

**INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE
SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS
REPETITIVOS****ICMS TAX BENEFITS: INCOME TAX ON INVESTMENT SUBSIDIES AND THE
REPETITIVE SPECIAL APPEAL 1182'S THESIS***Juliana Ferretti Lomba***Alexandre Naoki Nishioka***

Resumo: Por meio de recente julgamento do Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça entendeu possível a incidência da tributação sobre a renda nos incentivos fiscais de redução do ICMS, quando desrespeitados os requisitos previstos no artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014 e, por consequência, a disposição do artigo 9º da Lei Complementar n.º 160/2017. Dessa forma, à luz do prévio julgamento de discussão semelhante no EREsp n.º 1.517.492/PR, no qual a Primeira Turma do STJ já havia decidido que a referida tributação violaria o pacto federativo, assim como dos preceitos do federalismo fiscal brasileiro, o presente estudo tem por objetivo aprofundar a análise realizada pelos acórdãos proferidos na sistemática dos Recursos Repetitivos, em especial sobre o efeito de recuperação utilizado para diferenciar as espécies de incentivos fiscais de ICMS. Para esse fim, foi realizada pesquisa documental exploratória, mediante a análise da legislação tributária e financeira, e pesquisa bibliográfica, a partir da doutrina e das decisões do STJ. Ao final, concluiu-se *i)* que ainda há pontos importantes referentes à tributação dos incentivos de ICMS pela União relacionados ao pacto federativo que não foram observados na formação do precedente e que, em razão de sua matéria precipuamente constitucional, seria importante a sua análise pelas cortes superiores, em especial pelo Supremo Tribunal Federal; e *ii)* que a utilização indevida das subvenções para investimento deveria ter como consequência a incidência do próprio ICMS, e não da tributação federal.

* Doutoranda em Direito Financeiro pela FD-USP. Mestre e bacharel em Direito pela FDRP-USP. Advogada. E-mail: juliana.lomba@usp.br.

** Professor Doutor de Direito Tributário na FDRP/USP. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela FD/USP. Advogado. E-mail: nishioka@usp.br



Palavras-chave: Incentivos fiscais de ICMS; Subvenções para investimento; Tributação da Renda; Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos; Pacto federativo.

Abstract: Through the recent judgment of Theme 1,182 of Repetitive Special Appeals, the Superior Court of Justice - STJ – ruled that ICMS tax benefits could trigger federal income tax if the requirements outlined in Law 12973/2014 (as well as Complementary Law 160/2017) are not met. Thus, considering the previous decision rendered in EREsp 1517492/PR, in which the First Panel of the STJ had already decided that the federal taxation of the states' benefits would violate the federative pact, as well as the principles of Brazilian fiscal federalism, this study aims to deepen the analysis carried out by the judgment given in the Repetitive Special Appeals, focusing on the recovery effect used to explain the differences among the kinds of ICMS tax benefits. For this purpose, exploratory research was led by the analysis of tax and financial legislation, and bibliographical research, based on the doctrine and rulings of the STJ. The paper concluded that i) there are still important matters regarding the federal taxation of ICMS tax benefits related to the federative pact that were not observed in the formation of the precedent and that, due to its constitutional matter, it would be important that they were an object of Brazilian High Courts' rulings, especially of the Federal Supreme Court; and ii) that the misuse of investment subsidies should trigger ICMS taxation instead of the federal taxation.

Keywords: ICMS tax benefits; Investment subsidies; Income Tax; Repetitive Special Appeal 1182's Thesis; Federative Pact.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.182 do Recursos Repetitivos, tendo em vista *i)* os fundamentos adotados para permitir a tributação pelo Imposto de Renda e pela CSLL dos incentivos fiscais de ICMS na hipóteses de descumprimento dos requisitos do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014; e *ii)* que a referida tese foi fixada em dissonância ao acórdão prolatado no julgamento do EREsp n.º 1.517.492/PR, que impedia a incidência da tributação da renda sobre os incentivos estaduais sob o entendimento de que a prática feriria o pacto federativo, limitando sua aplicação apenas à concessão de crédito presumido.



Diante desses fatos, e a partir dos estudos sobre a natureza dos incentivos fiscais de ICMS, em especial daqueles caracterizados como subvenções para investimento, e sobre o aparente conflito entre os entes federativos, verificou-se que a tese definida no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos, fundada especialmente no efeito de recuperação dos tributos indiretos, não analisou outras questões que poderiam levar a tributação pela União dos incentivos de ICMS à violação do pacto federativo, principalmente sob a óptica da autonomia dos estados e da rígida divisão das competências tributárias.

Para o fim proposto no trabalho, foi conduzida pesquisa documental exploratória, mediante a análise da legislação tributária e financeira, assim como pesquisa bibliográfica, utilizando-se de estudos doutrinários e de jurisprudência sobre os temas abordados.

2 PREMISSAS DO ESTUDO

A fim de analisar a tese definida no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário estabelecer, antes, premissas referentes à natureza e à justificação constitucional dos incentivos de ICMS, tendo em vista que são hipóteses *excepcionais* que permitem o tratamento diferenciado entre contribuintes, conforme se impõe em um Estado Democrático de Direito e Social.

2.1 Pacto federativo, guerra fiscal de ICMS e a Lei Complementar n.º 160/2017

Sob uma perspectiva do direito financeiro e do pacto federativo, as competências tributárias estabelecidas na Constituição são fundamentais no modelo constitucional brasileiro. Dentre os requisitos para a formação de um Estado Federado, a doutrina reconhece como essenciais a necessidade de repartição das competências e a autonomia dos entes federativos. Dessa forma, como leciona Raul Machado Horta (1995), o projeto de federalismo equilibrado a que se propõe o Estado brasileiro privilegia que “*o indispensável exercício dos poderes federais não venha a inibir o florescimento dos poderes estaduais*”, além do regionalismo como política de desenvolvimento.

Sobre o tema, Heleno Torres (2014) explica que o federalismo brasileiro assume um modelo cooperativo fundado na solidariedade e na garantia de bem-estar, motivo pelo qual contempla as competências das fontes e a distribuição de receitas, a fim de assegurar o



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

cumprimento das finalidades constitucionais e da prestação dos serviços públicos de forma eficiente e suficiente. Por esta razão, uma vez que federalismo foi elevado à condição constitucional de cláusula pétrea, o autor lembra que nenhum de seus requisitos poderá ser suprimido, sendo eles igualdade, autonomia e solidariedade.

Ressalta-se, ainda, a lição de Roque Antonio Carrazza (2017) quanto à rigidez das normas constitucionais que estabelecem as competências tributárias, uma vez que “*encerram duplo comando: 1) habilitam a pessoa política contemplada – e somente ela – a criar, querendo, um dado tributo; e 2) proibem as demais de virem a instituí-lo*”. Ou seja, a norma constitucional recusa às demais pessoas políticas a possibilidade de criar o tributo. O autor ressalta que a questão é de ordem pública, motivo pelo qual, a “*a pessoa política não pode nem usurpar competência tributária alheia, nem aquiescer que sua própria competência tributária venha a ser utilizada por outra pessoa política*”. Logo, se ocorrer a criação de tributo por ente incompetente, não há forma de sanar a inconstitucionalidade.

A partir do desenho do pacto federativo, pelo qual se privilegia a autonomia dos entes federativos e impede que estes adentrem as competências tributárias um dos outros, observa-se que a Lei Complementar n.º 160/2017 foi expedida com a finalidade de reduzir os impactos negativos da guerra fiscal, motivo pelo qual acabou por abarcar diferentes conflitos, inclusive o tratamento tributário dado pela União aos incentivos de ICMS, criados pelos estados como forma de atrair investimentos. Nesse contexto, como leciona Regis Fernandes de Oliveira (2022), não se pode perder de vista que o conflito entre unidades é próprio da Federação, pois há características e vocações locais distintas, e a utilização de instrumentos de competição (em especial o ICMS) também é forma de trazer *desenvolvimento* regional.

Conforme essas primeiras considerações, a análise da natureza das subvenções de ICMS e a interpretação da Lei Complementar n.º 160/2017 não pode se dar de maneira estanque¹. De um lado, deve-se observar a realidade dos estados e da Constituição em sua integralidade, uma vez que, de forma paradoxal, os entes federativos têm como objetivo último assegurar o atendimento das finalidades a que lhes incumbiu o texto constitucional, mas encontram nos incentivos (isto é, na renúncia de parte de suas receitas) importantes instrumentos de

¹ Como explica Fernando Facury Scaff, “*a realidade não é estanque, como fazem crer as normas jurídicas e grande parte dos doutrinadores, que só enxergam o subsistema com que trabalham, sem analisar o conjunto de relações socioeconômicas existentes. Os sistemas econômico, financeiro e tributário, dentre vários outros, se relacionam entre si gerando problemas sem conta que devem ser considerados em seu contexto, sob pena de uma análise apartada da realizada, meramente formalista*”. (SCAFF, 2014).



desenvolvimento, em especial os estados que se encontram fora do principal eixo produtor do país (Sul e Sudeste) e que, para assegurar sua autonomia, não podem depender exclusivamente dos repasses constitucionais, buscando incrementar suas economias. Por outro lado, não pode ser permitida a usurpação de competências entre entes federativos, seja de um estado pelo outro, seja entre estados e União, situação que não pode ser sanada sequer por um acordo das unidades da Federação, ou por imposição legal.

2.2 A legitimidade constitucional dos incentivos de ICMS como normas tributárias indutoras

Os incentivos fiscais de ICMS, enquanto subvenções para investimento, apresentam a mesma lógica das isenções explicitada por José Souto Maior Borges (2001): o seu embasamento constitucional se encontra no poder de eximir tributo, o que funciona como o verso e reverso de uma medalha em relação ao poder de tributar. Ou seja, uma vez que a Constituição atribui a competência para tributar, em regra, também permite ao respectivo ente a abstenção do seu exercício. Portanto, os incentivos fiscais estão sujeitos a condicionamentos idênticos ao do poder de tributar, de forma que “*o poder de isentar é o próprio poder de tributar visto ao inverso*”.

Conforme já mencionado, os incentivos de ICMS outorgados pelos estados têm um importante papel para o desenvolvimento local, assim como forma de exercício da autonomia dos entes federativos. Em que pese a guerra fiscal tenha claros efeitos deletérios para as unidades federativas, é preciso observar as situações em que os instrumentos fiscais são utilizados de forma legítima à luz dos fins privilegiados pela Constituição. Logo, apesar das costumeiras críticas, os incentivos fiscais podem se mostrar bons instrumentos para a realização de políticas públicas. Roque Antonio Carrazza (2017) exemplifica que pode ser menos custoso ao Estado renunciar à parte da sua arrecadação para estimular um comportamento desejado do que seria utilizar a receita tributária para a criação de outros instrumentos com a mesma finalidade. Por sua vez, Guilherme Adolfo Mendes (2017), explica que uma outra justificativa para a criação de incentivos fiscais está no simples fato de que os agentes econômicos são influenciados pela tributação, uma vez que as pessoas sempre buscam reduzir a sua carga tributária, de forma que, inevitavelmente, isso irá alterar o comportamento dos contribuintes.



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

Entretanto, a mera intenção de fazer o contribuinte se comportar de uma maneira A ou B não é justificativa para que sejam criados incentivos. O Estado não pode interferir no comportamento dos entes privados, renunciar a receitas, nem criar regras de exceção a seu bel prazer, caso contrário os princípios da segurança jurídica, da liberdade econômica e da universalidade seriam gravemente violados. Como lembra André Elali (2007), no caso brasileiro, a isonomia é corolário do sistema tributário, “*a neutralidade representa a regra geral: a tributação deve tratar todos igualmente, admitindo a circulação de capital e o desenvolvimento econômico de forma imparcial, ou seja, sem beneficiar agentes econômicos especificamente*. Portanto, o tratamento diferenciado criado pelos incentivos somente se justifica como instrumento de regulação da ordem econômica, visando-se ao desenvolvimento econômico como forma de superar os grandes problemas nacionais.

Sob a perspectiva da legitimação dos incentivos fiscais a partir das finalidades trazidas na Carta de 1988, Luís Eduardo Schoueri (2005) explica que o Estado previsto na Constituição não é neutro, pois, em razão de experiências anteriores, percebeu-se a necessidade de intervir sobre o campo socioeconômico para a sua tutela, redistribuição de riqueza, equilíbrio, entre outras medidas. Nesse contexto, foram postos os objetivos fundamentais da República no artigo 3º, que preveem a garantia ao desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais, de forma que se promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Observa-se que o desenvolvimento não se confunde meramente com o crescimento econômico ou com o mero aumento de eficiência. O economista Amartya Sen (1999) explica o desenvolvimento como um processo de expansão das *liberdades reais (capacidades)* das quais as pessoas gozam. A renda é um meio importante para alcançar este objetivo, mas não é a única determinante que leva às liberdades, também existindo outros fatores relevantes de cunho social, econômico, político e de direitos humanos. Portanto, o desenvolvimento se mostra na ampliação da capacidade das pessoas de alcançar liberdades, assim como na redução das principais fontes da falta de liberdade, como pobreza, tirania, ausência de oportunidades econômicas, privação social sistemática, negação de acesso aos serviços públicos, intolerância e ação repressiva do Estado. De forma paralela, pode-se dizer que o desenvolvimento nacional não significa apenas o crescimento econômico, o aumento do PIB. É preciso que, em todo



território nacional, as pessoas, de forma universal, tenham ampliadas as suas liberdades reais, ao mesmo tempo que devem ser reduzidas as fontes de falta de liberdade.

A partir das considerações até então apresentadas, é necessário fazer observações sobre o texto da Lei Complementar n.º 160/2017, cujo principal objetivo foi tratar os efeitos da guerra fiscal do ICMS, situação que fica clara na Justificativa do Projeto de Lei Complementar do Senado n.º 130/2014, de autoria da Senadora Lúcia Vânia².

Se por um lado os entes federados têm autonomia para instituir tributos e, por consequência, também para conceder incentivos fiscais, sendo regularizados pela Lei Complementar n.º 160/2017 os vícios advindos da necessidade de aprovação unânime pelo Confaz, esta não pode corrigir incentivos concedidos de forma odiosa, fazendo distinção entre contribuintes sem observar as finalidades constitucionalmente tuteladas, isto é, sem uma justificativa constitucional para a exceção criada. Diante da competição entre estados para atrair investimentos, os incentivos fiscais de ICMS justificam-se quando concedidos para o desenvolvimento local e regional, reduzindo desigualdades entre as unidades federativas mais ricas daquelas desfavorecidas economicamente.

Como explica Misabel Derzi (2014), a própria guerra fiscal tem, entre suas múltiplas causas, uma principal: a desigualdade. As soluções propostas para esse problema devem sempre considerar “*a disparidade econômica e social existente entre os diferentes estados, muitos deles sem mão de obra qualificada, sem logística e sem estruturas educacional e de saúde equivalentes*”. Portanto, se a Lei Complementar n.º 160/2017 é instrumento que visa resolver a guerra fiscal de ICMS, ao mesmo tempo que convalida as normas dos incentivos concedidos unilateralmente, parece-nos razoável a norma crie a presunção de que a exceção tributária criada (incentivo fiscal) se justifica pela atração de investimentos como forma de superação das desigualdades regionais e do desenvolvimento das localidades menos favorecidas economicamente. Reitera-se, a existência de benefícios destinados a pessoas específicas, e não aos investimentos (ainda que em setores específicos) com a finalidade de desenvolvimento local, não podem ser convalidados.

² “*Desse modo, estamos propondo este projeto de lei com o objetivo de solucionar definitivamente e sem maiores delongas a problemática dos créditos tributários constituídos em decorrência de benefícios ou de incentivos fiscais ou financeiros vinculados ao ICMS instituídos em desacordo com o previsto no §2º do art. 2º da Lei Complementar n.º 24, de 1975, bem como convalidar aqueles atualmente em vigor*”. (BRASIL. Senado Federal, 2014).



2.3 A natureza das subvenções para investimento e para custeio e a sua tributação pelo Imposto de Renda

Estabelecidas as premissas que levaram à criação da Lei Complementar n.º 160/2017, é necessário ainda entender a natureza das subvenções. Inicialmente, o tema foi tratado pela Lei n.º 4.320/1964, que estabelece normas gerais de direito financeiro, ao dispor, em seu artigo 12, §3º, que as subvenções são *transferências de capital* destinadas a cobrir despesas das entidades beneficiadas. O dispositivo as classifica em “*sociais*”, quando atribuídas a entidades públicas ou privadas de “*caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa*”, e em “*econômicas*”, quando designadas a empresas públicas ou privadas “*de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril*”.

Observa-se que o tratamento da Lei n.º 4.320/1964 dado às subvenções, desde cedo, já deixa claro que não são pagamentos, isto é, contraprestações, enquanto transferências correntes (artigo 12, §2º). Por este motivo, José Souto Maior Borges (1977), citando Julio Nieves Borrego, define subvenção como uma **doação** onerosa, pela qual um ente público assume parte da carga financeira de outro, ou de um ente privado, com vista ao interesse geral³.

Sobre o tema, Ricardo Mariz de Oliveira (2008) reforça que as subvenções não têm natureza de receita, renda ou provento. Tratando-se de “transferência patrimonial” (termo que entende mais adequado do que “transferência de capital”), elas se equiparam ao capital social “*por também virem de fora e sem qualquer participação do patrimônio societário ou de seu titular em benefício do direto dos patrimônios de onde provêm, apenas se distinguindo do capital social por não atribuírem qualquer direito de sócio aos transferidores dela*”. Para ilustrar a diferença entre receita e transferência patrimonial, o autor se utiliza do exemplo de uma árvore: as receitas são fruto do patrimônio e podem ser separadas do principal sem o destruir ou desfalcar. As transferências patrimoniais, que são uma injeção de capital, não se confundem com frutos, mas propiciam meios de produção de novos frutos (receitas, rendas e lucros) como se fossem fertilizantes. Nesse sentido, ao analisar a definição do fato gerador do imposto de renda, José Luiz Pedreira Bulhões (1979) também reconhece que a renda não é a

³ “*Por isso, afastadas quaisquer considerações de ordem econômica, uma definição puramente jurídica de subvenção é formulada por Julio Nieves Borrego, como sendo uma ‘donación modal, ob causam futuram, de Derecho Administrativo, por la cual el organismo público asume parte de la carga financiera de otro de rango inferior o de un particular – que tenga jurídicamente la consideración de terceros – con una finalidad de interés general, pero específica y determinada’.*”



única fonte de acréscimo ao patrimônio líquido de uma empresa, diferenciando-a da transferência de capital.

A partir das disposições da Lei n.º 4.320/1964, os incentivos fiscais a empresas produtivas se caracterizam como subvenções econômicas. A inclusão das subvenções para custeio na receita bruta operacional, e, por consequência, no lucro operacional, foi prevista na Lei n.º 4.506/1964, em seu artigo 44, IV, ainda vigente. Por sua vez, o tratamento da subvenção para investimento passou a ser previsto no artigo 182, §1º, da Lei n.º 6.404/1976, e no artigo 38 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977. Segundo essas disposições, não seriam tributadas as subvenções “*concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos*”, desde que registradas em reserva de capital para fins de absorção de prejuízo ou incorporação ao capital social, ou, ainda, na hipótese de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte, utilizando-as para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

Segundo leciona Ricardo Mariz de Oliveira (2008), o tratamento distinto entre as subvenções para investimento e para custeio não decorre de uma natureza jurídica distinta (transferência patrimonial), mas sim pelos efeitos causados por estas últimas. Enquanto as subvenções para investimento não afetam diretamente o lucro líquido operacional, as subvenções para custeio afetam esse resultado diretamente, pois reembolsam os custos e despesas que são debitados ao lucro líquido, impondo um ajuste contábil para que se permita auferir adequadamente o aumento patrimonial decorrente da atividade subvencionada.

Diante das dificuldades na identificação das subvenções para investimento e para custeio, o fisco federal editou pareceres normativos com o fim de orientar a apuração do IRPJ. Como explicam Bruno Fajersztajn e Fabiana Carsoni (2019), o primeiro foi o Parecer Normativo CST n.º 142/1973, veiculado antes da Lei n.º 6.404/1976 e do Decreto-Lei n.º 1.598/1977. Uma vez que tomava por base apenas a Lei n.º 4.506/1964, a qual não distinguia as subvenções econômicas, classificando-as indistintamente como correntes, o parecer concluiu que “*recursos financeiros que, com base no ICM incidente sobre suas operações*” fossem utilizados para a “*compensação de investimentos em ativo fixo*” para estímulo à industrialização deveriam ser tributados pelo imposto de renda.

Por sua vez, com o advento da Lei n.º 6.404/1976 e do Decreto-Lei n.º 1.598/1977, foi então editado o Parecer Normativo CST n.º 2/1978, o qual “*aprimorou o conceito de subvenção constante no Parecer Normativo CST n. 142, de tal sorte a reconhecer, também a existência da*



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

subvenção para investimento, não integrante da receita operacional". (FAJERSZTAJN, SILVA, 2019)

Entretanto, foi com o Parecer Normativo CST n.º 112/1978 que o fisco federal apresentou um entendimento restritivo sobre as subvenções. Referido parecer esclareceu que as expressões “para custeio” (ou “para operações”) referem-se àquelas que visam transferir recursos às empresas para fazer frente a despesas e custos realizados para o alcance das suas finalidades sociais. Quanto as subvenções para investimento, apresentou entendimento de que eram uma “face oculta” da matéria de subvenções, a qual somente veio a ser esclarecida pelo Decreto-Lei n.º 1.598/77.

Ademais, o texto do Parecer Normativo CST n.º 112/1978 não utilizou a lei em si, mas sim os pareceres anteriores como fonte para estabelecer os requisitos de reconhecimento das subvenções para investimento, motivo pelo qual passou a exigir não apenas o registro dos valores em reserva de capital para integração ao capital social ou absorção de prejuízo, mas também a demonstração de sua aplicação em ativo fixo em “perfeita sincronia” entre a intenção do subvencionador e a ação do subvencionado. Dessa forma, segundo o parecer, “*a simples aplicação dos recursos decorrentes da subvenção em investimentos não autoriza a sua classificação como Subvenção para Investimento*”.

A partir deste parecer normativo de 1978, a Administração Tributária federal passou a exigir mais requisitos para o reconhecimento das subvenções para investimento do que a própria lei previa. Originalmente, era apenas necessário o registro em reserva de capital para absorção de prejuízo ou aumento de capital social, ou alternativamente, para o cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas. Entretanto, passou a ser exigida a demonstração da vinculação da aplicação dos valores subvencionados a investimentos em ativo fixo em sincronia com a sua concessão.

Foi com base no Parecer Normativo CST 112/1978 que a Receita Federal passou décadas tributando os incentivos de ICMS, por entender que não estavam presentes os requisitos para a caracterização das subvenções para investimento em grande parte das operações realizadas pelos contribuintes, em especial diante da alegada ausência de sincronia na aplicação dos recursos, ou da não aplicação em ativo fixo (atualmente, não circulante) decorrente da existência de condições para gozo dos incentivos estaduais (como o treinamento de funcionários ou a criação de um número específico de vagas de emprego).



O entendimento do fisco federal se manteve mesmo após as alterações trazidas à forma de contabilização das subvenções para investimento pela Lei n.º 11.683/2007. Esse diploma legal incluiu o artigo 195-A na Lei n.º 6.404/1976, ao mesmo tempo que revogou alínea “d” do artigo 182, §1º, de forma que as subvenções para investimento deixaram de ser contabilizadas como reserva de capital, passando a ser incluídas em conta de reserva de lucros para incentivos fiscais. Atualmente, o artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014 também dispõe que as subvenções para investimento, a fim de que não sejam tributadas, deverão ser incluídas na conta de reserva de incentivos fiscais prevista no artigo 195-A da Lei n.º 6.404/1976, podendo ser utilizados os respectivos valores apenas com a finalidade de absorver prejuízo fiscal ou para aumento de capital social⁴.

Ou seja, para se permitir a exclusão das subvenções para investimento do lucro tributável, manteve-se a imposição de *aplicação da totalidade dos recursos* na aquisição de bens e direitos para a implantação ou expansão de empreendimento econômico, devendo ser demonstradas *a sincronia e a vinculação* entre a percepção da vantagem e a aplicação dos recursos, conforme reiteravam as Instruções Normativas 1.515/2014 e 1.700/2017.

3 A TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE OS INCENTIVOS DE ICMS E A LEI COMPLEMENTAR N.º 160/2017

A Lei Complementar n.º 160/2017 alterou a redação do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014 para dispor que os incentivos fiscais e financeiros de ICMS são considerados subvenções para investimentos, desde que respeitados os requisitos previstos no próprio artigo 30, não podendo ser exigidos quaisquer outros. Ainda, foi estabelecido que a regra seria aplicável também aos fatos discutidos em processos administrativos e judiciais não definitivamente julgados.

Claramente, a pretensão do legislador foi estabelecer uma norma de caráter interpretativo, diante da disposição sobre o seu caráter retroativo, à luz do artigo 106, I, do Código Tributário Nacional. A partir do parecer da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, a inclusão do dispositivo no projeto de lei teve por finalidade afastar a indevida incidência da tributação sobre a renda nos incentivos estaduais, de forma a impedir

⁴ Sobre as alterações nas regras contábeis realizadas em 2007 e 2014, Bruno Fajersztajn e Fabiana Carsoni (2019) lembram que elas não tiveram o condão de alterar a natureza jurídica das subvenções para investimento, de forma que permaneceram impassíveis de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, o que é corroborado por Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa (2012).



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

“que a Secretaria da Receita Federal do Brasil continue a autuar as empresas beneficiárias de incentivos do ICMS com base em *interpretações equivocadas*, reforçando a segurança jurídica e garantido a viabilidade econômica dos empreendimentos realizados”.

Conforme já mencionado anteriormente, para que sejam legítimos os incentivos de ICMS, não basta que exista autonomia dos estados para a sua concessão, mas devem estar de acordo com as finalidades e objetos constitucionalmente tutelados, sob pena de se mostrarem odiosos. Dessa forma, como visam atrair investimentos para as regiões menos favorecidas do país, seria razoável presumir que sua concessão está em acordo com os objetivos do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da Constituição. Esse é o raciocínio que parece justificar a interpretação de que os incentivos fiscais de ICMS têm, em regra, o caráter de subvenção para investimento, e não para custeio.

Diante da consideração de que os incentivos de ICMS são subvenções para investimento, Hiromi Higuchi (2009) explica que, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência do extinto TFR já era no sentido de que não deveriam integrar o lucro tributável, citando o julgamento da Apelação Cível n.º 83.891/RS em que a 5ª Turma do Tribunal, sob a relatoria do Ministro Geraldo Sobral, que afastou a incidência do imposto de renda sobre as parcelas de ICM devolvidas pelo estado do Rio Grande do Sul ao contribuinte, além de apresentar julgados no mesmo sentido prolatados pelo 1º Conselho de Contribuintes.

Considerando que, para a aplicação do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014, os incentivos concedidos pelos governos estaduais não podem impactar no resultado das empresas beneficiadas, mas devem ser registrados em reserva de lucros, prestando-se somente para a absorção de prejuízo ou aumento de capital, somado à própria motivação dos estados que possibilita a criação de regras excepcionais (desenvolvimento local e regional), a presunção criada pela Lei Complementar n.º 160/2017 é adequada a uma interpretação sistemática das normas de incentivo à luz da Constituição. Apesar da possibilidade de haver hipóteses de subvenções para custeio dentro dos incentivos de ICMS, sob a ótica da guerra fiscal que a Lei Complementar pretende resolver, esses seriam casos isolados, que somente poderiam ser verificados por sua análise concreta.

A presunção criada pela Lei Complementar n.º 160/2017 se fez necessária em razão do comportamento da Administração Tributária federal na interpretação e classificação dos incentivos de ICMS. A partir da criação de requisitos por meio de normas infralegais, a União



não só usurpa a competência dos estados para delinear os contornos dos seus incentivos voltados para a atração de investimentos, como traz insegurança jurídica aos contribuintes e imposição da tributação de renda sem que o seu fato gerador tenha ocorrido na prática. Logo, considerando os quase 40 anos que se passaram entre a expedição do Parecer Normativo n.º 112/1978 e a promulgação da Lei Complementar n.º 160/2017, o legislador deixou claro que se faz necessário retirar qualquer possibilidade de interpretação da União sobre a natureza dos incentivos fiscais estaduais, diante do grave risco de sua deturpação. Nesse sentido, Fernando Facury Scaff (2023) aponta que a Lei Complementar n.º 160/2017 acabou por tratar não apenas a guerra fiscal *horizontal* (entre estados), mas também *vertical* (entre estados e União).

Nada obstante as disposições da Lei Complementar esclarecerem qual o tratamento necessário aos incentivos de ICMS devidamente incluídos na reserva de lucros, surgiu então a discussão quanto a possibilidade de a União tributar os contribuintes do ICMS que gozem de incentivo, mas descumpram a regra prevista no artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014. Referido questionamento se encontra no cerne do presente trabalho, tendo dado origem a duas decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça que serão objeto de nossa análise: o acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no EREsp 1.517.492/PR, sob o voto condutor da Ministra Regina Helena Costa, e a tese definida no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos, cujo fundamento se encontra estabelecido nos acórdãos prolatados no REsp 1.945.110/RS e REsp 1.987.158/SC.

4 OS JULGAMENTOS DO ERESP 1.517.492/PR E DO TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A tese definida no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos teve como objetivo definir se seria possível a exclusão dos benefícios fiscais de ICMS, “*tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, imunidade, diferimento, entre outros*”, da base de cálculo dos tributos federais incidentes sobre a renda (IRPJ e CSLL), de forma a verificar se poderia haver a “*extensão do entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR que excluiu o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL*”. Portanto, para que se realize a



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

devida análise do paradigma definido pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário antes que se investigue o entendimento adotado no julgamento do ERESP 1.517.492/PR.

A situação objeto de análise no EREsp 1.517.492/PR se referia à concessão de créditos presumidos de ICMS a “*sociedade cooperativa que desenvolve as atividades econômicas de moagem de trigo e fabricação de derivados (moinho de trigo) e prestação de serviço de armazenagem e embarque de mercadorias (terminal portuário e de congelados)*”. O julgamento dos Embargos de Divergência levaram o relator, Ministro Og Fernandes, a conclusão de que caberia a inclusão da parcela do ICMS incentivada, por meio da concessão de crédito presumido, na base de cálculo do Imposto de Renda e da CSLL, uma vez que a renúncia fiscal acarretaria indiretamente o aumento do lucro do contribuinte, mesmo que não configure receita.

Por sua vez, a Ministra Regina Helena Costa, em seu voto-vista, aprofundou-se na análise da repartição constitucional das competências tributárias, da autonomia dos entes federativos na realização de políticas fiscais e de desenvolvimento regional e econômico, além dos objetivos constitucionais inerentes ao federalismo. No início de seu voto, a Ministra já esboça seu entendimento compatível com o acórdão paradigma trazido pelo Embargante para fundamentar a divergência jurisprudencial: a impossibilidade de tributação do incentivo de ICMS decorreria da *imunidade recíproca* entre os entes federativos, na forma do artigo 150, VI, “a”, da Constituição. Ou seja, a renda que a União pretendia tributar, em verdade, era renda do estado do Paraná, a qual, diante da competência constitucional, fora renunciada pelo ente tributante. A Ministra Regina Helena Costa ainda explorou a justificativa constitucional que permite a concessão do incentivo fiscal de ICMS: o “*alívio fiscal, indutor do desenvolvimento econômico regional*”, de forma que se insere em “*contexto de envergadura constitucional*”. Diante dessas considerações, o voto vencedor afastou a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal concedido pelo ente tributante competente, em especial ao se escorar em atos normativos infralegais, como o Parecer Normativo CST n.º 112/1978.

Dessa forma, o voto avançou na análise do federalismo adotado pela Constituição brasileira, alçado ao *status* de cláusula pétrea pelo artigo 60 e que fundamenta a distribuição das competências tributárias, demonstrando que o sobreprincípio se caracteriza como elemento informador primário na solução de conflitos entre os entes federados. Ressaltou, em consonância com as lições previamente citadas, que o ICMS é uma das principais fontes de receita estatal e, por isso, configura um importante instrumento no exercício da autonomia dos



estados, em especial para o atingimento dos interesses estratégicos das unidades federativas, associados às prioridades e necessidades locais coletivas. Por fim, diante dos vários princípios que congregam para a análise do federalismo fiscal na situação posta, como os princípios da subsidiariedade, da cooperação, da igualdade e da segurança jurídica, e as finalidades constitucionais atendidas pelos incentivos fiscais de ICMS, a Ministra Regina Helena Costa demonstrou que a tributação destes incentivos pela União configura uma competição indireta entre os entes federativos, o que fere a Constituição brasileira em alguns de seus principais pilares.

Como expõe Fernando Facury Scaff (2014), o Supremo Tribunal Federal já apresenta um histórico em rechaçar as tentativas dos estados de retaliação direta uns aos outros pelos incentivos concedidos fora do Confaz, sob o argumento da autonomia federativa, uma vez que “*inconstitucionalidades não se compensam*”. De certa forma, o raciocínio apresentado pela no julgamento do EREsp 1.517.492/PR apresenta lógica semelhante: o fato de outro ente federativo ter renunciado à sua receita não justifica que a União reclame aquela parcela de tributação, da mesma forma que não se justificaria que outro estado o fizesse.

Portanto, deve-se considerar que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a partir do voto condutor proferido pela Ministra Regina Helena Costa, analisou a questão à luz do federalismo e da legitimidade da criação do incentivo à luz dos propósitos constitucionais. A fundamentação do entendimento acolhido foi clara: a impossibilidade de inclusão do incentivo fiscal na base de cálculo dos tributos federais tem como principal causa a usurpação da competência tributária de forma oblíqua.

Apesar de o posicionamento do EREsp 1.517.492/PR ter sido adotado pela Primeira Turma do STJ em seus julgamentos seguintes para os incentivos de ICMS, a Segunda Turma do tribunal superior apresentou divergência de entendimento, permitindo a exclusão dos incentivos de ICMS da base de cálculos dos tributos sobre a renda apenas na hipótese em que cumpridos o requisito previsto no artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014. Em razão disso, em março de 2023, foram afetados o REsp 1.945.110/RS e o REsp 1.987.158/SC para o julgamento pelo rito dos Recursos Repetitivos, dando origem ao Tema 1.182 do Superior Tribunal de Justiça.

Sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, a discussão dos recursos repetitivos apresentou uma comparação entre os posicionamentos adotados pelas duas turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. Apesar de não rechaçar as conclusões apresentadas no EREsp 1.517.492/PR, seu voto seguiu no sentido de diferenciar as espécies de incentivos fiscais



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

de ICMS, sob o preceito do “efeito de recuperação”. Dessa forma, em razão do princípio da não-cumulatividade, foi demonstrado que, em regra, os incentivos que acarretam a redução do ICMS (como redução de base de cálculo ou alíquota, e isenções) não se caracterizam pela renúncia fiscal dos estados, mas apenas pelo diferimento da tributação. Ou seja, considerando que, por não gerar crédito na etapa incentivada da cadeia produtiva, o ICMS será integralmente recolhido nas etapas posteriores.

Essa situação difere da concessão de crédito presumido, pois aqui não haverá efeito de recuperação do tributo em decorrência da não cumulatividade. Conforme consignado pelo voto condutor, há verdadeira renúncia da receita tributária pelo ente tributante, e não mero diferimento. A partir dessa situação, conclui-se no julgamento dos repetitivos que a tese do EREsp 1.517.492/PR não poderia ser aplicada aos incentivos fiscais de ICMS em geral, mas apenas à concessão de crédito presumido.

Por outro lado, o voto condutor também apontou que não poderia se falar em exclusão dos incentivos fiscais de redução do ICMS da base de cálculo dos tributos sobre a renda porque eles sequer a comporiam. Em vista à decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.968.755/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, consignou-se que, para estes incentivos, nunca houve a sua contabilização como receita (“*diferentemente dos créditos presumidos de ICMS*”), e, por consequência, se “*todas as vezes que uma isenção ou redução da base de cálculo de ICMS for concedida pelo Estado, automaticamente a União [fosse] obrigada a reduzir o IRPJ e a CSLL da empresa*” estaria configurada “*verdadeira isenção heterônoma vedada pela Constituição Federal de 1988*”.

Ao final, com a ressalva de entendimento pessoal da Ministra Regina Helena Costa, o voto proferido pelo Ministro Relator Benedito Gonçalves foi acolhido por unanimidade, sendo firmada a tese de que o entendimento trazido pelo EREsp 1.517.492/PR não se aplicaria a todos os incentivos de ICMS, mas apenas ao crédito presumido. Dessa forma, para os incentivos fiscais de redução, *i)* somente seria possível a exclusão da base de cálculo dos tributos sobre a renda, caso fossem respeitados os requisitos previstos no artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014, sendo *ii)* que não poderiam ser exigidos quaisquer outros requisitos pela União, o que *iii)* não afasta a possibilidade de fiscalização dos incentivos fiscais de ICMS, enquanto subvenções, a



nível federal⁵. Portanto, percebe-se que a tese firmada no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos, com exceção da concessão de créditos presumidos, foi em sentido contrário à aplicação do entendimento do EREsp 1.517.492/PR aos incentivos de ICMS, afastando a possibilidade de violação do pacto federativo pela tributação destes pela União em razão do efeito de recuperação.

5 QUESTÕES SOBRE A TESE DEFINIDA NO TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

A tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos teve por base, conforme os acórdãos que lhe fundamentaram, o “efeito da recuperação” dos tributos indiretos, sob o entendimento de que caberia a incidência do IR sobre o valor reduzido do ICMS em razão dos incentivos, à exceção daqueles concedidos a título de crédito presumido. Observa-se, assim, que os acórdãos paradigmáticos se utilizaram de efeitos econômicos ao longo da cadeia produtiva para justificar o tratamento diferenciado entre os créditos presumidos e os demais incentivos de ICMS (“de redução”). Entretanto, é necessário analisar se o diferimento do ICMS na cadeia seria suficiente para justificar o tratamento diferenciado entre contribuintes aos quais os estados buscam incentivar.

Como dispõe o voto do Ministro Relator Benedito Gonçalves, o efeito de recuperação, “*próprio de sistemas que adotam a não cumulatividade do tipo ‘imposto sobre imposto’*”, acarreta que “*benefícios ou incentivos fiscais que desonerem determinadas operações representam tão somente diferimentos de incidência*”. Portanto, se analisarmos que o ICMS será integralmente pago ao final do processo produtivo, deve-se questionar se haveria

⁵Tese definida para o Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos: “1. *Impossível excluir os benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, salvo quando atendidos os requisitos previstos em lei (art. 10, da Lei Complementar n. 160/2017 e art. 30, da Lei n. 12.973/2014), não se lhes aplicando o entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR que excluiu o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

2. *Para a exclusão dos benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL não deve ser exigida a demonstração de concessão como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos.*

3. *Considerando que a Lei Complementar 160/2017 incluiu os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/2014 sem, entretanto, revogar o disposto no seu § 2º, a dispensa de comprovação prévia, pela empresa, de que a subvenção fiscal foi concedida como medida de estímulo à implantação ou expansão do empreendimento econômico não obsta a Receita Federal de proceder ao lançamento do IRPJ e da CSLL se, em procedimento fiscalizatório, for verificado que os valores oriundos do benefício fiscal foram utilizados para finalidade estranha à garantia da viabilidade do empreendimento econômico”.*



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

justificativa para que os contribuintes da cadeia incentivada paguem uma carga de tributos sobre a renda maior do que aqueles da cadeia não incentivada.

Em outras palavras, se pensarmos que, ao final de sua produção, um bem foi objeto da incidência do ICMS à alíquota de 25%, independentemente da existência da concessão de incentivo fiscal estadual, há que se questionar o motivo pelo qual a cadeia incentivada pelos estados seria exatamente aquela submetida a uma maior tributação da renda pela União. Desta forma, como já fora destacado no EREsp 1.517.492/PR, a decisão de incentivar uma cadeia produtiva pelos estados deve ser analisada à luz do pacto federativo, a fim de que não seja perdido o efeito tributário pretendido pelos entes subnacionais, não podendo se limitar a análise ao efeito de recuperação posterior, caso contrário sequer se justificaria a concessão do incentivo fiscal de ICMS.

Mesmo sob a perspectiva da neutralidade tributária, ainda que o Imposto de Renda não seja um tributo que, em regra, influencia na cadeia produtiva diretamente, ao considerar-se que a proporção de redução do ICMS equivaleria a uma receita do contribuinte estadual beneficiado, não há como se negar que a incidência de tributo federal criaria um ônus superior sobre esse contribuinte em relação aos demais, em que pese fossem estes outros que não se pretendia incentivar. Portanto, de forma oblíqua, a União pode acabar por afastar os efeitos desejados pela norma indutora criada pelos estados e, por consequência, ainda se apropriar da renda que seria devida a estes últimos se não fosse estabelecido o incentivo tornado inócuo pela tributação da renda.

Um segundo ponto a ser analisado é que a fundamentação dos acórdãos prolatados no Tema 1.182 não esclareceu qual seria o entendimento adequado para as situações em que a incidência do incentivo se daria na parte final da cadeia, ou de substituição tributária (com incidência única sobre a cadeia), ou seja, quando não ocorre o efeito de recuperação pela tributação posterior do ICMS. Deve-se observar, assim, que nessas hipóteses seria possível defender a aplicação do entendimento consagrado no EREsp 1.517.492/PR, considerando que o efeito econômico e para os cofres públicos seria o mesmo revelado pela concessão de crédito presumido, pois há clara *distinção* entre os acórdãos que fundamentam a tese definida em recurso repetitivo e as hipóteses sugeridas.

Em sentido semelhante, também deve ser questionada a aplicação da tese definida no Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos para as situações de tributação interestadual. Uma vez que os incentivos de redução configurariam apenas o diferimento do tributo, de forma que só a



concessão do crédito presumido iria efetivamente “*repercutir nos cofres estaduais*”, deve-se dar uma atenção diferenciada às cadeias produtivas que se utilizam de insumos e mercadorias originados em diferentes unidades da federação. Nesse caso, se o incentivo de redução for concedido pelo estado A, mas o tributo for recolhido mais à frente no estado B, o efeito de recuperação também não será observado pelo ente competente para promoção do incentivo e, portanto, o efeito da norma indutora para os seus próprios cofres públicos será semelhante ao do crédito presumido, motivo pelo qual poderia se defender a aplicação do entendimento do EREsp 1.517.492/PR.

Para além dos questionamentos já realizados, é necessário observar a questão sob a óptica do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014, o qual permitiu excluir o incentivo de redução do ICMS do lucro tributável, desde que respeitados os seus requisitos, conforme disposição do artigo 9º da Lei Complementar 160/2017. Sobre o tema, inicialmente o acórdão que fundamenta a tese do Tema 1.182 esclarece que esse incentivo fiscal sequer comporia a base de cálculo dos tributos sobre a renda, de forma que o valor correspondente à subvenção seria considerado receita. Entretanto, como visto, as subvenções não se submetem ao conceito de receitas, mas sim ao de doações ou transferências patrimoniais públicas, configurando “adubo” e não “frutos” na analogia da árvore apresentada por Ricardo Mariz de Oliveira (2008). É por este motivo que os requisitos previstos no artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014 impedem a distribuição dos valores equivalentes à subvenção concedida pelos estados, devendo ser utilizados ou para a ampliação do capital social ou para a absorção do prejuízo.

A prova do atendimento da finalidade das subvenções para investimento seria a contabilização dessas entradas na conta de reserva de lucros, ou, caso não seja possível, na recomposição da conta para os períodos subsequentes. Entretanto, ao colocar a imposição da tributação da renda como consequência do descumprimento da contabilização adequada da subvenção, é possível concluir que a própria disposição legal também contraria a natureza jurídica do incentivo. Nesse sentido, seria a ausência de contabilização das subvenções na conta de reserva de lucros suficiente para alterar a natureza da transferência do estado para o particular, ou da renúncia tributária, transformando-as em receita do particular? Mesmo na hipótese de erro de contabilização do contribuinte do imposto de renda, sem a inclusão em reserva de lucros, ainda seria possível alterar a natureza jurídica do incentivo caso não houvesse a distribuição de dividendos sobre o referido valor?



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

A necessidade de contabilização adequada das subvenções para investimento, a fim de evitar a sua tributação pelo imposto de renda, é questão que já vem desde promulgação da Lei n.º 6.404/1976, cuja redação original do artigo 182, §2º impôs a inclusão dos valores em conta de reserva de capital, entretanto, à luz da discussão do pacto federativo, talvez uma análise mais aprofundada da questão, como feito no voto proferido pela Ministra Regina Helena Costa no EREsp 1.517.492/PR, seja necessária para determinar a constitucionalidade da disposição legal.

Por fim, também deve-se questionar se haveria, de fato, a criação de isenção heterônoma na hipótese de os incentivos de redução do ICMS serem excluídos da base de cálculo da tributação da renda, pois acarretaria um incentivo criado pelos estados para tributo federal. Nesse ponto, há que se observar que, sem a existência do incentivo estadual, a tributação da renda já se daria sobre o lucro apurado após a exclusão do custo do ICMS, de forma que, não sendo a subvenção uma receita, não haveria perda de arrecadação da União em realizar a cobrança do imposto de renda com a exclusão do ICMS incentivado da base de cálculo do IR e da CSLL. Ou seja, não parece que haveria isenção heterônoma, já que a parte das entradas não tributadas seria subvenção concedida pelos estados.

Por outro lado, se entendermos que só não se configura isenção heterônoma a situação em que se cumpre os requisitos do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014 e, por consequência, do artigo 9º da Lei Complementar n.º 160/2017, estar-se-ia reconhecendo que, ao contrário do que dispôs o legislador na Justificativa desta última norma, ela não teria caráter meramente interpretativo, mas seria a própria criação de um novo incentivo condicionado para a tributação da renda.

Em que pese o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça tenha enfrentado a questão da renúncia de receitas dos estados, afastando a possibilidade de se falar em imunidade recíproca nos incentivos de redução do ICMS pela aplicação do efeito de recuperação, as demais questões aqui apresentadas não foram exploradas pelos acórdãos que fundamentam a tese do Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos. Por isso, parece importante que se proceda uma nova análise da inclusão dos incentivos de ICMS da base de cálculo da tributação da renda à luz do pacto federativo, com a observação de outros aspectos importantes ao tema do federalismo e da autonomia dos estados. Ainda, considerando que a questão apresenta cunho precipuamente constitucional, parece-nos que cabe ao Supremo Tribunal Federal a sua reanálise, agora não sob o prisma da Lei Complementar n.º 160/2017 e da Lei n.º 12.973/2014,



mas de forma mais aprofundada a partir dos sistemas tributário e financeiro esculpidos na Constituição Federal.

À luz das exposições aqui realizadas, não se pretende justificar a distribuição como lucro do valor recebido a título de subvenção para investimento nos incentivos fiscais de ICMS. O que se propõe é que, diante da autonomia e competência dos estados, verifique-se que, nas hipóteses em que um incentivo for concedido a título de subvenção para investimento, o descumprimento do requisito para a sua obtenção leve à imposição do próprio ICMS, e não da tributação da renda. Dessa forma, ainda que a Lei Complementar tenha equiparado os incentivos de ICMS a subvenções para investimento, quando cumpridos os requisitos do artigo 30 da Lei n.º 12.973/2014, se a referida regra não for observada, caberá aos estados realizarem a fiscalização e a cobrança do respectivo tributo, pois não é possível que a lei (mesmo de caráter complementar) altere as competências constitucionalmente previstas, nem permita que a União usurpe a de outros entes da federação de forma oblíqua.

6 CONCLUSÕES

A análise realizada sobre os fundamentos que levaram à definição da tese do Tema 1.182 dos Recursos Repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça demonstrou que, a partir do efeito de recuperação, afastou-se a violação do pacto federativo para os incentivos de redução do ICMS, uma vez que, em etapa posterior da cadeia produtiva, seriam recebidas as receitas tributárias, havendo apenas o seu diferimento. A partir dessas considerações, quando, de fato, há recuperação do tributo aos cofres do estado, não haveria como se alegar a imunidade recíproca para afastar a tributação da renda.

Entretanto, há hipóteses em que mesmo os incentivos de redução do ICMS não são recuperados ao longo da cadeia produtiva (a exemplo das situações de substituição tributária, ou quando o benefício recai na etapa final da cadeia), assim como outras questões atinentes ao federalismo fiscal e ao pacto federativo que devem ser levados em consideração para análise da constitucionalidade da incidência da tributação da renda sobre os incentivos de ICMS. Como referidas questões não foram objeto dos acórdãos prolatados no Tema 1.182, é necessário que elas sejam levantadas perante as Cortes Superiores, em especial ao Supremo Tribunal Federal, diante do caráter precipuamente constitucional do tema do federalismo.



INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: TRIBUTAÇÃO DA RENDA SOBRE SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTOS E O TEMA 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS

Ao final, conclui-se que é importante que se realize alguma forma de fiscalização dos instrumentos de incentivo, pois a Constituição não legitima qualquer benefício, sob pena de se mostrarem odiosos, representando uma forma de transferência do patrimônio público ao privado de forma injustificada. Mas, de qualquer forma, a penalização pelo desvio de finalidade do incentivo deveria privilegiar o retorno dos valores ao estado que renunciou sua receita tributária, e não à União, porque, mais uma vez, a competência tributária constitucionalmente estabelecida seria desviada de forma oblíqua.

REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Subvenção Financeira, Isenção e Dedução Tributária. **Revista de Direito Público**. Ano VIII, n.º 41-42. São Paulo, Jan.-Jun. de 1977. pp. 43 - 54.

BRASIL. Receita Federal. **Parecer Normativo CST n.º 112, de 1978**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=93102>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 130, de 2014 (Complementar)**. Convalida os atos normativos de concessão de benefícios fiscais e concede remissão e anistia de créditos tributários referentes ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116962>>. Acesso em 19 de abril de 2023.

BRASIL. STJ, EREsp 1.517.492/PR. Ministro Relator Og Fernandes, Brasília, julgado em 08/11/2017. Publicado em 01/02/2018.

BRASIL. STJ, REsp 1.945.110/RS. Ministro Relator Benedito Gonçalves, Brasília, julgado em 20/03/2023. Publicado em 26/04/2023.

BRASIL. STJ, REsp 1.987.158/SC. Ministro Relator Benedito Gonçalves, Brasília, julgado em 20/03/2023. Publicado em 26/04/2023

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2017.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 16, 2014, p. 39-64.



ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. *In: Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo, MP Ed., 2007.

FAJERSZTAJN, Bruno, SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. As subvenções para investimento no novo Regulamento do Imposto de Renda. *In: DORNIÁK JR., Jimir. Novo RIR – Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 517 – 542.

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática: atualizada até 10-01-2008**. São Paulo: IR Publicações, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Regime Constitucional da Extrafiscalidade. *In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARRARA, Thiago. O Direito Brasileiro em evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Almedina, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

SCAFF, Fernando Facury. Guerra Fiscal e Súmula Vinculante: entre o Formalismo e o Realismo. ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, v. 18. São Paulo: Dialética, 2014. p. 90-115.

SCAFF, Fernando Facury. Tributação das subvenções, pacto federativo e guerra fiscal vertical. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/contas-vista-tributacao-subvencoes-pacto-federativo-guerra-fiscal-vertical>>. Acesso em: 25 de abril 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo, BARBOSA, Mateus Calicchio. Subvenções para Investimento e Parceria Público-privada. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 27, pp. 480-493, 2012.

SEN, A. **Development as freedom**. Nova York: Anchor Books, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.