Orsi. X. Leite, Matheus Soares. XI. Deligne, Maysa de Sá Pittondo. XII. Silva, Müller Nonato Cavalcanti. XIII. Póssas, Rodrigo da Costa. XIV. Barbosa, Sabrina Coutinho. XV. Coêlho, Sacha Calmon Navarro. XVI. Brandão Junior, Salvador Cândido. XVII. Duro, Semíramis de Oliveira. XVIII. Melo, Sérgio Silveira. XIX. Hoffmann, Susy Gomes. XX. Migiyama, Tatiana Midori. XXI. Laurentis, Thais De. XXII. Teixeira, Tiago Conde. XXIII. Araújo, Yáskara Girão dos Santos. XXIV. Título.

2022-2434

CDD 341.39 CDU 34:336.2

Elaborado por Odílio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito empresarial 341.39

2. Direito empresarial 34:336.2

2

**Série
Controvérsias
Tributárias e os
Precedentes
do CARF**

COORDENADOR

**Fredy José Gomes
de Albuquerque**

Adolpho Bergamini

Beatriz Cavalhieri Zanetti

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos

Fredy José Gomes de Albuquerque

Gabriel Sant'Anna Quintanilha

Hugo de Brito Machado Segundo

Laércio Cruz Uliana Junior

Lucas Bevilacqua

Mariel Orsi Gameiro

Matheus Soares Leite

Maysa de Sá Pittondo Deline

Müller Nonato Cavalcanti Silva

Rodrigo da Costa Póssas

Sabrina Coutinho Barbosa

Sacha Calmon Navarro Coêlho

Salvador Cândido Brandão Junior

Semiramis de Oliveira Duro

Sérgio Silveira Melo

Susy Gomes Hoffmann

Tatiana Midori Migiyama

Thais de Laurentis

Tiago Conde Teixeira

Yáskara Girão dos Santos Araújo

TRIBUTAÇÃO SOBRE A RECEITA (PIS/COFINS)

INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS E A JURISPRUDÊNCIA DO CARF ACERCA DA INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO

Salvador Cândido Brandão Junior

Mestre e Doutor em Direito pelo Departamento de Direito Econômico e Financeiro da USP. Professor de Direito Tributário nos cursos de pós-graduação da FGV Direito SP e FGV IDE Management. Pesquisador no grupo de Tributação e Novas Tecnologias do Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da FGV Direito SP. Professor convidado e membro da coordenação do grupo de estudos de Tributação sobre o Consumo do NUPEM do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogado. Contabilista.

Beatriz Cavallieri Zanetti

Pós-graduanda em direito tributário na Escola de Direito de SP – FGVLaw. Advogada.

Sumário: 1. Introdução – 2. Subvenções para investimento e sua natureza de receita no entendimento do CARF – 3. Incentivos fiscais de ICMS para atração de investimentos privados – 3.1 Incentivos fiscais e as subvenções para investimentos – 4. Subvenção para investimentos e a incidência do PIS e da COFINS – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal que incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, nos termos do artigo 155, II, da Constituição.

Sob o pretenso fundamento de exercício de sua autonomia federativa, tornou-se comum a concessão, unilateralmente por esses entes políticos, de toda sorte de incentivos fiscais de ICMS, tais como isenções, reduções de base de cálculo, créditos presumidos ou empréstimos subsidiados de longo prazo, dentre outros, com o objetivo de atrair investimentos privados e promover o desenvolvimento econômico em seus respectivos territórios, o que se tem denominado de “guerra fiscal”.¹

Aliado a isso, corroborando com esse cenário já tormentoso da Federação brasileira, a União Federal trata os incentivos fiscais de ICMS como subvenção para o custeio da atividade do contribuinte, pretendendo incluir os valores relativos aos créditos presumidos de ICMS, por exemplo, nas bases de cálculo do Imposto sobre

1. VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 15, 2009.

a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), bem como do Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Diante desse entendimento, a Receita Federal do Brasil (RFB) empreende a lavratura de diversos autos de infração para a constituição do crédito tributário.²

Especificamente no que se refere ao PIS e à COFINS, trata-se de tributos que incidem sobre a receita das pessoas jurídicas, seja a receita restrita ao faturamento (receita bruta), para aquelas submetidas ao regime da Lei 9.718/1998, seja a totalidade das receitas, independentemente da classificação contábil, para as pessoas jurídicas submetidas ao regime não cumulativo das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Esse último regime será objeto de análise do presente trabalho, já que, para haver tributação nos termos da Lei 9.718/1998, o particular deve auferir receita bruta, assim entendido como a receita da venda de bens ou da prestação de serviços, ou a receita decorrente de sua atividade principal, situações nas quais os incentivos fiscais não se enquadram.³

Neste cenário, questão que ainda gera controvérsia no contencioso administrativo fiscal reside na discussão sobre a natureza jurídica de receita dos incentivos fiscais de ICMS para fins de identificar a possibilidade de incidência de PIS e COFINS.

A título de exemplo, cite-se o acórdão 9303-004.312 e 9303007.650, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), oportunidades em que o colegiado entendeu que o crédito presumido de ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS por não representar receita ou faturamento.

Por outro lado, no acórdão 9303-011.415 e 9303-011.440, o colegiado concluiu pela natureza de receita dos créditos presumidos de ICMS, sendo possível a exclusão desses valores da base de cálculo apenas se fossem destinados integralmente para a formação da reserva de lucros, escriturados na conta de reserva de incentivos fiscais.

Diante disso, esse estudo tem por objetivo analisar a natureza jurídica dos incentivos fiscais de ICMS para fins de determinar se podem ser tratados como receita para a incidência do PIS e da COFINS. Caso identificada a natureza jurídica de receita, o próximo passo é identificar se existem requisitos, como a contabilização em reserva de lucros para absorver prejuízos ou aumentar capital social, nos termos do artigo 30 da Lei 12.973/2014, para que os valores referentes aos incentivos fiscais de ICMS possam ser excluídos da base de cálculo das contribuições.

2. Ver Solução de Consulta Cosit n. 188/2015 e Solução de Divergência n. 13/2011.

3. Conforme artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977.

2. SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO E SUA NATUREZA DE RECEITA NO ENTENDIMENTO DO CARF

A temática em tela explanada vem sendo matéria de inúmeros acórdãos proferidos pelo CARF. Ainda não há uniformidade no entendimento sobre a não incidência das contribuições para o PIS e para a COFINS sobre os valores referentes aos incentivos fiscais de ICMS, variando-se os critérios para concluir se o incentivo fiscal de ICMS é subvenção para investimento e, caso positivo, se integra a receita passível de tributação pelas contribuições.

No acórdão 9303-011.415 proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujo entendimento que se sagrou vencedor foi o do ilustre relator Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, concluiu-se no sentido de que os valores relacionados com incentivos fiscais de ICMS são classificados pela contabilidade como receitas e integram o resultado da pessoa jurídica. Para serem tratados como subvenção para investimento e, conseqüentemente, excluir da tributação do PIS e da COFINS, não podem ser distribuídos aos sócios e, para isso, devem ser contabilizados na conta de reserva de incentivos fiscais, nos termos do artigo 195-A da Lei 6.404/1976.

No mesmo sentido, concluindo pela natureza jurídica de receita para os incentivos fiscais de ICMS, no acórdão 9303-011.440 o CARF manifestou o entendimento de que a exclusão desses valores da base de cálculo do PIS e da COFINS depende da contabilização dos recursos na conta de reserva de investimentos fiscais, nos termos do artigo 195-A da Lei 6.404/1976. Como, no caso concreto, o contribuinte não demonstrou esse procedimento contábil, mas restou consignado que os incentivos foram registrados em contas de resultado, configuram receita e devem ser oferecidos à tributação das contribuições.

Ainda, a Câmara Superior de Recursos Fiscais proferiu o acórdão 9303-011.471, de relatoria do ilustre Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire, concluindo que, após a Lei Complementar 160/2017, os incentivos fiscais de ICMS passaram a ser tratados como subvenção para investimentos, inclusive para os processos administrativos em curso, desde que atendidos os requisitos do artigo 3º da referida lei complementar, dentre eles, a publicação do benefício no diário oficial e o seu registro no Confaz.

Assim, como no caso concreto esses requisitos foram atendidos, o crédito presumido de ICMS deve ser considerado subvenção para investimento. Com isso, como se tratam de receitas, contabilizadas em contas de resultado, para que sejam excluídos da base de cálculo das contribuições, os respectivos valores devem (e foram), após transitar pelo resultado, ser registrados na conta de reserva de incentivos fiscais, evitando-se a distribuição desses incentivos como lucros aos sócios.

Contraditoriamente, sustentou que a subvenção para investimento representa uma transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la, não nas suas despesas, mas sim na aplicação específica em bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimento econômico. A partir disso, a constatação

que deveria ser manifestada é a de que subvenção para investimento não é receita, justamente por ser uma transferência de capital.

Essas decisões refletem o posicionamento mais recente do CARE, proferidas entre abril e maio de 2021. No entanto, também é possível encontrar decisões concluindo pela não incidência do PIS e da COFINS sobre os valores relativos aos incentivos fiscais de ICMS, não por haver se implementado a condição de contabilização em reservas de incentivos fiscais para a exclusão da base de cálculo, mas sim por não possuírem natureza jurídica de receita, a exemplo do acórdão 9303-004.312, 9303-007.650 e 9303-006.606.

Neste sentido, a tributação do PIS e da COFINS já encontra obstáculo nesse primeiro passo da análise, qual seja, incentivos fiscais de ICMS não são receita da pessoa jurídica, pois concedida pelo Estado com reservas e condições, não representando um incremento novo no patrimônio.

São, assim, recursos conferidos ao particular para a recuperação de custos com o investimento.⁴ Por isso, representam um investimento do Estado concedente, os quais ingressam na contabilidade do particular com “roupagem de ressarcimento e não de receita, porque o contribuinte adianta o investimento da construção, instalação e operação do parque fabril e atividades”.⁵

Assim, em vez de investir diretamente, o Estado estimula que o particular o faça, por meio do incentivo fiscal, não influenciando na apuração do lucro daquele contribuinte beneficiado. Não possuem, portanto, natureza de receita, ainda que registrados como tal em sua contabilidade, concepção reforçada após a publicação a Lei Complementar 160/2017.

Nas turmas ordinárias do CARE, o entendimento firmado é o de que os incentivos fiscais de ICMS não se enquadram no conceito de receita, como se pode constatar do trecho do acórdão preferido pelo Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira:⁶

Benefício fiscal de ICMS. Crédito presumido. Subvenção. Base de cálculo.

Os créditos incentivados de ICMS, concedidos pelos Estados a setores econômicos não se encartam no conceito de “receita” para fins de incidência das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, pois não constitui entrada de recursos passíveis de registro em contas de resultado, não podendo ser assim considerado e, por conseguinte, não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Na mesma linha, a Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, quando do julgamento do Acórdão 3402-008.487, expressou o entendimento de que os créditos presumidos de ICMS não se trata de um ingresso novo, mas uma recomposição de um custo incorrido em um investimento realizado pelo contribuinte, não possuindo natureza de receita:

4. Acórdão n. 9303-004.312. Relator Conselheiro Charles Mayer. Sessão de 15 set. 2016.

5. Acórdão n. 9303-007.650. Relatora Conselheira Érika Costa Camargos Autran. Sessão de 21 nov. 2018.

6. Acórdão n. 3201-008.417. Relator Conselheiro Paulo Roberto Duarte Pereira. Sessão de 25 maio 2021.

Entende-se, portanto, descabida a tributação dos créditos presumidos de ICMS concedidos no âmbito do programa PROBAHIA, vez que não possuem natureza jurídica de receita, não se tratando de ingresso novo, mas uma recomposição de custo realizado no investimento pela Recorrente no Estado da Bahia.

Outro argumento veemente levantado no CARF refere-se ao enfraquecimento do pacto federativo se levado a efeito a incidência das contribuições do PIS e da COFINS sobre os benefícios fiscais concedidos pelos estados.⁷

Como veremos no próximo tópico, as subvenções para investimento relacionadas com o ICMS são concedidas no exercício da competência tributária dos estados e, quando atendidas as disposições legais e da Constituição, são instrumentos legítimos para que o Estado interfira no domínio econômico com o objetivo de atração de investimentos privados.

Em outras palavras, a Constituição garantiu aos estados a competência para instituir e administrar o ICMS. Assim, tratar os incentivos fiscais como receita do particular para fins de se permitir a incidência dessas contribuições sobre os valores conferidos aos contribuintes como meio de direcionamento da economia, tem-se um desequilíbrio ao pacto federativo.

Nessa linha, cabe destacar os argumentos de Carlos Eduardo Makoul Gasperin, ao sustentar que a tributação pretendida pela União limita o alcance da política econômica imaginada pelo gestor estadual, mitigando o poder de atração de investimentos pretendido pelo legislador:⁸

Não obstante, pretender fazer incidir a tributação federal sobre esses valores, como quer a Receita Federal, seria o mesmo que permitir à União que interferisse e/ou mitigasse o próprio alcance da política econômica imaginada pelo gestor Estadual à época, o que é inadmissível em face dos limites impostos pelo princípio federal disposto na Constituição.

Além do que, não custa lembrar, tal tributação acabaria por impor, ainda que indiretamente, uma diferenciação entre os Estados, podendo fazer com que a política de atração de investimentos de um se torne mais atrativa daquela imaginada por outro, em total descompasso com a solidariedade exigida dos entes da Federação; em flagrante infração ao art. 151, I, da CF.

Esse entendimento foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, como veremos, e o CARF tem replicado esse posicionamento, no sentido de também reconhecer a não incidência do PIS e da COFINS sobre as subvenções de investimento sob o fundamento de violação ao pacto federativo, conforme trecho abaixo extraído do acórdão 3402-008.487:

Além dos julgados do Superior Tribunal de Justiça acima referenciados, outros mais recentes enfrentaram a matéria da tributação dos créditos presumidos de ICMS. Especificamente ao tratar do IRPJ e da CSLL, a Ministra Regina Helena Costa evidencia não apenas a ausência de natureza

7. Acórdão n. 3402-008.487. Relatora Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne. Sessão de 27 maio 2021.

8. GASPERIN, Carlos Eduardo Makoul. Subvenções para Investimento e os Incentivos de ICMS: uma Análise da SC Cosit n. 145/2020 e da LC n. 160/2017. *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 48, 2021, p. 130.

jurídica de receita dos créditos presumidos, mas também o fato de sua tributação acabar por enfraquecer o próprio pacto federativo e a autonomia dos Estados Federados no exercício de sua competência tributária.

Diante disso, é possível observar entendimentos ainda não uniformes no CARF, não sendo possível afirmar uma predominância nem pela incidência, nem pelo entendimento de que os valores referentes as subvenções de investimento não compõem a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

3. INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS PARA ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS PRIVADOS

No exercício da competência tributária relacionada com o ICMS, como dito, os entes políticos concedem os mais variados benefícios fiscais do imposto com o objetivo de atrair investimentos privados sob o argumento de promoção do desenvolvimento econômico da região.

Para que uma isenção, incentivo fiscal ou incentivo financeiro-fiscal do imposto seja concedido ou revogado, o artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição exige deliberação entre os estados e distrito federal, requisito que é regido pela Lei Complementar 24/1975, a qual determina a celebração de convênios para a concessão do benefício, cuja aprovação depende de decisão unânime dos Estados representados na reunião.⁹

Essa deliberação é celebrada no Conselho Fazendário (Confaz), órgão vinculado ao Ministério da Economia. Diante da dificuldade ou da demora na aprovação unânime de um Convênio, muitos estados concedem unilateralmente os incentivos de ICMS, à revelia do Confaz, conduta que vem sendo sistematicamente julgada inconstitucional pelo STF¹⁰.

Com isso, percebendo-se da multiplicidade de incentivos fiscais concedidos unilateralmente na iminência de serem declarados inconstitucionais pelo STF, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar 160/2017 com o objetivo de estabelecer procedimentos e requisitos para que todos os incentivos irregulares concedidos pelos estados até o início de sua vigência, qual seja, 07/08/2017, fossem validados.

Para o que se pretende discorrer sobre o conceito de receita para fins de PIS e COFINS submetida à apuração pelo regime não cumulativo, cabe, neste passo, identificar o que se considera incentivo fiscal para fins de analisar sua natureza de subvenção.

9. Art. 2º – Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 1º – As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º – A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

10. ADI 2906-RJ; ADI 2375-RJ; ADI 3674-RJ; ADI 3413-RJ; ADI 4457-RJ; ADI 3794-PR; ADI 2688-PR; ADI 1247-PA; ADI 3702-ES; ADI 4152-SP; ADI 3664-RJ; ADI 3803-PR; ADI 2549-DF; ADI 2345-SC.

3.1 Incentivos fiscais e as subvenções para investimentos

Os incentivos fiscais relativos ao ICMS são instrumentos utilizados pelos estados para indução de comportamentos de investidores privados, buscando atingir determinados objetivos para estimular determinadas atividades econômicas.

Como nos ensina Henry Tilbery¹¹, a expressão “incentivos fiscais” engloba uma variedade de institutos definidos pelo Direito Tributário, tais como isenção, alíquota reduzida, bonificação, dedução acelerada da depreciação de bens de capital, crédito do imposto, inclusive os de natureza financeira, como facilidades creditícias, prêmios em exportações, dentre outros. Segundo o autor, cada um desses institutos possui definição própria no direito tributário, mas partindo da análise de sua finalidade, são classificados como espécies do gênero “incentivos fiscais” pela Ciência das Finanças.

No mesmo sentido, Kiyoshi Harada¹² afirma que o incentivo fiscal é um instrumento de intervenção na economia, cuja motivação é a atração de investimentos privados para o desenvolvimento de certa atividade econômica. Assim, o incentivo fiscal é gênero, unindo várias espécies pelo critério da finalidade econômica de sua concessão.

Desta feita, trata-se de uma opção do legislador em conferir um tratamento diferenciado e mais beneficiado para um determinado grupo ou região em razão da finalidade de intervenção sobre o domínio econômico, hipótese em que os incentivos fiscais, inclusive a isenção, terão característica de subvenção, servindo de instrumento para transferir ou manter recursos do estado nas mãos da iniciativa privada, com o objetivo de atrair investimentos em razão de uma busca por desenvolvimento.¹³

O critério de finalidade utilizado na classificação da Ciência das Finanças aos incentivos fiscais, incluindo os financeiros fiscais, é a feição extrafiscal dos institutos tributários, podendo representar uma medida para disciplina do mercado financeiro, promoção do desenvolvimento industrial, fortalecimento da balança comercial, incentivos regionais, setoriais dentre outros.¹⁴

Em razão dessa motivação extrafiscal, o exercício da competência tributária busca prestigiar determinadas situações relevantes de acordo com a conjuntura econômica e social, mesmo que em detrimento da arrecadação, servindo de instrumento

11. TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 21.

12. HARADA, Kiyoshi. Constituição. 1988. Privilégios Fiscais Municipais. *Direito Tributário Atual*, n. 10, 1990, p. 2694-2699.

13. Neste sentido, ver as lições de Luís Eduardo Schoueri sobre a diferença entre isenções técnicas e isenções próprias. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 262-264.

14. Cf. TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 22-25; BORGES, José Souto Maior. Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 6, p. 69-73, mar. 1996.

nas mãos do Poder Público para o estímulo de determinadas atividades privadas consideradas relevantes pelo legislador.¹⁵

Assim, a referência a “isenções”, “incentivos” e “benefícios fiscais” feita pelo constituinte no artigo 155, § 2º, XII, “g”, busca exigir deliberação dos Estados e Distrito Federal para conceder e revogar quaisquer formas de desonerações relativas ao ICMS, isto é, se presta a reger qualquer modalidade de incentivo baseado no ICMS que seja capaz de reduzir seu ônus fiscal.¹⁶

A distinção entre os incentivos fiscais ou incentivos financeiros fiscais, conforme lições de José Souto Maior Borges¹⁷ é apenas jurídico-formal, pois são apenas variadas formas de desoneração ou estímulos e que produzem os mesmos efeitos. Por essa razão, a Lei Complementar 24/1975, nos termos de seu artigo 1º, exige a celebração de convênios nos casos de isenção, devolução total ou parcial do tributo, redução da base de cálculo, créditos presumidos e demais medidas diretas ou indiretas que resultem redução ou eliminação do ônus de ICMS.¹⁸

Ricardo Lobo Torres também sustenta que se trata apenas de uma diferença jurídico-formal, na medida em que, do ponto de vista financeiro, todos os incentivos fiscais são conversíveis entre si, configurando verdadeiras subvenções. Assim, do ponto de vista estatal, será um gasto tributário (*tax expenditures*) tanto um privilégio tributário que opera na vertente da receita, quanto o privilégio financeiro opera na vertente da despesa. Como receita e despesa existem um em função do outro, não há diferença entre diminuir a arrecadação pela concessão de uma isenção ou dedução, como aumentar a despesa, pela restituição ou subvenção¹⁹.

Nesta linha, segundo Luís Eduardo Schoueri²⁰, financeiramente, “as normas tributárias indutoras, quando adotam a forma de incentivos fiscais (isenções, reduções de alíquota ou base de cálculo, créditos tributários etc.)”, se enquadram na categoria de subvenção, inobstante apresentem algumas diferenças do ponto de vista jurídico, já que a subvenção pressupõe um desembolso pecuniário do Estado.

15. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. A Concessão de Isenções, Incentivos ou Benefícios Fiscais no Âmbito do ICMS. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Guerra Fiscal. Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 36-37.

16. Cf. BORGES, José Souto Maior. Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 6, mar. 1996, p. 69.

17. BORGES, José Souto Maior. Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 6, mar. 1996, p. 70-72.

18. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma “que tudo quanto possa interferir no *quantum* devido a título de ICMS, tenha a configuração que tiver, se apresentar efeitos redutores, ficará sujeito à dinâmica dos convênios”. CARVALHO, Paulo de Barros. Incentivo Fiscal – Conflito entre Estados. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 09, 1995, p. 140.

19. TORRES, Ricardo Lobo. Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal no ICMS, in: CON-TI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 Anos de Vigência. Questões Atuais*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010, p. 13-14.

20. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57-58.

Neste sentido, são subvenções tanto as normas tributárias indutoras que afastam ou reduzem a carga tributária, como isenção ou crédito presumido, quanto as que configuram uma prestação pecuniária do Estado, como a devolução total ou parcial de um tributo. Seja como for, no caso do ICMS, se o crédito financeiro (oferecido em pecúnia) ou a desoneração tributária (renúncia de arrecadação) for concedida com base neste imposto, representando uma eliminação ou redução direta ou indireta do respectivo ônus fiscal, para sua concessão a Constituição exige deliberação dos Estados e Distrito Federal na forma como prevista em Lei Complementar²¹.

Assim, como os incentivos fiscais de ICMS são concedidos pelos estados com a finalidade de atração de investimentos privados, seja precedido da adequada e exigida deliberação, seja unilateralmente, no contexto da famigerada guerra fiscal, conclui-se que referidos benefícios representam verdadeiras subvenções para investimento.

Por essa razão, por perceber essa finalidade da concessão dos incentivos estaduais, a mencionada Lei Complementar 160/2017, ao instituir os procedimentos e requisitos para validação de todos os benefícios fiscais de ICMS até então concedidos, tratou de expressamente definir que os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao ICMS configuram subvenções para investimento, alterando a redação do artigo 30 da Lei 12.973/2014 para incluir o § 4º.²²

4. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTOS E A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS

O PIS e a COFINS são regidos, respectivamente, pela Lei 10.637/2002 e 10.833/2003, cujo artigo 1º de ambas prescreve que esses tributos têm por incidência o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

De acordo com o STF, quando do julgamento do RE 606.107/RS, o conceito de receita para fins de incidência do PIS e da COFINS não se confunde com o conceito contábil, na medida em que a contabilidade se presta a outra finalidade, como abastecer de informações os seus usuários sobre a gestão e o planejamento das empresas para auxiliar as tomadas de decisões econômicas.

Assim, o STF assentou o entendimento de que o conceito de receita acolhido pela Constituição corresponde ao “ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições”.

21. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal, in: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito Tributário: Estudos Em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 279-280.

22. § 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.

Com isso, convém neste ponto identificar se as subvenções para investimento representados pelos incentivos fiscais de ICMS, a exemplo do crédito presumido, podem ser tratados com receitas para fins de incidência desses tributos, independentemente de seu tratamento contábil.

Do ponto de vista contábil, nos termos da Resolução CFC 1.305/2010, que aprova a norma técnica NBC TG 07 – Subvenção e Assistência Governamentais, convém expor a seguinte definição de subvenções:

Subvenção governamental é uma assistência governamental geralmente na forma de contribuição de natureza pecuniária, mas não só restrita a ela, concedida a uma entidade normalmente em troca do cumprimento passado ou futuro de certas condições relacionadas às atividades operacionais da entidade. Não são subvenções governamentais aquelas que não podem ser razoavelmente quantificadas em dinheiro e as transações com o governo que não podem ser distinguidas das transações comerciais normais da entidade.

Subvenções relacionadas a ativos são subvenções governamentais cuja condição principal para que a entidade se qualifique é a de que ela compre, construa ou de outra forma adquira ativos de longo prazo. Também podem ser incluídas condições acessórias que restrinjam o tipo ou a localização dos ativos, ou os períodos durante os quais devem ser adquiridos ou mantidos.

Da leitura acima, percebe-se que a subvenção é uma assistência governamental na forma de contribuição pecuniária, mas pode haver outras formas de assistência, como redução de custos ou manutenção do capital nas mãos do particular.

A própria resolução confere que o tratamento contábil da subvenção governamental é de receita, argumentando que raramente é gratuita, pois para sua concessão impõe certos requisitos ao particular, devendo assim ser reconhecida ao longo do período para sua demonstração no resultado, não podendo ser creditada diretamente no patrimônio líquido:

15. O tratamento contábil da subvenção governamental como receita deriva dos seguintes principais argumentos:

(a) uma vez que a subvenção governamental é recebida de uma fonte que não os acionistas e deriva de ato de gestão em benefício da entidade, não deve ser creditada diretamente no patrimônio líquido, mas, sim, reconhecida como receita nos períodos apropriados;

(b) subvenção governamental raramente é gratuita. A entidade ganha efetivamente essa receita quando cumpre as regras das subvenções e cumpre determinadas obrigações. A subvenção, dessa forma, deve ser reconhecida como receita na demonstração do resultado nos períodos ao longo dos quais a entidade reconhece os custos relacionados à subvenção que são objeto de compensação;

(c) *assim como os tributos são despesas reconhecidas na demonstração do resultado, é lógico registrar a subvenção governamental que é, em essência, uma extensão da política fiscal, como receita na demonstração do resultado.*

15A. Enquanto não atendidos os requisitos para reconhecimento da receita com subvenção na demonstração do resultado, a contrapartida da subvenção governamental registrada no ativo deve ser feita em conta específica do passivo.

15B. *Há situações em que é necessário que o valor da subvenção governamental não seja distribuído ou de qualquer forma repassado aos sócios ou acionistas, fazendo-se necessária a retenção, após trânsito pela demonstração do resultado, em conta apropriada de patrimônio líquido, para*

comprovação do atendimento dessa condição. Nessas situações, tal valor, após ter sido reconhecido na demonstração do resultado, pode ser creditado à reserva própria (reserva de incentivos fiscais), a partir da conta de lucros ou prejuízos acumulados. (grifo nosso)

Nota-se que o raciocínio é o de que a subvenção deve ser demonstrada como receita, a exemplo do encargo tributário, o qual é demonstrado como despesa. Ainda, não é requisito, ou vedação, que o valor da subvenção não seja distribuído, registrando-se em conta do patrimônio líquido, como a conta de reserva de incentivos fiscais após a sua demonstração em contas de resultado. Isso pode ser uma exigência, mas não necessariamente será, não influenciando no tratamento da assistência governamental como uma subvenção.

Assim, para a contabilidade não há uma diferenciação entre subvenção para custeio ou subvenção para investimento, devendo-se escriturar como receita os valores recebidos para fins de demonstração aos usuários da contabilidade. E isso se justifica, do ponto de vista contábil, para que possibilite a análise, dentre outros fatores, do desempenho do empreendimento, da saúde financeira, da dependência de capital.²³

Juridicamente, entretanto, e para fins tributários, a legislação do imposto sobre a renda faz clara distinção entre as subvenções governamentais, classificando-as como subvenção para custeio ou operacional, concedida para subsidiar a própria atividade econômica, seja para reduzir as despesas correntes, seja para complementar as receitas da operação; ou subvenção para investimento, a qual corresponde a uma transferência patrimonial para auxiliar o particular na implantação ou expansão de um empreendimento econômico.²⁴

Assim, diferentemente da subvenção para custeio, a subvenção para investimento não se presta a auxiliar as despesas da operação da atividade econômica, tampouco complementar a receita bruta auferida. Não é suficiente, no entanto, a intenção governamental de atrair investimentos, devendo haver “perfeita sincronia da intenção do subvencionador com a ação do subvencionado”, impondo-se a efetiva aplicação dos recursos na expansão do empreendimento ou na sua implantação, nos termos do Parecer Normativo CST 112/1978.

Em vista dessa distinção, no que se refere ao IRPJ, a legislação atribui diferentes regimes e consequências na apuração dos resultados da pessoa jurídica. Enquanto as subvenções correntes para custeio devem ser computadas na determinação do lucro real, as subvenções para investimento não o serão, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pela legislação.

De acordo com o Decreto-lei 1.598/1977, artigo 38, a subvenção para investimento não será computada na determinação do lucro real, devendo ser registrada a crédito na conta de reservas de capital do patrimônio líquido:

23. Cf. IUDÍCIBUS, Sérgio de et al. *Manual de contabilidade societária. Aplicável a todas as sociedades*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 605.

24. SCHOUER, Luis Eduardo. Subvenções para investimento e parceria público-privada. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 27, 2012, p. 483-484.

Art 38 – Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:

[...]

§ 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.

Após a publicação da Lei 11.638/2007, com a introdução do artigo 195-A na Lei 6.404/1976, as subvenções para investimentos passaram a ser contabilizados em reserva de incentivos fiscais, conta do patrimônio líquido, mas, de modo a neutralizar os efeitos tributários dessas transferências patrimoniais, a Lei 11.941/2009 determinou que os valores recebidos a título de subvenções para investimento deveriam ser demonstrados como receita em contas de resultado antes de serem registradas no patrimônio líquido, para excluir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O ajuste contábil, portanto, era neutro do ponto de vista fiscal.

Trata-se, apenas, de um critério para demonstração contábil, não alterando a natureza do instituto. Em outras palavras, não é por conta da contabilização que a subvenção para investimento se tornou receita, na medida em que a sua natureza jurídica é de transferência de capital, a exemplo da integralização de capital pelos sócios.²⁵

Ademais, nos exatos termos do artigo 1º da Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003, assim como a receita para fins de incidência de PIS e COFINS independe de sua classificação contábil, do mesmo modo, não é porque a contabilidade trata algo como receita que será tratada como tal para fins de incidência desses tributos.

Os incentivos fiscais de ICMS são concedidos com a imposição de diversas condições ao particular, demandando a realização de investimentos, contratação de pessoas, e diversos outros requisitos. Por isso, os valores que ingressam no patrimônio do particular, ou que se deixa de recolher a título de subvenção tributária, não pode ser considerada receita na medida em que não ingressa definitivamente no patrimônio da pessoa jurídica.²⁶

Posteriormente, esse tratamento específico para o imposto sobre a renda foi consolidado na Lei 12.973/2014 ao estabelecer, em seu artigo 30, a faculdade (pois

25. SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Subvenções para investimento e parceria público-privada. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 27, 2012, p. 485-86.

26. Cf. GASPERIN, Carlos Eduardo Makoul. Subvenções para Investimento e os Incentivos de ICMS: uma Análise da SC Cosit n. 145/2020 e da LC n. 160/2017. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 48, p. 111-135, 2021.

depende de deliberação em assembleia) de sua contabilização a crédito de reserva de incentivos fiscais, a partir da conta de lucros ou prejuízos acumulados. Caso assim levado a efeito, permanecem não computadas na apuração do lucro real, afastando-se a incidência do IRPJ e da CSLL.

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 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 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.

Para o PIS e a COFINS, por sua vez, importa destacar que nem todo ingresso no patrimônio representa uma receita, a exemplo das transferências de capital, devendo-se analisar o título jurídico do ingresso para fins de sua caracterização como base de cálculo desses tributos.

As subvenções para investimento não integram a receita porque elas não interferem diretamente com a apuração do lucro líquido da pessoa jurídica, do qual a receita é parte integrante, eis que se destinam ao fornecimento de fundos para financiar acréscimos ao ativo não circulante.

Em sentido contrário, as subvenções para custeio serão tratadas como receita, pois se destinam a custear as operações, afetando a receita e, diretamente, o lucro líquido, eis que os custos e despesas que elas financiam são debitados ao lucro líquido.

Conforme ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira, as subvenções para custeio e subvenções para investimento são categorias jurídicas distintas em razão do destino específico de cada uma, embora ambas sejam subespécies de subvenções econômicas, do ponto de vista da entidade pública, tratadas como transferências correntes, nos termos da Lei 4.320/1964, artigo 12, § 3º, II (Lei de Direito Financeiro).²⁷ No caso das subvenções relacionadas com tributos, são gastos tributários, como visto.

Ainda nos ensinamentos do autor, é a lei societária e do imposto sobre a renda que estabelece a diferença entre as subvenções, do ponto de vista do beneficiário dos recursos públicos e da destinação a ser dada, devendo ser excluída da apuração do IRPJ se representar subvenção para investimento.²⁸

De fato, a distinção implícita feita por esta lei [Lei 6.404/1976], entre subvenções para investimento e subvenções para custeio de operações, no sentido de que apenas as primeiras deviam ser levadas à reservas de capital, tinha uma razão de ser, que era a seguinte: as subvenções para investimento tinham (e ainda deveriam ter) esse tratamento porque elas não interferem diretamente com a apuração do lucro líquido da pessoa jurídica, do qual o lucro operacional é parte integrante, eis que se destinam ao fornecimento de fundos para a aquisição de acréscimos ao

27. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1, p. 189-190.

28. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1, p. 195.

ativo não circulante, e portanto para a geração futura de lucros, enquanto as subvenções para custeio de operações afetam diretamente o lucro líquido, eis que os custos e despesas que elas reembolsam são debitadas ao lucro líquido.

Assim, nota-se que as subvenções para investimento não interferem no lucro líquido, na medida em que têm por destinação a aquisição de ativos não circulante no contexto de uma implantação de empreendimento ou sua expansão. Desta feita, as subvenções para investimento se prestam a fortalecer o capital e fundamentar uma futura geração de lucros. Em contrapartida, as subvenções para custeio financiam o lucro atual, contribuindo para formação do lucro ao reduzir o custo operacional ou complementar a receita das operações.²⁹

Esse raciocínio está de acordo com o que dispõe o artigo 441 do RIR/2018, regulamentando o artigo 44 da Lei 4.506/1964:³⁰

Art. 441. Serão computadas para fins de determinação do lucro operacional (Lei 4.506, de 1964, art. 44, caput, incisos III e IV; e Lei 8.036, de 1990, art. 29):

I – as subvenções correntes para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais; (grifo nosso)

Como visto no tópico anterior, os incentivos fiscais estaduais têm como mote a atração de investimentos para a promoção do desenvolvimento regional e, todos eles, para serem concedidos, devem ser precedidos de um Convênio celebrado Confaz, sob pena de inconstitucionalidade.

Também vimos que um dos requisitos para a celebração do Convênio é a unanimidade do consenso, o que leva muitos estados a conceder unilateralmente incentivos fiscais para atração de investimentos, no contexto de uma guerra fiscal, muitas vezes concedido na forma de crédito presumido de ICMS ou devolução total ou parcial de recursos calculada com base no ICMS.

Por conta desse problema federativo, foi publicada a Lei Complementar 160/2017, estabelecendo os requisitos e procedimentos para convalidar todos os incentivos fiscais de ICMS concedidos unilateralmente pelos estados, tratando-os expressamente como subvenção para investimento, mesmo para os processos administrativos não encerrados, incluindo os §§ 4º e 5º ao artigo 30 da Lei 12.973/2014 acima transcrito (que trata da subvenção para investimento):

Art. 10. O disposto nos §§ 4º e 5º do art. 30 da Lei no 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,

29. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Subvenções para investimento e parceria público-privada. *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 27, 2012, p. 489-491.

30. Ricardo Mariz de Oliveira sustenta, no entanto, que tanto a subvenção para custeio quanto a subvenção para investimento, não preenchem os requisitos doutrinários para seu enquadramento como receita.

desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º desta Lei Complementar. (grifo nosso)

Com isso, os incentivos fiscais convalidados no contexto desta lei complementar são agora tratados como subvenção para investimento, em razão da previsão de que os incentivos fiscais e financeiros fiscais de ICMS, tais como os créditos presumidos, isenções ou devoluções, sejam quais forem, sempre serão consideradas subvenção para investimento:

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

§ 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. (grifos nossos)

A interpretação do artigo 30 da Lei 12.973/2014, ao tratar dos incentivos fiscais de ICMS, não pode ser feita isoladamente, sem a análise contextual da guerra fiscal e da convalidação de benefícios inconstitucionais levados a efeito pela Lei Complementar 106/2017.

Assim, quando a Lei Complementar 160/2017 incluiu os §§ 4º e 5º no artigo 30 da Lei 12.973/2014, para prever que os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao ICMS, são considerados subvenções para investimento, cuidou de equiparar juridicamente quaisquer incentivos fiscais de ICMS como subvenção para investimento, frise-se, desde que sejam de ICMS e, para os incentivos convalidados, desde que estejam no contexto da Lei Complementar 160/2017.

Nota-se, ainda, que o § 5º representa norma interpretativa, retroagindo seus efeitos para atingir fatos do passado, nos termos do art. 106, I do CTN. Como visto, o incentivo fiscal de ICMS só pode ser concedido se houver deliberação dos Estados autorizando a concessão, o que se faz por meio de um convênio aprovado no Confaz, nos termos do artigo 155, § 2º, XII, “g” e artigo 1º da Lei Complementar 24/1975.

O convênio é fundamento de validade do incentivo fiscal de ICMS, devendo respeitar todos os contornos e limites deliberados e aprovados pelos Estados. Caso contrário, o incentivo fiscal concedido é um ilícito e se for um crédito presumido, não poderá ser considerado subvenção para investimento.

Em razão disso, repita-se, a própria Lei Complementar 160/2017, em seu artigo 10, estabelece que todos os incentivos fiscais de ICMS são considerados subvenção para investimento, inclusive aqueles concedidos sem convênio, desde que enquadrados no contexto desta lei complementar, em pleno atendimento ao seu artigo 3º.

Com isso, esta Lei Complementar 160/2017 foi publicada para validar todos os incentivos fiscais ilícitos, isto é, concedidos sem convênio Confaz autorizativo,

como forma de regularizar a situação fiscal dos Estados e reduzir a guerra fiscal de ICMS, mas desde que o incentivo tenha sido concedido antes desta lei complementar, e desde que atenda todos os seus requisitos para a validação destes incentivos, quais sejam, a publicação em Diário Oficial e o registro e o depósito da legislação que concede o incentivo no Confaz.

A despeito de todo o argumentado, recentemente, em relação ao crédito presumido de ICMS, o qual, como visto, financeiramente é o mesmo que subvenção, o STJ decidiu que incentivos fiscais de ICMS não podem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS por ofensa ao pacto federativo, afirmando a irrelevância da distinção entre subvenção para investimento e subvenção para custeio quando o incentivo é concedido por outro ente da Federação:

Recurso interposto na vigência do cpc/2015. Enunciado administrativo 3. Tributário. Recurso especial. Crédito presumido de icms. Base de cálculo do pis e cofins. Exclusão. Possibilidade. Precedentes.

1. *A jurisprudência consolidada em ambas as Turmas especializadas em direito público deste Tribunal é firme no sentido de que os valores provenientes do crédito do ICMS não ostentam natureza de receita ou faturamento, mas mera recuperação de custos na forma de incentivo fiscal concedido pelo governo para desoneração das operações, não integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Precedentes: Ag 1.352.512, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/11/10; REsp 1.205.072/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/2/12; AgRg no REsp 1.318.196/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.8.2012; AgRg no REsp 1.214.684/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 1.8.2012; AgRg no REsp 1159562/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/03/2012; AgRg no REsp 1165316/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/11/2011; AgRg no REsp 1229134/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011; REsp 1025833/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008; AgRg no REsp 1.282.211/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 19.6.2012.*

2. *Mais recentemente, a posição foi reafirmada em novos fundamentos por esta Corte ao estabelecer que, considerando que no julgamento dos REsp. 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), 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 4.506/64. Assim, também irrelevantes as alterações produzidas pelos arts. 9º e 10, da Lei Complementar 160/2017 (provenientes da promulgação de vetos publicada no DOU de 23.11.2017) sobre o art. 30, da Lei 12.973/2014, ao adicionar-lhe os §§ 4º e 5º, que tratam de uniformizar ex lege a classificação do crédito presumido de ICMS como "subvenção para investimento" com a possibilidade de dedução das bases de cálculo dos referidos tributos desde que cumpridas determinadas condições. Precedente: REsp. 1.605.245-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25 de junho de 2019.*

3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1825503/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, SEGUNDA TURMA, DJe de 16 nov.2020). (grifamos)

Nota-se que o entendimento da Corte é de que os créditos presumidos de ICMS (incentivo fiscal) não ostentam natureza jurídica de receita bruta. Ainda, afirma haver ofensa ao pacto federativo, impedindo a União de cobrar tributos sobre os incentivos concedidos pelos Estados, pois isso representa uma diminuição do benefício e uma limitação ao exercício da autonomia federativa desses entes políticos.

Outrossim, e não menos importante, a Corte entende que após a Lei Complementar 160/2017 não há mais relevância na distinção entre subvenção para custeio e subvenção para investimento quando o benefício fiscal for relativo ao ICMS. Neste sentido, todos os incentivos de ICMS passam a ser tratados como subvenção para investimentos, não sendo possível sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS, na medida em que não se trata de receita.

É farta jurisprudência do STJ nesse sentido, tanto na primeira quanto na segunda turma, podendo-se citar o AgInt no AREsp 1856370/RS, AgInt no AREsp 1781009/PR, AgInt no AREsp 1806474/PR, todas no sentido de que incentivo fiscal de ICMS não é receita e que após a Lei Complementar 160/2017 não há mais relevância na discussão entre subvenção para investimento ou custeio, quando o incentivo é de ICMS, representando ofensa ao pacto federativo a pretensão da União de tributar esses gastos tributários estaduais.

Assim, se os incentivos fiscais de ICMS sempre são subvenção para investimento, não são receita, não há necessidade da análise de cumprimento de outros requisitos, como sua contabilização em reservas de incentivos fiscais, para que possam ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Se não são receita, portanto, desnecessária a existência de uma regra expressa prevendo sua exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. Somente é preciso haver uma norma para excluir alguma coisa, se essa coisa estiver incluída no que se pretende excluir.

Como as subvenções de ICMS não são receita, não há por que um dispositivo expresso prevendo sua exclusão. A despeito disso, o legislador foi prudente ao estabelecer no artigo 1º, § 3º, X, da Lei 10.637/2002 e artigo 1º, § 3º, IX, da Lei 10.833/2003, que não integram a base de cálculo das contribuições as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos.

A existência de uma norma expressa nesse sentido não implica na conclusão de que, sem ela, as subvenções para investimento são receita e integrariam a base de cálculo do PIS e da COFINS. Muito ao contrário, nesse caso específico, trata-se de norma didática editada pelo legislador justamente por não se enquadrar no conceito de receita.

No § 3º do artigo 1º das leis de regência do PIS e da COFINS há outras regras, de cunho meramente didático, descrevendo situações que não integram a base de cálculo das contribuições porque não representam receita, como por exemplo as vendas

canceladas, os descontos incondicionais, as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, os ganhos decorrentes de avaliação do ativo com base no valor justo, dentre outras.

Não se trata, portanto, de hipóteses de isenção, ou benefício fiscal, sem a qual seriam receitas que integrariam a base de cálculo, mas sim de uma declaração expressa de que não se trata de receita, por isso, não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Nota-se que no caso do PIS e da COFINS, diferentemente do que ocorre com o IRPJ e CSLL, não há o requisito de contabilização das subvenções em reservas de incentivos fiscais, nos termos do artigo 195-A da Lei 6.404/1976. O único requisito existente é que sejam concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos. Com isso, deve ser analisada a finalidade da concessão do incentivo fiscal de ICMS pelo estado, a qual, como visto, se presta a atrair investimentos privados para o estado de localização do empreendimento.

Essa constatação já foi realizada pela própria RFB, recentemente, conforme Solução de Consulta Cosit 169/2021, nos termos da ementa abaixo:

Assunto: Contribuição Para O Financiamento Da Seguridade Social – Cofins

As subvenções para investimentos, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, podem ser excluídas da base de cálculo da Cofins nos termos do art. 1º, § 3º, IX, da Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Para tal, deve-se observar a necessidade de que a subvenção tenha sido concedida como estímulo à implantação ou expansão de empreendimento econômico de que trata o art. 30 da Lei 12.973, de 2014. *Contudo, neste caso, não há dispositivo legal que vincule tal exclusão ao registro das subvenções em reservas de incentivos fiscais (reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei 6.404, de 1976).*

Assunto: Contribuição Para O PIS/PASEP

As subvenções para investimentos, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, podem ser excluídas da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep nos termos do art. 1º, § 3º, X, da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Para tal, deve-se observar a necessidade de que a subvenção tenha sido concedida como estímulo à implantação ou expansão de empreendimento econômico de que trata o art. 30 da Lei 12.973, de 2014. *Contudo, neste caso, não há dispositivo legal que vincule tal exclusão ao registro das subvenções em reservas de incentivos fiscais (reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei 6.404, de 1976).* (grifo nosso)

Desta feita, conclui-se que as subvenções para investimentos concedidas na forma de incentivos fiscais de ICMS não configuram receita, por isso, não precisa de regra para excluí-las da base de cálculo do PIS e da COFINS.

No entanto, o artigo 1º, § 3º, X, da Lei 10.637/2002 e artigo 1º, § 3º, IX, da Lei 10.833/2003 expressamente estabelecem que as subvenções para investimento não integram a base de cálculo das contribuições, bastando que tenham sido concedidas com o intuito de implantação ou expansão de empreendimento econômico. Assim, a contabilização em reserva de incentivos fiscais não é requisito para que os valores relativos ao incentivo não sejam tratados como receita para fins de PIS e COFINS, mas tão somente da base de cálculo do lucro para fins de IRPJ e CSLL.

5. CONCLUSÕES

A discussão sobre a incidência de PIS e COFINS nas subvenções para investimento concedidas pelos Estados e Distrito Federal ainda é tormentosa no âmbito do CARE. O seu tratamento como receita demanda uma investigação sobre os documentos contábeis a fim de identificar se os valores relativos aos incentivos fiscais de ICMS foram lançados em contas de receita, transitando pelo resultado, antes de serem escriturados em conta de patrimônio líquido, especificamente a conta de reserva de incentivos fiscais.

Segundo essa visão, ainda existente no CARE, apenas com o atendimento de todo esse percurso contábil é que se poderá excluir o valor dos incentivos de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Entretanto, a contabilização desses recursos em contas de resultado, com seu posterior controle em conta de reservas de incentivos fiscais, possui finalidades contábeis e econômicas, para fins de evidenciar a saúde financeira da entidade, bem como evitar a distribuição aos sócios a título de lucros. Todavia, não transmuta a natureza jurídica das subvenções para investimento de transferências de capital para a natureza jurídica de receita.

Assim, os incentivos fiscais de ICMS não configuram receita, pois são ingressos que não representam receita, pois representam transferência de capital a ser investido em ativo não circulante. Se não são receita, não há que se falar em critérios, requisitos ou regras para exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, pois já, desde o início, não a integra.

A despeito disso, as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 estabelecem, no § 3º do artigo 1º estabelecem não integrar a base de cálculo das contribuições as subvenções para investimentos concedidas pelos entes políticos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, José Souto Maior. Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 6, p. 69-73, mar. 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. A Concessão de Isenções, Incentivos ou Benefícios Fiscais no Âmbito do ICMS. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Guerra Fiscal. Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 23-94.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Incentivo Fiscal – Conflito entre Estados. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 09, p. 130-148, 1995.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito Tributário: Estudos Em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 275-285.
- GASPERIN, Carlos Eduardo Makoul. Subvenções para Investimento e os Incentivos de ICMS: uma Análise da SC Cosit n. 145/2020 e da LC n. 160/2017. *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 48, p. 111-135, 2021.

- HARADA, Kiyoshi. Constituição. 1988. Privilégios Fiscais Municipais. *Direito Tributário Atual*, n. 10, p. 2661-2701, 1990.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; et al. *Manual de contabilidade societária. Aplicável a todas as sociedades*. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. Subvenções para investimento e parceria público-privada. *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 27, p. 480-493, 2012.
- TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (Coord.). *Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 11-67.
- TORRES, Ricardo Lobo. Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal no ICMS. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 Anos de Vigência. Questões Atuais*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010, p. 11-28.
- VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 15, 2009. Disponível em: www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/127. Acesso em: 19 out. 2009.