

Conceito de Investimento para Fins do Art. 443 do RIR

The Concept of Investment for the Purposes of Art. 443 of the Income Tax Code

Bruno Meyerhof Salama

Professor da FGV Direito SP. Professor da UC Berkeley Law School. Doutor em Direito (J.S.D.) pela UC Berkeley. Mestre em Economia pela EESP-FGV. Bacharel em Direito pela FDUSP. E-mail: bruno.salama@fgv.br.

Resumo

Para fins do art. 443 do RIR, investimento é um conceito amplo e ligado à geração de renda futura, que não se limita à aquisição de ativo imobilizado, e que não requer vinculação específica na legislação estadual ou distrital instituidora do benefício.

Palavras-chave: ICMS, subvenção de investimento, lucro real, exclusão.

Abstract

For the purposes of art. 443 of the Income Tax Code, investment is a broad concept linked to the generation of future cashflows, that is not limited to the acquisition of fixed assets, and that does not require a specific designation in the state or federal district legislation that established the tax benefit.

Keywords: State excise tax (ICMS), subvention for investment, real profit, exclusion.

Este trabalho resume parecer jurídico-econômico apresentado em julgamento perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 2016 acerca do conceito de investimento para fins do art. 443 do RIR.

I. Introdução

Uma empresa do ramo de distribuição de medicamentos celebrara acordo para submissão ao Regime Especial de Apuração do ICMS no Distrito Federal (REA/DF), instituído pela Lei n. 4.160/2008, com a Secretaria da Fazenda do Estado do Distrito Federal. Posteriormente esse regime foi revogado pela Lei n. 4.731/2011, que também criou um novo programa de incentivo denominado “Proatacadista”.

Com base no art. 18 da Lei n. 11.941/2009¹, a Empresa qualificou os benefícios decorrentes do REA/DF e do Proatacadista como uma “subvenção para inves-

¹ Em agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar n. 160 (LC n. 160) que, alterando o art. 30 da Lei n. 12.973/2014, determinou que quaisquer benefícios relativos ao ICMS devem ser considerados como subvenções para investimento. Tal Lei n. 12.973/2014 substituiu o regime provisório da Lei n. 11.941/2009, disciplinando os efeitos tributários dos novos padrões contábeis brasileiros.

timento”. Por conta disso, a Empresa excluiu os valores correspondentes aos benefícios do ICMS da apuração de seu lucro real, deixando, por conseguinte, de recolher IRPJ e CSLL sobre essa diferença.

A Delegacia da Receita Federal em Brasília (DRF/DF) lavrou auto de infração contra a Empresa por conta de “exclusões indevidas na apuração do lucro real e da base de cálculo de CSLL”. Alegou a autoridade fiscalizadora que a Empresa teria excluído indevidamente da apuração do seu lucro real certos montantes relativos ao terceiro trimestre de 2009 e ao quarto trimestre de 2009. Para a DRF/DF, a caracterização de uma “subvenção para investimentos” requereria da Empresa o específico investimento na implantação ou expansão de empreendimento econômico, o que não se teria verificado. Assim, a Delegacia formalizou exigência referente aos tributos IRPJ e CSLL, e juros e multa de 75% sobre os totais inquinados.

Em janeiro de 2015, a Empresa apresentou impugnação ao auto de infração, defendendo a legalidade dos procedimentos realizados. Citando precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), pugnou pela desnecessidade de aplicação direta e exclusiva dos valores subvencionados em projetos determinados; apontou que o CARF teria um entendimento mais amplo sobre quando e como os investimentos poderiam ser considerados subvenções para investimento, aceitando maior flexibilidade na aplicação; demonstrou que o REA/DF teria estabelecido contrapartidas específicas, como o recolhimento de contribuições ao FUNDAF e ao FUNGER/DF, e critérios objetivos de faturamento mensal e número de empregados, sendo que todos esses teriam sido cumpridos, bem como que o seu programa sucessor, denominado Proatacadista, também merece ser caracterizado como subvenção de investimento; e, finalmente, defendeu que a sua expansão comercial no período durante o qual gozou dos referidos benefícios fiscais concedidos pelo Distrito Federal refletia uma contribuição direta e indireta para o desenvolvimento de região industrial da região.

A Empresa alegou que no período em que gozara desses benefícios teria investido em qualificação de profissionais, tecnologia de informação, métodos e sistemas, técnicas de gestão operacional, logística, armazenamento, comunicação, segurança, marketing, entre outros. Com base nisso, entendeu que os incentivos teriam sido devidamente aplicados no desenvolvimento da atividade da empresa, com o objetivo de incrementar seus negócios, fortalecer sua posição de mercado, aprimorar sua competitividade e sofisticar suas operações. Teriam sido, assim, cumpridos os requisitos para caracterização da “subvenção de investimento” de que trata a legislação tributária.

O caso foi submetido à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (DRJ/SPO), que corroborou o entendimento da DRF/DF e manteve a exigibilidade do crédito tributário. A decisão da DRJ/SPO rejeitou os argu-

O art. 30 daquela lei complementou o disposto do art. 443 do RIR/1999 sem, contudo, alterar suas principais características. Isso quer dizer que, mesmo após o advento da Lei n. 12.973/2014, as subvenções ainda precisam ser consideradas como investimento para não serem tributadas. Foi este cenário que a LC n. 160 pretendeu modificar, tentando pôr fim à discussão aqui apontada, inclusive quanto aos casos pendentes de julgamento no CARF. Sua redação é clara e seu objetivo mais claro ainda.

mentos da Empresa, afirmando, quanto às subvenções para investimento, que “é necessário que a lei traga os elementos caracterizadores deste instituto e que o subvencionado cumpra, concretamente, o objetivo da lei, qual seja, investir os recursos transferidos na implantação ou expansão do empreendimento econômico”.

Analisei os autos e estudei a questão.

As “subvenções para investimento” estão disciplinadas pelo art. 443 do Decreto n. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda, ou RIR)². Tendo o texto legal como ponto de partida, pode-se dizer que a exclusão do lucro real de valores resultantes de isenção ou redução de ICMS é assegurada desde que preenchidos os seguintes requisitos:

- 1) deve haver investimento;
- 2) dos valores decorrentes de estímulo governamental;
- 3) para implantação ou expansão;
- 4) de um empreendimento econômico;
- 5) em conformidade com os requisitos contábeis apropriados (previstos nos incisos I ou II art. 443 do RIR).

Deixemos o primeiro requisito – a realização do investimento pelo agente privado – de lado por um instante. Tudo indicava, nos autos, que os quatro últimos requisitos (numerados de 2 a 5 acima) haviam sido observados pela Empresa.

– A redução de ICMS foi de fato concedida como um *estímulo governamental*. Trata-se de manifestação da função indutora do Direito Tributário. O benefício fiscal concedido pelo Governo do Distrito Federal sob a égide da Lei n. 4.160/2008 e do Decreto n. 29.179/2008 facultou à Empresa recolher ICMS à alíquota de 3,3% sobre a saída de mercadorias, bem como o valor correspondente a 0,10% sobre seu faturamento. O objetivo desse benefício fiscal foi promover a atividade econômica no Distrito Federal.

– Nos autos, está claro que os recursos foram usados para *expansão* de atividades da Empresa. O RIR exige “implantação” ou “expansão”. O termo “implantação” diz respeito à criação de novo empreendimento, o que não é o caso, pois a Empresa já operava no Distrito Federal antes da realização do REA/DF. Não é, portanto, de “implantação” que se trata aqui. O que temos é a “expansão”, termo que indica aumento ou incremento de um negócio já existente. Os dados apresentados nos autos (e não questionados pela DRJ/SPO) demonstram um crescimento acumulado na receita de vendas da Empresa de aproximadamente 961% no período em questão, uma média de 86% ao ano. No ano objeto do auto de infração a receita da Empresa registrou crescimento de 45% em relação ao ano anterior. A expansão é, portanto, evidente.

² RIR, art. 443: “Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 38, § 2º, e Decreto-lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VIII): I – registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou II – feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.”

– Da mesma forma, é inequívoco referir-se a expansão a um *empreendimento econômico*. De forma singela, pode-se definir empreendimento econômico como atividade com *escopo de lucro*. É aquilo que o Direito Comercial denomina “atividade empresarial”³. Em oposição aos empreendimentos econômicos, há os empreendimentos não econômicos, assim compreendidos como aqueles que desenvolvem atividades cujo objetivo principal não é o lucro, tais como atividades religiosas, culturais, beneficentes etc. Mas a atividade principal de distribuição de medicamentos empreendida pela Empresa não deixa dúvidas sobre sua natureza econômica.

– Por fim, a *contabilização* não é objeto de questionamento no presente caso. Conforme demonstrado pela Empresa em sua impugnação, os valores foram devidamente computados como reserva de capital e cumpriram todos os requisitos formais exigidos pela legislação aplicável. Em questão nos autos está a regularidade tributária, não a regularidade contábil.

Quatro dos cinco requisitos que se podem extrair do art. 443 do RIR estão, portanto, verificados. Mas, como dissemos, falta averiguar ainda um último requisito, que é a *efetiva realização do investimento*. É justamente de determinar o que se entende por “investimento” sob o art. 443 do RIR que trato nesse parecer.

Argumentarei que (I) investimento é um conceito amplo, ligado à geração de renda futura, (II) que não se limita à aquisição de ativo imobilizado, e (III) que não requer vinculação específica na legislação estadual ou distrital instituidora do benefício. Tratarei de cada um desses aspectos nas seções II, III e IV adiante.

II. Investimento é um conceito amplo, ligado à geração futura de renda

A noção de *investimento* não se origina no debate jurídico, mas no debate econômico. Por isso, é pela literatura econômica que devemos começar a discutir o conceito de *investimento*.

Recorrendo a conhecidos dicionários de termos econômicos, encontramos algumas definições breves, que revelam com bastante nitidez a largueza do conceito: investimento é a “aplicação de dinheiro, de forma que aumente em valor e produza uma renda (seja por um ativo, como um prédio, ou pela aquisição de ações, aplicação em depósito financeiro, etc.)”⁴; alternativamente, investimento é o “uso de dinheiro com o objetivo de fazer mais dinheiro, ou ter renda ou aumentar capital, ou ambos”⁵; ou, ainda, investimento é definido como a “alocação de

³ Trata-se, nas palavras de Ascarelli, do “compimento di una serie di atti; l'esercizio dell'attività è perciò – nei riguardi delle persone fisiche – un fatto; nei riguardi delle persone giuridiche o delle collettività organizzate, è inanzi tutto uno scopo (e sarà invece fatto quando, pur essendo imputabile alla persona giuridica o alla collettività, non rientri nel suo scopo)” (*Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 29-30).

⁴ “Investment: (a) placing of money so that it will increase in value and produce an income (either in an asset, such as building, or by purchasing shares, placing money on deposit, etc.) [...]” (COLLIN, P. H. *Dictionary of banking and finance*. Teddington: Peter Colling Publishing, 1996, p. 127 – tradução livre)

⁵ “Investment: the use of money for the purpose of making more money, or gain income or increase capital, or both.” (ROSENBERG, Jerry M. *Dictionary of investing*. New York: John Wile & Sons, 1992, p. 168 – tradução livre)

capital por um investidor em ativos reais ou financeiros com a expectativa de um justo retorno”⁶.

Essa amplitude pode ser confirmada por uma referência pormenorizada: “investimento é a formação de capital – aquisição ou criação de recursos a serem utilizados na produção. Em economias capitalistas, muita atenção é dada em investimentos de negócios em capitais físicos – imóveis, equipamentos e inventário. Mas investimento também é realizado por governos, instituições sem fins lucrativos e em economia familiar, e inclui também a aquisição de capital humano e intangível, assim como físico. Em princípio, investimento também deveria incluir a melhoria do solo e o desenvolvimento de recursos naturais, e a medida de produção deveria incluir resultados não mercadológicos, assim como bens e serviços comercializados.”⁷

Já aqui não há mais dúvida sobre a amplitude da noção econômica de investimento, eis que esta inclui a aplicação de recursos voltada à criação de capital humano e intangível e, ainda, a mera alocação de recursos para a produção.

Diante dessa largueza conceitual, a literatura econômica procurou apartar diferentes espécies de investimento. Para Gabler, o investimento poderia ser especificado conforme seu objeto, seu objetivo, suas funções e sua interdependência⁸.

- a) Classificação conforme o tipo de objeto do investimento: real, financeiro ou imaterial;
- b) Classificação pelo objetivo do investimento: fundação, substituição, ampliação ou racionalização;
- c) Classificação pelas funções: de pesquisa, industrial ou de substituição; e
- d) Classificação pelas interdependências: substitutiva ou complementar.

Generalizando, pode-se dizer, então, que do ponto de vista econômico investir significa aplicar recursos com a finalidade de geração futura de renda. Essa finalidade pode ser explícita (quando se espera desde logo a geração da renda com o incremento da produção) ou implícita (quando se investe na formação de capital, inclusive capital humano, eis que do capital deflui potencial de geração futura de renda).

Evidentemente, a renda futura pode, ou não, ser de fato alcançada. O sucesso ou insucesso do investimento depende de muitos fatores, e até mesmo da sorte. Mas a ação de quem investe é voltada a aumentar a probabilidade e o potencial de que receitas futuras sejam geradas.

⁶ “Investment: an allocation of *capital* by an *investor* in real or financial *assets* in expectation of a fair return.” (BANKS, Erik. *The Palgrave Macmillan dictionary of finance, investment and banking*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010, p. 282 – tradução livre)

⁷ “Investment is capital formation – the acquisition or creation of resources to be used in production. In capitalist economics much attention is focused on business investment in physical capital – buildings, equipment, and inventories. But investment is also undertaken by governments, nonprofit institutions, and household, and it includes the acquisition of human and intangible capital as well as physical capital. In principle, investment should also include the improvement of land and the development of natural resources, and the relevant measure of production should include nonmarket output as well as goods and services produced for sale.” (NEWMAN, Peter et al (ed.). *The new Palgrave dictionary of money and finance*. London: Macmillan Press Limited, 1992. v. 2 (F-M), p. 508 – tradução livre)

⁸ GABLER. *Gabler Wirtschafts Lexikon*. 13. ed. Wiesbaden: Gabler, 1992, p. 1.714.

De se notar, ademais, que a noção econômica de *investimento* se opõe exatamente à noção econômica de *consumo*. Na economia, pressupõe-se que os recursos que não são utilizados para fazer face a necessidades presentes serão investidos a fim de permitirem a geração de renda (e finalmente, em algum momento, consumo) no futuro. Ou se consome hoje, ou se difere o consumo (mediante a constituição de poupança e investimento) na expectativa de se consumir mais no futuro.

Aqui está o primeiro paralelo entre a noção econômica e a noção jurídica de investimento. Na economia, distinguem-se o investimento e o consumo; já no direito – e em particular no RIR –, distinguem-se a *subvenção para investimento* e a *subvenção para custeio*. Observe o paralelo: os recursos economicamente consumidos – isto é, os recursos empregados para fazer face a necessidades presentes da empresa, como o pagamento de salários – são disciplinados no RIR sob a rubrica do *custeio*⁹. Mas os recursos empregados para geração de receita futura podem ser, em princípio pelo menos, confortavelmente tratados como *investimento*.

A bem da verdade, é preciso apontar que a distinção entre *subvenção para investimento* e *para custeio* pode fazer mais sentido na teoria que na prática. Como já apontado pela literatura econômica, no mundo real dos negócios, a realização de investimentos só é possível com elevado capital de giro¹⁰. Isso porque “as empresas que estão expandindo suas vendas e produção [...] precisarão investir em estoques necessários para lhes permitir atender a demanda crescente de modo eficiente e permitir aos novos clientes pagarem a prazo como de praxe na indústria, até que o dinheiro do aumento de vendas comece a entrar e as faturas sejam pagas”. Daí a expressão popular: *dinheiro não tem carimbo*.

Da discussão acima não segue, nem poderia seguir, que a definição de um conceito para fins da interpretação do RIR possa partir apenas da discussão econômica. O direito, como se sabe, realiza uma mediação de conceitos, e a qualificação jurídica de um bem nem sempre é consistente com o senso comum. Basta lembrar a atribuição de caráter mobiliário à energia elétrica e a certos direitos reais e pessoais (Código Civil, art. 83). Por isso, a qualificação econômica de certos gastos como investimentos é indicativa, mas não definitiva para a qualificação jurídica.

De fato, o emprego do termo *investimento* é comum na legislação. No próprio Direito Tributário o conceito de *investimento* surge de diversas formas. Só o RIR possui 210 incidências, que variam desde a tributação de fundos de investimento (art. 735) e o conceito de investimento acionário em sociedades coligadas e con-

⁹ RIR, art. 392: “Serão computadas na determinação do lucro operacional: I – as subvenções correntes para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais; II – as recuperações ou devoluções de custos, deduções ou provisões, quando dedutíveis; III – as importâncias levantadas das contas vinculadas a que se refere a legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

¹⁰ “Companies which are expanding their sales and production quickly will find the most pressing need for such finance as they will usually need both to invest in the additional stock required to enable them to service growing demand efficiently and to allow new customers the extent of trade credit accepted in the industry before cash from the increased sales flows in as invoices are paid.” (TERRY, Brian J. *The international handbook of corporate finance*. 3. ed. Chicago: Fitzroy Dearborn Publishers, 1997, p. 35 – tradução livre)

troladas (art. 384¹¹, utilizando-se conceito semelhante ao do art. 179¹² da Lei n. 6.404/1976), até conceituação detalhada sobre as possíveis formas de investimento na atividade rural (art. 62, § 2^o¹³).

Os mais detalhados estudos sobre o conceito *investimento*, entretanto, estão no campo do Direito Internacional Econômico. Em particular, o conceito de *investimento estrangeiro* foi esmiuçado em arbitragens internacionais realizadas sob a égide da Convenção de Washington de 1966. O art. 25 (1)¹⁴ da referida Convenção, ao definir a competência do centro de arbitragem, circunscreve-a a litígios decorrentes de investimento entre um Estado contratante e um nacional de outro Estado, sem maiores detalhes.

¹¹ “Art. 384. Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica (Lei nº 6.404, de 1976, art. 248, e Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI): I – em sociedades controladas; e II – em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 1º). § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 2º). § 3º Considera-se relevante o investimento (Lei nº 6.404, de 1976, art. 247, parágrafo único): I – em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a dez por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora; II – no conjunto das sociedades coligadas e controladas, se o valor contábil é igual ou superior a quinze por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora.”

¹² “Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo: [...] III – em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa.”

¹³ “Art. 62. Os investimentos serão considerados despesas no mês do pagamento (Lei nº 8.023, de 1990, art. 4º, §§ 1º e 2º). § 1º As despesas de custeio e os investimentos são aqueles necessários à percepção dos rendimentos e à manutenção da fonte produtora, relacionados com a natureza da atividade exercida. § 2º Considera-se investimento na atividade rural a aplicação de recursos financeiros, durante o ano-calendário, exceto a parcela que corresponder ao valor da terra nua, com vistas ao desenvolvimento da atividade para expansão da produção ou melhoria da produtividade e seja realizada com (Lei nº 8.023, de 1990, art. 6º): I – benfeitorias resultantes de construção, instalações, melhoramentos e reparos; II – culturas permanentes, essências florestais e pastagens artificiais; III – aquisição de utensílios e bens, tratores, implementos e equipamentos, máquinas, motores, veículos de carga ou utilitários de emprego exclusivo na exploração da atividade rural; IV – animais de trabalho, de produção e de engorda; V – serviços técnicos especializados, devidamente contratados, visando elevar a eficiência do uso dos recursos da propriedade ou exploração rural; VI – insumos que contribuam destacadamente para a elevação da produtividade, tais como reprodutores e matrizes, girinos e alevinos, sementes e mudas selecionadas, corretivos do solo, fertilizantes, vacinas e defensivos vegetais e animais; VII – atividades que visem especificamente a elevação socioeconômica do trabalhador rural, tais como casas de trabalhadores, prédios e galpões para atividades recreativas, educacionais e de saúde; VIII – estradas que facilitem o acesso ou a circulação na propriedade; IX – instalação de aparelhagem de comunicação e de energia elétrica; X – bolsas para formação de técnicos em atividades rurais, inclusive gerentes de estabelecimentos e contabilistas.”

¹⁴ “Artigo 25 (1) A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.” (Tradução para o português disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dec15-1984.pdf>>)

Coube, então, aos tribunais arbitrais a elaboração da definição de investimentos internacionais a fim de delimitar sua competência. No caso *Salini*¹⁵, o tribunal arbitral entendeu que a caracterização de investimento dependeria de quatro critérios cumulativos: (i) contribuições (em dinheiro, espécie ou trabalho), (ii) determinada duração da performance, (iii) participação nos riscos do negócio, e (iv) contribuição para o desenvolvimento econômico do estado anfitrião¹⁶.

Em caso posterior, *Phoenix Action, Ltd. vs. The Czech Republic*¹⁷, o tribunal adicionou mais dois critérios aos quatro previamente definidos no caso *Salini*: (v) investimento dos ativos feito de boa-fé, e (vi) em conformidade com as leis do país anfitrião¹⁸. Por fim, no caso *Mr. Saba Fakes vs. Republic of Turkey* o tribunal arbitral entendeu aplicáveis somente três dos critérios objetivos mencionados: a contribuição, uma determinada duração, e um elemento de risco. De acordo com a referida decisão, “essa definição de ‘investimento’ incorpora critérios específicos correspondentes ao significado ordinário do termo ‘investimento’ [...]”¹⁹.

Também no direito comparado é possível encontrar usos do termo *investimento*. O tema é vasto, mas é possível recorrer a um exemplo ilustrativo da amplitude de mecanismos e instrumentos que podem ser qualificados como investimento. As *Grant for Business Investment Guidelines* do Reino Unido são consideradas elegíveis aos benefícios concedidos para os “investimentos em ativos tangíveis ou intangíveis, relacionados à constituição de um novo estabelecimento, a ampliação de um estabelecimento existente, a diversificação da produção de um estabelecimento em novos produtos adicionais, ou a alteração em todo o processo de produção de um estabelecimento existente”²⁰.

Em sentido semelhante, a União Europeia define os investimentos para fins de auxílios estatais – inclusive subvenções – da seguinte forma: “Investimento inicial: a) um investimento em ativos corpóreos e incorpóreos relacionados com: (i) a criação de um novo estabelecimento, (ii) o aumento da capacidade de um estabelecimento já existente, (iii) a diversificação da produção de um estabeleci-

¹⁵ *Salini Constuttori SPA and Italstrade SPA vs. Kingdom of Morocco* (Caso ICSID n. ARB/00/4, de 23.07.2001).

¹⁶ WEILER, Todd. *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 54.

¹⁷ Caso ICSID n. ARB/06/5, de 15.04.2009.

¹⁸ Cf. decisão arbitral no caso *Mr. Saba Fakes vs. Republic of Turkey* (Caso ICSID n. ARB/07/20, de 14.07.2010).

¹⁹ *Mr. Saba Fakes vs. Republic of Turkey* (Caso ICSID n. ARB/07/20, de 14.07.2010).

²⁰ “In order to be considered an eligible cost for the purposes of GBI, investments shall consist of the following: a) an investment in tangible and/or intangible assets relating to the setting-up of a new establishment, the extension of an existing establishment, diversification of the output of an establishment into new additional products or a fundamental change in the overall production process of an existing establishment, or b) the acquisition of the capital assets directly linked to an establishment, where the establishment has closed or would have closed had it not been purchased, and the assets are bought by an independent investor. In the case of business succession of a small business in favour of family of the original owner(s) or in favour of former employees, or in the case of a management buyout under market conditions of a business of any size, the condition that the assets be bought by an independent investor shall be waived.” (Reino Unido. *Grant for business investment guidelines*. 2014, p. 5. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/48876/08-1302-grant-for-business-investment-guidance.pdf>)

mento no que se refere a produtos não fabricados anteriormente nesse estabelecimento, ou (iv) uma alteração fundamental do processo global de produção de um estabelecimento existente, ou b) a aquisição de ativos diretamente ligados a um estabelecimento, desde que o estabelecimento tenha sido ou viesse a ser encerrado na ausência desta aquisição e desde que seja adquirido por um investidor não relacionado com o adquirente. A mera aquisição das ações de uma empresa não é considerada um investimento inicial.”

A discussão dos usos do termo *investimento* no direito não pode nem de perto ser esgotada aqui, mas o que foi dito já é suficiente para concluirmos sobre o uso desse termo para os presentes fins. Os mecanismos de investimento são muito variados e cada campo do direito os trata de forma específica. Contudo, o elemento essencial da conceituação econômica – gasto voltado à geração de renda futura – está sempre presente.

Isso quer dizer, então, que os gastos da Empresa voltados para a ampliação do potencial de geração futura de renda devem em princípio ser tratados como investimentos para fins do art. 443 do RIR. Nos autos, como já mencionamos na Introdução, alega a Empresa ter realizado investimentos em diversas atividades como qualificação de profissionais, tecnologia de informação, métodos e sistemas, técnicas de gestão operacional, logística, armazenamento, comunicação, segurança e marketing, entre outros. Na medida em que esses gastos estruturaram o crescimento da empresa e incrementaram seu potencial econômico, podem, portanto, ser considerados investimentos.

III. Um investimento não se limita à aquisição de ativo imobilizado

Vimos que um *investimento* é um conceito amplo ligado à geração futura de renda. Cabe, agora, perguntar se há necessidade de que tal investimento se dê mediante a aquisição de ativo imobilizado. A resposta é negativa.

A questão se põe porque há precedentes do CARF condicionando a classificação como “subvenção de investimento” à aplicação dos recursos em ativo imobilizado²¹. Como se sabe, *ativo imobilizado* é um conceito contábil. No ativo imobilizado estão os bens e direitos de natureza permanente que servem para a manutenção das atividades usuais da empresa. Trata-se, como se vê, de ativos que não serão vendidos e que servem ao desenvolvimento das atividades ordinárias da empresa. Daí dizer-se, como é comum, que no ativo imobilizado está registrada a estrutura da empresa.

Não há dúvida de que um investimento (no sentido econômico do termo) pode ser posto em prática através da aquisição de um bem que se contabiliza como ativo imobilizado. Há exemplos óbvios: a compra de máquinas, de um terreno, a construção de um galpão etc. Contudo, nem todo investimento é realizado através da aquisição de um ativo imobilizado.

²¹ Cf. Divergência COSIT n. 15/2003: “Tais vantagens configuram meras reduções de custos ou despesas. Ainda que subvenções fossem, não seriam na modalidade para investimento, já que os recursos não desembolsados podem reforçar o capital de giro, como convier à beneficiária, sem a necessária aplicação em ativo imobilizado.”

O ponto pode ser demonstrado de pelo menos duas formas. Primeiro, estritamente no campo da contabilidade, sabe-se que os *investimentos* se distinguem dos *ativos imobilizados*. Esses são dois conceitos contábeis que usualmente integram o chamado *ativo não circulante*, mas que não se confundem.

Na contabilidade, os investimentos compreendem as participações societárias e aplicações financeiras de caráter permanente constituídas para gerar renda futura para a empresa. A definição vem do art. 179, III, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6404/1976), de acordo com a qual os investimentos são “as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa”.

Já no ativo imobilizado, na dicção do inciso subsequente do mesmo art. 179 da Lei das Sociedades Anônimas, registram-se os “os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens”.

A menção ao art. 179 da Lei das Sociedades Anônimas é importante também porque a partir dela podemos notar que a definição de ativo imobilizado mudou em 2007. Repare: em 2003 foi publicada a Solução de Divergência COSIT n. 15, condicionando a caracterização da “subvenção para investimento” à aplicação em ativo imobilizado.

Ora, em 2003 a definição legal de ativo imobilizado era diferente daquela que vige atualmente. À época, o ativo imobilizado compreendia “os direitos que tenham por objeto *bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade*, inclusive os de propriedade industrial ou comercial”. Mas como vimos, o trecho grifado foi eliminado em 2007, e substituído pela nova expressão, que agora reescrevo: “no ativo imobilizado [são contabilizados] os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens”²².

Como se vê, a partir de 2007 o legislador reduziu o escopo dos ativos imobilizados, para excluir os bens incorpóreos. Porém – este é um ponto a ser enfatizado – à época da edição da Solução de Divergência COSIT n. 15 os ativos imobilizados compreendiam também ativos incorpóreos tais como os de propriedade industrial ou comercial. Por exemplo, marcas, patentes e *softwares*.

De qualquer forma, o que se quer mostrar é que na contabilidade os conceitos de *investimento* e de *ativo imobilizado* são claramente distintos. Ou seja, em que pese a existência de mudanças na conceituação de ativo imobilizado, fato é que na contabilidade não há identidade entre *investimento* e *ativo imobilizado*. Esse é o primeiro motivo pelo qual não faz sentido limitar a subvenção para investimento do art. 443 do RIR a investimentos em ativos imobilizados. Contudo, não é o único motivo.

²² Redação dada pela Lei n. 11.638/2007.

O outro motivo a justificar a possibilidade de realização de investimentos por meios outros que não a aquisição de ativo imobilizado decorre da prática empresarial de gestão financeira.

Durante muito tempo, a expansão de negócios no país envolveu em enorme medida a compra do mais típico de todos os ativos imobilizados, os imóveis. Em parte, isso se dava por causa da instabilidade econômica, porque os imóveis são também uma forma de proteção patrimonial. Mas com as privatizações, a abertura comercial, a progressiva inserção do Brasil nas cadeias produtivas internacionais, a onda de fusões e aquisições e o acirramento da competição, novas e mais flexíveis estratégias de gestão financeira foram sendo criadas para viabilização de investimentos.

Um desses movimentos foi a onda desmobilização de ativos como técnica de gestão financeira. A forma mais conhecida de desmobilização de ativos é o *sale & lease back*. Trata-se da alienação de um imóvel seguida de sua locação para o alienante, em alguns casos cumulada com a prestação de serviços de manutenção²³. A ideia é viabilizar investimentos liberando recursos que de outro modo ficariam imobilizados pela titularidade de posições jurídicas de caráter real. Estima-se que, atualmente, mais de 30% dos bens de capital sejam financiados por meio de arranjos contratuais dessa espécie²⁴.

Como se vê, igualar investimentos à aquisição de ativos imobilizados não condiz com as modernas práticas de administração. Por isso, tomar o conceito de “subvenção para investimento” de modo rígido, abrangendo somente ativos imobilizados, levaria à ilegítima negação do benefício da dedução fiscal a empresas que legitimamente realizam investimentos produtivos com os valores correspondentes às isenções ou reduções de impostos concedidas por estados.

E há mais: a concessão do benefício da dedutibilidade apenas para investimentos em ativos imobilizados por gerar um incentivo perverso. A tributação, como se sabe, tem um componente indutor na atividade econômica. Por isso, não é irrazoável imaginar que empresas adquiram ativos imobilizados apenas para gozarem do benefício fiscal da dedutibilidade. Nesse caso, a tributação estará induzindo as empresas a atuarem de forma menos, e não mais eficiente, como deveria ocorrer. Por exemplo, as empresas poderão preferir imobilizar do que desmobilizar, mesmo quando esta segunda alternativa seja a mais eficiente e racional. Estará, portanto, tutelada a distorção tributária, que deveria ser evitada. Este é um motivo adicional pelo qual a noção de investimento para os fins do art. 443 do RIR não pode se limitar à aquisição de ativos imobilizados.

²³ BREALEY, Richard A. et al. *Princípios de finanças corporativas*. 8. ed. Trad. Maria do Carmo Figueira e Nuno de Carvalho. São Paulo: McGraw-Hill, 2008, p. 617.

²⁴ “Firms generally own fixed assets and report them on their balance sheets, but it is the use of assets that is important, not their ownership per se. One way to obtain the use of facilities and equipment is to buy them, but an alternative is to lease them. Prior to the 1950s, leasing was generally associated with real estate – land and buildings. Today, however, it is possible to lease virtually any kind of fixed assets, and currently over 30% of all new capital equipment is financed through lease arrangements.” (BIRGHAM, Eugene F.; e EHRHARDT, Michael C. *Financial management: theory and practice*. 14. ed. Mason: South-Western, 2014, p. 772 – tradução livre)

IV. Não há necessidade de vinculação específica na legislação instituidora do benefício

A última questão a ser enfrentada é saber se, para a caracterização da “subvenção para investimento” sob o art. 443 do RIR é necessário que a lei estadual ou distrital instituidora do benefício fiscal estabeleça expressamente uma vinculação entre o valor do benefício concedido e a realização de um investimento especificamente correspondente. Ou seja, trata-se aqui de saber se, além dos requisitos formais e expressamente estabelecidos no art. 443 do RIR, cabe acrescentar mais um que diga respeito não às aplicações da empresa privada propriamente dita, mas à lei instituidora do benefício.

Dito de forma ainda mais direta: para que uma empresa privada possa gozar do benefício de exclusão de investimentos do livro de apuração do lucro real, será preciso que a lei instituidora determine que o valor do benefício deva corresponder especificamente a um investimento? Uma vez mais, a resposta é negativa.

A questão é relevante por conta do que consta do item 34 da decisão da DRJ/SPO de que aqui se trata, em que se lê o seguinte: “Não há dispositivos na referida lei [do DF n. 4.160/2008] que vinculem o regime especial de tributação à (*sic*) programas de investimentos, de modo a permitir à empresa o gozo do favor fiscal prescrito na legislação do imposto de renda, e, aos órgãos de fiscalização, a possibilidade de aferir a regularidade da destinação dos recursos subvencionados.”²⁵

A posição é equivocada por pelo menos três motivos.

Em primeiro lugar, o requisito da vinculação específica não está previsto no art. 443 do RIR, que é a disposição em que se capitula o benefício da *subvenção para investimento*. Exigir-se tal vinculação, portanto, contraria duas linhas-mestras do Direito Tributário: o princípio da tipicidade fechada e o princípio do *in dubio pro contribuinte*. São temas clássicos, que aqui não precisam ser esmiuçados. Mas tampouco podem ser esquecidos.

Em segundo lugar, e em termos mais concretos, a exigência de vinculação ao investimento na lei instituidora do benefício é desnecessária. Vimos que os investimentos podem ser realizados sob diversos mecanismos e instrumentos, não requerendo, sequer, a constituição de ativo imobilizado. Por isso, excluir uma ou outra forma de investimento para fins de outorga de subvenção fiscal para investimento pode criar distorções e erros de avaliação na definição dos planos de investimento pelos agentes privados. Mais ainda: a vinculação pode inibir o espírito inovador dos agentes econômicos privados, tolhendo, ainda que indiretamente, os incentivos à busca por investimentos mais rentáveis e eficientes.

Dito de outra forma, a amplitude de possibilidades para a realização de investimentos implica não ser necessário que a lei estadual ou distrital predetermine o tipo de investimento a ser realizado pela empresa beneficiária do incentivo. Evidentemente, a lei instituidora do benefício pode até fazê-lo, como, aliás, é comum. Mas para que o incentivo atinja o objetivo de fomento regional ou setorial, a vinculação não é condição *sine qua non*. Apenas o que muda é o ônus probatório,

²⁵ Nesse sentido, são mencionados os seguintes precedentes: Solução de Consulta n. 336-COSIT, de 12.12.2014 e Solução de Consulta n. 188-COSIT, de 31.07.2015.

que é maior quando falta a vinculação na lei instituidora do benefício. Mas o investimento continua podendo ser demonstrado. Esse é um motivo adicional pelo qual a vinculação na lei instituidora não pode ser entendida como condição para o benefício de exclusão na apuração do lucro real.

Em terceiro lugar, é preciso apontar que a exigência de vinculação a investimento na lei estadual ou distrital instituidora do benefício contraria jurisprudência recente do próprio CARF. Confira-se:

“Subvenções para investimentos. Não vinculação dos recursos para caracterização. Tratando-se de subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos a pessoa jurídica deverá reconhecer o valor da doação ou subvenção em conta do resultado pelo regime de competência, bem como manter em reserva de lucros reserva de incentivos fiscais, a parcela decorrente de doações ou subvenções governamentais. Tais subvenções serão tributadas caso seja dada destinação diversa, inclusive na hipótese de distribuição de tais valores aos sócios da respectiva pessoa jurídica. Recurso de ofício provido.” (CARF, Acórdão n. 1402001.908, 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, j. 04.02.2015)

“Subvenções para investimento. Crédito presumido de ICMS. Não vinculação dos recursos para caracterização. A vinculação dos recursos recebidos à empreendimentos não se mostra necessária para a caracterização dos mesmos como subvenções para investimentos. O que se mostra indispensável para tanto é o propósito da subvenção, pois, uma vez concebido pelo subvencionador como estímulo à implantação ou expansão de um empreendimento econômico deve ser registrado como reserva de capital e não como receita, nos termos do art. 443 do RIR/99. Assim, demonstrado o cumprimento dos requisitos do art. 443 do RIR/99 e a intenção do ente público no estímulo fiscal ao desenvolvimento empresarial, nos termos da legislação estadual pertinente, correto o enquadramento como subvenção para investimentos.” (CARF, Acórdão n. 1202001.175, 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária, j. 29.07.2014)

“Subvenção para investimento. Créditos presumidos de ICMS. Existência de vinculação e sincronismo. Caracterização. Os valores correspondentes ao benefício fiscal de redução de ICMS, decorrentes da obtenção de créditos presumidos, que possuam vinculação, ainda que indireta, com a aplicação dos recursos em bens ou direitos referentes à implantação ou expansão de empreendimento econômico, caracterizam como subvenção para investimento, podendo ser excluída na determinação do lucro real.” (CARF, Acórdão n. 1402001.277, 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, j. 04.12.2012)

Vê-se, então, a ilegalidade de exigir-se vinculação em lei para a alocação específica do investimento.

E o que é necessário, então, demonstrar? Como dito na Introdução, a dedutibilidade do lucro real de valores resultantes de isenção ou redução de ICMS é assegurada desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 443 do RIR. Como vimos, são cinco requisitos, sendo que quatro deles estavam claramente

preenchidos. O derradeiro requisito estabelecido pelo art. 443 do RIR, sobre o qual pairava dúvida, e de que nos ocupamos aqui, é a realização do investimento pela Empresa.

Vale dizer: não é necessário que a lei instituidora do benefício estabeleça vinculação a investimentos; o que é necessário é que os investimentos sejam realizados, e que sejam demonstrados, conforme o caso.

Bibliografia

- ASCARELLI, Tulio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955.
- BANKS, Erik. *The Palgrave Macmillan dictionary of finance, investment and banking*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.
- BIRGHAM, Eugene F.; e EHRHARDT, Michael C. *Financial management: theory and practice*. 14. ed. Mason: South-Western, 2014.
- BREALEY, Richard A. et al. *Princípios de finanças corporativas*. 8. ed. Trad. Maria do Carmo Figueira e Nuno de Carvalho. São Paulo: McGraw-Hill, 2008.
- COLLIN, P. H. *Dictionary of banking and finance*. Teddington: Peter Colling Publishing, 1996.
- GABLER. *Gabler Wirtschafts Lexikon*. 13. ed. Wiesbaden: Gabler, 1992.
- NEWMAN, Peter et al (ed.). *The new Palgrave dictionary of money and finance*. London: Macmillan Press Limited, 1992. v. 2 (F-M).
- REINO UNIDO. *Grant for business investment guidelines*. 2014. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/48876/08-1302-grant-for-business-investment-guidance.pdf>.
- ROSENBERG, Jerry M. *Dictionary of investing*. New York: John Wile & Sons, 1992.
- TERRY, Brian J. *The international handbook of corporate finance*. 3. ed. Chicago: Fitzroy Dearborn Publishers, 1997.
- WEILER, Todd. *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Londres: Cameron May, 2005.