

Adriana Stamato / Ângelo de Angelis / Bruna Menelau
Bezerra da Cunha / Caio Cezar Soares Malpighi /
Carlos Eduardo de A. Navarro / Carolina Romanini
Miguel / Eduardo Fleury / Eduardo Salusse / Eurico
Marcos Diniz de Santi / Fábio Florentino / Francisco
Javier Sánchez Gallardo / Isaías Coelho / João Paulo
Muntada Cavinatto / Jose Barroso Tostes Neto /
Larissa Laks / Leonardo Aguirra de Andrade / Lina
Braga Santin Cooke / Luiz Roberto Peroba / Maurício
Barros / Melina Rocha / Melissa Guimarães Castello /
Paulo Caliendo / Rodrigo Frota da Silveira

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

**Max
Limoad**



Série Tributação & Desenvolvimento

FGV DIREITO SP
NÚCLEO DE
ESTUDOS FISCAIS

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA



NÚCLEO DE
ESTUDOS FISCAIS

**Max
Limonad**



Série Tributação & Desenvolvimento

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

Adriana Stamato
Ângelo de Angelis
Bruna Menelau Bezerra da Cunha
Caio Cezar Soares Malpighi
Carlos Eduardo de A. Navarro
Carolina Romanini Miguel
Eduardo Fleury
Eduardo Salusse
Eurico Marcos Diniz de Santi
Fábio Florentino
Francisco Javier Sánchez Gallardo
Isaías Coelho
João Paulo Muntada Cavinatto
Jose Barroso Tostes Neto
Larissa Laks
Leonardo Aguirra de Andrade
Lina Braga Santin Cooke
Luiz Roberto Peroba
Maurício Barros
Melina Rocha
Melissa Guimarães Castello
Paulo Caliendo
Rodrigo Frota da Silveira

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

Edição Fundação Getúlio Vargas - SP / Escola de Direito

e Editora Max Limonad

Versão em PAPEL

www.livrariamaxlimonad.com.br

Copyright: Autores

Copyright da presente edição: Editora Max Limonad

Editora Max Limonad

Capa: Equipe de produção Max Limonad, em homenagem a capa clássica da

Éditions Gallimard

ISBN PDF: 978-65-00-78680-4

SA235r Santi, Eurico Marcos Diniz de. Coelho, Isaías. et al.
Reforma tributária e neutralidade do IVA. / Eurico
Marcos Diniz de Santi. Isaías Coelho. et al. - São
Paulo: Editora Max Limonad, 2023.

Autores.

Conclusão.

ISBN PDF: 978-65-00-78680-4

1. Tributação. 2. reforma. 3. IVA. 4. Neutralidade. I.
Santi, Eurico Marcos Diniz de. II. Coelho, Isaías.

CDD 340

SUMÁRIO

1. NEUTRALIDADE E NÃO-CUMULATIVIDADE DO IVA (IBS/CBS)	11
Superioridade do IVA sobre impostos parciais	14
IVA e impostos seletivos	15
IVA e Incentivos Fiscais.....	16
Cumulatividade tributária no Brasil.....	17
Creditamento incompleto.....	18
Créditos acumulados.....	19
Incidência de impostos sobre impostos	21
Compras governamentais e de entidades imunes.....	23
2. IVA E NEUTRALIDADE NA UNIÃO EUROPEIA	27
Introdução e princípios gerais.....	27
O elemento subjetivo do direito à dedução	32
O elemento objetivo do direito à dedução	41
O direito à dedução no tempo	49
O direito à dedução no espaço. Reembolso a sujeitos passivos não estabelecidos.....	56
Requisitos formais e direito à dedução	57
A luta contra a fraude fiscal e o direito à dedução do IVA.....	62
Outras questões relacionadas com a neutralidade do IVA.....	63
3. IVA E NEUTRALIDADE NOS IVAS MAIS RECENTES: NOVA ZELÂNDIA, CANADÁ E ÍNDIA.....	65
Nova Zelândia.....	65

Canadá	67
Índia	72
4. OS PROBLEMAS DA NÃO CUMULATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	77
A) A não cumulatividade no ICMS:	80
Bens de uso e consumo e de capital	83
Crédito físico X financeiro	86
Devolução de créditos do ICMS	89
B) PIS/COFINS não-cumulativo	90
Devolução de créditos no PIS/COFINS	95
C) A não cumulatividade no IPI	97
IPI e crédito físico	98
Devolução de créditos no IPI	101
5. OS PROBLEMAS DOS CRÉDITOS ACUMULADOS DE ICMS	103
Introdução	103
Bases do direito do contribuinte	110
A. Princípio da não cumulatividade	110
B. Lei Complementar 87/96	112
Posições da jurisprudência	115
Análise da Proposta de Reforma Tributária no contexto atual	120
A. Soluções na PEC 45-A/2019 para os saldos credores atuais	121
B. Medidas para acelerar o processo de aproveitamento de saldos credores de ICMS	124
C. Outras medidas que necessitam alteração da LC 87/96	131
D. Saldo credores futuros	132
Conclusão	137
6. OS PROBLEMAS ATUAIS DA NÃO CUMULATIVIDADE NO SIMPLES NACIONAL	139

Devolução de crédito	140
As propostas para o Simples Nacional	141
7. A REFORMA TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE	143
Introdução	143
Comparativo de regras de não cumulatividade nas Propostas de Emenda Constitucional Nº 45 E 110	147
8. COMENTÁRIOS SOBRE A GARANTIA DA NÃO CUMULATIVIDADE NA REFORMA TRIBUTÁRIA	157
Utilização de créditos do IBS	159
Créditos acumulados de IBS e Split Payment.....	166
9. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA – PROPOSTAS PARA REDUZIR OS DESVIOS DO TIPO CRÉDITO SUPERIOR AO IMPOSTO PAGO	171
Porque o IVA?	172
O objetivo é a Neutralidade	173
Causa de desvios do tipo 2 – Crédito superior ao imposto pago nas etapas anteriores	174
Benefícios fiscais que resultam em crédito sem imposto pago (design legislativo)	174
Situações de inadimplência planejada (jogando com a falta de cobrança eficaz).....	176
Fraude com conluio entre os agentes (risco calculado em jurisdições com baixo nível de enforcement.....	178
Propostas para limitar os desvios.....	179
Críticas existentes	181
Análise das críticas	182
Conclusão	183
10. PONTOS NEGATIVOS QUANTO AO REQUISITO DA VINCULAÇÃO DO PAGAMENTO TRIBUTO PARA A CONCESSÃO DO CRÉDITO DO IBS	185

Restrição à não cumulatividade plena e criação de contencioso ..	187
Ausência de simplificação	188
Violação da capacidade contributiva	189
Transferência do ônus da fiscalização para o adquirente	189
11. A REFORMA TRIBUTÁRIA ENQUANTO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA OS DESAFIOS NA TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL	191
Os desafios na tributação da economia digital e a reforma tributária do consumo enquanto possível solução	193
A. Simplificação do sistema tributário e a criação de uma base ampla.....	194
B. Não cumulatividade plena	196
C. Tributação no destino	199
D. Operações internacionais	201
E. Carga tributária.....	202
Conclusão	203
12. ZONA FRANCA DE MANAUS NA REFORMA TRIBUTÁRIA	205
Introdução	205
Histórico	206
Incentivos fiscais.....	208
Gastos tributários	211
Propostas para a Zona Franca de Manaus na reforma tributária ..	212
Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) x Zona Franca de Manaus (ZFM).....	226
Conclusão	229
13. IVA E O SETOR FINANCEIRO.....	245
I - Regime vigente de tributação indireta da atividade financeira	245
A) PIS/COFINS	245
B) ISS.....	246

II - O Imposto sobre Valor Adicionado – IVA	247
III - O IVA e o Setor financeiro.....	248
IV – Modelos alternativos de tributação do IVA sobre a margem	251
V – Os Modelos aplicados na prática – defeitos e virtudes	257
VI – Análise comparativa do IVA sobre serviços financeiros	259
1) União Europeia.....	260
2) Reino Unido (RU)	262
3) Austrália (AUS).....	265
4) Nova Zelândia (NZ)	266
5) África do Sul (AS).....	269
14. POSSÍVEIS IMPACTOS DA REFORMA TRIBUTÁRIA NO AGRONEGÓCIO	273
Introdução.....	273
Benefícios do IBS ao agronegócio.....	276
Pontos negativos da proposta de reforma tributária ao agronegócio e sugestões de aprimoramento	280
Conclusões.....	288
15. ATIVIDADE DE REVENDA DE BENS USADOS: ALTERNATIVAS PARA ATRIBUIR TRATAMENTO ISONÔMICO, GARANTINDO-SE A NEUTRALIDADE E A LIVRE CONCORRÊNCIA	291
O problema da revenda de bens usados adquiridos de não contribuintes do imposto.....	293
Regime de margem e devolução de crédito como solução para garantir a não cumulatividade plena na revenda de bens usados	296
Sugestões para o Brasil.....	301
Conclusão	303
16. CONSTRUÇÃO CIVIL E SETOR IMOBILIÁRIO	305
Holdings imobiliárias com atividade de compra e venda de imóveis	306

Holdings imobiliárias com atividade de locação de bens imóveis	307
Construtoras	307
Incorporadoras imobiliárias	308
17. AS COMPRAS PÚBLICAS E O IBS	311
O fundamento para o tratamento diferenciado às compras governamentais	312
A abrangência do regime específico de tributação	316
A manutenção dos créditos	318
A destinação integral do produto ao ente federativo contratante	320
Conclusões	322
18. REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS	325
19. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E DEFESA DO MEIO AMBIENTE	331
Proteção do meio ambiente na tributação do consumo	332
Regime constitucional da extrafiscalidade ambiental vigente	336
Neutralidade tributária e proteção ambiental	338
20. ESTUDO DE CASO DOS PROBLEMAS DO ATUAL MODELO: NÃO-CUMULATIVIDADE DE PIS E COFINS – INCIDÊNCIA MONOFÁSICA PARA SETOR DE MEDICAMENTOS	341
O artigo 17 da Lei No. 11.033 de 2004	342
Da condição de pessoa jurídica não enquadrada na condição de importador	347
Conclusão	349

1. NEUTRALIDADE E NÃO-CUMULATIVIDADE DO IVA (IBS/CBS)¹

Um imposto é dito neutro quando ele não altera decisões dos agentes econômicos. As famílias não mudam, em razão do imposto, nem a composição nem as quantidades de bens e serviços que adquirem. A existência do imposto neutro não leva as empresas a mudarem os métodos de produção ou comercialização, nem a decisão de comprar localmente ou importar, nem a escolha entre produzir ou terceirizar, nem as decisões sobre o uso de mão de obra. O imposto neutro gera receita sem distorcer as decisões econômicas.

É claro que não existe imposto totalmente neutro. Nem por isso a neutralidade tributária deixa de ser importante. O que devemos perguntar não é se um imposto é distorcivo, mas quão distorcivo é ele em comparação com impostos alternativos. As distorções econômicas induzidas por políticas públicas, especialmente as tributárias, causam grande perda social. Por exemplo, tributos que são incorporados nos custos tornam o produto nacional mais oneroso em relação ao de outros países, o que resulta em perda de competitividade e menos produção, renda e emprego no país.

O IVA foi criado com o propósito de propiciar receita tributária com o mínimo de impacto na economia. Não tem propósito redistributivo. Não serve para atingir objetivos parafiscais. Não interfere nos fluxos do comércio exterior. Não é bom para incentivar este ou aquele setor da economia, esta ou aquela região. Um

¹ Capítulo preparado por **Isaias Coelho**, Ph.D. em economia pela University of Rochester. Professor da FGV Direito SP, coordenador do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF). Ex-chefe da divisão de política tributária do FMI, professor da UnB, Secretário da Receita Federal Adjunto. Uma versão inicial do texto foi publicado em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/neutralidade-e-nao-cumulatividade-do-iva-ibscbs>

aumento da alíquota única de um IVA amplo tende a aumentar todos os preços na mesma proporção, da mesma forma que a maré dos oceanos levanta igualmente todos os navios. Da mesma maneira, uma redução da alíquota do IVA busca reduzir todos os preços na mesma proporção. Dito de outra forma, o IVA altera os níveis absolutos dos preços sem alterar os preços relativos. Nisto reside sua neutralidade.

Não há maior inimigo da neutralidade que os impostos cumulativos, que incidem em cascata, e se incorporam ao custo de produção ou revenda, em cada etapa da cadeia de produção e distribuição. Para lidar com esse problema, tão danoso à economia como um todo e à exportação em particular, foi inventado o imposto ao valor agregado (IVA).

Como o nome diz, o IVA tributa, em cada empresa, o montante por ela agregado. Por exemplo, se a empresa compra de outras empresas insumos no valor de 100 e produz algum bem ou serviço que vende por 220, o imposto incide sobre os 120 adicionados ou agregados. Esses 120 correspondem a pagamentos a fatores de produção, tais como salários, juros, aluguéis, lucros (ver quadro).

Criação de Valor Adicionado – Exemplo

Pagamentos a fornecedores	
Aquisição de insumos (compras)	100
Pagamentos a fatores de produção	
Salário de empregados	50
Juros, aluguéis	30
Lucros (resíduo)	40
Soma = valor agregado = base IVA	120
Receita de vendas (faturamento)	220

Para assegurar neutralidade é preciso que a base do IVA seja, no exemplo, 120 e não mais nem menos que 120. O cálculo do

IVA pode ser feito de duas maneiras. Pelo *método de adição* somam-se, nos registros contábeis do contribuinte, os pagamentos a fatores (salários, lucros etc.), e sobre ele aplica-se a alíquota, digamos 10%. Então, no exemplo, o imposto é 10% de 120, portanto 12 (ver quadro a seguir).

Apuração de IVA por Adição – Exemplo

Pagamento de salário de empregados	50
Despesas de juros e aluguéis	30
Lucros (resíduo)	40
Soma = valor agregado	120

O método de adição é pouco transparente para o consumidor (o tributo fica oculto no preço) e de difícil controle pelo fisco, por isso é pouco utilizado. Além disso, só funciona bem se a alíquota for única. Com alíquotas múltiplas apresenta distorções. Por exemplo, o PIS/Cofins de 3,65% cobrado por empresa do regime cumulativo gera crédito de 9,25% se a empresa adquirente estiver no regime não cumulativo.

O que praticamente todos os países adotam é o *método de subtração*, ou *método de crédito*, ou ainda *método de fatura*, pelo qual o IVA é cobrado sobre o valor das saídas. Por este método, nas vendas de uma empresa a outra a adquirente credita-se do imposto pago na compra. No exemplo, se a alíquota do IVA for 10%, nossa empresa paga, na compra, 110, dos quais 100 é o preço do bem ou serviço sem imposto e 10 é o IVA cobrado pela empresa vendedora (ver quadro a seguir).

Apuração de IVA por Subtração – Exemplo

	Valor	IVA brito	Dé- IVA dito	Cré- dito
Recebimento de clientes (vendas)	220	22		
Pagamentos a fornecedores (compras)	100		10	
Diferença = valor agregado	120			
IVA devido (débito menos crédito)		12		

Para a empresa adquirente, o imposto pago à vendedora (10) é *IVA crédito*, pois será recuperado. Na ocasião da saída (provisão de bem ou prestação de serviço), a empresa cobra 242 do cliente, sendo 220 pela mercadoria ou serviço e 22 de IVA. A empresa recolhe então ao fisco o valor de 22 (de IVA débito) menos os 10 que tem de IVA crédito; paga, portanto, o líquido de 12. Em princípio o resultado é o mesmo em qualquer dos dois métodos.

No modelo teórico descrito acima, o IVA é tão neutro para a empresa que nem IVA débito nem IVA crédito transitam por contas de resultado (receitas e despesas), apenas por *conta IVA* de natureza patrimonial (ativa ou passiva). Seja curta ou longa a cadeia produtiva ou de distribuição, o consumidor pagará, no exemplo, 10% de IVA sobre a mercadoria ou o serviço consumido. Se a tributação se aplicar a todos os bens e serviços adquiridos, o imposto não afetará a decisão de consumir esse ou aquele bem ou serviço. Será neutro também para o consumidor.

Superioridade do IVA sobre impostos parciais

Como visto no exemplo acima, a base do IVA calculada pelo método da subtração como vendas menos compras equivale à tributação de *todas* as rendas pagas aos fatores. Essas rendas serão, por sua vez, possível base de tributação pelo imposto de renda. Para o IVA não importa se o valor consiste principalmente de salários, de lucros ou de outros pagamentos. Os valores dos materiais usados desaparecem no mecanismo do crédito, mas remanescem nos seus componentes de renda.

O imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) tributa os lucros, dando incentivo a que empresas substituam capital próprio por capital de terceiros (empréstimos) que rendem juros e reduzem a base do tributo. Esse incentivo não existe no IVA, onde juros e lucros são tratados da mesma maneira.

Contribuições sobre a folha salarial desincentivam o uso do trabalho em favor de técnicas mais intensivas em capital, como a

robotização. O IVA está livre desse tratamento discriminatório contra o trabalho.

IVA e impostos seletivos

A tributação seletiva tem longa história. Nos anos 50, uma missão da ONU contou mais de 500 impostos na Bolívia, muitos deles seletivos. O Brasil já teve impostos sobre o tabaco, a aguardente, o açúcar, o couro e tantos outros produtos. O Imposto de Consumo, precursor do IPI, tinha tantas alíquotas que a classificação era reunida em um livro e para entendê-la havia até uma ciência, a Mercologia. Era tal o prestígio da tributação seletiva que se chegou a ver a seletividade na tributação de bens como equivalente da progressividade no imposto de renda. Até a Constituição de 1988 está contaminada por essa ideia antiquada.

Seguindo uma tendência mundial, no Brasil os impostos seletivos têm sido substituídos por impostos cada vez mais gerais ao consumo, como o Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC) e depois o ICM e o PIS/Cofins não-cumulativos. É verdade que ainda não temos um IVA digno desse nome, mas os esforços atuais de reforma nos colocam na direção correta.

Que papel restou para os impostos seletivos? O de corrigir externalidades negativas de produção ou consumo. Externalidades negativas surgem quando os custos privados da atividade são inferiores ao seu custo social, ou seja, existem custos que são ignorados no cálculo privado. Para lidar com a distorção, Pigou e outros propuseram impostos corretivos.

Na prática, os impostos seletivos aplicam-se de forma monofásica à produção de derivados do fumo, bebidas alcoólicas e combustíveis fósseis. Há ainda propostas para aplicação de seletivos (*excises*, em inglês; *acisas*, em português) a bebidas açucaradas, a produtos elaborados com gordura trans, a alimentos ultraprocessados, ao bronzeamento artificial e a muitos outros itens de consumo. Tais propostas não têm progredido por falta de evidência de causa e

efeito, pela deficiência de critérios de aplicação e por uma certa redução ao excesso de regulação pelo governo.

Ao contrário do IVA, que busca neutralidade, o imposto seletivo pretende desestimular a atividade através do aumento do seu preço. Informado por forte elemento de subjetividade, ele se propõe a mudar os preços em seus valores absolutos e relativos, tornando mais caros os produtos a que se aplica. Se se quer tornar um produto mais caro, impõe-se um imposto seletivo de 10% sobre sua produção ou importação, antes de aplicar o IVA.

É difícil estabelecer critérios puramente objetivos no desenho de impostos seletivos, e sobretudo na delimitação da incidência em casos concretos. Esse tipo de tributo está sempre eivado de subjetividade, que resultam em dificuldades práticas na aplicação. Por esta razão são cada vez mais numerosas as vozes que se opõem à adoção de qualquer imposto seletivo.

IVA e Incentivos Fiscais

A primeira consequência do princípio da neutralidade é que não faz sentido aplicar incentivos fiscais no IVA. Se for reduzida a alíquota para determinada empresa ou setor no meio da cadeia, o mecanismo de crédito fará com que o benefício não altere o preço para o consumidor. No exemplo, se a compra fosse isenta de IVA, o IVA crédito seria zero, mas o IVA débito continuaria sendo 22 e a firma que vende ao consumidor reterá 22 deste e recolherá os mesmos 22.

Se for concedida dispensa de recolhimento parcial do IVA devido, isso será equivalente a uma subvenção, que pode ser dada com IVA ou sem IVA, mera renúncia de receita pública, equivalente a mandar um cheque para a empresa beneficiada.

A empresa obrigada a recolher o IVA tem a responsabilidade de cobrá-lo do seu cliente, deduzir os créditos por IVA por ela pago e entregar o saldo ao fisco. Como é o cliente que paga (nas operações B2B como antecipação, nas operações B2C como pagamento final), não há, em princípio, ônus para o contribuinte legal.

Este comporta-se de maneira semelhante ao de agente retentor de imposto de renda, com a possível diferença de que a retenção de IR se dá no momento da realização, configurando crime de apropriação indébita o não recolhimento ao fisco.

A redução de alíquota nas vendas ao consumidor não é considerada incentivo fiscal. Buscam antes reduzir o ônus tributário do consumidor de baixa renda. Estudos têm mostrado a ineficiência do mecanismo, seja porque o vendedor pode aproveitar a redução de imposto para aumentar sua margem bruta ao invés de repassar o benefício para o consumidor, seja porque o benefício se estende às pessoas de alta renda, seja ainda porque há formas evasivas que se aproveitam da multiplicidade de alíquotas. Por estas razões IVAs modernos tendem a ter alíquota uniforme e a mitigação do ônus sobre os pobres ser feita através de transferências financeiras bem focadas nas famílias de menor renda.

Cumulatividade tributária no Brasil

Comparados com o IVA, os impostos brasileiros sobre bens e serviços estão longe de ser neutros. A não neutralidade decorre de vários fatores, entre eles o não creditamento do imposto pago na compra, a demora na devolução de créditos acumulados, a concessão de créditos fictos, várias formas de incentivos fiscais, a tributação de bens de capital, o uso e abuso da substituição tributária, a inclusão na base de cálculo de tributos paralelos (tributação imposto-sobre-imposto).

A não-neutralidade reduz a competitividade dos bens e serviços produzidos no Brasil. Nossos preços de exportação ficam preñhes de tributos, o que dificulta acessar as cadeias globais de criação de valor. Os preços de importação (sem impostos no exterior) ficam menores que os preços internos (que carregam resíduos tributários), tornando os produtos nacionais menos competitivos *dentro do território brasileiro!*

Creditamento incompleto

O grande impedimento da neutralidade é a limitação ao creditamento. Infelizmente o ICM (precursor do ICMS) e o IPI foram criados sob o critério fiscalista de que só geravam crédito os materiais incorporados fisicamente ao processo de produção – o chamado *crédito físico*. Ao contrário do que dizem alguns, o ICM não era o estado da arte do IVA, eis que já nasceu obsoleto. Baseou-se em modelo que já havia sido abandonado pela França. Ainda hoje, a eletricidade usada para mover a linha de montagem gera crédito de ICMS, mas não a eletricidade usada para iluminar o escritório. Essa dualidade de tratamento, de todo irrazoável, é responsável por muito do elevadíssimo contencioso tributário de IPI, ICMS, PIS e Cofins. Um critério de creditamento de todo o IVA pago nas aquisições eliminaria o problema pela raiz.

As atuais propostas de adoção do IVA têm alargado o critério de creditamento a todas as operações de aquisição, mas excluído o IVA pago na aquisição de bens usados para uso ou consumo pessoal, por exemplo, dos diretores. Embora a preocupação com essa forma de evasão seja legítima, a exceção arrisca reabrir os conflitos interpretativos e gerar novos litígios. Melhor seria aceitar como IVA (crédito) todo o IVA pago pelo contribuinte no mercado interno ou na importação e sujeitar ao IVA (débito) o valor de mercado de bens/serviços cedidos/prestados gratuitamente ou com preço simbólico. Até porque o método de excluir o crédito só é prático na aquisição de bens acabados, não se aplicando a bens manufaturados pela empresa e cedidos graciosamente a sócios, diretores e outras pessoas ligadas.

Deve ser notado que o critério de crédito não pode ser aplicado irrestritamente. Só deve existir crédito se existir débito (ainda que, em alguns casos, de valor inferior); deve existir um nexo entre os dois. A única exceção é (ou deveria ser) o caso de exportação para o exterior, em que, para livrar completamente de tributo o produto exportado, admite-se o crédito dissociado de débito, dessa forma eliminando toda a tributação ocorrida ao longo da cadeia

interna e nos casos de reexportação. A PEC (art. 156-A, § 6º) afasta o creditamento nos casos de isenção e imunidade. A constituição atual (art. 155, §2º, II), tratando de ICMS, veda o crédito nos casos de isenção e não-incidência. Aparentemente há necessidade de alguma uniformização no tratamento de operações que escapam ao IVA.

Corolário dessa dependência do crédito em relação ao débito é que, se nem todos os bens e serviços produzidos/prestados pela firma forem sujeitos à tributação pelo IVA, para determinação do montante líquido de IVA a ser recolhido será necessário um período de apuração, geralmente mensal. A determinação exata do IVA crédito requereria sistema sofisticado de contabilidade de custos. Para não impor tal ônus às empresas, as leis de IVA geralmente oferecem a opção de determinar o IVA crédito mensal multiplicando a soma do IVA cobrado por provedores, no período, pela proporção que as saídas tributadas representarem no valor total das saídas.

Créditos acumulados

Outra fonte de não-neutralidade do IVA é a demora na devolução de créditos de IVA que algumas empresas acumulam. Isso ocorre rotineiramente com empresas predominantemente exportadoras por pagarem IVA nas compras internas enquanto suas vendas externas estão livres de IVA. Geram, portanto, saldos credores de IVA, que devem ser devolvidos dentro de poucos dias ou semanas pela administração tributária. A não devolução, bem como a devolução demorada, impõem custos financeiros às empresas, que veem seus custos aumentados, resultando em perda de competitividade.

Alguns países com administrações tributárias frágeis e incapazes de restituir prontamente os créditos têm dispensado de IVA as compras feitas, no mercado interno ou externo, por exportadores, regimes esses algumas vezes chamados de “suspensão”. Tais regimes especiais abrem a porta para vários abusos no meio da cadeia e tornam ainda mais difícil a gestão tributária.

Vendas pelo exportador habitual no mercado interno, sujeitas a IVA, facilitam, hoje em dia, aproveitar os créditos na exportação. Isto pode ser outro fator de distorção econômica: para não incorrer créditos líquidos difíceis de receber, a empresa pode ser levada a limitar suas exportações a certa proporção das vendas internas.

Créditos de IVA também se acumulam na fase pré-operacional da empresa, em que ela realiza compras, mas não efetua vendas; nas situações de reequipamento, em que a empresa adquire bens de capital de valores elevados; e até na fase operacional, nos meses em que a empresa, para aproveitar oportunidades de mercado, adquire bens e insumos em valores superiores às vendas.

Em todos esses casos, o valor líquido de IVA apurado deve ser devolvido sem demora. Do contrário, a empresa estaria financiando disfarçadamente o governo. Esse financiamento, se não compensado por juros de mercado na devolução dos créditos acumulados, impactará sem dúvida os custos, reflexo da ineficiência que impõe à economia.

É fato reconhecido que a devolução de créditos acumulados é o calcanhar de Aquiles do IVA. Técnicas de análise de risco e auditorias eletrônicas sistemáticas, complementadas por auditorias físicas no campo em situações mais desafiadoras, são práticas usuais das administrações do IVA. Esses cuidados são tomados para permitir a devolução rápida do IVA aos contribuintes de boa-fé que acumulam créditos.

Alguns conjecturam que a pronta devolução dos créditos enseje fraudes contra o fisco e que uma fiscalização seria necessária antes da devolução. O argumento não procede. Primeiro, porque nenhuma administração tributária terá capacidade para realizar uma auditoria de todos os pedidos de devolução. Segundo, mesmo que tenha tal capacidade, estaria utilizando mal seus recursos de auditoria. O que precisa haver é auditoria baseada em critérios de risco para separar o joio do trigo. Ajuda também se a lei e a prática assegurarem célere punição dos abusos sem molestar os bons cumpridores. Muitos países conseguiram encurtar, gradativamente e com base

em programa anual, os prazos médios de devolução dos saldos de IVA a contribuintes que não apresentam indícios de fraude.

A devolução rápida de créditos líquidos do IVA ensejou na Europa, por anos, a fraude conhecida como “carrossel”, em que firmas inidôneas importavam mercadorias de pequena dimensão e alto valor, como telefones celulares, e antes de pagar o IVA vendiam as mercadorias para empresas legítimas, que utilizavam o crédito. Antes da data de vencimento, a firma vendedora desaparecia sem pagar o imposto. Esse problema foi resolvido com a lei do IVA introduzindo o sistema de “reverse charge” que dá ao fisco o poder de, em operações que considere de risco, passar ao comprador confiável a responsabilidade pelo imposto incidente na compra.

Incidência de impostos sobre impostos

Do ponto de vista econômico, e relevados os custos não tributários de administração e cumprimento, a bitributação, entendida como a incidência de mais de um imposto sobre o mesmo fato, não é problema. Um imposto de 2% mais um imposto, em paralelo, de 3% equivale a um imposto de 5% sobre a base comum. A recente proposta de IVA Dual enseja dois tributos, um federal e outro subnacional, de mesma base e alíquotas superpostas. A alíquota que o consumidor levará em conta será a soma das várias alíquotas dos tributos paralelos.

Indesejável é a situação em que os tributos se aplicam sobre si mesmo ou sobre outros tributos paralelos. Por exemplo, um ICMS de 18% é aplicado sobre o valor da mercadoria acrescido do valor do próprio imposto, constituindo na verdade um imposto de 21,95%. Como nas vendas ao consumidor não se indica o valor do imposto é razoável supor que o artifício de cobrar o imposto “por dentro”, como neste exemplo, tem o propósito de esconder do consumidor o peso do imposto. Não apenas o ICMS, mas também PIS e Cofins são calculados “por dentro”, método difícil de encontrar em outras nações.

Em contas de eletricidade e telecomunicações o consumidor pode ver que sobre o consumo incidem ICMS, PIS e Cofins. Eles incidem não apenas sobre o valor do consumo, mas também sobre os outros tributos. Assim, a Cofins é calculada sobre o consumo mais o ICMS mais o PIS mais a própria Cofins. O mesmo método é empregado no cálculo do ICMS e do PIS. No conjunto, esse cálculo de imposto sobre imposto catapulta a alíquota efetiva global a níveis muito altos. Essa incidência cumulativa não deveria existir, deveria ser eliminada. Isso pode ser feito unificando os tributos ou retirando de suas bases os vários tributos paralelos.

Este raciocínio não se aplica a impostos de natureza distinta entre si, que são aplicados em sequência. Por exemplo, sobre um produto importado aplica-se a alíquota do Imposto de Importação (II). Este imposto tem a finalidade de “proteger” a indústria nacional, tornando mais gravoso o produto importado. Digamos que o II tenha alíquota de 10%. Então, um produto cujo valor aduaneiro (CIF), incluindo as despesas alfandegárias, seja de 100, paga II de 10, com o que seu preço de entrada se eleva a 110. O propósito dessa tributação será reequilibrar a relação de custos entre produto nacional e importado.

O segundo aspecto a considerar é se existe ou não imposto seletivo (IS) sobre o bem importado. Caso não exista, esta etapa é nula. Caso o produto esteja sujeito a imposto seletivo, por exemplo de 10%, o importador pagará adicionalmente, no exemplo, 11 de IS, elevando o custo total a 121. O propósito dessa tributação será aumentar o preço relativo do bem tributado seletivamente para desestimular seu emprego ou consumo. A inclusão do II na base do IS visa não diluir a proteção assegurada pelo II. Para manter a estrutura de preços relativos pré-IVA, a base sobre a qual se aplicará o IVA inclui o seletivo. Se não fosse assim, o preço relativo do bem sujeito a imposto seletivo se alteraria após aplicado o IVA.

O terceiro estágio da aplicação de impostos consecutivos será a aplicação do tributo geral sobre o consumo, por exemplo um IVA. O IVA se propõe a não alterar a estrutura de preços relativos existente antes de sua aplicação. Portanto, ele tomará como base o valor de 121 (no caso de o bem ser sujeito a IS) ou 110 (se não o

for) e aplicará sua alíquota para determinar o montante do imposto, o qual poderá ser definitivo, no caso de destinação a consumidor, ou constituir crédito do destinatário produtor ou comerciante contribuinte de IVA. A inclusão do II e do IS na base do IVA visa não diluir nem a proteção assegurada pelo II nem o efeito punitivo do IS.

Compras governamentais e de entidades imunes

Em princípio, não há razão para não aplicar o IVA aos suprimentos de bens e serviços feitos por agentes econômicos aos governos. A tributação uniforme de governo e setor privado assegura que o consumo das entidades públicas seja avaliado aos mesmos preços do consumo privado, refletindo a escassez relativa dos bens e serviços. De fato, as compras feitas pelos governos são tipicamente sujeitas a IVA.

Essa configuração não é livre de dificuldades. Alguns países tiveram problemas com certos fornecedores que cobram o IVA nas vendas que fazem ao governo, mas que deixam de recolher esse IVA... que lhes pagou, junto com o preço, esse mesmo governo! Para lidar com esse problema certos países (por exemplo Argentina) criaram uma retenção de IVA nos pagamentos que governos fazem aos seus fornecedores. A retenção, em porcentagem do valor da operação, tem caráter assecuratório e é creditada à conta de apuração do IVA devido pelo provedor.

Outra possibilidade seria isentar de IVA as vendas ao governo. Essa isenção teria, no entanto, dois inconvenientes. De um lado, interferiria com a recuperação dos créditos de IVA que o fornecedor acumulou nas suas aquisições, já que o creditamento normalmente não tem lugar nas vendas isentas. De outro, abre espaço para uma forma de fraude ao IVA consistente em mascarar operações tributadas como se fossem vendas a entidades imunes ou isentas.

Apesar das dificuldades apontadas, a tributação de compras governamentais pelo IVA funciona melhor em países de estrutura política unitária, que formam a maioria das nações. No caso de federações, em que há mais de um nível de governo com poder

tributante, surgem dificuldades maiores. No caso do Brasil, a constituição estabelece imunidade tributária (nome que damos à isenção que conste da constituição) recíproca entre os entes federativos. Isto significa que um ente (União, estado, Distrito Federal, município) não pode aplicar tributo a outro ente.

Às vezes a imunidade tributária é frustrada pelas esquisitices da nossa estrutura tributária. No caso do ICMS, ele não pode ser cobrado de entidade imune, mas é cobrado do fornecedor, não beneficiário da imunidade, que a lei define como contribuinte do imposto. Então o ICMS acaba sendo embutido no preço e, senão de direito, mas de fato, sendo cobrado da entidade imune.

O projeto de IVA em tramitação (PEC 45, que cria IBS, CBS e IS e elimina, ainda que muito lentamente, ISS, ICMS, IPI, PIS e Cofins) deixa a critério do legislador complementar definir o regime tributário de vendas ao governo: (i) não incidência, com manutenção dos créditos, ou (ii) destinação do IBS e ao CBS exclusivamente ao ente adquirente.

A hipótese (i) criaria grande dificuldade administrativa, pelo grande número de restituições de tributos que seriam necessários. Problema tornado ainda mais grave devido a que os postulantes a restituições seriam predominantemente pequenos comerciantes, já que há uma política de incentivar a aquisição, pelos governos, de bens e serviços providos por pequenas empresas. A fiscalização desses pequenos negócios é onerosa e de baixo retorno.

Para complicar mais, a PEC 45, de forma temerária, estabelece (novo § 2º ao art. 146, II) creditamento do imposto pago no regime do Simples Nacional. Não se questiona a lógica desse crédito, mas o risco de abusos que abre num IVA de alíquota relativamente elevada. Emitir fatura (ou nota fiscal, como dizemos) é operação muito séria. Por ensejar crédito tributário ao comprador, o imposto lançado na fatura equivale a um cheque emitido contra o tesouro do governo tributante; precisa revestir-se de rigorosas formalidades de controle. Crédito devia ser assegurado a faturas emitidas por firmas integrantes do Simples Nacional apenas se e quando suas

faturas estivessem totalmente integradas no sistema eletrônico nacional de faturas/notas fiscais.

Nunca é demais lembrar que, no IVA, a dimensão administrativa é importantíssima. Afinal de contas, o IVA foi criado com dois objetivos: (1) assegurar a neutralidade, ou seja, eliminar a tributação cumulativa para tornar competitiva a produção nacional; e (2) dar segurança à administração do tributo.

Não fosse por (2), não precisaríamos de IVA: bastaria não tributar qualquer operação B2B e aplicar a alíquota desejada apenas nas operações B2C, ou seja, utilizar um imposto de vendas a varejo (IVV). É que cedo descobriu-se a capacidade de autocontrole do IVA: o comprador exige que seu fornecedor emita fatura, sem a qual não pode creditar-se.

--oOo--

O IVA permite tratar igualmente todas as formas de consumo. Nisto reside sua neutralidade. Afeta os preços absolutos dos bens, mas com menor impacto sobre os preços relativos que qualquer outro imposto. O creditamento sem restrição torna indiferente para a empresa produzir componentes internamente ou comprar de terceiros. A carga do IVA será a mesma qualquer que seja a composição dos fatores produtivos e qualquer que seja a extensão da cadeia produtiva e de comercialização. O efeito do IVA se espalha uniformemente em todas as direções para não interferir nas decisões econômicas tais como as de o que, quando e onde produzir e consumir, vender localmente ou exportar, arrendar ou adquirir.

A simplicidade e generalidade do IVA facilita o controle pelas administrações tributárias e reduz a evasão, ao mesmo tempo em que reduz os custos de cumprimento. Esses ganhos de gestão permitem que a mesma arrecadação seja alcançada com alíquota menor, o que beneficia a todos.

2. IVA E NEUTRALIDADE NA UNIÃO EUROPEIA¹

Introdução e princípios gerais

A. Alguns comentários introdutórios sobre a regulamentação do IVA na União Europeia

Não é estranho ouvir falar do **IVA europeu**. Esta referência está correta, existe, sim, um modelo de IVA na União Europeia, para além do fato da origem histórica do IVA estar também na Europa, seja porque foi criado na Alemanha, seja porque o primeiro país do mundo a adotá-lo ser a França. No entanto, a referência ao IVA europeu deve ser matizada.

Existe uma **Diretiva da União Europeia** que se refere especificamente ao IVA e regula os seus elementos essenciais. Trata-se da Diretiva 2006/112, do 28-11-2006, reformulação de uma Diretiva anterior, de 1977. É uma Diretiva bastante detalhada (com mais de 400 artigos) e o regulamento nela contido delimita com grande precisão os **elementos configurativos do imposto**. Deste ponto de vista, nada há na Diretiva do IVA que se distinga de qualquer outra norma de carácter geral. A nuance, porém, está em sua natureza jurídica, comum a todas as Diretivas Comunitárias: os Estados da União Europeia são obrigados a respeitar a Diretiva e alcançar seus resultados, mas devem fazê-lo por meio de suas próprias legislações nacionais, conforme estabelecido no artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

¹ Capítulo preparado por **Francisco Javier Sánchez Gallardo**, Doutor em Direito, Economista e Auditor fiscal. Uma versão inicial do capítulo foi publicada em <https://www.jota.info/opinion-e-analise/artigos/iva-e-neutralidade-nas-experiencias-internacionais-parte-1-26062023>

A União Europeia é atualmente composta por **27 Estados**. Existem, portanto, 27 leis nacionais que regulam o IVA na União Europeia.

Os Estados da União devem respeitar o disposto na Diretiva do IVA, mas podem completá-la em tudo o que não esteja regulado por ela (é o que se convencionou chamar de princípio da subsidiariedade). Adicionalmente, existem áreas em que a Diretiva IVA reconhece opções aos Estados da União, que devem tomar, novamente, suas próprias decisões. O exemplo mais claro deste último é o das taxas de IVA.

O respeito pela obrigação de resultado que mencionamos é tutelado pela Comissão Europeia, que age contra os Estados quando considera que estes não se comportam corretamente quanto à regulamentação do IVA ou a sua aplicação (e não é de estranhar). Ao mesmo tempo, os juízes nacionais podem questionar o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) como o Direito da União deve ser interpretado em qualquer caso que tenham de resolver. Ambas as ações, da Comissão Europeia ou dos juízes dos Estados-Membros, deram origem a mais de 1.000 julgamentos do TJUE relativos ao IVA.

A Diretiva do IVA e os acórdãos do TJUE proferidos na sua interpretação constituem, por tanto, o esqueleto comum a que os Estados da União devem adaptar-se na sua legislação e que as suas administrações e poderes judiciais devem respeitar na aplicação do IVA na União Europeia.

Caso a legislação nacional aplicável seja incompatível com o Direito da União, é o Direito da União que deve prevalecer (é o que se convencionou chamar de **primazia do Direito da União**, declarada pela primeira vez pelo TJUE no acórdão de 15-7-1964, Costa v ENEL, C-6/64).

Da mesma forma, a interpretação da legislação nacional deve ser feita, sempre que possível, à luz do Direito da União (este é o **princípio da interpretação**, a que se recorre, logicamente, com muito mais frequência do que ao anterior).

Para tornar a exposição a seguir comum a toda a União Europeia, faremos referência à Diretiva do IVA e aos acórdãos do TJUE, oferecendo assim explicações gerais, comuns a todos os seus Estados.

B. Princípio de neutralidade e relevância do direito à dedução

O direito à dedução do IVA suportado é **uma das peças mais importantes** na construção do IVA aplicado na União Europeia. Não é por acaso que este direito está já referido no artigo 1.º(2) da Diretiva Comunitária do IVA (Diretiva 2006/112, a seguir designada por Diretiva IVA), que estabelece que: *“Em cada operação, o IVA, calculado sobre o preço do bem ou serviço à taxa aplicável ao referido bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto que tenha incidido diretamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço.”*

O modelo de IVA existente na União Europeia assenta-se, assim, na dedução integral do IVA pago pelos sujeitos passivos. É assim garantido o **princípio da neutralidade**, base na concepção europeia do IVA, princípio segundo o qual a aplicação efetiva do IVA não deve originar diferenças de tratamento entre contribuintes que concorrem entre si.

O princípio da neutralidade projeta-se em vários domínios, sendo um dos mais importantes o do direito à dedução, o que justifica o seu aparecimento já no início da Diretiva do IVA. Ao mesmo tempo, reflete, na área fiscal, outro princípio mais importante e que está consagrado no Tratado da União, que é o da igualdade de tratamento.

O TJUE tem-se referido reiteradamente a este princípio, destacando a sua importância nas mais diversas situações. Além dos acórdãos a que nos referiremos nas secções seguintes, a importância do direito à dedução do IVA pago a montante tem sido destacada em acórdãos como os de: 14-2-1985, Rompelman, C-268/83; 21-9-1988, Comissão v França, C-50/87; 6-7-1995, BP Supergaz, C-62/93; 29-4-2004, Faxworld, C-137/02; 22-12-2010, Dankowski, C-

438/09; 12-11-2014, Idexx Laboratories Italia, C-590/13, ou de 8-9-2022, C-98/21, W, entre outros muitos.

As afirmações do TJUE em todos esses julgamentos são muito semelhantes: o regime de deduções tem por finalidade libertar completamente ao sujeito passivo da carga do IVA, no âmbito de todas as suas atividades econômicas. O regime comum do IVA estabelecido na Diretiva do IVA garante, assim, a perfeita neutralidade quanto à carga fiscal de todas as atividades econômicas, sejam quais forem os seus fins ou resultados, desde que essas atividades estejam, por sua vez, sujeitas a IVA.

A importância do direito à dedução **limita** de certo modo **a soberania dos Estados da União**, que não podem estabelecer, na sua legislação interna, limitações ou exclusões ao direito à dedução que não estejam previstas na Diretiva IVA. Assim tem sido também repetidamente declarado pelo TJUE, que o indicou expressamente em acórdãos como os de: 21-9-1988, Comissão v França, C-50/87; 6-7-1995, BP Supergaz, C-62/93; 19-9-2000, Ampafrance e Sanofi, C-177/99 e C-181/99; 8-1-2002, Metropol e Stadler, C-409/99, ou 4-6-2009, SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft, C-102/08, entre outros.

O critério é constante e a forma como o TJUE o expressa também: na ausência de qualquer disposição que permita aos Estados limitar o direito à dedução, este deve poder ser exercido imediatamente para a totalidade do IVA suportado. As limitações do direito à dedução afetam o nível da carga fiscal e devem ser aplicadas de forma semelhante em todos os Estados-Membros. Assim, exceções a esta regra são permitidas apenas nos casos expressamente previstos na Diretiva.

Como certo contraponto ao anterior, os Estados da União também não podem utilizar o mecanismo de dedução do IVA para beneficiar indevidamente seus contribuintes, **distorcendo** assim o funcionamento do **mercado interno europeu**. A proibição genérica dos auxílios públicos que distorcem o mercado consta do próprio Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – artigo 107.º –,

tendo sido referida a aplicação do IVA no acórdão de 3-3-2005, Heiser, C-172/03.

C. Princípio de eficácia e outros princípios gerais do Direito da União Europeia aplicáveis ao direito à dedução

O princípio da neutralidade é fundamental, como dissemos, na concepção do modelo de IVA que se aplica na União Europeia; porém, não é o único, coexistindo com outros princípios. Um deles é o **princípio da eficácia**, que visa garantir a **real e efetiva aplicação** dos direitos conferidos aos cidadãos, neste caso, o direito à dedução do IVA.

Este princípio está refletido, entre outros, no acórdão de 1-3-2012, *Polski Trawertyn*, C-280/10, no qual se declarou que o IVA pago pelos sócios da sociedade, antes da constituição e registo da mesma, deve ser dedutível, independentemente de as faturas em que se encontra documentado serem emitidas em nome dos sócios e não da sociedade.

Outros princípios aos quais o TJUE tem se referido neste contexto são o **princípio de segurança jurídica** e o princípio de **combate à fraude** ou sonegação tributária.

O primeiro deles tem levado o TJUE a declarar que o direito à dedução pode ser extinto, caso não seja exercido no prazo (por todos, vamos mencionar o recente acórdão de 7-7-2022, C-194/21, X).

Por seu turno, o **princípio do combate à fraude** também tem sido apontado pelo TJUE como fundamental, levando-o a declarar que nos casos de participação consciente em esquemas de fraude fiscal, o direito à dedução pode ser negado ou que quando irregularidades formais impeçam a adequada verificação do cumprimento dos requisitos materiais do direito à dedução, este deve ser negado (ambas as questões às quais voltaremos mais tarde).

O direito à dedução, refletindo o princípio da neutralidade fiscal, é a pedra angular na concepção do IVA na União Europeia, mas não a única, coexistindo com outros princípios igualmente importantes na sua construção.

O elemento subjetivo do direito à dedução

A. Direito à dedução e não sujeitos passivos; em particular, as entidades holding

Caracterizando o direito à dedução do IVA como um dos elementos fundamentais do imposto no artigo 1.º(2) da Diretiva do IVA, a eficácia deste direito é regulada nos seus artigos 167.º e seguintes. Em particular, o artigo 168.º prevê que: “*quando os bens e os serviços sejam utilizados para os fins das suas operações tributadas, o sujeito passivo tem direito, no Estado-Membro em que efetua essas operações, a deduzir*” os montantes que o mesmo artigo estabelece a continuação, que correspondem ao IVA suportado pelos bens e serviços utilizados na atividade.

O parágrafo que aqui se transcreve parcialmente é importante, pois reconhece o direito à dedução apenas a quem tem a qualidade de sujeito passivo de IVA. É assim que se obtém a arrecadação correspondente ao imposto.

No caso das **pessoas físicas** pouco há a acrescentar ao anterior (na União Europeia não existe um sistema de cash-back que procure reduzir a regressividade do IVA). A repercussão do IVA, pelos sujeitos passivos nos seus clientes faz com que este percorra todas as fases da cadeia de produção e distribuição até chegar às pessoas físicas que atuam como consumidores finais, que suportam o IVA nas suas compras. A impossibilidade de recuperá-lo em este caso, juntamente com a generalização do IVA, geram a arrecadação, também muito considerável na União Europeia, fornecida pelo IVA. Neste ponto, o único aspecto controverso é a utilização privada por pessoas físicas que sejam simultaneamente sujeitos passivos do IVA e consumidores finais. Voltaremos a este tema mais adiante.

A questão pode ser um pouco mais complexa para **outros tipos de entidades**. O critério geral, porém, é o mesmo: só se, pela atividade que exercem, puderem ser considerados sujeitos passivos de IVA ao desenvolver uma atividade económica é que terão direito à dedução do IVA pago nas suas aquisições de bens e serviços. É o

que tem declarado o TJUE, por exemplo, no acórdão de 12-5-2016, Gemeente Borsele, C-520/14, em que se entendeu que a Prefeitura de Borsele não agia como sujeito passivo do IVA, uma vez que, relativamente a um transporte público, não exercia uma atividade econômica e acrescentou que o IVA pago aos fornecedores relativamente a esta atividade não era dedutível.

Acrescente-se que o **conceito de atividade econômica** no modelo europeu de IVA é muito amplo, incluindo qualquer tipo de atividade que se realize por conta própria, assumindo o risco financeiro da mesma, e que implique a gestão de recursos para oferecer bens ou serviços ao mercado. A motivação do lucro – a sua ausência – ou os fins de interesse geral a que esta atividade possa servir são irrelevantes neste contexto.

É interessante notar que as administrações públicas não têm, no modelo europeu de IVA, mais privilégio do que não sujeitar ao IVA os bens e serviços que fornecem quando atuam como autoridades públicas. Caso contrário, se atuarem em condições comparáveis às dos operadores privados, recebem o mesmo tratamento que estes últimos. Nas suas aquisições de bens e serviços têm de suportar IVA nas mesmas condições que qualquer outra pessoa ou entidade.

Uma área em que, em particular, esta conclusão tem gerado grande controvérsia na União Europeia é a das **entidades holdings**.

O ponto de partida foi o acórdão do TJUE de 20-6-1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, no qual se declarou que uma holding que não exerce atividade econômica e limita-se a participar do capital de outras entidades, obtendo em contrapartida um dividendo, não tem o estatuto de sujeito passivo do IVA e também não o direito à dedução do IVA suportado. A mesma conclusão foi obtida no mais recente acórdão de 12-1-2017, MVM, C-28/16, relativo a uma entidade holding que, em relação à gestão das suas subsidiárias, não cobrou nem o custo dos serviços adquiridos a terceiros e usados para o efeito, contexto em que se declarou que a referida atividade não pode ser qualificada como econômica e, por tanto, a holding não tem direito a deduzir o IVA pago a montante relativamente a esses serviços.

A questão se complica quando as holdings detêm o capital de suas subsidiárias e, ao mesmo tempo, prestam-lhes diversos serviços. Neste caso, geralmente conhecido como holdings mistas, a prestação de serviços às filiais tem sido considerada como atividade econômica, o que levou ao TJUE a admitir a dedução do IVA na parte proporcional correspondente à referida atividade (acórdão de 13-3-2008, *Securenta*, C-437), possibilidade que se estendeu ao IVA pago pelas despesas relativas à aquisição de participações sociais em subsidiárias (acórdãos de: 16-7-2015, *Larentia + Minerva*, C-108/14; 5-7-2018, *Marle Participations*, C-320/17).

É interessante notar que para que este IVA suportado seja dedutível, os serviços recebidos devem estar relacionados com os serviços prestados às subsidiárias e incluídos no seu custo. Caso contrário, o referido IVA não será dedutível, conforme foi explicado no acórdão de 8-9-2022, *W*, C-98/21.

B. Direito à dedução e utilização parcial na atividade econômica

De forma mais geral, o que foi indicado para holdings é extensível a outros contribuintes; o uso ou consumo privado impede o direito à dedução. Este princípio é aplicável às pessoas ou entidades situadas completamente fora do escopo das atividades econômicas, bem como aos sujeitos passivos do IVA, neste caso, por referência a bens ou serviços adquiridos para seu uso privado ou não empresarial.

Não há, na Diretiva ou na jurisprudência comunitária, definição do que pode ser considerado como **consumo ou uso privado**; no entanto, existem julgamentos sobre as condições em que deve ser aceita a dedução do IVA correspondente a despesas gerais da atividade, que constam da secção III.A. Como veremos, é uma definição bastante ampla. Inversamente, poder-se-ia considerar como consumo privado tudo aquilo que nem sequer admite a sua classificação como despesa geral da atividade.

Esta é outra área em que tem se manifestado a amplitude do direito à dedução, é a dedução do IVA suportado por **despesas gerais**, isto é, as despesas com bens e serviços que não são utilizados diretamente nas saídas da atividade do sujeito passivo, mas fazem parte da sua estrutura operacional geral.

O primeiro julgamento que chegou ao TJUE sobre esta matéria foi o assunto *Midland Bank*, C-98/98, declarando-se que, em princípio, para que o sujeito passivo tenha direito à sua dedução é necessária a existência de uma relação direta e imediata entre uma determinada aquisição pela qual incide o IVA e uma ou mais vendas pela qual o IVA é cobrado aos clientes.

No entanto, o referido sujeito passivo também pode deduzir o IVA correspondente a serviços que não tenham sido utilizados para a realização de uma venda sujeita ao imposto, mas em atividades que são a sua consequência, desde que, através de elementos objetivos, esse sujeito passivo possa demonstrar que as despesas correspondentes integram o custo dos diversos elementos que compõem o preço das operações.

As quotas de IVA correspondentes às despesas relacionadas com a obtenção de uma compensação foram consideradas dedutíveis como despesas gerais da atividade, embora a sua obtenção não estivesse, como tal, sujeita a IVA.

Este critério tem sido posteriormente reiterado repetidamente pelo TJUE, admitindo a dedução do IVA pelas despesas gerais desde que os correspondentes bens ou serviços não excedam o necessário para permitir ao sujeito passivo realizar as transações tributáveis e cujo custo esteja incluído no preço dessas transações (acórdãos de: 26-5-2005, *Kretztechnik*, C-465/03; 29-10-2009, *SKF*, C-29/08; 22-10-2015, *Sveda*, C-126/14; 14-9-2017, *Iberdrola Inmobiliaria Inwestimentos Imobiliários*, C-132/16, ou 16-9-2020, *Mitteldeutsche Hartstein-Industrie*, C-528/19). É interessante notar que estes dois últimos casos se referiam a investimentos em infraestruturas públicas (a construção de uma estação de tratamento de águas residuais e a ampliação de uma estrada) que as empresas afetadas tiveram de financiar como condição necessária para o

desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, admitindo o TJUE a dedução do IVA suportado, apesar de se tratar de bens que não eram propriedade das empresas que tinham pagado o seu custo.

É importante insistir na **amplitude** com que o TJUE tem interpretado esse critério, como bem ilustrou, além dos acórdãos mencionados no parágrafo anterior, o de 25-11-2021, *Amper Metal*, C 334/20, no qual se declarou que o sujeito passivo pode deduzir o IVA suportado por publicidade quando esta tenha uma ligação direta e imediata com uma ou mais operações tributadas ou com o conjunto da sua atividade econômica, sem ter em conta que o preço faturado por tais serviços possa ser considerado excessivo face a um valor de referência definido pela administração fiscal nacional ou que esses serviços não tenham dado origem diretamente a um aumento do volume de negócios do sujeito passivo.

Voltando ao **uso ou consumo privado** no sentido europeu da expressão, o artigo da Diretiva que refere o direito a dedução aos sujeitos passivos é o anteriormente reproduzido artigo 168.º, assim como a jurisprudência do TJUE nesse sentido, que é reiterada (acórdãos de 12-2-2009, *Vereniging Noordelijke Land-en Tuinbouw Organisatie*, C-515/07, ou de 21-2-2013, *Becker*, C-104/12, entre outros).

É interessante notar que o próprio TJUE também admitiu como compatíveis com a Diretiva do IVA sistemas nacionais que permitem a dedução integral do IVA pago na aquisição de certos bens e serviços, desde que o uso privado posterior seja tributado (acórdãos de 16-12-2012, *van Laarhoven*, C-594/10, ou 16-2-2012, *Eon Aset Menidjmont*, C-118/11), o que normalmente se faz equiparando as operações gratuitas às onerosas, conforme também prevê a Diretiva.

Tal como acontece em muitas outras áreas dos sistemas fiscais, esta vertente exige uma adequada **acreditação** ou justificação por parte dos sujeitos passivos, a qual deve ser posteriormente verificada pela administração.

Em bens ou serviços cuja natureza dificilmente admite outro uso ou destino que não seja privado (determinados alimentos ou bebidas, por exemplo, quando não são adquiridos por empresas que os utilizam em seu ciclo produtivo), a aplicação do IVA é relativamente simples, tendo sido admitido pelo TJUE, conforme já explicamos, tanto a recusa *ab initio* do direito à dedução, como a sua admissão, desde que o uso privado esteja sujeito a IVA enquanto operação tributável.

Em outros casos, em que a afetação ou destino à atividade económica é mais complexa, a acreditação é igualmente complicada, cabendo ao contribuinte a sua justificação e à administração fiscal a sua análise. Voltaremos a esta questão mais adiante.

O artigo 176.º da Diretiva IVA se refere da mesma maneira ao tratamento das **despesas privadas**, anunciando um regulamento mais detalhado que deveria ter sido adotado (e nunca foi). O mesmo artigo acrescenta a exclusão *“do direito à dedução as despesas que não tenham carácter estritamente profissional, tais como despesas sumptuárias, recreativas ou de representação”*, bem como que, enquanto não for adoptada esta norma harmonizadora, os Estados da União poderão manter as suas próprias restrições. Essa falta de harmonização é relevante, pois cria diferenças entre os diversos Estados da União em esta área.

O TJUE, no entanto, tem sido relativamente flexível em admitir as exclusões previstas na regulamentação nacional no momento inicial de aplicação da Diretiva IVA (por todos, vamos mencionar o despacho de 17-9-2020, Super Bock Bebidas, C-837/19), sem outros limites senão a impossibilidade de acrescentar exclusões ao direito à dedução que antes não existiam (acórdãos de: 14-6-2001, Comissão v França, C-345/99 e C-40/00; 11-9-2003, Cookies World, C-155/01, ou de 22-12-2008, Magoora, C-414/07), até em situações em que a dedutibilidade do IVA pago era admitida por práticas administrativas (acórdãos de 8-1-2002, Metropol e Stadler, C-409/99, e de 12-11-2008, Danfoss e AstraZeneca, C-371/07), assim como a necessidade de especificar o alcance objetivo das restrições aplicáveis (acórdãos de 14-7-2005, Charles-Tijmens, C-

434/03, e de 15-4-2010, X Holding e Oracle Nederland, C-538/08 e C-33/09).

Adicionalmente, o artigo 177.º da Diretiva IVA permite, por razões conjunturais, que os Estados da União introduzam nos seus ordenamentos jurídicos **restrições temporárias** ao direito à dedução. Essas restrições, no entanto, não podem ser permanentes (acórdãos de 8-1-2002, Metropol e Stadler, C-409/99, e 14-9-2006, Stradasfalti, C-228/05), o que tem levado a ser uma opção pouco utilizada pelos Estados da União.

C. Efeito da conduta de terceiros no direito à dedução

a. Pagamento do imposto pelo fornecedor e direito à dedução

No modelo europeu de IVA, a dedução pelo destinatário dos bens ou serviços não está subordinada ao fato de o seu fornecedor tenha cumprido adequadamente as suas obrigações fiscais, ou seja, ao pagamento do imposto ao Tesouro Público. Assim tem sido reiteradamente afirmado pelo TJUE (começando com o acórdão de 12-1-2006, Optigen, Fulcrum Electronics and Bond House Systems, C-354/03, C-355/03 e C-484/03).

O mesmo pode ser dito em relação ao pagamento do preço aos fornecedores, conforme declarado pelo TJUE em seu acórdão de 29-3-2012, Véleclair, C-414/10, em geral e de 28-7-2011, Comissão v Hungria, C-274/10, em relação às restituições dos excedentes de IVA.

Para a dedução do IVA, portanto, é suficiente a compra de bens ou serviços para os quais seja recebida uma fatura com o imposto. O pagamento ao fornecedor do valor desta fatura, bem como o fato de o fornecedor pagar o que deve à Fazenda Pública, são irrelevantes para efeitos do direito à dedução. O anterior deve ser entendido, logicamente, sem prejuízo do fato de que a falta de pagamento de fatura possa conduzir à regularização da dedução efetuada e de que a participação consciente em fraudes praticadas por

terceiros possa também privar ao sujeito passivo do seu direito à dedução do IVA.

b. Em particular, as transações fraudulentas e os casos de abuso do direito

Essa **relativa independência** entre o comportamento do fornecedor de bens e serviços e seu cliente, entretanto, **não é total**. Caso este último, o sujeito passivo que pretende deduzir o IVA suportado nas suas compras, soubesse ou pudesse saber que participava, ainda que indiretamente, em um esquema de fraude fiscal, o direito à dedução pode ser recusado. Esta participação indireta é o que ocorre quando se adquirem bens e serviços a fornecedores desonestos sabendo que o IVA documentado nas faturas recebidas não será por eles pago, gerando, no entanto, um IVA dedutível nos clientes tributáveis.

A jurisprudência do TJUE sobre a matéria é reiterada, a começar pelo acórdão de 12-1-2006, *Optigen, Fulcrum Electronics e Bond House Systems*, C-354/03, C-355/03 e C-484/03, no qual se estabeleceu que o IVA suportado por bens adquiridos em operações correspondentes a fraudes em cadeia é dedutível se o adquirente não tivesse conhecimento nem pudesse ter conhecimento do carácter fraudulento das operações.

Em assuntos posteriores, o TJUE reiterou que unicamente quando se prove, através de dados objetivos, que em uma venda de bem ou serviços a um sujeito passivo, este sabia ou deveria saber que, através da sua aquisição, participava em uma operação que integrava uma fraude tributária, o IVA assim liquidado é não dedutível (acórdãos de 6-7-2006, *Kittel e Recolta*, C-439/04 e C-440/04, 21-6-2012, *Mahagében e Dávid*, C-80/11 e C-142/11, 19-10-2017, *Pa-per Consult*, C-101/16, ou de 27-6-2018, *SGI*, C-459/17 e C-460/17, entre outros).

A mera circunstância de o vendedor de um imóvel se encontrar em dificuldades financeiras, ou mesmo em situação de insolvência, podendo esta circunstância ter como consequência que o

vendedor não pagasse o IVA ao Tesouro Público, não justifica, por si mesma, a negação ao comprador o direito à dedução (acórdão de 15-9-2022, UAB “HA.EN.”, C-227/21).

As autoridades fiscais são responsáveis pelo credenciamento, com base em dados objetivos, de que o contribuinte sabia ou poderia saber que as operações em que participou eram parte de uma fraude. A verificação destas circunstâncias e a recusa do direito à dedução competem ao tribunal nacional.

Esta construção jurisprudencial, normalmente designada por **teoria do conhecimento**, admite diversas nuances, que dependem da situação específica que deu origem à questão prejudicial e que vão desde situações em que não houve operação (acórdão de 31-1-2013, Stroy trans, C-642/11) até outras em que houve, efetivamente, uma entrega de mercadorias, mas as irregularidades eram formais (acórdãos acima mencionados).

Uma **situação diferente**, que também tem gerado disputas quanto ao direito à dedução e ao princípio da neutralidade, é a validade de estruturas jurídicas, formalmente legais, mas implementadas com o principal ou único objetivo de obter uma vantagem fiscal. É importante destacar, para diferenciá-las das anteriores, que essas estruturas não se baseiam na fraude fiscal mais grosseira, que consiste no não pagamento dos tributos devidos, mas aproveitam as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico para obter benefícios que podem ser considerados contrários à legislação tributária. Um bom exemplo do anterior é, no caso da aquisição de imóveis por entidades isentas (por exemplo, as financeiras), apresentar uma empresa que seja a adquirente do imóvel, deduza todo o IVA pago na compra ou construção e, a continuação, o aluga em um longo prazo para a instituição financeira. Esta empresa intermediária, que normalmente é uma subsidiária da instituição financeira, obtém o reembolso do IVA, o que é uma vantagem importante. O grupo financeiro obtém ainda uma vantagem financeira relevante, ao adiar no tempo consideravelmente o impacto do IVA não dedutível.

Essas estruturas, geralmente conhecidas na União Europeia como **abuso de direito**, foram analisadas pelo TJUE, que permitiu

que as autoridades fiscais nacionais as rejeitassem, indicando, nesse caso, a obrigação do restabelecimento da situação tributária à que teria ocorrido caso não fosse implementada a estrutura abusiva discutida (acórdãos de: 21-2-2006, Halifax e outros, C-255/02, ou University of Huddersfield, C-223/03, da mesma data; 27-10-2011, Tanarch, C-504/10, ou 22-11-2017, Cussens e outros, C-251/16).

O TJUE, no entanto, tem sido bastante prudente ao negar a validade fiscal dos negócios ou contratos celebrados entre contribuintes, como demonstram os acórdãos de 22-12-2010, RBS Deutschland Holdings, C-277/09, ou Weald Leasing, C-103/09, da mesma data.

O elemento objetivo do direito à dedução

A. Princípio geral dos pagamentos fracionados: a utilização em operações geradoras de direito à dedução e o recebimento de rendimentos fora do escopo do IVA

O sistema de deduções do IVA na União Europeia é um **regime de dedução financeira**, em que o IVA correspondente à aquisição de bens e serviços é dedutível sem ter de esperar que a empresa venda os seus próprios bens e serviços. Por referência a cada período de apuração, os sujeitos passivos devedores do imposto calculam a diferença entre o IVA das suas vendas e o IVA suportado nas suas compras, resultando no saldo a ser pago ao Tesouro ou cujo reembolso é pedido. Esse mecanismo também é conhecido como sistema de pagamentos fracionados.

É assim que o IVA percorre a cadeia produtiva, tributando o valor acrescentado em cada uma das suas fases e chegando ao consumidor final, que é quem, em última instância, suporta o ónus do imposto. Essa característica, por outro lado, é comum a todos os impostos de consumo multifásicos ou não cumulativos, combinando **generalidade na tributação** das operações com **amplitude no crédito tributário**, que é precisamente o que garante a não cumulatividade.

Uma consequência direta do anterior é que, quando as **operações** são **isentas**, em que não há IVA na venda, também não há dedução do IVA correspondente aos bens e serviços utilizados na sua realização. Tal resulta do disposto no artigo 168.º da Diretiva IVA, quando estabelece quais são as operações que dão direito à dedução e não inclui as operações isentas, tendo também sido des-tacado pelo TJUE em acórdãos como os de: 6-4-1995, BLP Group, C-4/94; 29-10-2009, SKF, C-29/08 ou 28-11-2013, MDDP, C-319/12 (este último caso respeito a uma isenção nacional contrária ao direito da União, se acrescentando que, no entanto, o sujeito passivo pode invocar a incompatibilidade da norma nacional com a Diretiva para que esta não seja aplicada, hipótese na qual os serviços educativos prestados estarão sujeitos a IVA e o sujeito passivo poderá beneficiar do direito à dedução do IVA suportado).

Logicamente, esta restrição não se aplica às isenções aplicáveis às operações de comércio internacional, exportações e vendas entre diferentes Estados da União Europeia, muitas vezes consideradas também como tributadas à taxa zero.

Importa não confundir o anterior com a possibilidade de limitar do direito à dedução pela simples circunstância de a empresa auferir **outras entradas não sujeitas a IVA** por não constituir a contrapartida de entregas de bens ou serviços tributados pelo imposto. Em geral, o TJUE tem negado essa possibilidade, mesmo nos casos em que a regulamentação de alguns Estados da União assim o tinha assim estabelecido (acórdãos de: 21-9-1988, Comissão v França, C-50/87; 6-10-2005, Comissão v Espanha, C-204/03; ou 23-4-2009, PARAT Automotive Cabrio, C-74/08).

É preciso esclarecer que no caso de a **totalidade ou a maior parte** dos rendimentos da atividade não serem tributados no IVA, a conclusão anterior pode ser corrigida, devendo, nesse caso, ser recusada a dedução do IVA suportado, como assim foi declarado pelo TJUE nos assuntos C-520/14, Gemeente Borsele, ou de 16-9-2021, Balgarska natsionalna televizija, C 21/20. Esse mesmo critério tem sido aplicado pelo TJUE quando a inexistência de operações tributáveis se refere apenas a parte específica da atividade, em particular, um fundo universitário financiado exclusivamente por doações e

dotações, relativamente ao qual foi negada a eventual dedução do IVA suportado pelas próprias despesas de gestão do fundo (acórdão de 3-7-2019, *The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge*, C-316/18).

Conforme já se falou, é também interessante notar que no modelo europeu de IVA **não existe** um conceito de **imunidade** que permita receber bens e serviços sem pagar IVA ao fornecedor. Em particular, as administrações públicas são equiparadas a consumidores finais, pelo que são obrigadas a suportar o custo do IVA nas suas aquisições de bens e serviços e não podem recuperá-lo. É o que atestam os dois casos citados no início do parágrafo anterior, nos quais o TJUE declara expressamente a impossibilidade de dedução do IVA pago a fornecedores no caso de uma prefeitura que subcontrata o serviço de transporte público ou de uma televisão pública.

B. Operações isentas e dedução proporcional

a. Princípio geral da dedução proporcional e suas modalidades

Partindo do princípio de que as operações isentas não geram direito à dedução do IVA suportado, um elemento que gera polémica na União Europeia é a especificação dessa limitação, nomeadamente, quando o sujeito passivo realiza conjuntamente operações isentas e outras que não o são. Esta especificação é normalmente feita através da aplicação de algum tipo **de dedução proporcional**, a que se referem os artigos 173.º e seguintes da Diretiva IVA.

O princípio estabelecido pela Diretiva é simples: o IVA correspondente aos bens e aos serviços utilizados por um sujeito passivo para efetuar tanto operações com direito à dedução como outras que geram o referido direito só será admitido relativamente à parte do IVA proporcional ao montante respeitante à primeira categoria. O pro rata de dedução é assim determinado em proporção aos valores relativos dos negócios correspondentes às operações isentas que não geram o direito à dedução e às demais.

Na concepção do regime das deduções proporcionais, os Estados da União Europeia tendem a recorrer a **técnicas mais sofisticadas** ou precisas, que procuram tornar a dedução do IVA o mais ajustada possível à utilização dos bens e serviços recebidos. Estas técnicas são habitualmente especificadas: i) na definição de setores diferenciados quando as atividades dos contribuintes são substancialmente diferentes quanto ao regime de deduções, ii) na especificação do direito à dedução com base na utilização individual e específica de cada bem ou serviço adquirido, ou iii) na utilização de critérios de dedução proporcional diferentes dos valores relativos dos negócios correspondentes às operações isentas e demais.

Esta possibilidade de recurso a métodos mais precisos, prevista na Diretiva do IVA como opção, tem sido também aceita pelo TJUE, como ilustra o acórdão de 8-11-2012, BLC Baumarkt, C-511/10 (critério reiterado o 18-10-2018, no julgamento Volkswagen Financial Services (Reino Unido), C-153/17), que admite a referência ao número de metros quadrados atribuídos a um e outro uso, havendo isenção, desde que o método escolhido garanta uma determinação mais precisa da referida dedução proporcional.

Da mesma forma, foi afirmado que a Diretiva não se opõe às regras e práticas nacionais que impõem a um sujeito passivo aplicar a todos os bens e serviços por ele adquiridos uma quota-parte dedutível baseada no volume de negócios, sem prever um método de cálculo baseado na natureza e no destino efetivo de cada um dos bens e serviços adquiridos (acórdão de 14-12-2016, Mercedes Benz Italia, C-378/15).

b. Operações a serem computadas para o cálculo da dedução proporcional: em particular, as operações financeiras e as vendas de bens de investimento

Duas áreas específicas em que surgiram controvérsias importantes quando a porcentagem de dedução proporcional deve ser determinada são as de operações financeiras e as transmissões de bens de investimento.

Começemos pelas **operações financeiras**, normalmente isentas de IVA, e que podem limitar o direito à dedução, como já explicado. É interessante notar que, com base no princípio da neutralidade, o TJUE estabeleceu que a isenção é aplicável tanto quando essas operações são realizadas por entidades financeiras quanto quando são realizadas por outros contribuintes. Neste segundo caso é quando surge a dúvida quanto à eventual incidência na dedução do IVA pago, isto é, se um sujeito passivo, que não é uma entidade financeira, pode ver o seu direito à dedução limitado em resultado da realização de operações financeiras isentas.

A Diretiva IVA indica que essas operações não serão computadas no pro rata e, portanto não limitarão o direito à dedução, no caso de operações **acessórias**, o que tem sido analisado pelo TJUE em assuntos como: Régie Dauphinoise, assunto C-306/94; EDM, assunto C-77/01; 29-10-2009, SKF, C-29/08, ou Mercedes Benz Italia, C-378/15. O critério geral é o da consideração no pro rata das operações e, com ela, a limitação do direito à dedução, quando suponham uma extensão direta, permanente e necessária da atividade económica, ou seja, quando o negócio não seja viável ou não possa ser compreendido sem o acréscimo das receitas correspondentes a essas atividades. Obviamente, a especificação desse critério depende das circunstâncias do assunto considerado.

Vale lembrar que os rendimentos fora do escopo de aplicação do IVA não são considerados para esses fins, conforme especificado pelo TJUE em relação à obtenção de **dividendos** por entidades holding em acórdãos de 22-6-1993, Sofitam, C-333/91, 14-11-2000, Floridienne e Berginvest, C-142/99, ou 27-9-2001, Cibo Participations, C-16/00.

As situações em que, efetivamente, as operações financeiras devem ser incluídas no denominador da percentagem de dedução proporcional, por vezes, suscitam dúvidas quanto ao **valor a apurar** (a dificuldade em quantificar a sua base tributável é precisamente uma das razões que habitualmente justificam a isenção de operações financeiras, argumento relativamente falacioso quando, pela sua isenção, há que determinar o seu impacto no direito à dedução).

Mais uma vez, a questão depende da legislação de cada Estado; porém, é admissível que os valores computáveis sejam determinados pela margem da atividade obtida em determinado período de apuração, como ilustra o acórdão de 14-7-1998, First National Bank of Chicago, C-172/96, relativo a operações de câmbio entre outras possibilidades adotadas pelos Estados da União em suas legislações para o efeito.

Os **bens de investimento** podem ter valores muito consideráveis na sua transmissão, pelo que o cálculo do seu valor no momento da venda pode distorcer o cálculo do pro rata. Por esta razão, a Diretiva os exclui.

Esta exclusão não é aplicável quando os bens são transmitidos como parte inerente do negócio, isto é, quando a venda constitui uma parte necessária, direta e permanente da atividade (acórdãos de 6-3-2008, Nordania Finans e BG Factoring, C-98/07, ou 29-10-2009, NCC Construction Dinamarca, C-174/08).

C. Ajustes de deduções

A dedução inicialmente deverá ser regularizada quando for superior ou inferior à dedução a que o sujeito passivo tinha direito. Este ajustamento das deduções está regulado nos artigos 184.º a 186.º e 192.º da Diretiva, em geral, e 187.º a 191.º quando se refere a bens de investimento.

Os artigos 184 e 185 contemplam o ajuste nas deduções em relação às **despesas correntes**, ajuste que tem que ser feito quando se verificarem, após a declaração de IVA, alterações dos elementos tomados em consideração para a determinação do montante das deduções, por exemplo no caso de anulação de compras ou de obtenção de abatimentos nos preços (acórdão de 28-2-2018, T - 2, C-396/16) o furto das mercadorias adquiridas (acórdão de 4-10-2012, PIGI, C-550/11).

Esses ajustes são mais complexos no caso dos **bens de investimento**.

É interessante destacar, a este respeito, duas questões: i) o **IVA suportado** na aquisição de bens de investimento é **total e imediatamente dedutível**, sem qualquer diferença relativamente às despesas correntes, razão pela qual se costuma dizer que o IVA é mais desenvolvido do que outros impostos sobre o consumo, uma vez que não desencoraja o investimento empresarial (esta é outra manifestação do princípio da não cumulatividade no tempo), e ii) o IVA sobre bens de investimento deve ser **ajustado posteriormente**, dentro de um determinado prazo (de até 20 anos), no caso dos contribuintes que efetuem operações que limitem o seu direito à dedução, segundo a evolução da percentagem de dedução proporcional, bem como quando os referidos bens sejam transmitidos no referido prazo.

D. Direito à dedução e repercussão do IVA

No modelo europeu de IVA, o direito à dedução inclui o **IVA suportado** pelos bens e serviços recebidos, IVA suportado que é o IVA consignado pelos fornecedores nas faturas por estes emitidas.

No momento inicial, o fato de ter pagado ou não o IVA incluído nas faturas recebidas é irrelevante para a sua dedução. Consequentemente, uma vez recebidas as faturas correspondentes às aquisições de bens e serviços, o IVA nelas incluído é dedutível, quer tenha sido pago ou não.

O anterior é relevante tanto na concepção do sistema como no elemento temporal do direito à dedução, uma vez que facilita a coincidência da dedução do IVA com o pagamento aos fornecedores, o que incentiva o respeito pelo princípio da não cumulatividade ou neutralidade, neste caso, do ponto de vista temporal.

Em caso de falta de pagamento a fornecedores, pode ser negado o direito à dedução, conforme previsto no artigo 185.º da Diretiva do IVA (e confirmado no acórdão do TJUE de 15-10-2020, E., C-335/19). É interessante notar que neste caso também é reconhecido aos fornecedores o direito à recuperação do IVA declarado

e pago ao Tesouro Público, mas não recebido dos seus clientes (artigo 90.º da Diretiva, que também deu origem a copiosa jurisprudência do TJUE a respeito de seus elementos definidores).

Ao mesmo tempo, o IVA dedutível é aquele suportado por **repercussão direta**. Nos sistemas de **dedução física**, esta exigência não é tão importante, uma vez que a dedução se limita ao IVA correspondente aos bens e serviços utilizados nos produtos comercializados pela empresa. No regime de **dedução financeira**, onde esta relação direta não é necessária, é mais importante a necessidade de o IVA dedutível ser exclusivamente o suportado pelo contribuinte, tendo assim sido reconhecida pela jurisprudência comunitária (acórdãos de 8-11-2001, Comissão v Holanda, C-338/98, ou 10-3-2005, Comissão v Reino Unido, C-33/03).

Só em casos muito específicos, em que o IVA tenha sido pago pelos sócios de uma sociedade ainda em fase de constituição (acórdão de 1-3-2012, Polski Trawertyn, C-280/10) ou uma sociedade tenha sido obrigada a constituir um fundo de pensões para os seus trabalhadores (acórdão de 18-7-2013, PPG Holdings, C-26/12), foi admitida a dedução de IVA não suportado diretamente pelos sujeitos passivos que pretendam deduzi-lo.

Uma consequência direta do acima exposto é que o **IVA cobrado por engano ou incorretamente** não é dedutível. Isso é estabelecido pelas Leis nacionais de IVA na UE e também foi declarado pelo TJEU (acórdãos de: 15-3-2007, Reemtsma Cigarettenfabriken, C-35/05; 7-10-2010, Loyalty Management UK e Baxi Group, C-53/09 e C-55/09, ou de 26-4-2017, Farkas, C-564/15). Nestes casos, é o vendedor que deve devolver o IVA diretamente ao seu cliente. No entanto, caso seja excessivamente difícil ou impossível, as autoridades fiscais devem admitir esta reclamação ao destinatário da operação.

O direito à dedução no tempo

A. Nascimento e prazo para o direito à dedução, dedução de acordo com o destino previsível e correção

Outra consequência do sistema de dedução financeira existente na União Europeia é a necessidade de definir o momento em que surge o direito à dedução do IVA correspondente às compras, momento este que, normalmente, será anterior à data de comercialização dos produtos da empresa adquirente. O **nascimento do direito à dedução** está geralmente ligado à realização do **fato gerador correspondente às aquisições** de bens e serviços pelas quais o imposto se suporta ou à emissão da fatura pelos fornecedores, o que ocorrer primeiro.

É o que declara o artigo 167.º da Diretiva IVA quando estabelece que: *“O direito à dedução surge no momento em que o imposto dedutível se torna exigível”*.

Já nos adiantamentos, que dão origem à exigibilidade do IVA ao fornecedor, surge também o direito à dedução para o cliente (sem prejuízo de que, caso a operação em causa acabe por não ser realizada, é necessário regularizar esta dedução, conforme afirma o TJUE em seu acórdão de 13-3-2014, FIRIN, C-107/13). De forma mais geral, exigibilidade do IVA e obrigação de pagamento por parte do fornecedor e nascimento do direito à dedução no cliente coincidem no tempo (o acórdão de 10-2-2022, Grundstücksgemeinschaft Kollaustraße 136, C-9/20, assim o declara expressamente).

Como já apontamos, nascido o direito à dedução, o IVA é dedutível mesmo que o pagamento ainda não tenha sido efetuado (acórdão de 29-3-2012, Véleclair, C-414/10) e independentemente de quando a fatura retificadora, que completa dados que não foram inseridos corretamente no momento inicial da dedução, seja recebida (acórdão de 15-9-2016, Senatex, C-518/14).

A **determinação** do direito à dedução deve ser feita no **momento do seu nascimento**. Este critério tem duas consequências:

1ª. O destinatário dos bens ou serviços deve ser um **sujeito passivo naquele momento**. Os bens e serviços adquiridos sem intenção de utilizá-los no exercício de uma atividade econômica, quando o adquirente ainda não se tenha tornado sujeito passivo de IVA, não geram IVA dedutível (acórdão de 8-2-2007, Investrand, C-435/05). Esta limitação pode ser chocante, mas explica-se pelo sistema de deduções financeiras que está regulamentado na Diretiva do IVA, pois caso não existisse, os novos contribuintes poderiam tentar deduzir o IVA correspondente a despesas anteriores, não relacionadas com a sua atividade econômica.

2ª. No âmbito da atividade econômica, a dedução do IVA deve ser efetuada com base no **destino previsível** dos bens e serviços adquiridos; sem prejuízo da sua modificação caso o destino real seja outro.

As consequências de um **destino final diferente** do previsível quando foram adquiridos os bens e serviços pelos quais o IVA foi pago foram analisadas pelo TJUE, distinguindo se a mudança de destino responde à vontade do contribuinte ou não.

Assim, quando se verificar que os bens ou serviços recebidos acabam por ser utilizados, por decisão do sujeito passivo, em operações que não gerem direito à dedução (por exemplo, a concessão de crédito isento), o IVA inicialmente deduzido deve ser regularizado, de forma a evitar “vantagens injustificadas” ou “prejuízos injustificados” para o contribuinte, seja qual for a intenção inicial (acórdão de 12-11-2020, Sonaecom, C-42/19).

Se, pelo contrário, a alteração ocorrer por motivos alheios à vontade do contribuinte, não é necessária a correção da dedução inicialmente efetuada (acórdãos de: 29-2-1996, INZO, C-110/94, 15-1-1998, Ghent Coal Terminal, C-37/95; 8-6-2000, Breitsohl, C-400/98; 17-10-2018, Ryanair, C-249/17, ou de 12-11-2020, ITH, C-734/19), em particular, quando assim acontece devido a uma mudança na legislação nacional aplicável, em este caso em aplicação do princípio da segurança jurídica (acórdão de 8-6-2000, Schloßstraße, C-396/98). Nos seus mais recentes acórdãos, e como

já explicámos, o TJUE tem distinguido consoante as circunstâncias que se apresentam respondam ou não à vontade do contribuinte.

O exercício deste direito à dedução pode estar **sujeito a um prazo**, como normalmente é feito pelas leis dos Estados da União, findo o qual, deverá considerar-se extinto. Assim é exigido pelo princípio da segurança jurídica e tem sido declarado da mesma forma pelo TJUE (acórdãos de: 8-5-2008, Ecotrade, C-95/07 e C-96/07; 12-7-2012, EMS Bulgaria Transport, C-284/11; 28-7-2016, Astone, C-332/15, ou 7-7-2022, X, C-194/21), desde que sejam respeitados os princípios da equivalência – os direitos conferidos pelo Direito da União não podem receber tratamento pior do que os reconhecidos pelas normas nacionais–, e da eficácia – o exercício do direito à dedução não pode tornar-se impossível ou excessivamente difícil-.

A limitação anterior também tem suas nuances, principalmente quando são desenvolvidos procedimentos de auditoria fiscal ou fiscalização. Neste caso, o princípio da eficácia tem levado o TJUE a admitir que, quando é exigido um IVA complementar a um sujeito passivo e este, em consequência de ato administrativo, emite faturas complementares ou retificativas, através das quais exige o diferencial de IVA aos seus clientes, estes clientes podem deduzir este IVA diferencial, mesmo que tenha sido ultrapassado o prazo de prescrição para a dedução (acórdãos de 21-3-2018, Volkswagen, C-533/16, ou 12-4-2018, Biosafe – Indústria de Reciclagens, C-8/17).

Os bens e serviços devem ter sido adquiridos pelos contribuintes com a **intenção de utilizá-los na atividade econômica**. Caso contrário, o IVA suportado não é dedutível (acórdãos de 11-7-1991, Lennartz, C-97/90, e de 2-6-2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, C-378/02).

A determinação de saber se, em um determinado caso, um sujeito passivo adquiriu bens para efeitos da sua atividade econômica ou não é uma questão de fato que deve ser apreciada tendo em conta todas as circunstâncias do caso, incluindo a natureza dos bens em causa e o período compreendido entre a aquisição dos bens e a sua utilização real para efeitos da atividade econômica do sujeito

passivo, que não precisa necessariamente ser imediato (acórdão de 22-3-2012, Klub, C-153/11).

A negativa do direito à dedução é compatível com o Direito da União quando o sujeito passivo é livre de afetar um bem à atividade empresarial e não fez o que era necessário, por decisão expressa ou por meio de indícios suficientes, de modo a que a administração fiscal competente esteja em condições de verificar que ocorreu a referida **afetação**, o mais tardar no termo do prazo legal apresentação da declaração anual de IVA (acórdão de 14-10-2021, E e Z, C-45/20 e C 46/20).

B. O direito à dedução e o desenvolvimento da atividade econômica no tempo: atividades preparatórias e fim da atividade econômica

A **neutralidade no tempo** é também garantida em relação ao desenvolvimento mesmo das atividades econômicas. Consequentemente, o IVA incorrido na aquisição de bens e serviços que vão ser utilizados em **atividades ainda não iniciadas** é imediatamente dedutível. O primeiro acórdão ao respeito é o de 14-2-1985, Rompelman, C-268/83, no qual se declarou que tais aquisições já podem ser consideradas como atividade econômica por si mesmas, adicionando-se que qualquer outra interpretação implicaria uma discriminação entre aquisições anteriores ao início das operações ativas e aquelas que ocorrerem posteriormente, o que seria contrário ao princípio da neutralidade. Esta dedução foi aceita embora o uso efetivo na atividade econômica dos bens ou serviços recebidos esteja atrasada no tempo (acórdão de 22-3-2012, Klub, C-153/11).

Esta amplitude do direito à dedução foi estendida ao IVA suportado em estudos de viabilidade após os quais se tenha decidido não iniciar a atividade econômica (acórdão de 29-2-1996, INZO, C-110/94) ou a investimentos em atividades definitivamente não iniciadas por problemas financeiros (acórdãos de 8-6-2000, Breitsohl, C-400/98, ou de 17-10-2018, Ryanair, C-249/17).

A flexibilidade deste critério foi mais recentemente qualificada (acórdão de 6-10-2022, Vittamed technologijos, C-293/21), ao aceitar a recusa do direito à dedução do IVA pago pela aquisição de bens ou serviços destinados à produção de bens de investimento, caso, em consequência da sua liquidação e do cancelamento do registo de contribuintes do IVA, os ativos de investimento criados não foram e nunca serão utilizados em atividades econômicas tributadas (provavelmente porque os bens e serviços recebidos nunca foram transmitidos após o abandono da atividade).

Idêntico critério de flexibilidade no direito à dedução é aplicado ao **fim da atividade econômica**, admitindo-se a dedução do IVA correspondente a despesas direta e imediatamente relacionadas com a atividade que se desenvolveu, desde que não haja intenção de fraude ou abuso (acórdão de 3-3-2005, Fini H, C-32/03).

Conclui-se que, com algumas exceções de natureza residual, o princípio da neutralidade também se projeta na perspectiva temporal do direito à dedução, garantindo-o independentemente do momento em que o IVA é incorrido face ao momento específico de desenvolvimento da atividade econômica.

C. A devolução do IVA: princípios gerais, regulação pelos Estados-Membros e faculdades de verificação das autoridades fiscais, interesses por atraso

Outra das consequências do regime de deduções financeiras em vigor na União Europeia é a possibilidade, que ocorre com muita frequência, de o IVA suportado pelos sujeitos passivos ser superior ao IVA correspondente às suas vendas. Quando isso ocorre, gera-se um saldo ou **diferença a favor do sujeito passivo** que deve ser devolvido, pois só assim poderá ser respeitado o princípio da neutralidade no tempo.

Esta situação é regulada pelo artigo 183.º da Diretiva IVA, que estabelece que: *“Quando o montante das deduções exceder o montante do IVA devido relativamente a um período de tributação, os Estados-Membros podem efetuar o reporte do excedente para o*

período seguinte, ou proceder ao respectivo reembolso nas condições por eles fixadas”.

Reitera-se a jurisprudência do TJUE proferida em relação a este artigo ao afirmar que o regime de reembolso do excedente de IVA fixado por cada Estado-Membro deve permitir ao sujeito passivo recuperar, em condições adequadas, a totalidade do crédito resultante desse excedente de IVA. O anterior implica que o reembolso seja efetuado em um **prazo razoável**, mediante pagamento em numerário ou equivalente e que, em todo o caso, a forma de restituição que se adopte não deverá representar qualquer risco financeiro para o contribuinte (acórdãos de: 25-10-2001, Comissão v Itália, C-78/00; 10-7-2008, Sosnowska, C-25/07; ou 12-5-2011, Enel Maritsa Iztok 3, C-107/10).

Cabe aos Estados da UE configurarem os **procedimentos de devolução** (acórdão de 18-10-2012, Mednis, C-525/11, entre outros). No entanto, nesta configuração estão obrigados a respeitar os **princípios gerais do Direito da União**, em particular, o da neutralidade, que temos vindo a explicar.

Nesse sentido, o TJUE tem declarado incompatíveis com o direito da União **medidas específicas** como a restituição de saldos de IVA por meio da entrega de títulos de dívida pública com maturidades de 5 e 10 anos (acórdão de 25-10-2001, Comissão v Itália, C-78/00), a extensão de 60 a 180 dias, a contar da data de entrega da declaração de IVA, do prazo de que as autoridades fiscais nacionais dispõem para reembolsar o excedente IVA aos novos contribuintes, salvo se constituírem garantia de montante determinado, garantia que não é exigida aos restantes contribuintes (acórdão de 10-7-2008, Sosnowska, C-25/07), ou condicionar a devolução do excedente de IVA ao fato de os sujeitos passivos terem efetivamente pago aos seus fornecedores a contrapartida correspondente aos bens e serviços adquiridos (acórdão de 28-7-2011, Comissão v Hungria, C-274/10).

O **combate à fraude fiscal** é também, como já dissemos, um dos princípios da União, tendo especial incidência nesta área, como é lógico e tem sido reconhecido pelo TJUE em matéria de

reembolsos de IVA, apontando, no entanto, a necessidade de se proceder a uma análise específica da situação antes de serem adotadas medidas como a apreensão dos reembolsos (acordão de 18-12-1997, *Garagem Molenheide* e outros, C-286/94) ou o seu atraso, excluindo a sua generalização até a apresentação pelo sujeito passivo da declaração anual de IVA, o que foi considerado contrário ao princípio de proporcionalidade (acordão de 18-10-2012, *Mednis*, C-525/11).

Acrescenta-se que, conforme declarado quanto à dedução do IVA, o direito à restituição do IVA excedente extingue-se por omissão, conforme consta do acordão de 21-1-2010, *Alstom Power Hydro*, C-472/08, em que o TJUE declarou que um **prazo de prescrição** de três anos para solicitar o reembolso do IVA pago indevidamente é compatível com a legislação da UE. O mais recente acordão de 23-4-2020, *Sole-Mizo*, C-13/18 e C-126/18, é pronunciado da mesma forma, embora por referência a um prazo de cinco anos.

Apesar de todas as considerações anteriores, pode acontecer que a devolução do excedente do IVA seja adiada. Quando tal ocorre, os Estados da UE são obrigados a pagar **interesses por atraso**, pagamento que completa o regime anterior e visa garantir que o sujeito não sofra as consequências financeiras do atraso, em conformidade com o acima indicado.

O pagamento de interesses por atraso tem sido especialmente controverso quando existem **ações de fiscalização** que geram atraso na devolução de excedentes de IVA. Nessa situação, o princípio geral já estava estabelecido no acordão de 18-12-1997, *Garagem Molenheide* e outros, C-286/94, em que foi afirmado que seria contrário ao princípio da proporcionalidade calcular os juros devidos pela Fazenda Pública em uma situação de apreensão dos reembolsos sem tomar como data inicial de cálculo o dia em que normalmente teria sido devido o saldo do IVA.

De um modo mais geral, a Diretiva IVA opõe-se à redução do montante dos juros normalmente devidos por **circunstâncias não imputáveis ao do sujeito passivo** (acordão de 28-2-2018, *Nidera*, C-387/16).

É incompatível com estes critérios um sistema de cálculo de juros de mora sobre reembolsos que faz com que, em caso de procedimentos de fiscalização, o início da sua apuração apenas ocorre na data da sua conclusão (acordão de 12-5-2011, Enel Maritsa Iztok 3, C-107/10) ou quando o relatório formal da fiscalização ser entregue ao sujeito passivo, ainda que a duração do procedimento de investigação fiscal seja excessiva e não possa ser imputada à conduta do sujeito passivo (acordão de 6-7-2017, Glencore Agricultura Hungria, C-254/16).

Adicionalmente, a possibilidade de aplicar uma **taxa de juros** equivalente à taxa básica do banco central nacional tem sido considerada contrária ao Direito comunitário quando, por um lado, esta taxa é inferior à que um sujeito passivo que não seja instituição de crédito teria de pagar para receber um empréstimo de montante igual e, por outro lado, os juros não compensam a depreciação monetária (acordão de 23-4-2020, Sole-Mizo, C-13/18 e C-126/18).

A devolução dos excedentes a favor dos contribuintes insere-se, como vimos, nos mesmos princípios do direito à dedução do IVA pago, conforme deduz da Diretiva e tem sido também indicado pelo TJUE. Aspectos como a celeridade no processamento das declarações, minimizando assim os prejuízos financeiros que de outra forma ocorreriam, ou a compensação através do pagamento de juros de mora que compensem aos sujeitos passivos pelo atraso na devolução, são essenciais a este respeito.

O direito à dedução no espaço. Reembolso a sujeitos passivos não estabelecidos

A generalização da **tributação no destino** na União Europeia faz com que sejam raros os casos em que sujeitos passivos de uns Estados tenham de suportar IVA correspondente a outros Estados; no entanto, quando tal ocorre (por exemplo, um empresário alemão se desloca a Espanha para assistir a um congresso e se aloja em um hotel), existe um **procedimento** para o reembolso do IVA assim pago. Este IVA é sempre devolvido pelo Estado que o recolheu.

Na aplicação deste procedimento deve ser respeitado o **princípio da neutralidade entre empresas** estabelecidas e não estabelecidas no Estado de restituição, evitando-se reembolsos que não seriam adequadas devido à atividade total ou parcialmente isenta do contribuinte (acórdãos de 26-9-1996, Debouche, C-302/93, ou de 13-7-2000, Soci  t   Monte Dei Paschi Di Siena, C-136/99).

Neste caso, existe tamb  m uma Diretiva Comunit  ria espec  fica (a Diretiva 2008/9, de 12-2-2008) que regula o **procedimento de restitui  o** e, o que    mais importante, a **coopera  o entre os Estados** da Uni  o, que neste caso    muito intensa, uma vez que os pedidos s  o apresentados nos Estados de resid  ncia dos contribuintes, pedidos que s  o encaminhados aos Estados de reembolso, que s  o os respons  veis pela devolu  o efetiva.

Requisitos formais e direito    dedu  o

O modelo de IVA existente na UE configura a dedu  o do IVA pago com uma grande amplitude, como temos j   explicado. Esta dedu  o apresenta-se como uma das mais importantes manifesta  es do princ  pio da neutralidade, que por sua parte    um dos princ  pios centrais na constru  o do IVA na UE.

Esta amplitude do direito    dedu  o do IVA completa-se, no entanto, com **importantes requisitos formais**, que visam dotar as autoridades fiscais das informa  es necess  rias    verifica  o do cumprimento dos requisitos materiais do direito    dedu  o.

Resumidamente, estes requisitos s  o o **cadastro dos sujeitos passivos**, para que os Estados tenham a informa  o necess  ria sobre os mesmos, a emiss  o de uma **fatura** por cada opera  o com um conte  do espec  fico (harmonizado em toda a UE) e a **contabiliza  o** do IVA que se pretende deduzir. Estas obriga  es s  o reguladas nas suas linhas gerais pela Diretiva IVA e desenvolvidas em maior detalhe pelos Estados da UE, cujas administra  es fiscais dependem delas para a gest  o do IVA.

Não deve surpreender, face à importância das obrigações formais no IVA, que as consequências do seu incumprimento tenham sido suscitadas perante o TJUE, tendo-se questionado, mais especificamente, se o referido incumprimento pode conduzir à recusa do direito à dedução.

A jurisprudência europeia neste sentido é reiterada e constante: **simples incumprimentos formais**, sem maior significado, não podem impedir a dedução do IVA pago.

A área em que provavelmente surgiram mais controvérsias a esse respeito é a do faturamento. Não deveria ser surpreendente: a **fatura** é o documento através do qual os sujeitos passivos cobram o IVA aos seus clientes, ao mesmo tempo que funciona como prova documental do direito à dedução do IVA correspondente às aquisições de bens e serviços. A faturação é de tal importância na gestão do IVA que, após a aprovação inicial da Diretiva de harmonização do IVA em 1977, foram aprovadas duas Diretivas para a sua modernização, homogeneizando o conteúdo das faturas e outros aspectos com elas relacionados (Diretivas 2001/115, de 20-12-2001, e 2010/45, de 13-7-2010).

No entanto, a importância da fatura na operação do IVA não tem impedido o TJUE de trazer para esta matéria o critério geral acima referido: **simples incumprimentos formais**, por se mesmos, não podem impedir a dedução do IVA pago

Assim foi declarado em situações em que as autoridades fiscais tenham retirado a licença de sujeito passivo ao seu fornecedor de determinados serviços que emitiu a respetiva fatura, caso esta contenha todas as informações exigidas pela Diretiva e, em particular as necessárias à identificação do autor da fatura e da natureza dos serviços prestados (acórdão de 6-9-2012, Tóth, C-324/11), com base apenas no fato de o contribuinte esteja na posse de uma fatura que não cumpra os requisitos estabelecidos para o efeito, embora as referidas autoridades disponham de toda a informação necessária para verificar o cumprimento dos requisitos materiais do direito à dedução através de documentação adicional (acórdão de 15-9-2016, Barlis 06 - Investimentos Imobiliários e Turísticos, C-516/14), ou

devido ao fato de que na fatura não conste o endereço onde o fornecedor exerce a sua atividade econômica (acordão de 15-11-2017, Geissel e outros, C-374/16 e C-375/16).

Da mesma forma, a importância do direito à dedução e da neutralidade do IVA é tal que o TJUE tem vindo a admitir a dedução do IVA mesmo nas situações em que os **destinatários** indicados **nas faturas emitidas** não eram os sujeitos passivos que iriam deduzir o IVA suportado. Assim foi declarado no caso de um imóvel faturado de forma indistinta em nome dos cônjuges que integram a comunhão conjugal, o que não impede que o IVA pago pela sua aquisição seja deduzido por um dos cônjuges na parte proporcional que corresponde ao seu aproveitamento na atividade econômica (acordão de 21-4-2005, HE, C-25/03), ou no caso de investimentos efetuados por sociedade em formação, faturadas aos sócios pelo fato da sociedade ainda não estar registada à data das referidas aquisições nem possuir um número de identificação que pudesse constar nas faturas, situação em que o a negação do direito à dedução a essa empresa foi declarada incompatível com o Direito da União (acordão de 1-3-2012, Polski Trawertyn, C-280/10).

As **situações** descritas nos parágrafos anteriores são, no entanto, **excepcionais**, uma vez que o mais comum é que as faturas sejam emitidas aos sujeitos passivos que irão deduzir o IVA nelas documentado. Estas faturas têm um conteúdo, harmonizado pela Diretiva IVA no seu artigo 226º, que visa verificar o cumprimento dos requisitos materiais que devem ser cumpridos para que o IVA pago seja dedutível (vale dizer que o mesmo TJUE tem resumido esses requisitos materiais em que o interessado na dedução seja um sujeito passivo na aceção da Diretiva do IVA, os bens ou serviços invocados como fundamento deste direito sejam utilizados para as necessidades das suas próprias operações tributáveis e fornecidos por outro sujeito passivo).

O IVA suportado não é dedutível enquanto não estiver disponível a fatura que serve de prova documental (acordão de 29-4-2004, Terra Bauberdarf-Handel, C-152/02), sendo admitida também a retificação das faturas recebidas, se necessário, caso em que, se o IVA já tiver sido deduzido com base nas faturas inicialmente

recebidas, ainda que incorretas (acórdão de 15-9-2016, Senatex, C-518/14).

Intimamente relacionado com as obrigações de faturação está o **registo ou contabilização das faturas recebidas**. Atendendo à generalidade na dedutibilidade das quotas suportadas nas aquisições de bens e serviços, compreende-se a importância que é dada a este requisito no modelo europeu de IVA, conforme evidenciado pela sua regulamentação detalhada na Diretiva IVA (artigo 242º e seguintes). O exposto não impediu o TJUE de declarar que o registo indevido de **faturas recebidas**, em caso de realização nas aquisições intracomunitárias de bens, trata-se de uma exigência formal cujo simples incumprimento não pode privar o sujeito passivo do direito à dedução do IVA correspondente (acórdão de 11-12-2014, Idexx Laboratories Italia, C-590/13).

A última área em que surgem discussões importantes sobre o direito à dedução é o **cadastro dos sujeitos passivos**. A Diretiva do IVA (artigo 213º) é clara neste sentido, obrigando os contribuintes a declararem o início, modificação e cessação das suas atividades. Esta declaração é fundamental, pois permite ao Fisco ter a informação necessária sobre o seu cadastro de sujeitos passivos, que serão os que poderão deduzir o IVA pago nos bens e serviços por eles recebidos.

O cadastro dos sujeitos passivos implica não só a disponibilização às autoridades fiscais das informações necessárias sobre os mesmos, como também a atribuição por estas do número de IVA, que é um instrumento básico na gestão do IVA nas transações entre os diferentes Estados da União, cujo controle alfandegário foi substituído há anos por um sistema de intercâmbio de informações baseado justamente nos números de identificação dos operadores.

A esta tradicional função de controlo que o registo de contribuintes sempre teve, vão-se acrescentando gradualmente as obrigações de comunicação online que estão a ser estabelecidas na União Europeia. Voltaremos a esta questão mais adiante.

Como já por diversas vezes explicámos, o regime existente na União Europeia é o da dedução financeira, em que a dedução do

IVA suportado não está ligada às vendas de bens e serviços. É um sistema relativamente flexível, que incentiva o investimento e a criação de novas empresas, uma vez que recuperam o IVA muito rapidamente, mas também permite gerar grandes bolsas de fraude.

Isto explica a prudência com que as autoridades fiscais europeias gerem os seus cadastros de contribuintes, especialmente no que diz respeito a **novos sujeitos passivos** ou **sujeitos passivos não inscritos**. O exposto, entretanto, não impediu que o TJUE também estendesse sua jurisprudência a esta área. Assim, a obrigação de cadastro dos sujeitos passivos prevista na Diretiva não autoriza os Estados-Membros, no caso de não apresentação dessa declaração, a adiar o exercício do direito à dedução até ao efetivo início do funcionamento normal das operações tributadas (acórdão de 21-3-2000, Gabalfrisa e outros, C-110/98 a C-147/98) ou a privar o exercício desse direito ao contribuinte, assumindo que seja identificado para efeitos de IVA em um prazo razoável desde a realização das operações que dão direito à dedução (acórdão de 21-10-2010, Nidera Handelscompagnie, C-385/09 e, em sentido semelhante, de 12-7-2012, EMS Bulgaria Transport, C-284/11).

Da mesma forma, não é compatível com a Diretiva recusar a dedução em relação às aquisições efetuadas por um sujeito passivo durante o período em que o seu número de IVA foi revogado, tendo sido o referido número reativado depois, pelo simples fato de essas aquisições terem ocorrido no período em que o seu número de IVA estava inativo, desde que os requisitos substantivos para a dedução sejam satisfeitos e o direito à dedução não esteja sendo invocado de forma fraudulenta ou abusiva (acórdão de 12-9-2018, Gamesa Wind România, C-69/17).

Não parece necessário, neste ponto, insistir mais: apesar da importância das obrigações formais na gestão do IVA, o seu simples incumprimento, sem mais delongas, não pode conduzir à recusa do direito à dedução. No entanto, as **obrigações** formais permanecem. Nas situações em que o seu incumprimento no IVA por parte dos sujeitos passivos impeça a Administração Fiscal de **verificar** se estão preenchidos os **requisitos materiais** do direito à dedução, a recusa deste direito é compatível com o Direito da União (acórdãos

de: 28-7-2016, Astone, C-332/15; 7-3-2018, Dobre, C-159/17, ou 11-11-2021, Ferimet, C-281/20).

Esta **necessidade de comprovação** do cumprimento dos **requisitos materiais** para a dedução do IVA suportado subsiste e é importante na gestão do IVA na UE, traduzindo-se em uma das áreas que mais atenção exige nas empresas e nas administrações fiscais europeias. Em particular, questões como a faturação eletrônica ou sistemas de “reporting” são áreas em constante evolução na Europa, como evidenciado pela recente proposta “VAT in the Digital Age” (que consta, no que diz respeito à Diretiva do IVA, no documento COM(2022) 701 final, que inclui várias alterações à Directiva e que está atualmente em discussão nas instituições comunitárias) e que, entre outras medidas, propõe um sistema de reporte praticamente online para os contribuintes que efetuem operações entre diferentes Estados da União.

A luta contra a fraude fiscal e o direito à dedução do IVA

O combate à fraude fiscal é o último dos princípios importantes na aplicação do IVA na União Europeia que vamos referir, o que não deve surpreender se tivermos em conta que o IVA representa cerca de um terço da arrecadação de impostos nos seus Estados-Membros. O TJUE também se referiu a ele repetidamente, começando com o acórdão de 8-10-1980, Carciati, C-823/79 e seguindo por outros como os de: 19-1-1982, Becker, C-8/81; 29-7-2010, Profaktor Kulesza e outros, C-188/09; 20-6-2013, Newey, C-653 /11, 13-2-2014, Maks Pen, C-18/13, ou mais recentes de 1-7-2021, CB, C-521/19, 13-10-2022, MC, C-1/21, ou 1-12-2022, Aquila Part Prod Com, C-512/21, entre outras.

A referência às dificuldades enfrentadas pelas autoridades fiscais europeias na luta contra a fraude também não será uma surpresa. Elementos como o regime de dedução financeira que já temos explicado, a relativa irrelevância que o TJUE atribuiu ao incumprimento de obrigações formais ou a maneira como os operadores desonestos se aproveitam das lacunas do Direito da União ou entre as

legislações dos Estados da União fazem com que a atividade anti-fraude concentre uma parte importante dos esforços das administrações fiscais europeias.

Os êxitos no combate à fraude fiscal procuram, em linha com os propósitos da Diretiva do IVA e com a própria concepção do imposto, alargar a sua base tributável e assim servir o **princípio da generalidade**, que é o outro lado da moeda da amplitude do direito à dedução na sua concepção europeia.

Embora a jurisprudência comunitária tenha sido bastante rigorosa na análise das disposições nacionais adoptadas para facilitar o combate à fraude (possibilidade prevista no artigo 273.º da Diretiva, que tem dado origem a uma farta jurisprudência, procurando sempre conjugar adequadamente o combate à fraude com o respeito pelo princípio da proporcionalidade), não tem deixado de reiterar a importância da luta contra a fraude fiscal.

Outras questões relacionadas com a neutralidade do IVA

O princípio da neutralidade do IVA não se esgota no direito à dedução, mas atinge **outras áreas**, como a geográfica – os operadores não podem ser discriminados, sem mais justificativas, com base no Estado de estabelecimento ou residência –, a subjetiva – os operadores devem receber o mesmo tratamento se suas operações forem equivalentes, sem que as características específicas de quem as executa tenham que influenciá-lo, a objetiva – operações que competem entre si não devem receber tratamento diferenciado –, nem mesmo por referência ao próprio desenvolvimento dos procedimentos tributários.

Igualmente, projeta-se a neutralidade do IVA em alguns **regimes especiais do IVA**, que visam evitar a dupla tributação que ocorreria caso fosse aplicado o regime geral de IVA. É o caso dos regimes de pacotes turísticos – artigos 306º a 310º da Diretiva do IVA – ou de bens usados – artigos 311º a 341º –, em que a base tributável é limitada à margem comercial obtida.

O mesmo se pode dizer de outras **situações especiais** previstas na Diretiva IVA, como é a não tributação por IVA das administrações públicas quando atuam na qualidade de autoridades públicas, que está limitada pela não distorção significativa da concorrência, como assim está previsto no artigo 13.º (1) da Diretiva, hipótese em que lhes é igualmente garantido o direito à dedução do IVA pago, ou a possibilidade prevista na mesma Diretiva de os Estados da União reconhecerem aos seus sujeitos passivos a possibilidade de renunciarem à isenção em operações financeiras ou imobiliárias, com o mesmo efeito, como é lógico (artigo 137º).

Mais excecionalmente, o princípio da neutralidade vem justificar a não tributação da transmissão dos negócios funcionando, considerados no seu conjunto – referidos na Diretiva como “universalidades de bens” no artigo 19º –, admitindo-se, no entanto, o direito à dedução do IVA pago pelos serviços necessários ao efeito, (acórdão de 22-2-2001, Abbey National, C-408/98).

Em **conclusão**, pode dizer-se que o princípio da neutralidade se estende a múltiplas áreas do IVA, sendo a relativa ao direito à dedução, e à não cumulatividade que assim se garante, uma delas, talvez a mais importante.

Como explicamos no início, o **princípio da neutralidade fiscal** reflete no campo tributário o da **igualdade de tratamento**, consagrado no Tratado da União. Este princípio, o da neutralidade, é incompatível com diferenças de tributação entre operadores que alterem as condições em que, de outra forma, teriam de concorrer.

A importância deste princípio deu origem a inúmeros acórdãos do TJUE em que o seu alcance foi estabelecido, muitos dos quais referem-se ao direito à dedução do IVA. Este direito, amplo como vimos, especifica no modelo do IVA o **princípio da não cumulatividade**, o que é ainda outra forma de referir o mesmo conceito.

3. IVA E NEUTRALIDADE NOS IVAS MAIS RECENTES: NOVA ZELÂNDIA, CANADÁ E ÍNDIA¹

Nova Zelândia

O IVA da Nova Zelândia é considerado o primeiro “novo modelo” de IVA no mundo e vários países que adotaram o IVA a partir da década de 90 seguiram o modelo neozelandês. O Governo anunciou a sua proposta de introdução do IVA em 1984, com uma data inicial de introdução em 1 de Abril de 1986, que foi posteriormente alterada para 1 de Outubro de 1986. De acordo com Barber e Prebble, “no curso do desenvolvimento do sistema do GST (*Goods and Services Tax*), o governo publicou um *white paper* sobre o GST em março de 1985. Detalhou as propostas e apresentou um projeto de lei baseado no modelo britânico de imposto sobre valor agregado (IVA)”². De acordo com os autores, “a característica mais distintiva do sistema neozelandês é que ele evita a complexidade de diferentes alíquotas de impostos a depender dos bens ou serviços, e tem relativamente poucas isenções³”. A Lei do Imposto sobre Bens e Serviços de 1985 permaneceu praticamente inalterada desde a sua promulgação em 3 de dezembro de 1985.

¹ Capítulo preparado por **Melina Rocha**, Consultora Internacional e especialista em IVA, Diretora de Cursos na York University, Responsável Executiva do GT IVA do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito-SP. Doutora pela Université Paris 3 – Sorbonne Nouvelle, foi Professora da FGV Direito-Rio, ex-consultora externa do IPEA, CCiF, Banco Mundial e atualmente consultora externa do BID.

² BARBEIRO Paulo, PREBBLE, Johs. GST na Nova Zelândia, edição de 2020, Thomson Reuters.

³ BARBEIRO Paulo, PREBBLE, John. GST na Nova Zelândia, edição de 2020, Thomson Reuters.

Na Nova Zelândia, as principais disposições relativas ao creditamento do imposto pago sobre bens e serviços adquiridos são as seções 3A e 20 do *Goods and Services Tax Act 1985*. A seção 3A define e quantifica o imposto pago nas aquisições (*input tax*) e a seção 20 uma disposição relativa ao cálculo e ao calendário. A seção 3A prevê que o imposto nas aquisições, em relação a uma pessoa inscrita, significa: a) imposto cobrado sobre operações com bens ou serviços adquiridos pela pessoa e b) imposto cobrado sobre de bens declarados para consumo interno conforme o *Customs and Excise Act* de 2018.

Além disso, os créditos só estão disponíveis se o inscrito no GST possuir os documentos especificados em conformidade com a subseção 20 (2), que prevê que “não será efetuada qualquer dedução do imposto de entrada relativamente a uma operação, a menos que seja emitida uma fatura fiscal, uma nota de débito ou uma nota de crédito, relativa à operação. A seção 20(3), dispõe que, no cálculo do montante do imposto devido relativamente a cada período tributável, o imposto pago na entrada relativo às operações com bens e às prestações de serviços efetuadas a essa pessoa inscrita durante esse período de tributação deve ser deduzido do montante do imposto de saída de uma pessoa inscrita.

A Seção 20(3) impõe um prazo para a dedução do imposto pago na entrada. O limite é o período de tributação que se inicia o mais tardar dois anos a contar de:

- a data em que o inscrito do GST paga a operação a que se refere o crédito; e
- a data em que o inscrito do GST emitiu uma fatura fiscal relativa à operação a que se refere a dedução.

A seção 20 (3C), determina que o imposto pago na entrada, tal como definido na seção 3A, pode ser deduzido na medida em que os bens ou serviços sejam utilizados, ou estejam disponíveis para utilização, para efetuar operações tributáveis. As pessoas inscritas no GST devem, por conseguinte, considerar as aquisições que serão utilizadas para finalidades mistas e dividi-las entre aquisições para fins tributáveis e isentas, podendo se creditar apenas da parte

relativa à utilização prevista para efeitos tributáveis. A Seção 20(3D) determina que uma pessoa inscrita que efetua operações tributáveis e isentas não é obrigada a atribuir o imposto de entrada se tiver motivos razoáveis para acreditar que o valor total das entregas isentas não excederá o menor de (a) \$90.000 ou 5% da contraprestação total de todas as operações tributáveis e isentas do período.

A seção 20(3G) estabelece que, ao determinar em que medida os bens ou serviços são utilizados para efetuar operações tributáveis, uma pessoa deve estimar, no momento da aquisição, como pretende utilizar os bens ou serviços, escolhendo um método de determinação que proporcione um resultado justo e razoável. A determinação é expressa em percentagem da utilização total. A seção (3H) determina que a dedução do imposto na entrada é calculada utilizando a fórmula: dedução total do imposto na entrada $\times$ percentagem esperada de utilização em operações tributáveis.

Canadá

O Canadá implementou o IVA Federal (GST) em 1991 tendo como modelo o IVA da Nova Zelândia. A grande peculiaridade do Canadá em relação a outros países é que, imediatamente após a adoção do GST, já se procurou uma harmonização dos tributos das províncias ao GST Federal, criando-se um modelo dual harmonizado entre Governo Federal e Províncias. Neste contexto, o Quebec adotou um IVA provincial próprio – o QST – Quebec Sales Tax – e diversas outras províncias canadenses aderiram ao sistema harmonizado após alguns anos da implementação do GST.

O Quebec converteu o seu imposto provincial sobre vendas a varejo em um IVA, introduzindo o QST em 1992, mas por um processo que não seguiu inicialmente as bases do GST federal⁴. Em 1995, entretanto, as regras e a base do QST estavam quase

⁴ ROBERTSON, David Douglas. Canadian Sales Tax Reform: How the U.S. Neighbor to the North Transitioned From a Multistage Sales Tax to an Almost Fully Harmonized Single VAT—in *Just One Century Tax Executive*; Washington Vol. 68, Ed. 3, (May/Jun 2016): 20-24,26.

completamente idênticas ao GST. Mesmo com a harmonização quase completa ao GST/HST, o QST ainda mantém algumas características únicas em comparação às demais províncias que aderiram ao HST: i) é administrado exclusivamente pelo governo provincial juntamente com o GST, ii) é totalmente separado do GST e a regulação se dá por meio de leis provinciais (mesmo que estas na maioria das vezes repetem as mesmas regras do GST), iii)”e o valor da receita tributária gerada pelo QST depende do valor realmente arrecadado no Quebec e não, como no caso das províncias do HST discutidas abaixo, de um sistema de alocação de receita por fórmula fixa administrado pelo governo federal”⁵.

Logo em seguida, em 1996, nasce o HST – Harmonized Sales Tax – quando o governo federal chega a um acordo com 3 províncias atlânticas (Nova Scotia, New Brunswick e Newfoundland) para substituir seus impostos provinciais e se harmonizar ao GST federal. O acordo inicial implicava na adoção de uma alíquota padronizada de 15% (na qual 7% se destinavam ao governo federal e 8% para as províncias) a ser aplicada sobre uma base idêntica ao GST federal. O HST seria administrado de forma centralizada pelo governo federal, sem custo para as províncias, e a distribuição dos recursos para as províncias seria feita por uma fórmula complexa baseada em estatísticas econômicas⁶.

Um dos grandes pilares do GST/HST canadense é a não cumulatividade através do creditamento do imposto referente às aquisições tributadas. De acordo com a seção 169 do *Excise Tax Act*, a maioria dos inscritos que efetuam operações tributáveis no âmbito das suas atividades comerciais podem recuperar o GST/HST em que incorrem através do mecanismo ITC (*Input Tax Credit*)

⁵ BIRD, Richard M. The GST/HST: Creating an Integrated Sales Tax in a Federal Country. The School of Public Policy, Volume 5, Issue 12, March 2012.

⁶ ROBERTSON, David Douglas. Canadian Sales Tax Reform: How the U.S. Neighbor to the North Transitioned From a Multistage Sales Tax to an Almost Fully Harmonized Single VAT—in Just One Century Tax Executive; Washington Vol. 68, Ed. 3, (May/Jun 2016): 20-24,26.

Geralmente, a pessoa só é elegível para se creditar do GST que corresponda ao imposto pago ou a pagar em relação à aquisição ou importação de bem ou serviço na medida em que o bem ou serviço é para consumo, uso ou fornecimento no curso das atividades comerciais da pessoa.

-O crédito está disponível quando *todas as* seguintes condições são satisfeitas⁷:

-A pessoa adquire ou importa propriedade ou serviço.

- A pessoa é **inscrita**

- O imposto em relação ao fornecimento/importação/entrada torna-se **exigível** ou é **pago** pela pessoa sem ter se tornado exigível.

- Nos termos do artigo 169(1), sempre que uma pessoa preencha os critérios para se creditar do imposto, o montante do crédito é geralmente determinado pela fórmula $A \times B$, onde:

- “**A**” é o imposto relativo à entrega ou importação que se torna exigível pela pessoa durante o período de referência ou que é pago pela pessoa durante o período sem se ter tornado exigível; e

- “**B**” é a medida (expressa em percentagem) em que a pessoa adquiriu ou importou o bem ou serviço para consumo, utilização ou fornecimento no âmbito das suas atividades comerciais.

Conforme descrito acima, o elemento A da fórmula é igual ao imposto pago ou a pagar pela aquisição ou importação do bem ou serviço. Esse valor é baseado na alíquota aplicável do GST/HST. Com relação à questão de quando o imposto é devido, a subseção 168(1) traz como regra geral que o GST/HST é devido por um destinatário de uma operação tributável no dia em que a contraprestação da entrega é paga ou se torna exigível, o que ocorrer primeiro.

⁷ SHERMAN, David. Practitioner’s Good and Services Tax Annotated. 45th Edition, Thomson Reuters, 2022.

De acordo com a subseção 152(1), a contraprestação, ou uma parte dela, de uma operação tributável considera-se exigível no primeiro dia entre:

- o dia em que o fornecedor emite pela primeira vez uma fatura relativa à operação a título oneroso, ou a data dessa fatura, consoante a que ocorrer primeiro;
- o dia em que o fornecedor teria emitido, mas por um atraso indevido, uma fatura relativa à operação a título oneroso; e
- o dia em que o adquirente é obrigado a pagar essa contraprestação ou parte dela ao fornecedor nos termos de um acordo escrito.

Já o elemento B da fórmula é a medida em que o bem ou serviço é adquirido ou importado para consumo, utilização ou fornecimento no âmbito das atividades comerciais da pessoa. Na maioria dos casos, o crédito é simplesmente o GST ou HST pago (ou a pagar) sobre as aquisições. Para mercadorias importadas, o GST terá sido pago nos termos da seção 212 e a parte provincial do HST (para uma importação não comercial) nos termos da seção 212.1.

Se o fornecimento foi adquirido para utilização (ou consumo ou fornecimento) exclusivamente em atividades comerciais, “B” será 100% e o inscrito poderá então se creditar de todo o imposto pago nas suas aquisições. Conforme subseção 123(1), “exclusivamente” é definido como “todo ou substancialmente todo”. O CRA (*Canada Revenue Agency*) interpreta “substancialmente todos” como significando 90% ou mais, embora os Tribunais não necessariamente estejam vinculados a este número.

Se as aquisições se destinam apenas parcialmente a ser utilizadas (ou consumidas ou fornecidas) em atividades comerciais, essa percentagem deve ser utilizada no cálculo. Ou seja, se uma pessoa inscrita estiver envolvida ao mesmo tempo na realização de operações tributadas e isentas, deve determinar a percentagem de consumo ou utilização de cada bem ou serviço adquiridos no decurso das suas atividades comerciais.

No caso *General Motors*, a corte considerou, com base em entendimento do CRA, que o destinatário/recipient (*recipient*),

para fins de creditamento do imposto, é a pessoa que “acquire” bens. Já o termo “adquirir” não está definido na Lei, mas a jurisprudência relevante indica que bens são adquiridos adquirida através da obtenção da propriedade ou de aspectos normais da propriedade, como a posse, o uso ou o risco⁸. Se uma pessoa não obteve um bem ou um serviço para consumo, utilização ou fornecimento no exercício das suas atividades comerciais, por exemplo, em casos em que um agente pague o valor da operação por conta e ordem do adquirente, então esta pessoa não tem direito ao crédito do imposto relativos às operações com bens ou prestação de serviços⁹.

De acordo com o *GST/HST News* nº. 39, (2000-01):

Uma das condições que deve ser preenchida para que um inscrito possa se creditar do imposto pago ou a pagar sobre as operações é que o requerente seja o “destinatário/recipiente (*recipient*)” da operação. Geralmente, o “destinatário” de uma operação é a pessoa responsável pelo pagamento da operação, nos termos do contrato.

Por exemplo: o inscrito A, que se dedica exclusivamente a atividades comerciais, encomenda equipamento a um fornecedor e é responsável pelo pagamento da compra de equipamento, conforme o contrato de fornecimento. O inscrito B recebe as mercadorias e as utiliza exclusivamente na sua atividade comercial.

A fatura emitida pelo fornecedor identifica A como cliente e lista o endereço de entrega de B para fins de entrega. Quando B recebe a mercadoria, B paga o fornecedor e, posteriormente, se crédito do imposto. Como documentação comprovativa, B utiliza a fatura emitida em nome de A. No entanto, uma vez que B não é o “destinatário” da operação, não é elegível para se creditar do imposto, uma vez que não é a pessoa responsável pelo pagamento da compra do equipamento.

⁸ SHERMAN, David. *Practitioner’s Good and Services Tax Annotated*. 45th Edition, Thomson Reuters, 2022.

⁹ SHERMAN, David. *Practitioner’s Good and Services Tax Annotated*. 45th Edition, Thomson Reuters, 2022.

Nesse cenário, o “destinatário” da compra inicial do equipamento é o inscrito A e, como tal, A tem o direito de se creditar do imposto. Se as partes desejarem que o inscrito B possa se creditar do imposto relativo ao equipamento, A deve então “revender” o equipamento a B e emitir uma fatura a B, identificando esse inscrito como destinatário da venda. B estaria então em condições de se creditar do imposto pago ou a pagar por essa compra, desde que B dispusesse de documentação adequada e satisfizesse as outras condições para o creditamento.

Índia

Na Índia, a ideia de implementar o GST foi levantada pela primeira vez pelo Ministro das Finanças em seu discurso sobre o orçamento de 2006-2007. Inicialmente, se propôs que o GST fosse introduzido a partir de 1º de abril de 2010, mas após anos de discussão, o GST foi introduzido a partir de 1º de julho de 2017. A introdução do Imposto sobre Bens e Serviços (GST) foi um passo muito importante no campo dos tributos indiretos na Índia, pois reuniu um grande número de impostos federais e estaduais em um sistema de IVA dual, reduzindo significativamente a cumulatividade na cadeia e casos de dupla tributação¹⁰.

A introdução do GST exigiu emendas constitucionais para dar competência compartilhada à União e aos Estados para instituir o GST. A Índia criou, assim, um modelo de IVA Dual, com tributos separados do governo central (CGST) e dos Estados (SGST). O governo central ainda tem competência exclusiva para cobrar o GST (IGST) sobre o comércio interestadual (incluindo importações) de bens e serviços. O governo central também tem competência de criar o imposto seletivo.

O modelo de IVA Dual exigiu um mecanismo institucional único que assegurasse que as decisões relativas à estrutura, ao desenho e ao funcionamento do GST fossem tomadas conjuntamente por

¹⁰ <https://gstcouncil.gov.in/brief-history-gst>

ambas as esferas federativas. Esta entidade é o Conselho Fiscal de Bens e Serviços (GSTC), composto pelo Ministro das Finanças do Governo Central e pelos Ministros das Finanças dos Estados e tem como competência recomendar as alíquotas do GST, isenção e limites, dentre outros assuntos.

Dentre as principais características do GST na Índia¹¹ está a não cumulatividade e o creditamento do imposto pago nas aquisições e importações de bens e serviços. De acordo com a seção 2 (59) da Lei CGST, a entrada é qualquer propriedade, com exceção dos bens de capital, utilizada ou destinada a ser utilizada por um fornecedor no âmbito de uma atividade comercial. A seção 2(60) determina que um serviço é qualquer serviço utilizado ou destinado a ser utilizado por um fornecedor no decurso das suas atividades. Além disso, a seção 62(2) determina que o imposto pago na entrada, relativo a uma pessoa inscrita, é o imposto central, o imposto dos estados e o imposto integrado cobrado sobre quaisquer operações de bens ou prestações de serviços, ou ambas, que lhe tenham sido efetuadas, incluindo o imposto integrado sobre bens e serviços cobrados na importação de bens.

A seção 16 determina que qualquer inscrito tem o direito, sob reserva das condições e limitações que possam ser prescritas e da forma especificada na Seção 49, de tomar crédito pelo imposto da entrada cobrado sobre quaisquer operações com bens ou serviços, ou ambos, que seja utilizado ou se destine a ser utilizado no decurso ou no exercício da sua atividade.

Além disso, o inscrito não tem direito a um crédito de imposto pago na entrada relativamente a uma entrega de bens ou a prestação de serviços, ou a ambas, a menos que:

- a) estiver na posse de uma fatura fiscal ou nota de débito emitida por um fornecedor inscrito ao abrigo da lei, ou de qualquer outro documento para pagamento de impostos. Além disso, os dados da fatura ou da nota de débito têm que ser fornecidos pelo fornecedor na declaração de

¹¹ <https://gstcouncil.gov.in/brief-history-gst>

operações de saída e esses dados devem ser comunicados ao destinatário dessa fatura ou nota de débito nos termos especificados;

b) recebeu os bens ou serviços, ou ambos. Considera-se que a pessoa inscrita recebeu os bens ou, se for caso, os serviços

i) quando os bens são entregues pelo fornecedor a um destinatário ou a qualquer outra pessoa sob a direção dessa pessoa inscrita, agindo na qualidade de mandatário ou de outra forma, antes ou durante a circulação dos bens, ou por transferência da titularidade dos bens, caso contrário;

ii) quando os serviços forem prestados pelo prestador a qualquer pessoa sob a direção e em nome dessa pessoa inscrita.

c) No caso de um procedimento de autoliquidação, o imposto cobrado por essa entrega foi efetivamente pago ao Governo, quer em numerário, quer através do crédito de imposto a montante elegível relativo à entrega.

Além disso, a seção 17 estabelece que, quando os bens ou serviços, ou ambos, são utilizados pela pessoa inscrita em parte para fins comerciais e em parte para outros fins, o montante do crédito é limitado à parte do imposto pago na entrada que é atribuível aos fins de sua empresa. Ou seja, quando os bens ou serviços, ou ambos, forem utilizados pela pessoa inscrita em parte para efetuar operações tributáveis, e em parte para operações isentas, nos termos da lei, o montante do crédito é limitado à parte do imposto pago que é imputável às operações tributáveis, incluindo aquelas submetidas à alíquota zero.

Por último, a seção 31 prevê que o inscrito que forneça bens tributáveis deve, antes ou no momento da:

a) saída de bens para entrega ao destinatário, quando a entrega implique em fornecimento de bens; ou

b) entrega de bens ou a sua colocação à disposição do adquirente, em qualquer outro caso, emitir uma fatura fiscal que indique a designação, a quantidade e o valor das

mercadorias, o imposto que incide e quaisquer outras informações prescritas em lei. Do mesmo modo, uma pessoa inscrita que preste serviços tributáveis deve, antes ou depois da prestação do serviço, mas num prazo determinado em lei, emitir uma fatura fiscal que indique a descrição, o valor, o imposto cobrado sobre o serviço e outras informações prescritas.

Da comparação internacional acima apresentada, vê-se que os países geralmente adotam como critério para o creditamento do IVA a utilização dos bens e mercadorias nas atividades econômicas da pessoa inscrita para o IVA. Além disso, os países utilizam regras de restrição do crédito proporcionalmente às operações e atividades isentas e não tributadas. Por fim, há também presente a necessidade de o contribuinte obter a documentação necessária, geralmente a nota fiscal da compra, para fins de creditamento do imposto.

4. OS PROBLEMAS DA NÃO CUMULATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

No Brasil, é relevante avaliar a instituição dos tributos não cumulativos a partir da Constituição Federal de 1946, que após alteração da Emenda Constitucional nº 18/1985, instituiu o Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) como imposto não cumulativo de competência da União em substituição ao “Imposto de Consumo”, o qual também aplicava hipóteses de dedutibilidade de determinados valores².

Na Constituição Federal de 1967, manteve-se a não cumulatividade do IPI e foi extinto o Imposto sobre Vendas e Consignações (“IVC”), arrecadado na forma plurifásica e cumulativa, dando lugar ao Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes (“ICM”), de competência dos Estados e do Distrito Federal, com previsão de que se tratava de tributo não cumulativo, abatendo-se, em cada operação o montante cobrado nas anteriores, cabendo a regulamentação à lei.

¹ Capítulo preparado por **João Paulo Muntada Cavinatto**, sócio responsável pela área de Tributos Indiretos e Direito Aduaneiro no Lefosse. Pós graduado em direito tributário pela PUC/SP, Especialista em comercio exterior; **Fábio Fiorentino**, sócio da área de Direito Tributário do BMA. Atua diretamente em questões relacionadas com Tributos Indiretos e Aduaneiros; **Carlos Navarro**, Sócio do Galvão Villani Advogados. Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Professor do IBDT e FGV. Ex-juiz do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT-SP) e **Carolina Romanini** Miguel, Doutora em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP, mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, pesquisadora do Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas e sócia da área de direito tributário do escritório Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados.

² Decreto-Lei n 7.404, de 22 de março de 1945, com a redação dada pela Lei nº 3.520, de 30 de dezembro de 1958.

Com a Constituição Federal de 1998 (“CF”), também foi garantida a aplicação do princípio da não cumulatividade sobre os tributos sobre o consumo. Manteve-se previsão de que o IPI, de competência da União, deve ser não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (artigo 153, IV, § 3º, CF).

Já o ICM foi substituído pelo Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (“ICMS”), de competência estadual, o qual deve ser compensado com o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Tanto o IPI quanto o ICMS, portanto, utilizam do modelo “imposto sobre imposto”, isto é, o imposto a ser pago é abatido com o imposto incidente nas etapas anteriores, o que pode ser verificado a partir das expressões no texto constitucional de cobrança em “cada operação” e sobre o “montante cobrado” anteriormente.

A isenção ou não incidência do ICMS, salvo determinação em contrário da legislação, não implica crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarreta a anulação do crédito relativo às operações anteriores. O artigo 155, II, § 2º da CF previu que cabe à lei complementar relativa ao ICMS delimitar determinadas matérias, dentre elas a disciplina sobre o regime de compensação do imposto.

Ainda, a CF de 1988 previu desde sua origem que a União pode instituir, mediante lei complementar, impostos residuais, isto é, que já não estejam previstos anteriormente na competência da própria União, os quais necessariamente devem ser não cumulativos e não ter fato gerador ou base de cálculo de outros impostos (artigo 154, I, CF).

Inicialmente, as contribuições para financiamento da seguridade social incidentes sobre faturamento e receita não previam expressamente a metodologia de cálculo através da não

cumulatividade, sendo que as Contribuições Sociais para o Programa de Integração Social e Financiamento da Seguridade Social (“PIS/Cofins”) eram cumulativas (artigo 195, CF).

Após discussões do mercado sobre a necessidade de credi-
tamento de determinados valores para definição da base de cálculo
das contribuições s, a Emenda Constitucional nº 42/2003 incluiu o
§ 12º no artigo 195 da CF para prever que lei definiria os setores de
atividade econômica para os quais as contribuições sociais seriam
não cumulativas, sob o argumento de que a mudança permitiria re-
dução da carga tributária sobre a geração de emprego e auxiliaria no
processo de formalização das relações de trabalho.

Esses dispositivos constitucionais deveriam ser suficientes
para garantir a não cumulatividade do PIS e da Cofins, do IPI e do
ICMS. Na prática, todavia, não é o que acontece no atual sistema
tributário.

O artigo 146, III da CF determina que cabe à lei comple-
mentar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tribu-
tária, especialmente sobre definição de tributos e, em relação aos im-
postos, os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribu-
intes.

O grande problema do sistema atual ocorre quando o legis-
lador infraconstitucional regula a não cumulatividade com base nos
dispositivos constitucionais, já que não é raro há desvirtuamento do
princípio constitucional da não cumulatividade e restrição à utiliza-
ção de créditos, conforme demonstrado a seguir para fins de IPI,
PIS, Cofins e ICMS. A problemática central decorrente das restri-
ções impostas pelas normas infraconstitucionais é a oneração do
consumo. Não bastasse, de outro lado, a mesma sistemática não cu-
mulativa dos tributos, em especial, do ICMS, vem gerando relevante
acúmulo de créditos por muitos contribuintes, fato que implica di-
versos prejuízos para sua saúde financeira e, por consequência, para
o consumidor final.

A) A não cumulatividade no ICMS:

Logo após a publicação de CF de 1988, o Conselho Nacional de Política Fazendária (“Confaz”) publicou o Convênio ICM nº 66, de 16 de dezembro de 1988 (“Convênio 66”) para regular provisoriamente o ICMS, até que Lei Complementar fosse publicada pelo Congresso Nacional, em respeito ao artigo 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tal Convênio previu a não cumulatividade através da compensação de créditos e débitos do ICMS, mas vedou o aproveitamento determinados créditos, a exemplo de créditos referentes à entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo “fixo” do estabelecimento.

O Convênio 66 teve vigência até a publicação da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (“Lei Kandir”), a qual teve o papel de regulamentar a aplicação do imposto e reproduziu o mandamento constitucional sobre a não cumulatividade a partir da compensação de créditos e débitos do imposto em cada operação de entrada e saída de mercadoria, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo “permanente”, hoje classificado como ativo imobilizado pela contabilidade.

Embora não tenha havido a vedação completa da utilização de créditos do ativo imobilizado, como ocorreu no Convênio 66, a Lei Kandir, com a redação da Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000 (“LC 102”), previu que os créditos relativos à aquisição de ativo imobilizado somente poderiam ser utilizados à razão de um quarenta e oito avos por mês, ao invés de apropriação integral no momento da entrada.

Além disso, a LC 102 restringiu a possibilidade de aproveitamento de crédito relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento e de crédito do recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento para hipóteses delimitadas na Lei, sendo que a utilização plena desses créditos ocorreria somente em momento futuro. O prazo para utilização desses créditos sem restrições vem sendo prorrogado ano a ano, sendo que atualmente o prazo final seria em 2033.

O STF está julgando de forma vinculante a constitucionalidade da LC 102 e decidiu provisoriamente, em sede de liminar, que a alteração do critério de apropriação dos créditos do ICMS decorrentes de aquisições de mercadorias para o ativo imobilizado, energia elétrica e comunicação seria constitucional, por admitir o crédito pleno do imposto incidente nessas aquisições, já que a CF não teria definido de maneira clara o regime de compensação de tributos e esse papel caberia à Lei Complementar³. Em voto vencido, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o aproveitamento fracionado de créditos de ativo imobilizado, sem atualização da moeda, seria espécie de empréstimo compulsório e caberia apenas à CF impor limitações ao crédito.

Posteriormente, em casos envolvendo a LC 102, o STF reproduziu o entendimento de não haver ofensa ao princípio da não cumulatividade na restrição ao uso de créditos de ativo imobilizado introduzida pela LC 102⁴, de forma que atualmente os contribuintes de ICMS não podem se apropriar integralmente do imposto incidente na aquisição desses bens, devendo a apropriação ocorrer de forma fracionada pelo período de 48 meses.

Outro exemplo de restrição da não cumulatividade pela Lei Kandir está na utilização de créditos sobre bens de uso e consumo, os quais inicialmente poderiam ser utilizados a partir de 1998, mas antes mesmo da chegada dessa data, houve constantes prorrogações do prazo da vigência do aproveitamento de créditos sobre esses bens, sendo que hoje a previsão é de utilização a partir de 1º de janeiro de 2033.

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 2325, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 23.09.2004. Ainda está em andamento o julgamento do mérito.

⁴ STF, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento (“AI”) nº 818.003/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 27.04.2020. STF, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário (“ARE”) nº 915.719-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 30.06.2016. STF, Agravo Regimental no AI nº 856.339/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 24.11.2015. STF, Agravo Regimental no ARE nº 677.334, Primeira Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

Ao avaliar o tema, mais uma vez, o STF decidiu pela constitucionalidade da limitação da utilização de créditos de bens de uso e consumo⁵. No caso concreto, determinado contribuinte de ICMS do Estado do Rio Grande do Sul requereu o reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente na aquisição de bens de uso e consumo, independentemente da limitação do artigo 33, I, da LC 87, argumentando que somente a CF teria limitado o creditamento do imposto somente nos casos de não incidência e que lei complementar não teria competência para restringir direito ao crédito do ICMS.

Para o STF, como o artigo 155, § 2º, XII, *c* da CF delegou à lei complementar dispor sobre a utilização dos créditos de ICMS, “*Não viola o princípio da não cumulatividade (artigo 155, § 2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio*” (Tese fixada em repercussão geral no Tema nº 346). O Ministro Marco Aurélio, vencido novamente, entendeu pela inconstitucionalidade da prorrogação do prazo de início para utilização de créditos de uso e consumo, por violação ao princípio da não cumulatividade.

Muitos outros exemplos sobre restrição à aplicação do princípio da não cumulatividade nas operações sujeitas ao ICMS poderiam ser mencionados, como impossibilidade de utilização e monetização de saldo credor, créditos acumulados de operações diversas, além de exportação, e créditos remanescentes de ativo imobilizado, morosidade na restituição de créditos pelas fazendas estaduais e até mesmo falta de legislação para regular de maneira clara e padronizada os procedimentos para registro, escrituração e estorno de créditos, ficando a cargo das 27 Unidades Federativas regular o tema de forma desarmônica, aumentando a complexidade do sistema.

Como se vê, a Constituição Federal garante a não cumulatividade do ICMS, mas justamente porque há permissão constitucional para que o legislador complementar regule o tema, a não

⁵ RE nº 601.967/RS, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 18.08.2020.

cumulatividade acaba por ser restringida – seja por limitação aos tipos de despesas objeto de creditamento, seja por imposição de prazos legais para utilização de créditos que são constantemente prorrogados e nunca chegam a ser aplicados na prática. Diante disso, os tribunais superiores acabam por legitimar que a não cumulatividade seja mitigada.

Bens de uso e consumo e de capital

Em teoria, os bens de uso e consumo são aqueles que guardam relação indireta com o produto final, tendo em vista que não se incorporam ao produto, tampouco se consomem no processo produtivo.

A título exemplificativo, podemos citar o entendimento do Fisco Paulista manifestado em diversas Respostas às Consultas Tributárias⁶, que classifica as mercadorias destinadas ao uso e consumo àquelas relacionadas à limpeza e higiene, papelaria, manutenção de maquinário, serras, fresas, facas e lâmpadas UV, óleo lubrificante, pneus, peças de reposição, materiais para embalagem, dentre outras.

Em razão da previsão contida no art. 155, § 2º, XII, “c”, da Carta Constitucional, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei Complementar ICMS nº 87/96 (Lei Kandir), autorizou o aproveitamento de crédito relativo às operações de entrada de mercadorias destinadas ao uso e consumo⁷.

Entretanto, em virtude da previsão constitucional, a qual determina que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do ICMS foi feita uma série de restrições ao direito ao

⁶ Respostas às Consultas Tributárias nºs 18436/2018, 27214/2023, 1523/2013 e 26688/2022.

⁷ Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

crédito de ICMS, inclusive sobre as operações de entrada de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento do contribuinte.

O art. 33 da referida lei projeta a sua eficácia temporal para 2033, vedando, portanto, a não cumulatividade do ICMS nessa circunstância.

É importante salientar que a limitação temporal contida no inciso I do art. 33 previa o direito ao aproveitamento de crédito tão somente nas entradas ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1998, termo inicial que acabou sendo prorrogado, sucessivamente, até 1º de janeiro de 2033, pelas Leis Complementares nº 92/1997, 99/1999, 114/2002, 122/2006, 138/2010 e 171/2019.

Tal vedação é alvo de discussão doutrinária e judicial, pois há o entendimento de que a restrição ao direito ao crédito desses bens afronta o princípio da não cumulatividade previsto constitucionalmente, haja vista que na aquisição de tais mercadorias há o recolhimento de ICMS, fato que, consoante a lógica do aludido princípio constitucional, deveria possibilitar o consequente direito ao crédito.

Além disso, também há o entendimento de que o Texto Maior, ao dispor em seu art. 155, § 2º, I sobre a não cumulatividade do ICMS, não vinculou o direito ao abatimento de crédito ao destino da utilização da mercadoria ou do serviço pelos seus adquirentes, limitando-se a dispor que deverá ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas etapas anteriores.

Alguns doutrinadores suscitam, ainda, que o art. 155, § 2º, XII, “c” da Constituição Federal, não permitiria uma inovação ampliativa por parte do veículo normativo complementar, que teria restringido o direito ao crédito mais do que o Texto Maior lhe prescrevera. Logo, o dispositivo em comento teria sido mal interpretado pelo legislador infraconstitucional.

A fim de dirimir essa controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 601.967-RS, Tema de Repercussão Geral nº 346, fixou a tese de que não viola o Princípio da Não Cumulatividade a lei complementar que prorroga o prazo da

compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte. Eis a ementa:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E REGIME DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. DISCIPLINA POR LEI COMPLEMENTAR. NÃO INCIDÊNCIA DE ANTERIORIDADE NONAGESIMAL NA PRORROGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A Constituição Federal trouxe, no artigo 155, § 2º, I, a previsão do princípio da não-cumulatividade relativamente ao ICMS e, em seu inciso XII, alínea c, determina que compete à lei complementar regulamentar o regime de compensação do tributo. 2. Dessa forma, **embora a Constituição Federal tenha sido expressa sobre o direito de os contribuintes compensarem créditos decorrentes de ICMS, também conferiu às leis complementares a disciplina da questão.** 3. O contribuinte apenas poderá usufruir dos créditos de ICMS quando houver autorização da legislação complementar. Logo, o diferimento da compensação de créditos de ICMS de bens adquiridos para uso e consumo do próprio estabelecimento não viola o princípio da não cumulatividade. (grifos nossos)⁸

Vê-se, portanto, que apesar das críticas expostas anteriormente, o STF entendeu que o legislador infraconstitucional é autorizado a restringir o direito ao crédito de ICMS, sendo constitucional a limitação temporal prevista no inciso I do art. 33 da LC nº 87/96.

Outro ponto de controvérsia é a restrição ao direito de crédito de bens de capital, isto é, os bens destinados à composição do ativo imobilizado do estabelecimento do contribuinte. Sobre esse ponto, o art. 20 da LC nº 87/96 autorizou o crédito do ICMS relativo à entrada de mercadorias destinada ao ativo permanente, sob duas

⁸ STF, Tribunal Pleno, RE 601967/RS, Rel. Minº Marco Aurélio, Redator Minº Alexandre de Moraes, j. em 18/08/2020.

principais condições previstas nos incisos do § 5º, quais sejam (i) a apropriação deverá ser realizada à razão de um quarenta e oito avos por mês e (ii) o crédito deverá ser apropriado proporcionalmente às saídas ou prestações tributadas pelo ICMS, não se admitindo o crédito do imposto em relação às prestações isentas ou não tributadas.

Dessa maneira, ao passo que a legislação autoriza o crédito relativo aos bens de capital, acaba por diluí-lo em 48 meses, fato que implica grande demora temporal para o total aproveitamento do crédito e acaba por onerar o contribuinte com o débito de ICMS sem a possibilidade de compensá-lo imediatamente com o crédito correspondente.

Além disso, não é incomum se deparar com o posicionamento dos fiscos estaduais no sentido de que, para gerar direito ao crédito, o bem destinado ao ativo imobilizado deverá ser empregado na consecução da atividade econômica do estabelecimento ou, ainda pior, deve estar ligado à produção ou fabricação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Por conta disso, só bens estritamente operacionais, como, por exemplo, máquinas que se destinam à produção de bens comercializados pela empresa, seriam considerados parte do ativo permanente que assegura o aproveitamento do crédito de ICMS.

Em conclusão, de nada valerá as propostas de reforma tributária atualmente em discussão no Congresso Nacional preservarem o princípio da não cumulatividade do imposto, se o legislador infraconstitucional e os tribunais não conseguirem “virar essa página”, de modo a continuar restringindo o direito ao crédito de ICMS em diversas circunstâncias, tornando o direito ao crédito parcial.

Crédito físico X financeiro

De acordo com o Professor André Mendes Moreira⁹, o direito ao crédito pode ser:

⁹ MOREIRA, André Mendes. **Não cumulatividade tributária na Constituição e nas leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, impostos e contribuições residuais.**

- (a) físico, quando são aproveitáveis apenas os créditos oriundos da aquisição de mercadorias para revenda e, no caso das indústrias, os produtos diretamente aplicados na produção, que se incorporem ao produto final ou sejam integralmente consumidos no processo industrial; ou
- (b) financeiro, quando, além da garantia mínima do crédito físico, assegura-se também ao comerciante, industrial ou produtor o direito ao abatimento do imposto incidente sobre bens do ativo permanente e material de uso e consumo da empresa (material este que não se enquadra no conceito de produto intermediário, o qual exige a aplicação diretamente no processo produtivo, entrando em contato físico com o produto final e sendo consumido integralmente).

O critério quanto à amplitude do crédito não está claro no texto constitucional que disciplina a não cumulatividade do IPI e do ICMS. Os arts. 153, § 3º, II, e 155, § 2º, I, da Constituição Federal estabelecem basicamente que esses impostos são não-cumulativos, *“compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”*.

As duas espécies de crédito – físico e financeiro – parecem ser possíveis a partir da leitura dos dispositivos constitucionais, pois, conforme ensina Marco Aurélio Greco¹⁰, a compensação do que é devido em cada operação com o montante cobrado na operação anterior pode ser entendida como operação anterior relativa **(a)** à mesma mercadoria, **(b)** à mercadoria e aos insumos que a compõe; ou **(c)** a quaisquer operações anteriores tributadas.

Conforme exposto anteriormente, embora o texto constitucional vigente não indique qual critério deva ser aplicado quando da apropriação de créditos tributários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar as normas que preveem a não

Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 164.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. “ICMS – Créditos pela aquisição de bens destinados ao ativo permanente”, in **Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto**. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

cumulatividade, seguindo o entendimento da Administração Tributária, restringiu-a ao crédito físico.

Nesse sentido manifestou-se o Ministro Carlos Velloso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF¹¹, ao se referir ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal. De acordo com o Ministro, esse dispositivo “*não adota o crédito financeiro, mas o crédito físico*”, sendo que o direito ao crédito sobre bens do ativo, por exemplo, previsto no art. 20 da Lei Complementar 87/1996, configura um benefício concedido pelo legislador, que não pode apenas “*conceder menos*” do que o texto constitucional¹².

Da mesma forma, o STF se pronunciou no Tema 322, julgado em 25/04/2019, sobre o direito ao crédito de IPI em aquisições de insumos provenientes da Zona Franca de Manaus, amparados pela isenção. Decidiu-se ser possível o creditamento por se tratar de um incentivo regional previsto no art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, mas não de crédito financeiro¹³, não reconhecido pela jurisprudência.

O crédito físico gera inúmeras dúvidas, especialmente no que concerne aos insumos, compreendendo matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem. Afinal, é pressuposto, para a geração do crédito tributário, o “*contato direto com o produto final*”, como exige a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) para fins de crédito de IPI, segundo orientação contida no Parecer Normativo CST nº 65/1979? Deve haver “*consumo imediato e integral*” daquela mercadoria na produção, como prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴? Em caso positivo, qual

¹¹ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.325/DF, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 06.10.2006, p. 32.

¹² No mesmo sentido, STF, Segunda Turma, AI-AgR nº 81.199/SP, Relator Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 05.06.1981, p. 5.396.

¹³ STF, Pleno, RE nº 592.891, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJ 20.09.2019, p. 204.

¹⁴ O entendimento do STJ é de que, “*no que tange ao direito de crédito de ICMS, oriundo dos denominados produtos intermediários, isto é, aqueles utilizados no processo industrial, far-se-ia fundamental a sua integração ao produto final, ou seja, consumidos no processo de forma imediata e integral*”

período deve ser considerado como “imediato”? Poderia a lei que disciplina o PIS e a COFINS vedar o crédito de insumos do setor comercial, mesmo os contribuintes que nele atuam estarem sujeitos ao regime não cumulativo?

Enfim, o que se conclui é que a não cumulatividade dos tributos plurifásicos que oneram o consumo, atualmente, foi regulamentada pelas normas infraconstitucionais e interpretada pela jurisprudência como vinculada ao crédito físico, deixando sem solução inúmeras questões enfrentadas diariamente pelos contribuintes.

Devolução de créditos do ICMS

O ICMS é o tributo com maior potencial de acúmulo de créditos. E isso se dá não pela abrangência de seus créditos (uma vez que, como visto anteriormente, até hoje o Brasil não foi capaz de autorizar o creditamento de bens de uso e consumo), mas pelo fato de existirem alíquotas muito diversas.

Não é incomum que contribuintes do ICMS adquiram bens tributados à alíquota de 18% e deem saídas interestaduais tributadas à alíquota de 7%, por exemplo. Desde 2013, com o advento da Resolução 13/2012, a situação ficou ainda mais dramática por conta da alíquota de 4% em operações interestaduais com produtos importados (ou produtos nacionais com alto conteúdo de importação).

Mesmo nas saídas internas há situações em que as alíquotas de entrada são maiores que as de saída. Um exemplo típico é o caso das indústrias de cosméticos, que adquirem insumos com 18%, mas vendem os produtos que fabricam com carga tributária de 12%, em virtude da redução de base de cálculo prevista na chamada “Primavera Tributária”.

A restituição / compensação do saldo credor de ICMS não é tarefa simples na maior parte dos Estados brasileiros. Caso o contribuinte não consiga dar vazão em seus créditos apenas pagando o ICMS corrente, é praticamente nula a possibilidade de devolução

(AgRg no REsp 738.905/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 20.2.2008).

em dinheiro ou mesmo compensação com outros tributos, como é o caso do IPVA.

Na maior parte dos Estados, portanto, a monetização dos créditos acumulados ocorre apenas junto a terceiros (fornecedores ou outros contribuintes), sempre com autorização governamental para tanto.

Como se isso não bastasse, o acúmulo de ICMS fica ainda mais dramático no regime da substituição tributária (o chamado ICMS-ST). Ali, como existe a tributação de um fato gerador futuro (e, em alguma medida, incerto), muitas são as razões que podem gerar o acúmulo deste imposto, como a venda interestadual ou a exportação por parte do contribuinte substituído.

Para o ICMS-ST a Constituição da República ainda prevê a sua “imediata e preferencial restituição”, mas o que se vê na prática é que os Estados criam procedimentos que impedem o total cumprimento do mandamento constitucional.

Por essa razão, não é incomum que contribuintes com crescente saldo credor de ICMS acabem sendo pressionados por empresas de auditoria para que reconheçam contabilmente as perdas de tais créditos, o que equivale a um incremento no custo dos produtos vendidos – e, conseqüentemente, uma corrosão da margem bruta.

B) PIS/COFINS não-cumulativo

A instituição do regime não cumulativo das contribuições para o PIS e para a Cofins para determinadas atividades e determinados sujeitos se deu a partir da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (“Lei 10.637”) e a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 (“Lei 10.833”), mas o regime cumulativo continua vigente para determinados casos, como para os contribuintes tributados no regime de lucro presumido para fins de Imposto sobre a Renda.

O STF confirmou em repercussão geral a constitucionalidade da coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo das contribuições sociais, afirmando que diferentemente do ICMS e do IPI, não haveria previsão no texto constitucional sobre a técnica de

incidência da não cumulatividade das contribuições, mas haveria um “conteúdo mínimo” e inafastável de não cumulatividade: evitar o efeito cascata da tributação com a incidência do tributo sobre o mesmo tributo.

Apontou também que os objetivos indicados na exposição de motivos das Leis 10.637 e 10.833 de harmonização, neutralidade tributária e correção dos desequilíbrios na concorrência deveriam direcionar o legislador para inserção da cobrança não cumulativa para todos os contribuintes de um setor econômico ao longo do tempo, mas que não seria razoável impor o regime cumulativo para todos em razão de imperfeições sistêmicas.

Diante disso, as leis que instituíram o PIS e a Cofins no sistema tributário brasileiro estariam, para o STF, em “processo de inconstitucionalização” por ausência de coerência e de critérios racionais e razoáveis sobre a escolha das atividades e receitas do setor de prestação de serviços que se submeteriam ao regime cumulativo¹⁵.

Em outras palavras, o próprio STF reconheceu que o sistema cumulativo de PIS e Cofins é falho e precisa de melhorias para alcançar a neutralidade fiscal.

Hoje, as Leis 10.833 e 10.637 permitem que os contribuintes reconheçam créditos relativamente a certos custos e despesas lei, em especial quando utilizados em seu processo produtivo (seja para produção de bens ou para a prestação de serviços).

Os custos e as despesas passíveis de gerarem direito de crédito de PIS e Cofins estão previstos pelo artigo 3º das Leis 10.637 e 10.833, tais como bens adquiridos para revenda, energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica, aluguéis de prédios, máquinas e

¹⁵ STF, RE nº 607.642/RJ, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29 de junho de 2020. Tese fixada no Tema 337: “*Não obstante as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estejam em processo de inconstitucionalização, é ainda constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo, na apuração do PIS/Cofins das empresas prestadoras de serviços.*”

equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa, máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços, entre outros.

Ainda, podem ser objeto de creditamento das contribuições os bens e serviços, utilizados como “insumo” na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes. Diante da falta de clareza sobre o alcance da expressa “insumo”, a Receita Federal do Brasil (“RFB”) indicou de maneira restritiva nas Instruções Normativas SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002 e nº 404, de 12 de março de 2004 os dispêndios que poderiam ser considerados insumos utilizados na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

A regulamentação da RFB, todavia, acabou por instaurar um contencioso tributário em todo o Brasil, já que as possibilidades de enquadramento de determinado custo ou despesa como insumo são infinitas e variáveis de acordo com a atividade de cada contribuinte.

Após longas discussões no poder judiciário, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)¹⁶, sob a sistemática dos recursos repetitivos¹⁷, reconheceu a ilegalidade das Instruções Normativas da RFB e definiu que o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos

¹⁶ Recurso Especial (“REsp”) nº 1.221.170/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22.02.2018.

¹⁷ Sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil (“CPC”) de 1973, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vigente à época. O julgamento de recursos repetitivos impede o seguimento aos recursos especiais sobrestados na origem, pendentes de juízo de admissibilidade, nos casos em que o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior. Já nos casos em que o processo suspenso tenha sido decidido diversamente da orientação dos tribunais superiores, é determinada a adequação da decisão. Caso os processos tenham sido suspensos em primeira ou segunda instância, devem retomar seu curso para serem julgados em consonância com a tese firmada pelo tribunal superior (artigo 543-C, § 7º, do CPC de 1973, e artigo 1.040 do atual CPC, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

critérios de essencialidade e da relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica do contribuinte.

Considerando toda a celeuma sobre creditamento para fins de PIS e Cofins, chegou ao STF a discussão se as próprias Leis 10.833 e 10.637 seriam constitucionais ao delimitar de forma taxativa os custos e despesas que geram direito a crédito de PIS e de Cofins.

Sob a sistemática de repercussão geral¹⁸, o Tribunal decidiu no final de 2022 que o artigo 195, § 12º da CF, que passou a prever a sistemática da não cumulatividade para as contribuições, garantiu autonomia ao legislador para regular a matéria, desde que respeitados a matriz constitucional das contribuições sociais, especialmente o núcleo de sua materialidade e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção da confiança, sendo constitucionais as previsões das Leis 10.833 e 10.637 sobre aproveitamento de crédito. A discussão sobre o alcance da expressão “insumo” foi considerada como matéria de ordem infraconstitucional e por isso não foi objeto da decisão do Supremo. Porém, expôs o entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativo ao tema, em ocasião do julgamento do Recurso Especial 1221170-PR, Temas Repetitivos nº 779 e nº 780, no qual foi definido que o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item — bem ou serviço — para o

¹⁸ STF, RE nº 841.979/PE, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli julgado em 28.11.2022: “I. O legislador ordinário possui autonomia para disciplinar a não cumulatividade a que se refere o artigo 195, § 12, da Constituição, respeitados os demais preceitos constitucionais, como a matriz constitucional da contribuição ao PIS e da COFINS e os princípios da razoabilidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção à confiança; II. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a discussão sobre a expressão insumo presente no artigo 3º, inciso II, das Leis ns. 10.637/02 e 10.833/03 e sobre a compatibilidade com essas leis das IN SRF ns. 247/02 (considerada a atualização pela IN SRF nº 358/03) e 404/04. III. É constitucional o § 3º do artigo 31 da Lei nº 10.865/04”.

desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Ainda, de acordo com o precedente do STJ, o conceito de insumo deve ser aplicado de forma casuística, ou seja, em função da inexistência de um conceito restrito de insumo, a análise deverá ser sempre feita caso a caso. A discussão relativa ao conceito de insumo é relevante em função da divergência de entendimentos dos contribuintes e da Receita Federal acerca de quais bens e serviços poderiam ser incluídos na definição de insumo do art. 3º, II das Leis nº 10.833/03 e nº 10.637/02¹⁹.

Atualmente, em que pese a Receita Federal, através da Instrução Normativa nº 2.121/2022, ter fixado entendimento ampliado acerca do conceito de insumo em seu art. 176²⁰, em conformidade com a interpretação do STJ, ainda permanece a dificuldade dos contribuintes na apuração dos créditos das Contribuições ao PIS e a Cofins, em decorrência da subjetividade para determinar se o item é essencial ou relevante para a sua atividade econômica.

Outro exemplo a se considerar é que os artigos 3º das Leis 10.637 e 10.833 limitam o direito ao crédito sobre insumos na “prestação de serviços e na fabricação de bens”, e, por não abranger de forma expressa a possibilidade de utilização de créditos por contribuintes que atuam no setor comercial, as autoridades fiscais costumam entender que as empresas comerciais não fariam jus aos créditos sobre insumos. Nessas ocasiões, os contribuintes precisam se socorrer do judiciário para garantir a não cumulatividade a partir da

¹⁹ Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI.

²⁰ Art. 176. Para efeito do disposto nesta Subseção, consideram-se insumos, os bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes para o processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços.

aplicação de princípios como igualdade tributária e proporcionalidade²¹.

O que se observa é que a não cumulatividade do PIS e da Cofins também não é plena, já que há diversas discussões sobre os limites para apropriação de créditos na sistemática de tributo calculado na forma de “base sobre base”.

Devolução de créditos no PIS/COFINS

Pessoas jurídicas sujeitas à apuração não cumulativa das contribuições possuem uma base de creditamento bastante ampla (se comparada com o IPI), especialmente a partir das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de insumo.

Por essa razão, há um maior potencial de acúmulo de créditos no PIS/Cofins, em comparação com o IPI. Uma vez acumulado, o saldo credor de PIS/Cofins, como regra, pode ser usado apenas para abatimento das próprias contribuições, mas há duas importantes exceções, a seguir transcritas:

Art. 5º A contribuição para o PIS/Pasep não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de:

I - exportação de mercadorias para o exterior;

II - prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas;

III - vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação.

§ 1º Na hipótese deste artigo, a pessoa jurídica vendedora poderá utilizar o crédito apurado na forma do art. 3º para fins de:

I - dedução do valor da contribuição a recolher, decorrente das demais operações no mercado interno;

²¹ MARQUES, Thiago de Mattos. 2021. Créditos de PIS/Cofins sobre insumos da atividade comercial. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, nº 47 (janeiro). P. 436-466.

II - compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a legislação específica aplicável à matéria.

§ 2º A pessoa jurídica que, até o final de cada trimestre do ano civil, não conseguir utilizar o crédito por qualquer das formas previstas no § 1º, poderá solicitar o seu ressarcimento em dinheiro, observada a legislação específica aplicável à matéria.²² (sem destaque no original)

Art. 16. O saldo credor da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins apurado na forma do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e do art. 15 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, acumulado ao final de cada trimestre do ano-calendário em virtude do disposto no art. 17 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, poderá ser objeto de:

I - compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a legislação específica aplicável à matéria; ou

II - pedido de ressarcimento em dinheiro, observada a legislação específica aplicável à matéria.²³

A primeira hipótese refere-se aos créditos vinculados às exportações, tanto de bens quanto de serviços. Já o segundo dispositivo se refere ao acúmulo de créditos de PIS/Cofins em virtude de “vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência”²⁴ das contribuições.

Fora essas hipóteses, o contribuinte não poderá ressarcir ou compensar com outros tributos federais o montante acumulado de créditos de PIS/Cofins.

²² Lei 10.637/2002.

²³ Lei 11.116/2005.

²⁴ Artigo 17 da Lei 11.033/2004.

C) A não cumulatividade no IPI

Como o IPI é um tributo que existia no sistema tributário brasileiro antes da CF de 1988, o Código Tributário Nacional (“CTN”), aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, previu em seu artigo 49 que o IPI é não cumulativo, de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Além disso, ao tratar sobre a não cumulatividade do IPI, o CTN previu que o saldo credor de IPI em determinado período pudesse ser transferido para o período ou períodos seguintes.

Essas previsões continuaram válidas após a promulgação da CF de 1988, sendo que a Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, por sua vez, previu em seu artigo 11 que o saldo credor do IPI decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, *inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero*, pode ser utilizado para compensação com outros tributos.

Considerando a previsão constitucional de não cumulatividade do IPI, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) decidiu em 2007²⁵ que não há direito a crédito sobre insumo que ingressa na indústria com alíquota zero de IPI, pois não houve tributação na etapa anterior.

Por outro lado, o tribunal já decidiu pela possibilidade de creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus (“ZFM”) sob o regime da isenção, já que a CF de 1988 garante regime tributário diferenciado para combater desigualdades regionais. O aproveitamento do crédito nesse caso seria uma espécie de crédito

²⁵ STF, Recurso Extraordinário (“RE”) 353.657, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.06.2007.

presumido que independe de lei específica exigida no artigo 150, § 6, da CF, já que a CF já constitucionalizou a isenção da ZFM²⁶.

Não há dúvida na doutrina de que a compensação de créditos e débitos de IPI é um direito do contribuinte garantido pela CF, não sendo admissível limitação pelo legislador infraconstitucional, conforme bem explica José Eduardo Toledo²⁷.

Nada obstante, conforme julgados acima e muitos outros existentes na jurisprudência, é comum que os contribuintes tenham que recorrer ao poder judiciário para ver afirmada a aplicação do princípio da não cumulatividade do IPI.

IPI e crédito físico

Como visto, a CF/88 previu para as Contribuições ao PIS e da Cofins, em seu art. 153, § 3º, II, que o imposto incidente sobre os produtos industrializados também possui natureza não-cumulativa, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

Contudo, a legislação infraconstitucional que dispõe sobre o IPI, em especial o Decreto nº 7.212/2010, o qual estabelece o Regulamento do IPI (RIPI), restringiu a não cumulatividade do imposto de modo a autorizar o aproveitamento de crédito pelo contribuinte somente nas situações em que o insumo adquirido participe intrinsecamente do processo produtivo, conforme se depreende da redação do art. 226, I do RIPI²⁸.

²⁶ STF, RE 592.891/SP, Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 25.04.2019.

²⁷ TOLEDO, José Eduardo. O imposto sobre Produtos Industrializados – incidência tributária e princípios constitucionais. São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 144.

²⁸ Art. 226. Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se: I - do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem

Para tanto, conceituou o termo “insumo” como sendo a matéria-prima, o produto intermediário, ou o material de embalagem utilizado para envolver o produto e que não seja aplicada somente para o transporte dos bens sujeitos ao imposto.

Ou seja, determina a legislação ordinária que o IPI será não cumulativo quando os bens adquiridos se integrarem ao produto final ou, ainda, quando sofrerem alterações/desgastes ao longo do processo de industrialização.

Desse modo, a Receita Federal, por meio de pareceres e soluções de consulta, já sedimentou o entendimento de que não dá direito ao crédito de IPI as aquisições de máquinas, suas partes e peças, equipamentos e instalações, ou qualquer bem destinado à composição do ativo imobilizado do estabelecimento:

Verifica-se, então, que o crédito de IPI está ligado diretamente ao fato de o insumo participar intrinsecamente do processo produtivo. E isso não ocorre com as máquinas e suas partes e peças e nem com equipamentos e instalações. (...)

Assim, não se vê razão para admitir-se, ainda que em tese (como fez a SC 24), a possibilidade de crédito de IPI para partes e peças de máquinas. Reitere-se que, pelas mesmas razões, não se admite apuração de crédito de IPI na aquisição de equipamentos e instalações.

Portanto, deve ser corroborado o entendimento administrativo assentado no sentido de que não cabe crédito de IPI relativo à aquisição de máquinas, suas partes e peças, equipamentos e instalações.²⁹

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 495, compreendeu que “a aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a credtamento de IPI”.

consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;

²⁹ Parecer Normativo COSIT Nº 3, de 04 de Dezembro de 2018.

Resta nítido, portanto, que a legislação infraconstitucional acolheu a sistemática do crédito físico em relação ao IPI, segundo a qual só enseja direito a crédito as aquisições de mercadorias que, entradas no estabelecimento, serão objeto de novas saídas tributadas, a partir da integração física dos bens ao produto industrializado.

Essa sistemática diverge do regime de crédito amplo, o qual assegura aos contribuintes a plena fruição da não cumulatividade do imposto, uma vez que todo bem adquirido que acarrete ônus tributário à empresa importará no crédito correspondente, independentemente da destinação do bem. Assim, para a sistemática do crédito financeiro, seria irrelevante se as mercadorias adquiridas se destinam ao ativo permanente do estabelecimento pois, havendo incidência do imposto em sua entrada, haverá o direito ao crédito proporcional.

Embora a adoção do critério físico relacionado ao IPI seja alvo de controvérsias em relação a sua constitucionalidade, uma vez que a Carta Constitucional, ao dispor em seu art. 153, § 3º, II sobre a não cumulatividade do IPI, não vinculou o direito ao crédito ao destino da utilização dos bens adquiridos, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada no sentido de que é constitucional a adoção do crédito físico pela legislação ordinária. Eis o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPI. CREDITAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES O critério constitucional da não cumulatividade adota o regime do crédito físico. Assim, somente gera direito a crédito a mercadoria associada, empregada ou integrada fisicamente no processo de industrialização ou comercialização. Para que seja reconhecido o crédito na hipótese, sob o regime financeiro, é imprescindível que haja previsão em legislação infraconstitucional. Não é o que se verifica na situação sob análise. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁰

³⁰ STF, 1ª Turma, AI 848516 AgR, Rel. Minº Roberto Barroso, j. em 25/02/2014.

Portanto, assim como as restrições impostas ao direito à tomada de crédito do ICMS e das Contribuições para o PIS e da COFINS, a legislação também torna a não cumulatividade do IPI parcial, em razão da necessidade dos bens adquiridos se integrarem ao produto final ou sofrerem alterações no processo produtivo para que seja assegurado o direito ao crédito.

Devolução de créditos no IPI

Como visto anteriormente, o IPI é o tributo com a base mais restrita de créditos. Não dão direito a créditos de IPI, por exemplo, bens de uso e consumo e bens destinados ao ativo imobilizado. Por ter a menor quantidade de créditos, é natural que o IPI seja, potencialmente, aquele que menos gera créditos acumulados.

Além disso, o IPI possui a melhor sistemática de devolução de créditos acumulados, especialmente após a edição da Lei 9.779/1999, cujo artigo 11 segue transcrito:

Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

Como se vê, o estabelecimento industrial, ao acumular créditos, poderá (a) usá-los para compensar com o próprio IPI dentro do trimestre, e (b) após findo o trimestre, utilizar o saldo credor de

IPI para compensar com os demais tributos federais (ou mesmo pedir sua restituição em dinheiro)³¹.

A única dúvida quanto ao procedimento acima tem a ver com os insumos utilizados para a industrialização de produtos imunes. Até o Regulamento do IPI de 2002 (Decreto 4544), os produtos imunes estavam expressamente mencionados³², mas deixaram de sê-lo a partir do Regulamento de 2010 (Decreto 7.212).

³¹ Claro que sabemos que a restituição de tributos em espécie é sempre algo moroso, mas a compensação com outros tributos federais (inclusive previdenciários e retidos) tende a ser uma medida eficaz para a maior parte dos industriais brasileiros.

³² Artigo 195, § 2º.

5. OS PROBLEMAS DOS CRÉDITOS ACUMULADOS DE ICMS¹

Introdução

O acúmulo de créditos tributários, há décadas, é um grande entrave para as empresas brasileiras, com especial impacto negativo nas exportações. Nesse sentido, em estudo sobre o problema do acúmulo de créditos de ICMS nas exportações brasileiras, elaborado em 2018 pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), o ICMS foi apontado como o segundo tributo que mais afeta as exportações, o que ocorre porque a maioria das empresas exportadoras não consegue utilizar, compensar ou ressarcir-se dos créditos que se acumulam.²

Em trabalho mais geral e mais recente sobre os desafios à competitividade das exportações brasileiras (2022)³, a CNI tornou a realçar o problema. Nesse estudo, a dificuldade de ressarcimento de créditos tributários estaduais (ICMS) foi apontado como entrave crítico à competitividade brasileira por 21,4% dos entrevistados na

¹ Capítulo preparado por **Maurício Barros**, Sócio de Demarest Advogados, Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP, Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, ex-Juiz Contribuinte do Tribunal de Impostos e Taxas do estado de São Paulo entre 2014 e 2019 e Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas.

² Confederação Nacional da Indústria. *Perda de Competitividade das Exportações: o Problema do Acúmulo de Créditos de ICMS*. Brasília: CNI, 2018, p. 11.

³ Confederação Nacional da Indústria. *Desafios à Competitividade das Exportações Brasileiras*. Brasília: CNI, 2022, p. 58. In <https://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/assuntos-internacionais/publicacoes/desafios-a-competitividade-das-exportacoes-brasileiras-2022/>

pesquisa, ao passo que 21,1% apontaram a dificuldade de ressarcimento de créditos tributários federais (IPI/PIS/COFINS), considerando amostras de 2021.

Embora a Constituição Federal e a legislação nacional do ICMS (Lei Complementar 87/96), como será visto mais adiante, garantam a utilização dos créditos de ICMS, com especial tutela dos créditos gerados em função de exportações, os estados costumam impor inúmeros obstáculos para esse aproveitamento, o que reduz a eficácia das diretrizes constitucionais e legais e termina por ser um dos principais inibidores da competitividade das empresas exportadoras do Brasil, pois os valores não recuperados transformam-se em custo e são incorporados aos preços das mercadorias exportadas, o que reduz a vantagem competitiva brasileira em relação a outros países⁴.

Os entraves impostos pelos estados são diversos. Em seu estudo de 2018, a CNI⁵ avaliou a possibilidade de compensação de créditos acumulados com débitos de ICMS-ST, ICMS-Importação e ICMS-DIFAL em dez estados, tendo concluído que *(i)* todos vedam a compensação com débitos decorrentes de ICMS-ST; *(ii)* seis não autorizam ou autorizam apenas parcialmente a compensação com débitos decorrentes de ICMS-Importação; e *(iii)* nove não autorizam expressamente, de forma específica, a compensação com débitos decorrentes de ICMS-DIFAL. Nas limitações à utilização ou transferência dos Créditos Acumulados, *(i)* todos os 10 estados exigem autorização prévia do Fisco; *(ii)* cinco apresentam limitação de valores; e *(iii)* quatro condicionam a utilização dos créditos acumulados à inexistência de débitos pelo contribuinte, ainda que com exigibilidade suspensa. Eis um resumo do quanto apurado na referida pesquisa:

⁴ CNI (2018), p. 17.

⁵ CNI (2018), p. 15.

Estados	AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA COMPENSAÇÃO			RESTRIÇÕES À UTILIZAÇÃO OU TRANSFERÊNCIA		
	ICMS-ST	ICMS-Importação	ICMS-DIFAL (previsão específica)	Autorização prévia	Limitação de valores	Inexistência de débitos, inclusive com exigibilidade suspensa
ES	Não	Em parte	Em parte	Sim	Não	Não
MG	Não	Em parte	Não	Sim	Sim	Sim
MT	Não	Não	Sim	Sim	Não	Sim
PA	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Não
PR	Não	Em parte	Não	Sim	Sim	Não
RJ	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não
RS	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
SC	Não	Em parte	Não	Sim	Não	Sim
SP	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Sim

Tabela 1 – Dificuldades na compensação dos Créditos Acumulados⁶⁶ CNI (2018), p. 34.

Por outro lado, o estudo da CNI⁷ aponta que as restrições impostas às empresas exportadoras por estados e Distrito Federal estão inseridas num contexto mais amplo, de disputa desses com a União Federal por repasses de recursos. Isso porque, quando da ampliação da desoneração do ICMS nas exportações, foi previsto que a União Federal repassaria aos estados e ao Distrito Federal montantes para compensá-los pela perda de arrecadação, o que acabou não ocorrendo de maneira satisfatória e contribuiu para (i) os problemas frequentes de caixa dos estados e do Distrito Federal e, consequentemente, (ii) as indevidas restrições para que os contribuintes recuperem tais valores.

Além das limitações acima, existem outros aspectos que agravam a situação das empresas exportadoras ou contribuem para uma maior complexidade da negociação dos créditos acumulados de modo geral, tais como: regras complexas e não tão claras quanto à mensuração dos créditos; responsabilização dos adquirentes/cessionários em caso de divergência com relação ao montante adquirido e utilizado na compensação de débitos; imposição de altas taxas de deságio como prática nas negociações; e tributação dos valores recebidos pelas empresas exportadoras em decorrência da transferência dos créditos acumulados por Imposto de Renda – Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)⁸.

Com relação à complexidade das regras de homologação e utilização dos créditos acumulados, em pesquisa realizada em 2018 com gestores empresariais, Raul Gomes Pinheiro, Elenice Budng e Ronaldo Viana Silvestre⁹ levantaram que 100% dos entrevistados tinham alguma dificuldade na elaboração do processo do crédito de

⁷ CNI (2018), p. 18.

⁸ CNI (2018), p. 32.

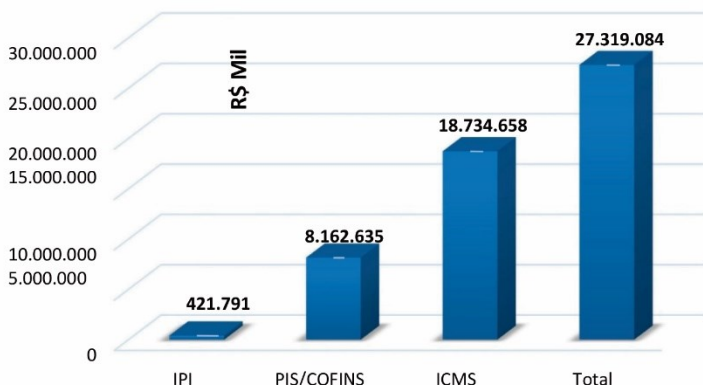
⁹ PINHEIRO, Raul Gomes; BUDNG, Elenice; SILVESTRE, Ronaldo Viana. “Captação e utilização do crédito acumulado de ICMS no estado de São Paulo: uma pesquisa junto aos gestores das empresas”. In *RIC - Revista de Informação Contábil*. Vol. 12, n. 3, Jul-Set/2018, pp. 61-62.

ICMS (E-CredAc) perante a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, sendo que a quase totalidade respondeu ter “muita dificuldade” de elaboração do processo. Além disso, os pesquisadores apontaram que muitos encontram dificuldades devido à complexidade para a elaboração dos arquivos magnéticos.

A mesma pesquisa levantou que 71,4% dos entrevistados conseguiram de 71% a 99% do crédito pleiteado, 10,7% obtiveram de 31% a 70%, 10,7% obtiveram até 30% e apenas 7,1% conseguiram 100%. Quanto ao tempo de demora para a liberação do crédito acumulado desde a solicitação até o deferimento pela SEFAZ, 48,1% informaram de 7 meses a 1 ano, 25,9% disseram até 6 meses, e 25,9% disseram de 1 ano e 1 mês a 2 anos.

Esses entraves e dificuldades refletem-se, obviamente, em números. Em pesquisa promovida pelo GETAP – Grupo de Estudos Tributário Aplicados em abril de 2020, que colheu dados de quarenta e uma das maiores empresas do país, foi concluído que o ICMS é o tributo que acarreta o maior acúmulo de créditos entre as empresas participantes, chegando a um valor superior a R\$ 18 bilhões, dos quais R\$ 6,7 bilhões apenas de créditos acumulados no estado de São Paulo:

Créditos Acumulados - Geral - Abril/2020
(em milhaes de R\$)



Fonte: GETAP

O número global, se abrangido todo o universo de empresas brasileiras que acumulam créditos de ICMS (a pesquisa do GETAP abarcou 41 empresas), poderia atingir doze dígitos.

Esse quadro acaba por afetar a competitividade da indústria brasileira e aumenta a sensação de instabilidade do ambiente de negócios do país, sobretudo no tocante a investimentos estrangeiros.

A baixa competitividade da indústria brasileira se evidencia com a comparação com as experiências internacionais quanto à recuperação do Imposto Sobre o Valor Agregado (IVA) nas cadeias exportadoras, na medida em que, nos países desenvolvidos, os créditos acumulados podem ser compensados ou devolvidos com relativa facilidade, com prazos de recuperação de, em média, 3 a 6 meses a partir da data do registro dos créditos, conforme estudo do Fundo Monetário Internacional¹⁰. Por outro lado, países em desenvolvimento costumam levar muitos meses ou até anos para ressarcir tais créditos, segundo o mesmo estudo¹¹.

A título de exemplo, na União Europeia a Diretiva 2008/09/CE define as modalidades de reembolso do IVA a sujeitos passivos não estabelecidos no Estado-Membro do reembolso, mas estabelecidos em outro Estado-Membro. Essa diretiva aponta prazos curtos de efetivação dos reembolsos (quatro meses, em situações regulares – artigo 19º, n. 2, não podendo exceder oito meses em alguns casos – arts. 20º a 22º) e impõe o pagamento de juros caso o Estado-membro não observe tais prazos (art. 26º).

Logo, conforme explica ISAIAS COELHO¹², na União Europeia as exportações para fora do país são livres de IVA e o exportador recupera o que pagou na aquisição das mercadorias, insumos, materiais e serviços aplicados nos bens ou serviços exportados, por

¹⁰ HARRISON, Graham; KRELOVE, Harrison. *VAT Refunds: A Review of Country Experience*. IMF Working Paper, 2005. In <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/VAT-Refunds-A-Review-of-Country-Experience-18646> p. 14.

¹¹ HARRISON; KRELOVE (2005), p. 5.

¹² “Um novo ICMS – Princípios para reforma da tributação do consumo”. In *Revista Brasileira de Comércio Exterior* nº 120, jul./set. 2014, p. 33.

meio de uso do crédito (IVA *input*) para satisfazer obrigações de IVA geradas por vendas internas (IVA *output*). Caso o crédito seja superior ao IVA devido em operações internas, o imposto é recuperado em dinheiro (crédito em conta bancária).

A OCDE também recomenda que os créditos de IVA sejam recuperados pelos exportadores¹³, bem como que essa recuperação não seja burocrática ou de alguma forma dificultada pelos países¹⁴. Nesse ponto, para que a negociação do Brasil para a entrada na organização seja exitosa, o problema deverá ser contornado não apenas em nível federal, mas também (e talvez principalmente) em nível estadual.

Por sua vez, a legislação e a prática brasileiras são muito diferentes, havendo empresas com valores bilionários em seus ativos sem a menor perspectiva de monetização, pois a recuperação dos créditos acumulados pode levar anos, não acompanhar o acúmulo mensal ou mesmo não acontecer, considerando as inúmeras restrições impostas pelos estados.

Diante de todo esse quadro, esse estudo tentará apontar alguns caminhos possíveis para a minimização do problema,

¹³ “1.9 The application of the destination principle in VAT achieves neutrality in international trade. Under the destination principle, exports are not subject to tax with refund of input taxes (that is, “free of VAT” or “zero-rated”) and imports are taxed on the same basis and at the same rates as domestic supplies. Accordingly, the total tax paid in relation to a supply is determined by the rules applicable in the jurisdiction of its consumption and all revenue accrues to the jurisdiction where the supply to the final consumer occurs.” OECD (2017), International VAT/GST Guidelines, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en>, p. 16.

¹⁴ “The principle that businesses should not incur irrecoverable VAT (except in the circumstances contemplated by paragraph 2.4) does not mean that compliance costs and burdens should not be borne by businesses. Similarly, tax administrations will incur costs and burdens in managing VAT systems, including the underlying procedures and policies. Although some form of VAT refund or relief mechanism should generally be available to foreign businesses, the availability and scope of such systems or mechanisms may take into account the related burdens of administration, collection and enforcement. For example, the tax administration should not be expected to incur disproportionate costs or burdens when dealing with foreign businesses, such as might be the case when dealing with low value or de minimis claims.” OECD (2017), p. 24.

considerando tanto o quadro normativo atual quanto o de uma possível reforma da tributação do consumo, considerando a criação do Imposto sobre Bens e Serviços, com foco no texto aprovado na Câmara dos Deputados em 07/07/2023.

Antes de apontar algumas soluções, fazem-se necessários breves apontamentos sobre as bases do direito do contribuinte à recuperação desses créditos, com foco na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96, bem como na maneira como os tribunais superiores têm interpretado os dispositivos que garantem o direito.

Bases do direito do contribuinte

A. Princípio da não cumulatividade

O ICMS é um imposto de competência estadual que incide sobre as operações mercantis e sobre as prestações de serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual, nos termos da Constituição Federal. Esse imposto, de incidência plurifásica, tem suas características fundamentais arroladas no artigo 155 da CF/88, dentre as quais merece destaque a não-cumulatividade, que é o direito constitucional do contribuinte de abater¹⁵ do imposto devido o imposto incidente nas etapas anteriores da cadeia mercantil, de modo que a carga tributária total efetiva do ICMS na mercadoria corresponda exatamente ao valor obtido pela aplicação da alíquota ao preço de venda ao consumidor final¹⁶.

¹⁵ Sobre não-cumulatividade do ICMS e abatimento, vide ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. “ICM – Abatimento constitucional – Princípio da não-cumulatividade”. *Revista de Direito Tributário* 29/30, p. 116.

¹⁶ Nas palavras de HUGO DE BRITO MACHADO e HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO: “Isto quer dizer que em nenhuma hipótese o valor do imposto devido em todas as operações e prestações de serviço de transporte relacionados a um bem pode ser maior do que o resultante da aplicação da alíquota desse imposto sobre a base de cálculo na operação final de venda ao consumidor. Qualquer norma, de qualquer natureza, que determine o contrário, será desprovida de validade jurídica, por estar em flagrante conflito com a Constituição Federal”. In “ICMS. Substituição Tributária ‘para frente’. Operações

A não cumulatividade visa evitar que o ICMS se acumule nas etapas da cadeia produtiva, para alcançar apenas a circulação mercantil líquida das empresas, bem como garantir, ao final, que ele incida de maneira uniforme e neutra sobre o preço final dos produtos, sem interferir em sua competitividade e na livre concorrência, aspectos que deverão ser considerados na interpretação desse princípio após a inclusão, pela EC 42/03, do art. 146-A na CF/88¹⁷.

Para PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁸, a não-cumulatividade comporta um limite objetivo ao legislador¹⁹, que não pode tolhê-lo ou restringi-lo, na medida em que ela concretiza princípios contendo valores, tais como a justiça da tributação, a capacidade contributiva e a uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e industrialização de produtos (visando à neutralidade). Assim, por se tratar de limite que garante direitos individuais, HELENO TAVEIRA TÔRRES²⁰ aponta que a não-cumulatividade sequer poderia ser suprimida por emenda constitucional, por força do art. 60, § 4º, alínea “d” da CF/88.

A não-cumulatividade comporta grande relevância para o ICMS, pois é a técnica de apuração que garante a observância da capacidade contributiva na tributação plurifásica, ao impor que apenas o valor agregado pelo contribuinte (ou algo muito próximo a ele) seja submetido à tributação²¹. Desse modo, toda e qualquer ação ou omissão do poder público, seja legislativa ou administrativa, que

com Veículos Automotores. Tabelas Nacionais de Preços. Frete. Não-inclusão. Efeitos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 84, p. 155.

¹⁷ DERZI, Misabel. “Não-cumulatividade, neutralidade, PIS e COFINS e a EC n.º 42/03”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais de Direito Tributário – 8º Volume*. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 339- 355.

¹⁸ *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 168.

¹⁹ Paulo de Barros Carvalho trabalha com a dualidade princípios-valores e princípios-limites objetivos, classificando a não-cumulatividade no segundo grupo.

²⁰ “Monofasia e não-cumulatividade das contribuições ao PIS e COFINS no setor de petróleo”. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Tributação no setor de petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 186.

²¹ BARROS, Maurício. *A efetivação dos direitos sociais por medidas fiscais e financeiras - instrumentos para a superação do subdesenvolvimento*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 191.

deliberadamente acarrete o acúmulo de créditos de ICMS aos contribuintes, será inconstitucional, especialmente se a origem do acúmulo se der por conta de exportações.

Sobre esse tema, a CF/88 prevê uma garantia especial para a recuperação desses créditos, especificamente na cláusula que determina a imunidade do ICMS nas exportações (art. 155, inciso X, § 2º, CF/88):

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, **assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;**

Como visto, a CF/88 assegura o aproveitamento dos créditos de ICMS vinculados a exportações. A previsão em cláusula específica salta aos olhos e evidencia não se tratar apenas da garantia de observância da não cumulatividade em geral, mas de um direito mais concreto de reaver o ICMS que tenha incidido nas etapas anteriores da cadeia produtiva/mercantil da mercadoria exportada, de modo que o imposto estadual não vire um custo indevido para o exportador. Sendo assim, parece-nos que a orientação constitucional é a de que tais créditos, caso não possam ser compensados, poderão ser transferidos a terceiros ou mesmo restituídos pelo fisco, tal como ocorre nos países que adotam o modelo do IVA.

B. Lei Complementar 87/96

A não cumulatividade é tratada pela Lei Complementar 87/96, norma geral de caráter nacional que rege o ICMS, nos artigos 19 a 26. Para o que interessa ao presente estudo, merece destaque o texto do artigo 25, que aponta os mecanismos para que os saldos credores de ICMS sejam efetivamente aproveitados, nos seguintes termos:

Art. 25. Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado. [Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000](#)

§ 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:

I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

§ 2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, permitir que:

I - sejam imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado.

O dispositivo citado, claramente, prevê tratamentos distintos nos casos de saldos credores originados em exportações e saldos originados nas demais operações, ao franquear ao primeiro grupo garantias que não podem ser limitadas pelos estados, diferentemente da aparente faculdade conferida às unidades federativas quanto à utilização dos demais créditos. De fato, a determinação de preferência aos saldos credores originados nas exportações está em linha com a garantia constitucional de aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, conforme art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a”.

Desse modo, a regra cogente do art. 25, § 1º, exclui qualquer possibilidade de os estados, por meio de sua legislação ou mesmo de atos de execução, imponem restrições à transferência dos saldos credores a filiais ou a terceiros estabelecidos no mesmo estado, sob pena de flagrante ilegalidade desses atos. Nem mesmo a expressão “mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito” poderia franquear ao estado qualquer juízo de conveniência e oportunidade para permitir ou não que o contribuinte transfira os créditos, pois a determinação é a de que a autoridade apenas viabilize a operação por meio da documentação correspondente (ou seja, ato plenamente vinculado).

Já nos demais casos (§ 2º), parece que o legislador complementar, de fato, franqueou uma mera opção ao legislador estadual²², que poderia ou não adotar essas medidas com o intuito de reduzir os efeitos da cumulatividade do ICMS. Contudo, mesmo que seja uma *faculdade*, ainda assim o princípio da não cumulatividade deve ser observado, o que impõe que alguma medida seja tomada, por parte do estado, para que os créditos de ICMS não se acumulem indevidamente na escrita do contribuinte, quer sejam as medidas apontadas no art. 25 ou outras. Acaso verificada uma situação concreta de cumulatividade crônica, a não adoção de quaisquer medidas por parte do estado também estará maculada de inconstitucional.

O que se vê na prática, contudo, são diversas políticas limitadoras desse direito, na medida em que os estados costumam (i) condicionar a transferência dos Créditos Acumulados à prévia e discricionária autorização por parte do Fisco; (ii) impor limites mensais globais de valores às transferências; e (iii) vedar as transferências aos contribuintes que possuem débitos com exigibilidade

²² Defendendo a obrigatoriedade de os estados permitirem a transferência de saldos credores também nos casos em que os créditos não são gerados por exportações: MELO, Jose Eduardo Soares de. *ICMS – Teoria e Prática*. 4ª edição. São Paulo: Dialética, 2000, p.239; MARTINS, Ives Gandra. “O princípio da não cumulatividade na Constituição: impossibilidade de seu afastamento por legislação infraconstitucional”. *Boletim Adcoas*, Vol. 4, jan./2001, pp. 31-44; MATTOS, Aroldo Gomes de. “Saldo credores acumulados”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS, a LC 87/96 e questões jurídicas atuais*. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 37-38.

suspensa²³. Nesses pontos, além da clara violação ao princípio da não cumulatividade, existem graves violações também ao princípio da isonomia, na medida em que nem todos os contribuintes logram obter as providências (i) e (iii), e ao art. 151, do CTN, que arrola as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Posições da jurisprudência

O STJ, por meio de suas duas turmas que julgam matéria tributária, tem adotado o entendimento de que o art. 25, da Lei Complementar 87/96, é autoaplicável e que as legislações estaduais não podem restringir o seu âmbito de aplicação:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, no sentido de que a aplicabilidade do disposto no art. 25, § 1º, da Lei Complementar n. 87/96, que trata do aproveitamento de créditos de ICMS acumulados em decorrência de operações de exportação, trata-se de norma de eficácia plena, não sendo permitido à lei local impor qualquer restrição ou vedação à transferência dos

²³ CNI (2018), p. 30.

referidos créditos, porquanto resultaria em infringência ao princípio da não cumulatividade.

III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1383147/MA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DE ICMS ACUMULADOS EM RAZÃO DE EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS POR TERCEIRO ADQUIRENTE. LIMITAÇÃO IMPOSTA POR NORMAS REGULAMENTARES EDITADAS PELO ESTADO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo de transferir o saldo credor de ICMS, utilizado na proporção que as exportações representem do total das saídas realizadas (art. 25, § 1º, II, LC n. 87/96), sem qualquer limitação, restrição ou cronograma de aproveitamento impostos indevidamente pelo Estado, inclusive no que se refere ao aproveitamento integral e imediato do seu montante por terceiro adquirente.

II - No Tribunal a quo, a segurança foi parcialmente concedida, tão somente para declarar o direito da impetrante de realização de operações de transferência de crédito de ICMS, oriundos de operações de exportação, na forma prevista pela Lei Complementar n. 87/96, sem a imposição de requisitos previstos em norma estadual.

III - A decisão proferida pelo Tribunal de origem, a qual foi dada na medida da pretensão deduzida, de que o Estado federado exorbita de seu poder regulamentar ao limitar o aproveitamento dos créditos de ICMS de exportação de mercadorias por empresa cessionária, vai ao encontro da jurisprudência do STJ. Confirmam-se: AgInt no REsp 1.888.109/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma,

julgado em 16/11/2020, DJe 19/11/2020 e REsp 1.505.296/SP, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 9/12/2015.

IV - Ademais, sobre a alegada violação dos arts. 18 e 485, VI, do CPC/2015, e dos arts. 97, 99 e 111 do CTN, verifica-se que, no acórdão recorrido, não foi analisado o conteúdo dos dispositivos legais apontados no presente recurso especial, pelo que carece o recurso do imprescindível requisito do prequestionamento, indispensável para a interpretação normativa exigida. Incide na hipótese o óbice constante da Súmula n. 282 do STF.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp n. 1.921.101/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 26/5/2022.)

A posição do STJ é clara no sentido de que não há qualquer faculdade para que os fiscos permitam ou não a transferência dos saldos credores vinculados a exportações a terceiros, o que reforça a mais absoluta falta de competência dos estados para fazê-lo. Por outro lado, com relação aos demais créditos, o STJ não tem posição quanto à autoaplicabilidade do art. 25, considerando a delegação de competência aos estados.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, seguindo a sua tradição de interpretação mais elástica das hipóteses de imunidade tributária, também tem preservado o direito do contribuinte de recuperar os saldos credores de ICMS vinculados a exportações, recuperação essa que deve ser obtida em sua integralidade. Nessa linha, o STF entende que não deve haver a incidência do PIS/Cofins sobre as receitas com a transferência de créditos acumulados de ICMS a terceiros:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. HERMENÊUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. EMPRESA EXPORTADORA. CRÉDITOS DE ICMS TRANSFERIDOS A TERCEIROS.

I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade.

II - A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre os quais se insere o conceito de “receita” constante do seu art. 195, I, “b”) não está sujeita, por óbvio, à prévia edição de lei. Tampouco está condicionada à lei a exegese dos dispositivos que estabelecem imunidades tributárias, como aqueles que fundamentaram o acórdão de origem (arts. 149, § 2º, I, e 155, § 2º, X, “a”, da CF). Em ambos os casos, trata-se de interpretação da Lei Maior voltada a desvelar o alcance de regras tipicamente constitucionais, com absoluta independência da atuação do legislador tributário.

III - A apropriação de créditos de ICMS na aquisição de mercadorias tem suporte na técnica da não cumulatividade, imposta para tal tributo pelo art. 155, § 2º, I, da Lei Maior, a fim de evitar que a sua incidência em cascata onere demasiadamente a atividade econômica e gere distorções concorrenciais.

IV - O art. 155, § 2º, X, “a”, da CF – cuja finalidade é o incentivo às exportações, desonerando as mercadorias nacionais do seu ônus econômico, de modo a permitir que as empresas brasileiras exportem produtos, e não tributos –, imuniza as operações de exportação e assegura “a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”. Não incidem, pois, a COFINS e a contribuição ao PIS sobre os créditos de ICMS cedidos a terceiros, sob pena de frontal violação do preceito constitucional.

V – O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, “independentemente de sua denominação ou classificação contábil”. Ainda que a

contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

VI - O aproveitamento dos créditos de ICMS por ocasião da saída imune para o exterior não gera receita tributável. Cuida-se de mera recuperação do ônus econômico advindo do ICMS, assegurada expressamente pelo art. 155, § 2º, X, “a”, da Constituição Federal.

VII - Adquirida a mercadoria, a empresa exportadora pode creditar-se do ICMS anteriormente pago, mas somente poderá transferir a terceiros o saldo credor acumulado após a saída da mercadoria com destino ao exterior (art. 25, § 1º, da LC 87/1996). Porquanto só se viabiliza a cessão do crédito em função da exportação, além de vocacionada a desonerar as empresas exportadoras do ônus econômico do ICMS, as verbas respectivas qualificam-se como decorrentes da exportação para efeito da imunidade do art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal.

VIII - Assenta esta Suprema Corte a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS não cumulativas sobre os valores auferidos por empresa exportadora em razão da transferência a terceiros de créditos de ICMS.

IX - Ausência de afronta aos arts. 155, § 2º, X, 149, § 2º, I, 150, § 6º, e 195, caput e inciso I, “b”, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos sobrestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 606107, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO

GERAL – MÉRITO DJe-231 DIVULG 22- 11-2013 PUBLIC 25-11-2013)

A posição do STF, portanto, é a de que nenhum empecilho pode ser imposto aos exportadores na recuperação dos créditos, ainda que indiretamente, como é o caso da incidência de PIS/Cofins sobre as receitas de transferências.

Como visto, a jurisprudência dos tribunais superiores caminha para dar a máxima efetividade aos direitos dos contribuintes, especificamente no tocante aos saldos credores gerados em função de exportações. Já com relação aos demais créditos, não há jurisprudência consolidada que reconheça a automática possibilidade de transferência.

Nesse contexto, a possível aprovação da reforma tributária em um curto ou médio prazo, com a extinção dos tributos voltados ao consumo – como é o caso do ICMS – e sua substituição por um modelo de imposto sobre valor agregado (IVA), tem despertado uma grande preocupação quanto ao acúmulo de créditos, tanto com relação aos tributos atuais quanto no tocante aos novos tributos a serem instituídos.

Em vista disso, os próximos tópicos se voltarão a uma análise de medidas que poderão acelerar o equacionamento do problema dos créditos acumulados de ICMS até a plena instituição do novo regime, bem como medidas que poderão tornar os novos tributos mais eficientes nesse ponto, com foco no texto aprovado na Câmara dos Deputados em 07/07/2023.

Análise da Proposta de Reforma Tributária no contexto atual

No contexto da Reforma Tributária, um ponto crítico é a forma com que o acúmulo de créditos será equacionado sem perdas para fisco e contribuintes. Nesse contexto, o texto da PEC 45/2019 aprovado pela Câmara dos Deputados em 7 de julho de 2023 prevê medidas tanto para o tratamento dos saldos credores de ICMS

quanto para evitar o acúmulo de créditos do IBS e da CBS, que serão analisadas a seguir.

A. Soluções na PEC 45-A/2019 para os saldos credores atuais

Conforme o texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 07/07/2023, a PEC 45-A/2019 propõe a criação de uma versão dual do IVA, sendo o IVA federal denominado de Contribuição sobre Bens e Serviços (“CBS”), em substituição ao PIS e à Cofins, e um IVA subnacional, que congregará o ICMS e o ISS e será de competência compartilhada entre estados e municípios, denominado Imposto sobre Bens e Serviços (“IBS”). O IBS incidirá sobre operações com bens materiais ou imateriais (inclusive direitos), ou com serviços, e será cobrado pelo somatório das alíquotas do estado e do município de destino da operação. Há previsão, ainda, de incidência sobre a importação de bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou serviços, realizada por pessoa física ou jurídica ainda que não seja contribuinte habitual dos tributos.

Com as mudanças, a previsão é a de que o ICMS seja gradualmente reduzido, para ceder gradativamente espaço ao IBS, entre 2029 e 2032, sendo completamente extinto em 2033. Desse modo, a apuração do imposto estadual seguiria até 2032, ainda que em bases reduzidas a partir de 2029, o que não necessariamente faria com que todos os créditos do imposto pudessem ser consumidos até a sua completa extinção.

Nesse contexto, o texto aprovado sinaliza que os saldos credores de ICMS existentes ao final de 2032 poderão ser aproveitados pelos contribuintes, nos termos de lei complementar, desde que admitidos pela legislação em vigor (i.e., sejam créditos compensáveis segundo a legislação) e tenham sido homologados pelos respectivos entes federativos. Para tanto, o pedido de homologação deverá ser analisado pelo ente no prazo estabelecido na lei complementar, sendo que, na ausência de resposta no prazo, os respectivos saldos credores serão considerados homologados.

Essa diretriz é bastante positiva, ainda que a PEC não aponte qual seria o prazo para essa homologação, pois, se por um lado permite aos Estados verificar a higidez dos créditos do contribuinte antes de homologá-los, por outro os força a se manifestar em certo limite temporal, findo o qual a homologação estaria tacitamente reconhecida. Essa medida tende a agilizar o processo de homologação, que atualmente representa um gargalo no processo de monetização desses valores.

A agilidade na homologação dos créditos, contudo, não é a única medida esperada, pois é apenas uma etapa preparatória para que os créditos sejam efetivamente monetizados.

Nesse ponto, o texto aprovado sugere medidas pouco alvissareiras, ao prever que os créditos acumulados poderão ser compensados com o IBS ao longo de vinte anos e definir que, a partir de 2033, os saldos credores homologados sejam atualizados pelo IPCA-E ou por outro índice que venha a substituí-lo. Essa previsão, embora possa aparentar uma boa notícia aos contribuintes, já que hoje não há qualquer previsão de prazo de utilização ou de atualização desses saldos, falha ao violar (1) a isonomia, pois determina a correção dos créditos por índice bastante inferior ao aplicado na atualização dos débitos (Selic), o que coloca fisco e contribuintes em claro desequilíbrio; e (2) a razoabilidade, ao eleger prazo de compensação absolutamente incompatível com o índice de atualização, pois basta que o IPCA-E seja, em média, superior a 5% ao ano para que o crédito nunca possa ser completamente utilizado (a variação do IPCA-E nos últimos vinte anos confirma essa suposição), o que é ruim tanto para fisco quanto para contribuintes.

O texto ainda aponta que caberá à lei complementar regular a forma com que os titulares dos créditos poderão transferi-los a terceiros, bem como a forma pela qual eles poderão ser ressarcidos ao contribuinte pelo Conselho Federativo do IBS, caso não seja possível compensar o valor da parcela com débitos do novo imposto.

Chama a atenção, nesse ponto, a falta de imposição de determinações mais efetivas para que os saldos credores sejam

monetizados, considerando as desastrosas experiências com o ICMS já apontadas acima.

Isso porque, não obstante o texto constitucional atual assegure “a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”, não há uma efetiva política de ressarcimento aos contribuintes mesmo com uma garantia incondicionada na CF/88 e respaldo absoluto do judiciário, como visto acima. Nessa linha, parece que delegar à lei complementar a competência para tratar do tema reduziria ainda mais a efetividade da recuperabilidade desses créditos, tornando ainda mais incerto um direito que deveria ser garantido aos contribuintes.

Vale recordar que, em alguns Estados, a transferência a terceiros depende de autorização discricionária das autoridades fazendárias, não obstante, como já apontado, a monetização dos saldos credores (sobretudo os vinculados a exportações) ser garantido na Constituição Federal. Nesse ponto, relegar à lei complementar o tratamento do tema poderá acarretar a escolha por procedimentos e requisitos que causem embaraços à transferência dos créditos, o que não é recomendado.

Por tudo isso, a solução adotada pelo texto aprovado não demonstra o potencial de eficácia esperado, pois, embora melhore em alguns aspectos, falha no principal ponto que reduziria o problema, ao repetir uma fórmula que não funciona atualmente para o ICMS.

Desse modo, sem prejuízo de uma mudança no texto que confira maior efetividade à liquidação dos saldos credores, é necessária a adoção de medidas que facilitem, desde já, o escoamento dos saldos credores do ICMS, de modo a evitar ao máximo a existência de saldos ao final de 2032. Para isso, algumas medidas poderiam ser adotadas em âmbito legislativo, como será demonstrado adiante.

B. Medidas para acelerar o processo de aproveitamento de saldos credores de ICMS

Algumas medidas já poderiam ser adotadas pelos estados para conferir maior efetividade aos direitos dos contribuintes, porquanto já existem imposições/autorizações tanto da CF/88 quanto da LC 87/96 para que sejam tomadas. Essas medidas também foram propostas pela CNI no trabalho de 2018, a saber: (a) compensação do saldo credor com o ICMS devido nas importações e com o ICMS-DIFAL; e (b) compensação do saldo credor com ICMS-ST.

a. Compensação do saldo credor com ICMS devido nas importações e com o ICMS-DIFAL

O ICMS incidente sobre a entrada de bens ou mercadorias importados do exterior, pelo fato de incidir no momento do desembaraço aduaneiro dos produtos nacionalizados, não o torna distinto do imposto incidente sobre a circulação das mercadorias que ocorre originalmente no território nacional. Tampouco há distinção quanto ao diferencial de alíquotas, inclusive aquele pago no regime de substituição tributária. Não se trata, portanto, de um tributo autônomo ou distinto daquele incidente nas operações mercantis ordinariamente ocorridas no país, já que possuem o mesmo fundamento constitucional, qual seja, o artigo 155, inciso II, da CF/88.

Por esse motivo, o ICMS-Importação e o ICMS-DIFAL se submetem às imposições constitucionais inerentes aos limites do poder de tributação do seu âmbito de incidência, mormente a regra do artigo 155, da CF/88. Logo, considerando que a CF/88 prevê o direito de abatimento do ICMS cobrados nas operações anteriores, sem qualquer exceção senão as hipóteses arroladas nos incisos I e II, do § 2º, do art. 155, da CF/88 (casos de não incidência e a isenção), não há que se exigir o recolhimento do ICMS na importação ou no diferencial de alíquotas nos casos em que o contribuinte tenha saldo credor do imposto.

De seu turno, a Lei Complementar nº 87/96, ao tratar da liquidação do ICMS, reforçou a obrigatoriedade de os créditos escriturados pelo contribuinte serem observados na apuração do débito fiscal, dando força à regra constitucional da não-cumulatividade do ICMS:

Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pelo Estado;

III - se o montante dos créditos superar os dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

O STF, ao se posicionar sobre a não-cumulatividade do ICMS, se manifestou no sentido de que “o creditamento não é faculdade do contribuinte, mas dever para com a ordem jurídica objetiva, tanto que não lhe é possível renunciar ao lançamento do crédito do imposto, ainda quando isto lhe fosse conveniente. Nem a lei poderia autorizá-lo a tanto, sob pena de inconstitucionalidade.” (Recurso Extraordinário n. 111757, Segunda Turma, RTJ, 126, p. 715/721). No mesmo sentido, o STJ fixou o posicionamento de que a não-cumulatividade do ICMS é imposta aos sujeitos da relação jurídico-tributária, não comportando qualquer restrição ou mitigação:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA FORNECEDORA. DIREITO AO CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DEMANDA

DECLARATÓRIA QUE RECONHECERA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA NAS EMBALAGENS PERSONALIZADAS. ESTORNO DOS CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. Ressoa inequívoco, portanto, que o direito de abatimento, quando presentes os requisitos constitucionais, é norma cogente, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal. A seu turno, os sucessivos contribuintes devem, para efeito de calcular o imposto devido pela operação de saída da mercadoria do seu estabelecimento, abater o que antes e, a título idêntico, dever-se-ia ter pago, a fim de evitar a oneração em cascata do objeto tributado, dando, assim, plena eficácia à norma constitucional veiculadora do princípio da não-cumulatividade. Percebe-se, assim, que o creditamento não é mera faculdade do contribuinte, mas dever para com o ordenamento jurídico objetivo, não lhe sendo possível renunciar ao lançamento do crédito do imposto, mesmo que tal prática lhe fosse conveniente. Sequer a própria lei poderia autorizá-lo a tanto, sob pena de patente inconstitucionalidade. (...) 8. Recurso especial desprovido. (REsp 773675/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 239) (g.n.) – destaques acrescidos

Nesse contexto, não pode o estado criar restrições e óbices ao pleno direito de apropriar créditos, sob pena de violar a não-cumulatividade. A LC nº 87/96, em seu artigo 24, não excetua da regra de compensação os débitos do ICMS decorrentes do desembaraço aduaneiro ou do DIFAL. O débito em virtude da importação de um bem ou de operação interestadual com ativos ou materiais de uso e consumo deve ser compensado com os créditos como ocorre com os débitos gerados em razão de outras vendas. Se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado; caso o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte, conforme os incisos II e III, do artigo 24, da LC nº 87/96.

Portanto, ao obrigar o contribuinte a recolher o ICMS-Importação e o ICMS-DIFAL, mesmo tendo saldo credor do imposto, há clara violação à não-cumulatividade constitucional.

b. Compensação com ICMS-ST²⁴

Como já apontado anteriormente, o ICMS-ST foi excluído do regime de compensação do ICMS, conforme Cláusula Nona do Ajuste SINIEF nº 4/1993 e Cláusula Décima Quarta, § 2º, do Convênio ICMS nº 52/2017. No mesmo sentido, os estados costumam não permitir o pagamento do ICMS-ST com créditos de ICMS, mesmo nos casos em que o contribuinte tem saldos credores acumulados.

A limitação, no entanto, é inconstitucional, na medida em que tanto as regras de compensação do ICMS quanto a disciplina do ICMS-ST são reservadas à lei complementar (art. 155, § 2º, XII, alíneas ‘b’ e ‘c’, da CF/88). A limitação é também ilegal, pois a LC 87/96 dispôs de forma ampla sobre a compensação de débitos de ICMS.

Como visto, a não-cumulatividade é um sistema de apuração de tributo no qual o montante recolhido na etapa (operação) anterior é abatido daquele incidente na etapa seguinte. Seu intuito é evitar que o ICMS se acumule nas etapas da cadeia produtiva, para alcançar apenas a circulação mercantil líquida das empresas, bem como garantir, ao final, que ele incida de maneira uniforme e neutra sobre o preço final dos produtos.

O ICMS é apurado mediante a técnica “imposto contra imposto”, que se caracteriza pela adoção de um sistema de créditos (na entrada) e débitos (na saída) em que o montante do tributo devido é o resultado – se positivo – da subtração da soma dos débitos pela soma dos créditos. Nesse prisma, o ICMS difere-se do IVA europeu,

²⁴ Neste tópico há trechos de artigo publicado pelo autor: BARROS, Maurício. “Possibilidade de compensação de créditos de ICMS com o ICMS devido por substituição tributária para frente (ICMS-ST)”. *Cadernos de Direito Empresarial*, v. 11, p. 37-53, 2014.

em que é utilizada a técnica “base contra base”, na qual se subtrai o valor do produto na saída pelo valor da entrada, aplicando-se a alíquota sobre a diferença²⁵.

Independentemente da posição da não-cumulatividade como um princípio ou uma simples regra, ou ainda sua condição de cláusula pétrea ou não, fato é que essa técnica de tributação é inerente ao regime de apuração do ICMS, por inequívoca opção do constituinte originário consignada no artigo 155 da CF/88. E se o ICMS-ST nada mais é do que uma técnica de recolhimento antecipado do ICMS que deve observar os requisitos constitucionais inerentes ao imposto estadual, esse regime de recolhimento deverá conviver com e preservar a não-cumulatividade, sob pena de mácula do texto constitucional.

A relação direta entre substituição tributária e não-cumulatividade, contudo, não é tratada explicitamente na CF/88, que apenas aponta o dever de que o ICMS seja não-cumulativo, por um lado, e que a lei complementar trate de substituição tributária do ICMS, por outro. Cumprindo essa função constitucional, a LC 87/96 traz alguns parâmetros para a instituição e cobrança do ICMS concentrado pelos Estados, ainda que o tratamento conferido ao ICMS-ST, em alguns pontos, possa ser considerado insuficiente ou demasiadamente genérico²⁶. Para o tema central do presente estudo, interessa analisar o conteúdo e o alcance do artigo 8º, inciso II, § 5º da referida lei, cujo enunciado é o seguinte:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

²⁵ COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na Lei Complementar*. São Paulo: Resenha dos Tribunais, 1978. Cap. I

²⁶ É o caso do artigo 6º, que simplesmente relega aos Estados a competência para instituir o ICMS-ST em âmbito interno, bem como a falta de definição dos setores que poderiam ser enquadrados nesse regime, o que causa uma heterogeneidade entre as legislações dos Estados.

(...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

Embora o citado artigo, aparentemente, possa representar uma mera fórmula de cálculo do ICMS-ST a ser recolhido pelo contribuinte substituto, fato é que a cláusula do artigo 8º, inciso II, § 5º da LC 87/96 vai muito além, pois representa a própria aplicação da não-cumulatividade na sistemática de recolhimento do ICMS-ST. Nesse ponto, ao determinar a subtração do ICMS próprio devido pelo contribuinte substituto do montante obtido com a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo presumida do ICMS-ST, o citado dispositivo garante que o ICMS devido por substituição tributária não seja *cumulado* com o ICMS próprio devido pelo contribuinte substituto, em reverência à não-cumulatividade constitucional.

Por outro lado, a cláusula constitucional da não-cumulatividade do ICMS rechaça toda e qualquer hipótese de cumulação de imposto ao longo da cadeia mercantil, ao não permitir, de forma alguma, que o ICMS recolhido em etapas anteriores não possa ser compensado com o ICMS devido nas etapas posteriores da mesma cadeia. Desse modo, caso o contribuinte deva recolher o ICMS-ST (em dinheiro) mesmo tendo saldo credor do imposto, em função de operações não sujeitas à tributação ou com alíquotas inferiores, a não-cumulatividade constitucional restará violada.

Ao tratar do regime de compensação do imposto devido com o incidente nas operações anteriores, a CF/88 não faz qualquer distinção entre o ICMS próprio devido pelo contribuinte substituto e aquele devido em função da possível ocorrência do fato gerador presumido. Ao não fazer qualquer distinção nesse ponto, é forçoso concluir que o recolhimento do ICMS-ST deverá, necessariamente, considerar todo o imposto recolhido nas etapas anteriores da cadeia

mercantil e não apenas aquele debitado (destacado na Nota Fiscal) pelo contribuinte substituto, que poderá ter suportado carga tributária maior de ICMS.

Desse modo, em uma leitura isolada, o artigo 8º, inciso II, § 5º, da LC 87/96 parece insuficiente para garantir a não-cumulatividade na substituição tributária, pois se resume a permitir a compensação do *ICMS próprio* do contribuinte com o ICMS-ST devido, sem fazer qualquer menção ao imposto recolhido nas etapas anteriores e que, por uma série de razões, poderá ter superado os débitos do substituto.

Contudo, sua leitura isolada apenas deve servir como norte para a apuração do ICMS-ST a ser destacado nas notas fiscais dos contribuintes substitutos, ou seja, do *débito* de ICMS-ST a ser apurado, não o montante de imposto que deve ser efetivamente recolhido, que necessariamente deverá considerar o saldo credor de ICMS do contribuinte, como medida de aplicação da não cumulatividade. Essa é a interpretação sistemática mais coerente do citado dispositivo com os demais da LC 87/96 e da própria CF/88, especificamente no tocante à extensão da não cumulatividade.

Portanto, qualquer legislação estadual que traga dispositivos que vedem essa compensação, ou ainda que inviabilize essa compensação ante a instituição de obrigações acessórias (ou “deveres instrumentais”) que não alberguem esse pagamento (v.g., apurações separadas e incomunicáveis de ICMS e ICMS-ST), viola inquestionavelmente a Constituição Federal e deverá ser rechaçada pelo Poder Judiciário no julgamento de casos concretos. Por serem acessórias ou instrumentais, não podem as regras de apuração do imposto tolherem do contribuinte um legítimo direito constitucional, sobretudo quando tal direito, ao mesmo tempo, relaciona-se com a capacidade contributiva, concretizando-a, e faz parte da estrutura do imposto em análise.

Por todo o exposto, o saldo credor de ICMS devido pelo contribuinte substituto deverá ser compensado com o valor devido a título de ICMS-ST, sob pena de violação à não-cumulatividade constitucional. Ainda que essa compensação não seja “possível”,

ante a inviabilidade de ser concretizada nos instrumentos de apuração exigidos pelos Estados (obrigações acessórias ou “deveres instrumentais”), o direito ao abatimento do ICMS incidente nas operações anteriores, ante sua estatura de direito constitucional, sobrepõe-se a quaisquer exigências periféricas dos Estados e deve prevalecer, ainda que, para isso, o contribuinte necessite de uma medida judicial que ampare seu direito inequívoco ao crédito.

Ainda que já existam fundamentos para que ambas as medidas sejam implementadas, mudanças na LC 87/96 – ou mesmo na lei complementar que regulará o IBS – poderiam tornar mais eficazes tais direitos, de modo a obrigar de forma clara que os Estados não apenas aceitem como regulamentem, no âmbito das obrigações acessórias, a implementação prática desses direitos.

C. Outras medidas que necessitam alteração da LC 87/96

Algumas medidas necessitariam de alterações na Lei Complementar 87/96, de modo a dotar de maior efetividade os direitos constitucionais à não cumulatividade e à efetiva utilização dos saldos credores gerados em função de exportação.

A **primeira medida** seria a previsão de um prazo razoável (30 ou 60 dias) para que os fiscos estaduais respondam ao pleito do contribuinte quanto à utilização dos saldos credores, seja no tocante à transferência a terceiros (todos), seja quanto à restituição em dinheiro (vinculados à exportação), findos os quais o contribuinte estaria autorizado a efetuar a alienação desse ativo a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de posterior auditoria dos créditos cedidos, por parte da fazenda estadual, pelo prazo de 5 (cinco) anos contados da data da transferência.

Caso o fisco entenda que os créditos do contribuinte não estão aptos a serem utilizados, seja pela deficiência na documentação, seja pela apropriação de valores não permitidos pela legislação (ex.: bens alheios à atividade do estabelecimento), no mesmo prazo ele deverá responder, de forma fundamentada, à solicitação do contribuinte. Caso o problema seja de documentação insuficiente, o

contribuinte disporia de prazo (por exemplo, 30 dias) para regularizar a situação, tocando ao fisco responder quanto aos novos documentos apresentados (que poderia ser no prazo de 60 dias). Em caso de rejeição do pedido, seria assegurado ao contribuinte o direito de recorrer.

A **segunda medida**, em complemento à primeira, seria a previsão de incidência de juros a partir do nonagésimo primeiro dia, contados do protocolo da solicitação do contribuinte, caso não tenha havido qualquer resposta por parte do fisco ou caso a resposta tenha sido reformada em função de recurso administrativo ou medida judicial. Evidentemente, essa incidência de juros cessaria quando o crédito fosse cedido ao terceiro, pois a mora seria computada somente em relação ao detentor original dos créditos.

A **terceira medida** seria a autorização para que os saldos credores pudessem ser utilizados para a quitação de débitos lançados em autos de infração, inscritos em dívida ativa e objetos de parcelamentos, inclusive juros e multas.

Essas medidas poderiam ser introduzidas no texto da LC 87/96, de modo a torná-las de obrigatoria observância por parte dos fiscos estaduais. Além disso, sem prejuízo de sua efetiva garantia na legislação atual, também os pontos tratados no tópico 4.2 poderiam ser reforçados na LC 87/96 (ou mesmo na lei complementar do IBS), com a inclusão de textos que não deixem dúvidas quanto à possibilidade de compensar os saldos credores de ICMS com débitos de ICMS-Importação, ICMS-DIFAL e ICMS-ST, bem como de transferir os saldos credores a terceiros sem a interferência burocrática dos fiscos estaduais

D. Saldos credores futuros

Com relação a potenciais saldos credores dos novos tributos a serem instituídos pela PEC 45-A/2019 (IBS e CBS), o texto traz previsões expressas quanto à garantia de manutenção de créditos vinculados a exportações, nos seguintes termos:

Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O imposto previsto no caput atenderá ao seguinte:

(...)

III – não incidirá sobre as exportações, assegurada ao exportador a manutenção dos créditos relativos às operações nas quais seja adquirente de bem, material ou imaterial, ou serviço, observado o disposto no § 5º, III;

(...)

§ 5º Lei complementar disporá sobre:

(...)

III – a forma e o prazo para ressarcimento de créditos acumulados pelo contribuinte.

Com relação às exportações, percebe-se que a redação do inciso III é ainda mais tímida que a do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “a” da CF/88, que além da “manutenção” também assegura o “aproveitamento” dos créditos de ICMS vinculados a exportações. Para que não parem dúvidas quanto à grande diferença entre um e outro, vale transcrever novamente o atual texto referente ao ICMS:

Art. 155. (...)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X – não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a **manutenção** e o **aproveitamento** do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

Logo se vê que, da forma como redigido o inciso III do § 1º do art. 156-A proposto pela PEC 45-A/2019, a Constituição teria

uma garantia ainda mais branda aos exportadores, ao deixar de garantir o “aproveitamento” dos saldos credores do IBS e da CBS, diferentemente do que é previsto atualmente com o ICMS. Nesse contexto, se com o texto potencialmente mais garantidor a efetividade dos direitos dos exportadores é baixa, há uma grande preocupação com o que poderá ocorrer com os saldos credores de IBS e de CBS, que, ao menos em tese, estariam cobertos por um texto constitucional muito menos garantidor.

Nem mesmo a remissão ao § 5º, inciso III, do mesmo dispositivo significa qualquer aceno com uma maior efetividade à monetização dos créditos, pois, nesse ponto, a PEC 45-A/2019 remete o tratamento dos saldos vinculados a exportações ao regime geral de ressarcimento de quaisquer créditos acumulados, o que também reforça a redução da garantia aos exportadores.

É bem verdade que a previsão geral de “ressarcimento” na PEC, potencialmente a todos os saldos credores, significa um avanço, pois essa possibilidade não é prevista na Constituição para os tributos atuais. A utilização do termo “disporá” no inciso III do § 5º (transcrito acima) também é positivo, pois impõe ao legislador complementar o dever de regular o tema. Contudo, ao atribuir à lei complementar a competência para regular a forma e o prazo para o ressarcimento, o direito do contribuinte fica suscetível a potenciais regulações restritivas, burocráticas e morosas, quando poderia estar mais bem definido no próprio texto constitucional.

O histórico do ICMS confirma que delegações à lei complementar não funcionaram no passado. Nesse contexto, vale lembrar que o art. 25 da Lei Kandir prevê expressamente que os saldos credores acumulados de ICMS em função de exportações poderão ser (i) imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no estado e (ii) em havendo saldo remanescente, transferidos a outros contribuintes do mesmo estado, *mediante a emissão de documento que reconheça o crédito pela autoridade competente*. Embora o judiciário, reiteradamente, decida que esse dispositivo é autoaplicável, conforme visto em tópico específico deste artigo, o fato de o texto mencionar a necessidade de um procedimento burocrático bloqueia a sua efetividade (e da própria Constituição), tanto pela

morosidade dos procedimentos impostos pelos estados quanto pela já citada discricionariedade do fisco para autorizar a transferência dos créditos.

Com relação aos demais saldos credores a situação é pior, pois, ainda tomando como parâmetro a sistemática do ICMS, a Lei Kandir atribui aos estados a competência para regular a matéria e muitos não o fazem da maneira mais eficiente. Nesse contexto, se a lei complementar do ICMS é incapaz de regular eficazmente uma solução para os saldos credores, o que garante que a lei complementar do IBS e da CBS o fará?

Nesse ponto, a PEC 45/2019 poderia ao menos prever os prazos de ressarcimento e a previsão de pagamento de juros caso as autoridades fiscais não restituam os valores no prazo sem uma justificativa, conforme as experiências estrangeiras demonstradas neste texto. Essa recomendação também foi apresentada pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCiF)²⁷, que idealizou o novo modelo de tributação indireta brasileira, com a previsão de prazos de ressarcimento, aplicação de juros Selic sobre os saldos durante o processo de investigação da higidez dos créditos acumulados e a possibilidade de transferência a terceiros dos créditos, independentemente de autorização do fisco, caso as autoridades não concluíssem o processo no prazo.

Tais medidas já poderiam estar presentes no texto da PEC 45-A/2019, de modo a dar maior segurança aos contribuintes, assim como já previsto com relação ao ressarcimento do IBS e da CBS que não possam ser compensados com o PIS/Cofins no período de

²⁷“ O prazo para o ressarcimento de créditos acumulados seria de até 60 dias contados da data do pedido feito pelo contribuinte. Na hipótese de haver indícios de irregularidades na constituição dos créditos, este prazo poderia ser estendido por mais 120 dias, correndo durante este prazo juros (à taxa Selic) sobre o valor a ser ressarcido. Passado o prazo de 180 dias sem conclusão do processo de investigação, o valor correspondente aos créditos se tornaria transferível a terceiros, independentemente de autorização do fisco.” *Reforma do Modelo Brasileiro de Tributação de Bens e Serviços*. Versão 2.2. São Paulo: CCiF, 2019, p. 7.

transição²⁸. Se há previsão para o ressarcimento, no próprio texto da PEC, para os saldos acumulados dos novos tributos durante esse período, por que não fazer o mesmo com relação aos potenciais acúmulos apurados quando da plena vigência dos novos tributos?

Essa medida complementar a previsão do art. 156-A, § 4º, da PEC, que aponta que o Conselho Federativo do IBS reterá montante equivalente ao saldo acumulado de créditos do imposto não compensados pelos contribuintes ou não ressarcidos ao final de cada período de apuração e distribuirá somente o montante excedente ao ente federativo de destino das operações que não tenham gerado crédito. Esse dispositivo teria a possibilidade de garantir os recursos necessários para o rápido ressarcimento aos contribuintes e é bastante positivo, pois poderia evitar o problema atual com os créditos acumulados de ICMS gerados nas exportações, que, como apontado pela CNI²⁹ e já mencionado neste trabalho, também decorre de uma disputa dos Estados exportadores (que deveriam ressarcir créditos gerados em Estados produtores) com a União Federal por repasses de recursos. Contudo, ainda assim ele não garante que esse ressarcimento será simples e eficaz, pois isso dependeria de lei complementar, que, como visto, não cumpre seu papel adequadamente com relação ao ICMS.

²⁸ Nesse sentido, é o artigo 124 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias acrescentado pela PEC 45-A/2019, aprovado pela Câmara dos Deputados:

Art. 124. Em 2026, o imposto previsto no art. 156-A será cobrado à alíquota estadual de 0,1% (um décimo por cento) e a contribuição prevista no art. 195, V, ambos da Constituição Federal, será cobrada à alíquota de 0,9% (nove décimos por cento).

§ 1º O montante recolhido na forma do caput poderá ser deduzido com o valor devido das contribuições previstas no art. 195, I, 'b' e IV, e da contribuição para o Programa de Integração Social a que se refere o art. 239, ambos da Constituição Federal.

§ 2º Caso o contribuinte não possua débitos suficientes para efetuar a compensação de que trata o § 1º, o valor recolhido poderá ser compensado com qualquer outro tributo federal ou ser ressarcido em até 60 (sessenta) dias, mediante requerimento.

²⁹ CNI (2018), p. 18.

Conclusão

A proposta de reforma tributária materializada nas PECs 45/2019 e 110/2019, sem sombra de dúvidas, consiste em salutar medida para simplificar a caótica tributação do consumo do Brasil. Embora o texto da PEC 45-A/2019 aprovado em 07/07/2023 na Câmara dos Deputados apresente alguns pontos de fragilidade, mantém a essência da proposta original de unificação dos tributos sobre o consumo e, no plano geral, atende aos objetivos de simplificação.

Contudo, sem prejuízo de outros ajustes em pontos que não foram objeto deste trabalho, o tratamento dos saldos credores tanto dos tributos atualmente existentes quanto do IBS e da CBS, conforme o texto aprovado, demandam ajustes que deem maior efetividade à necessidade de monetização desses valores, considerando o desenho normativo atual do ICMS (Constituição/LC 87/96/legislações estaduais), que em tese deveria garantir a recuperação dos créditos (sobretudo os vinculados a exportações), e a péssima experiência prática no ressarcimento de saldos credores do imposto estadual, em especial nos casos de exportação.

Embora algumas matérias, no plano ideal, não deveriam ser tratadas na Constituição Federal, a experiência brasileira recente não permite relegar ao legislador complementar certas definições, sob pena de se perenizar a ineficácia de direitos dos contribuintes e tornar letras mortas algumas claras regras constitucionais.

6. OS PROBLEMAS ATUAIS DA NÃO CUMULATIVIDADE NO SIMPLES NACIONAL¹

O regime do Simples Nacional parte da premissa que um tributo cumulativo, de baixa alíquota, é mais fácil de ser apurado e pago que um tributo não cumulativo com alíquota mais alta. Nesse sentido, a opção foi por trocar os tributos não cumulativos por tributos cumulativos: tanto ICMS quanto IPI e PIS/Cofins são cumulativos no regime do Simples Nacional.

Os efeitos desta escolha devem ser observados tanto para aquele que antecede a empresa do Simples Nacional na cadeia (fornecedor) quanto para quem o sucede (cliente). Para trás da empresa do Simples, o efeito será sempre de cumulação: tudo o que foi pago antes, a título de IPI, ICMS e PIS/Cofins, será considerado custo por parte da empresa do Simples. Para frente, no entanto, três são as possibilidades: (a) crédito do exato valor pago na DAS; (b) crédito presumido; ou (c) ausência de crédito.

No caso do ICMS, vislumbramos as três possibilidades. Nos termos do disposto no artigo 23, § 1º, da Lei Complementar 123/2006, uma empresa não optante pelo Simples Nacional poderá, quando adquirir produto de empresa optante para comercialização ou industrialização, tomar crédito de ICMS em relação ao valor efetivamente pelo pela fornecedora em DAS – para tanto, deverá haver indicação nos dados adicionais da nota fiscal.

Já em relação ao ICMS-ST, quando um optante pelo Simples Nacional for substituto tributário, deverá abater, como crédito do ICMS-ST, não o que recolherá via DAS, mas aquilo que seria

¹ **Carlos Navarro**, Sócio do Galvão Villani Advogados. Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Professor do IBDT e FGV. Ex-juiz do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT-SP).

recolhido caso este não fosse optante pelo Simples Nacional, nos termos do disposto no parágrafo único, da cláusula décima terceira, do Convênio ICMS 142/2018.

Por fim, não haverá qualquer crédito de ICMS quando uma empresa não optante adquirir, de empresa optante pelo Simples Nacional, um bem do ativo imobilizado, por exemplo.

No caso do IPI, o estabelecimento industrial ou equiparado não apropriará qualquer crédito do imposto quando adquirir bens de empresas optantes pelo Simples Nacional, nos termos no disposto no artigo 228 do RIPI 2010.

Por fim, empresas que apuram PIS/Cofins no regime não cumulativo poderão tomar créditos de aquisições feitas junto a empresas optantes pelo Simples Nacional, mediante aplicação da alíquota de 9,25%, em uma espécie de crédito presumido².

Em resumo, portanto, a existência de uma empresa do Simples Nacional na cadeia sempre gerará cumulação para trás, mas, para a frente, pode significar neutralidade (ICMS em certas situações), cumulação (IPI e ICMS em outras situações) ou até mesmo um excesso³ de créditos (PIS/Cofins e ICMS-ST).

Devolução de crédito

Como visto anteriormente, os mecanismos de devolução de créditos são diferentes para IPI, PIS/Cofins e ICMS. Enquanto o IPI permite, ao final do trimestre-calendário, a compensação com qualquer tributo federal ou mesmo a restituição em dinheiro em qualquer condição⁴, a legislação de PIS/Cofins diferencia os motivos de acúmulo. No âmbito estadual, há enormes diferenças entre Estados, mas, em geral, as situações de devolução em dinheiro são raríssimas e a compensação com outros tributos, mesmo quando possível, acaba não se mostrando suficiente.

² Ato Declaratório Interpretativo RFB 15/2007.

³ Assim entendido como o crédito superior àquilo que incidiu na etapa anterior.

⁴ Considerando superada a questão da imunidade.

Quanto à forma de devolução, parece fundamental que o IVA dual brasileiro permita tanto compensação quanto restituição em qualquer hipótese de crédito acumulado (ou seja, independentemente de ocorrer por diferença de alíquota, por venda abaixo do custo, saída desonerada, etc.). No caso da CBS, a compensação com outros tributos federais tende a ser mais interessante que no IBS, pelos mesmos motivos verificados atualmente; mas, ainda que poucos sejam os beneficiados pela compensação, pode ser uma alternativa importante para os contribuintes.

Para a restituição em dinheiro, a experiência do modelo pré-reforma mostra que tanto o estabelecimento de prazo⁵ quanto o uso das palavras “imediata a preferencial” não foram suficientes. De todo modo, é recomendável que a Constituição da República ou, ao menos, a(s) lei(s) complementar(es) estabeleça(m) um prazo razoável⁶ para a restituição em dinheiro.

Para além disso, o Conselho Federativo surge como figura fundamental para garantir que os recursos não ingressem nos cofres públicos e, com isso, não haja interferências orçamentárias no procedimento de restituição. Idealmente, o Conselho deve se encarregar de, mensalmente, devolver os créditos acumulados antes de transferir o saldo de cada ente tributante.

As propostas para o Simples Nacional

As micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional poderão recolher os tributos sobre o consumo de duas maneiras: dentro ou fora da DAS. Caso optem por recolher CBS e IBS na DAS, manterão o modelo de cumulatividade previsto para ICMS e PIS/Cofins no Simples. Contudo, caso assim desejem, os optantes pelo Simples Nacional poderão apurar CBS e IBS fora da DAS, no mesmo regime aplicável aos demais contribuintes do IVA dual (e,

⁵ Como o atual prazo de 360 dias no âmbito federal.

⁶ Até 90 dias.

neste caso, recolherão apenas as parcelas dos demais tributos na DAS).

É possível projetar que empresas do Simples que estejam no meio da cadeia acabem realizando a opção de apurar e pagar IBS e CBS fora da DAS, em busca de neutralidade tributária (claro que outros fatores podem interferir em tal escolha, como, por exemplo, o tamanho da folha de salários).

Para os contribuintes que preferirem permanecer no Simples Nacional para todos os tributos (ou seja, incluindo IBS e CBS), o efeito de cumulação nas aquisições será, juridicamente, idêntico ao ocorrido com ICMS, PIS/Cofins e IPI (embora os preços de aquisição possam ser afetados, para cima ou para baixo, a depender do bem ou serviço adquirido, o que pode trazer diferenças do ponto de vista econômico).

Já as vendas realizadas por empresas optantes pelo Simples Nacional gerarão créditos apenas em relação ao valor efetivamente recolhido a título de IBS e CBS na DAS. Isso traz um impacto neutro, positivo ou negativo, a depender do tributo. Em comparação com o ICMS, haverá uma situação muito parecida na maior parte dos casos, mas há flagrante redução de créditos para o PIS/Cofins, em vista do atual crédito presumido aproveitado pelos adquirentes sujeitos ao regime não cumulativo das contribuições⁷.

A conclusão é que as duas mudanças previstas pela reforma tributária são positivas. Tanto a possibilidade de o contribuinte optar por pagar IBS e CBS fora do Simples Nacional quanto o crédito do exato valor pago no Simples (quando a opção for por recolher ambos da DAS) são medidas importantes em prol da neutralidade tributária.

⁷ Esse é uma conclusão do ponto de vista individual, pois a maioria das pessoas jurídicas não apura PIS/Cofins pelo regime não cumulativo.

7. A REFORMA TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE¹

Introdução

A garantia da plena não-cumulatividade é um dos pilares das propostas de reforma tributária em discussão no Brasil, consubstanciadas nas propostas de emenda constitucional 45 e 110. Embora apresentem algumas diferenças, ambas as PECs e o texto final da Reforma Tributária recentemente aprovada em primeiro turno na Câmara dos Deputados se baseiam no objetivo comum de implementar um modelo de tributação sobre bens e serviços que elimine por completo a cumulatividade do sistema tributário, em todas as suas formas de manifestação concreta.

Nesse contexto, o presente tópico buscará analisar como as propostas em debate – e o texto aprovado – podem contribuir para essa meta, garantindo que o princípio perseguido seja efetivamente atingido e não seja desvirtuado como ocorreu na história brasileira das últimas décadas. Haja vista que o princípio da não cumulatividade está expresso no texto da Constituição, norteou a criação do ICMS, do IPI e, mais recentemente, do PIS/COFINS, mas não foi plenamente operacionalizado, devido a uma série de razões que serão tratadas adiante.

Como ponto de partida, para aqueles não tão familiarizados com o termo, apresentamos o significado da não-cumulatividade.

¹ Capítulo preparado por **Larissa Laks**, Advogada, especialista em direito da economia e da empresa pela FGV, mestre pela UFRGS e doutora em Direito Tributário pela PUC-RS, com estágio de pesquisas no Instituto Max Planck de Munique (Alemanha).

A não-cumulatividade é um princípio segundo o qual a tributação incide apenas sobre o valor acrescentado em cada etapa do processo de produção ou comercialização, de modo que sua origem está intrinsecamente relacionada à dos modernos impostos sobre o valor adicionado. A tributação não-cumulativa é caracterizada pela incidência plurifásica, o que significa que em cada etapa da cadeia de produção deve-se cobrar e recolher apenas o imposto correspondente ao valor agregado naquela etapa.

Sua operacionalidade, por sua vez, está ligada a um sistema em que o imposto pago em qualquer fase intermediária da cadeia produtiva se transforma em crédito a ser deduzido ou devolvido na fase subsequente, de modo que, na prática, a soma dos impostos recolhidos equivalha a um imposto incidente exclusivamente sobre o consumidor final.

A sistemática de cobrança plurifásica também tende a mitigar os riscos de inadimplência ou sonegação no imposto, em função da incidência fragmentada, o que se torna especialmente relevante no caso de alíquotas mais elevadas, como as que se projetam para o caso brasileiro.

Outra possível vantagem seria o estímulo a uma espécie de autorregulação da fiscalização no caso em que o reconhecimento do crédito estivesse condicionado ao efetivo pagamento do imposto. Isso porque o adquirente de um insumo ou produto naturalmente tenderia a exigir a comprovação do pagamento do imposto devido na etapa anterior, de forma a assegurar seu direito ao crédito. A despeito dessa vantagem, a ideia de condicionar o creditamento ao efetivo pagamento do imposto é criticado como uma possível fonte de cumulatividade residual, a menos que se adotem mecanismos tecnológicos que possibilitem o adquirente efetuar diretamente o recolhimento do imposto sobre suas aquisições. Dessa forma, ele não corre o risco de que o imposto pago seja retido pelo fornecedor, bloqueando seu crédito.

Por fim, cabe salientar que a não-cumulatividade é uma técnica fundamental para não onerar excessivamente ou inviabilizar economicamente as cadeias produtivas mais longas e complexas,

bem como para a plena desoneração das exportações e dos investimentos.

Na teoria moderna de tributação, a plena não-cumulatividade é instrumento essencial para garantir a observância de outro princípio valioso, o da neutralidade, considerado uma diretriz fundamental da economia de mercado pela OCDE.

A neutralidade tributária, como o próprio nome preconiza, pressupõe a incidência neutra dos tributos, de forma que a tributação não gere distorções na formação de preços e evite estímulos que desviem as ações dos agentes econômicos para caminhos diferentes daqueles que seriam seguidos na ausência de referidas regras, independentemente do número de operações envolvidas na cadeia produtiva.

Um exemplo de não-neutralidade gerado pela cumulatividade é o estímulo para verticalização de determinadas etapas do processo produtivo; ou seja, o estímulo a que as empresas produzam parte de seus próprios insumos internamente, ao invés de encomendar insumos de outras empresas, a fim de minimizar o custo tributário produzido pela cobrança em cascata do imposto sobre os insumos adquiridos de terceiros. Além disso, cumulatividade gera distorções de preços, fazendo com que bens e serviços produzidos em umas cadeias longas se tornem mais caros, se comparados àqueles provenientes de cadeias curtas.

Embora o princípio da não cumulatividade tenha constado da legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras desde a década de 60, isso não vem sendo suficiente para a praticabilidade da almejada neutralidade tributária. Isso porque a fórmula inicialmente desenhada na legislação pátria impedia uma não cumulatividade ampla, pela qual todo e qualquer insumo utilizado na cadeia produtiva geraria a possibilidade de creditamento na etapa subsequente, metodologia esta utilizada por todos os países que adotam o Imposto sobre Valor Adicionado e que se encontra prevista nas propostas de reforma da tributação sobre o consumo ora debatidas através das Propostas de Emenda Constitucional nº 45 e 110.

A cumulatividade presente no sistema tributário brasileiro decorre não apenas da explícita exclusão ou restrição ao

creditamento sobre insumos, que caracteriza parte dos tributos sobre bens e serviços no Brasil, mas também de outros contornos, reflexos ou defeitos do atual modelo tributário, que acabam por produzir cumulatividade, mesmo quando ela, em princípio, não faz parte da gênese de determinados tributos.

Dessa forma, buscando sistematizar as fontes de cumulatividade, convém dividi-las em quatro categorias distintas, quais sejam: a cumulatividade explícita, residual, operacional e cruzada.

A cumulatividade explícita seria aquela que se verifica em função da gênese do tributo, caracterizado pela incidência plurifásica, que não gera créditos, como regra geral. Este é o caso do Imposto sobre Serviços (ISS), instituído pelo Decreto-Lei 406/1968, e do PIS/COFINS original, criado pela Lei 9718/1998.

A cumulatividade residual, a seu turno, seria decorrente de falhas do sistema tributário em propiciar o pleno creditamento sobre insumos em tributos concebidos sob a égide da não-cumulatividade. Este é o caso da cumulatividade verificada no ICMS e no PIS/COFINS não-cumulativo em função de restrições ao creditamento de determinados insumos e da incidência de alguns tributos sobre os outros (ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS e vice-versa).

Já a Cumulatividade operacional se caracterizaria nas situações de obstruções práticas que o sistema tributário cria e que dificultam o recebimento de créditos, como ocorre devido à aplicação do princípio da origem nas operações interestaduais no âmbito do ICMS. Nesse caso, o estado que recebe o imposto não é o mesmo que deve devolver o crédito, situação que pode se tornar um obstáculo quando o contribuinte que titular de crédito não possua débitos, como ocorre no caso de exportadores puros.

Por fim, a cumulatividade cruzada seria aquela que decorre da divisão de bases tributárias e da sobreposição de regimes cumulativos e não-cumulativos, o que impede de insumos onerados por um tributo gerem crédito para outro tributo, como ocorre tanto nas transações entre contribuintes do ISS e do ICMS, como entre contribuintes do PIS/COFINS de diferentes regimes.

Apresentadas essas categorias, pode-se perceber que a implementação da plena não-cumulatividade depende da aplicabilidade desse princípio a todos os tributos, tanto os já existentes como os que venham a ser criados, mas também, da eliminação da maior parte das restrições ao creditamento, da unificação das bases de bens e serviços (ou seja, do ISS e do ICMS), e da adoção do princípio do destino nas transações entre estados e entre municípios.

Dessa forma, a manutenção de um modelo tributário em que coexistam o ISS e o ICMS e no qual parte das transações sejam tributadas na origem representa um impeditivo concreto para a plena não-cumulatividade.

Delimitadas essas questões, passa-se a analisar das regras de não cumulatividade no sistema vigente e a uma comparação dos modelos de não cumulatividade apresentados nas Propostas de Emenda Constitucional nº 45 e 110.

Comparativo de regras de não cumulatividade nas Propostas de Emenda Constitucional Nº 45 E 110

A cumulatividade no sistema tributário brasileiro decorre de inúmeros fatores, como referido anteriormente, alguns dos quais não passam pela definição propriamente dita do caráter cumulativo ou não dos tributos e tampouco relacionados às garantias de pleno creditamento. Nesses casos, as imperfeições do sistema são de outra ordem, como a divisão de base tributável entre bens e serviços (ICMS x ISS), e a adoção do princípio da origem na apropriação das receitas.

Portanto, uma vez unificada a base tributável, com a implantação de um imposto sobre bens e serviços e do princípio do destino, pelo qual as receitas tributáveis pertençam necessariamente ao local em que realizado o consumo desses bens e serviços, como previsto na reforma tributária, seria possível eliminar grande parte dos problemas relacionados à cumulatividade.

Neste tópico, portanto, serão trazidas e comparadas as fórmulas de não-cumulatividade e o tratamento dado aos créditos

segundo previsões dos textos das propostas de reforma tributária apresentadas através das Propostas de Emenda Constitucional nº 45 e 110, bem como as disposições relacionadas ao princípio na constituição vigente, com o intuito de apontar as melhores particularidades de cada texto e sugerir a melhor metodologia.

Tomando-se o exemplo das regras constitucionais atuais relativas à não cumulatividade do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tem-se que os artigos 153 e 155 da CF tratam a matéria de maneira idêntica, definindo que os dois impostos serão não-cumulativos, “compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”, conforme abaixo transcrito:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

IV – produtos industrializados;

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Nas Propostas de Emenda Constitucional nº 45 e 110, é utilizada essa mesma raiz conceitual, o que se pode perceber pela leitura dos artigos 152-A e 156-A, nos quais se define que o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) “será não cumulativo, compensando-se

o que for devido em cada operação com o montante recolhido nas anteriores”, conforme abaixo transcrito:

Art. 152-A. Lei complementar instituirá imposto sobre operações com bens e serviços de competência da União, dos estados, do Distrito federal e dos Municípios.

§ 1º-O imposto previsto no *caput* atenderá ao seguinte:

V – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante recolhido nas anteriores, excetuadas aquelas caracterizadas em lei complementar como de uso ou consumo pessoal e observadas as hipóteses de que tratam os arts. 146, § 2º, e 152-A, § 8º, VI e VII, ‘a’;

Art. 156-A. O imposto sobre bens e prestação de serviços, cuja competência será compartilhada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, será instituído por lei complementar.

§ 1º O imposto atenderá ao seguinte:

VIII – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado nas operações e prestações imediatamente anteriores, ressalvadas, exclusivamente, as hipóteses previstas nesta Constituição;

Já o texto da reforma tributária recentemente aprovado reforça o objetivo de colocar em prática a plena não cumulatividade, dizendo explicitamente, no art. 156-A, § 1º, VIII, que o imposto sobre bens e serviços subnacional, atenderá ao seguinte:

Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 1º O imposto previsto no *caput* atenderá ao seguinte:

VIII – com vistas a observar o princípio da neutralidade, será não cumulativo, compensando-se o imposto devido pelo contribuinte com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem, material ou imaterial, inclusive direito, ou serviço, excetuadas exclusivamente as consideradas de uso ou consumo pessoal, nos termos da lei complementar, e as hipóteses previstas nesta Constituição;

IX – não integrará sua própria base de cálculo nem a dos tributos previstos nos arts. 153, VIII, 155, II, 156, III, e 195, V;

Note-se que a menção explícita ao princípio da neutralidade indica que o crédito amplo sobre insumos produtivos (o que exclui bens de uso pessoal) busca justamente garantir, como mencionado na introdução, que a carga tributária seja indiferente ao tamanho da cadeia produtiva. Segundo essas premissas, a verticalização da produção ou eventual integração de vários elos no âmbito de uma só empresa deixa de ser um fator determinante da carga tributária final, como ocorre com os impostos atuais.

Por outro lado, o texto aprovado também estabelece que as regras de não-cumulatividade e de creditamento da contribuição prevista no art. 195, V (a CBS federal) serão as mesmas aplicadas ao imposto previsto no art. 156-A (o IBS subnacional).

Contudo, é importante esclarecer em quais hipóteses não haveria o direito de creditamento, conforme estabelece a própria Constituição. Além do caso dos bens de uso ou consumo pessoal, explicitado no § 1º, há também o caso das imunidades e isenções. De acordo com o § 6º do art. 156-A, as operações isentas ou imunes não transferirão crédito para o adquirente do bem/serviço isento/imune e serão acompanhadas do estorno dos créditos relativos às operações anteriores, exceto quando – especificamente para o caso das imunidades – houver disposição em contrário em lei complementar.

Tal restrição não se aplica, porém, às operações em que a alíquota for reduzida a zero, como previsto para produtos destinados à alimentação humana que componham a cesta básica nacional, conforme determina o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias – ADCT da emenda constitucional, e tampouco para itens elencados no art. 9º, § 3º, II do ADCT (produtos hortifrutigranjeiros, dispositivos médicos e de acessibilidade para pessoas com deficiência, medicamentos e produtos de cuidados básicos à saúde menstrual). Nos casos de alíquota zero, diferentemente das isenções e imunidades, haverá o direito de compensar e transferir crédito, como é a praxe internacional.

Note-se, porém, que a redação do art. 9, § 8º do ADCT tem suscitado interpretação diferente, no sentido de que os bens e

serviços com benefícios especiais, incluindo aí os beneficiados com alíquota zero, estariam submetidos às mesmas regras de creditamento das imunidades. Veja-se a redação do referido parágrafo: “(...) § 8º Os benefícios especiais de que trata este artigo serão concedidos observando-se o disposto no art. 149-B, II, da Constituição Federal, exceto em relação ao § 3º, III”.

A previsão de que os benefícios especiais serão concedidos observando-se o disposto no artigo que trata das imunidades (art. 149-B, II) não significa que serão equiparados às imunidades, mas tão somente que não se sobreporão a elas. Por exemplo, se um serviço com alíquota reduzida for prestado por uma igreja, o que prevalecerá será a previsão de imunidade. E nesse caso, salvo disposição em contrário da lei complementar, a igreja não terá direito a se creditar em relação aos insumos que utilizou para prestar o serviço imune.

Por outro lado, se a operação com alíquota reduzida ou zero não envolver nenhum ente com imunidade, o direito ao crédito para trás e para frente estará garantido.

Em outras palavras, a imunidade se sobrepõe a qualquer outro benefício especial previsto no art. 9º do ADCT, mas, nas hipóteses em que isso ocorrer, não haverá automaticamente o direito a creditamento. Tal direito deverá estar expresso em lei complementar para cada caso particular de imunidade.

Por fim, há que se referir que o texto aprovado acabou por manter em aberto a possibilidade de o aproveitamento do crédito ficar condicionado à verificação do efetivo recolhimento do imposto incidente sobre a operação, conforme regulamentado em lei complementar. De acordo com o art. 156-A, § 5º, II, portanto, esse condicionamento do crédito ao efetivo pagamento poderá ser estabelecido nas hipóteses em que:

- a) o adquirente possa efetuar o recolhimento do imposto incidente nas suas aquisições de bens ou serviços; ou
- b) o recolhimento do imposto ocorra na liquidação financeira da operação;

Ou seja, se for possível criar um mecanismo de retenção ou recolhimento do imposto pelo próprio adquirente, como no sistema de *split payment*, o crédito poderá ser condicionado ao efetivo pagamento. Caso contrário, não pode haver condicionante, sem qualquer prejuízo ou risco ao princípio da não-cumulatividade.

Note-se que originalmente a PEC 110 previa, no § 6º do art.156-A, o condicionante como mecanismo destinado a uma espécie de autoregulação na sistemática de creditamento do IBS. Essa sistemática é explicada no texto que trata das principais características do IBS, elaborada pelo senador Roberto Rocha:

Outra evolução importante, também prevista no art.156-A § 6º, da CF (e, portanto, a critério da lei complementar) é em relação ao creditamento. A lei complementar poderá condicionar, como regra geral ou para casos específicos, o aproveitamento de créditos do IBS ao recolhimento do imposto devido na etapa anterior, assegurada ao adquirente, nesse caso, a opção de efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre suas aquisições de bens e serviços. Trata-se de medida que, quando conjugada com a retenção automática do imposto, resultará em enorme redução da sonegação e da inadimplência, viabilizando a cobrança do IBS a alíquotas mais baixas.²

As críticas a tal proposta, no sentido de colocar em risco a não-cumulatividade, levaram o relator da PEC 45 na Câmara a buscar a solução intermediária acima mencionada, a qual parece bastante adequada e equilibrada.

Quanto aos regimes diferenciados, vale comparar as ressalvas quanto à não aplicação do direito de crédito a alguns casos específicos. Por exemplo, no caso da PEC nº 45, pelo texto do relatório

² legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9090455&ts=1688509279106&disposition=inline&_gl=1*gi3842*_ga*NTgzNTg2MjQyLjE2NjQ2NzAzNjY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MDM5NjkwMS41LjEuMTY5MDM5NzA4NC4wLjAuMA, p. 24. Acesso em 15.06.2023.

da Comissão Mista, era vedada apropriação de crédito nas seguintes situações:

(a) por empresas do Simples e pelo adquirente de seus bens ou serviços, salvo se a empresa optar por não recolher o IBS por meio do regime único simplificado previsto no art. 146 (vide redação do § 2º, inciso I e II);

(b) para combustíveis e lubrificantes sujeitos à incidência monofásica do IBS (vide art. 152, § 8º, inciso VI);

(c) para serviços financeiros e operações com bens imóveis, sujeitos à incidência monofásica (vide art. 152, § 8º, inciso VII);

Por outro lado, no caso da PEC nº 110, segundo o texto do relatório final, assim como no texto da reforma aprovado pela Câmara dos Deputados, manteve-se a vedação de apropriação de crédito por empresas do Simples, mas permite-se que o imposto recolhido pelo regime unificado se converta em crédito para o adquirente do regime não-cumulativo (art. 146, § 2º no texto final aprovado). O texto da reforma agora aprovado, a seu turno, também garante às empresas do Simples o direito de optar por recolher separadamente, por fora do regime único simplificado, os tributos previstos nos artigos 156-A e 195, V; ou seja, o imposto subnacional sobre bens e serviços e a contribuição federal sobre bens e serviços. No caso de exercer essa opção (art. 146, § 3º), a empresa do Simples passaria a poder se apropriar dos créditos relativos aos tributos que incidiram sobre suas compras, além de também poder transferir crédito relativo aos tributos que incidiram em suas vendas para outros contribuintes não optantes pelo regime simplificado.

Quanto aos combustíveis, serviços financeiros e operações com bens imóveis, (vide art. 156-A, § 5º, V do texto aprovado), também há previsão de não aplicação da não-cumulatividade se a incidência for monofásica – o que é uma imposição para combustíveis, mas uma possibilidade para serviços financeiros, operações com bens imóveis, além de planos de assistência à saúde e concursos de prognósticos – sendo que essas duas últimas atividades foram acrescentadas na lista de regimes específicos pelo texto da reforma

aprovada na Câmara. Seguem abaixo transcritas as disposições referentes a regimes específicos contidas no art. 156-A, § 5º, V:

Art.156-A

§ 5º ... Lei complementar disporá sobre:

V – regimes específicos de tributação para:

a) combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que: 1. as alíquotas serão uniformes em todo território nacional, podendo ser específicas, por unidade de medida, e diferenciadas por produto, admitida a não aplicação do disposto no § 1º, V a VII;

2. será vedada a apropriação de créditos em relação às aquisições dos produtos de que trata esta alínea destinados a distribuição, comercialização ou revenda; e

3. será concedido crédito nas aquisições dos produtos de que trata esta alínea por contribuinte do imposto, observado o disposto no item 2 e no § 1º, VIII;

b) serviços financeiros, operações com bens imóveis, planos de assistência à saúde e concursos de prognósticos, podendo prever:

1. alterações nas alíquotas, nas regras de creditamento e na base de cálculo, admitida, em relação aos adquirentes dos bens e serviços de que trata esta alínea, a não aplicação do disposto no § 1º, VIII;

2. hipóteses em que o imposto será calculado com base na receita ou no faturamento, com alíquota uniforme em todo território nacional, admitida a não aplicação do disposto no § 1º, V a VII, e, em relação aos adquirentes dos bens e serviços de que trata esta alínea, também do disposto no § 1º, VIII;

c) operações contratadas pela administração pública direta, por autarquias e por fundações públicas, podendo prever hipóteses de:

1. não incidência do imposto e da contribuição prevista no art. 195, V, admitida a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores; e

2. destinação integral do produto da arrecadação do imposto e da contribuição prevista no art. 195, V, ao ente federativo contratante, mediante redução a zero das alíquotas dos demais entes e elevação da alíquota do ente contratante em idêntico montante;

d) sociedades cooperativas, que será optativo, com vistas a assegurar sua competitividade, observados os princípios da livre concorrência e da isonomia tributária, definindo, inclusive:

1. as hipóteses em que o imposto não incidirá sobre as operações realizadas entre a sociedade cooperativa e seus associados, entre estes e aquela e pelas sociedades cooperativas entre si quando associadas para a consecução dos objetivos sociais; e

2. o regime de aproveitamento do crédito das etapas anteriores;

e) serviços de hotelaria, parques de diversão e parques temáticos, restaurantes e aviação regional, podendo prever hipóteses de alterações nas alíquotas e nas regras de creditamento, admitida a não aplicação do disposto no § 1º, V a VIII;

No caso dos combustíveis, embora as PECs prevejam a possibilidade de cobrança monofásica do imposto, ambas permitem que seja “concedido crédito nas aquisições de combustíveis e lubrificantes para consumo por sujeito passivo do imposto”. Ou seja, na hipótese em que o combustível não seja destinado para consumidor final, mas for utilizado no processo produtivo, como insumo, o imposto incidente sobre ele de forma monofásica geraria crédito.

No que pertine às compras públicas, o dispositivo do art. 156-A, § 5º, V, “c” determina que poderá a lei complementar definir hipóteses de não-incidência do IBS e da CBS, admitindo-se a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores. Em relação a sociedades cooperativas, deverá a possibilidade de aproveitamento de créditos ser regulamentada por lei complementar e, em relação aos serviços de hotelaria, parques de diversão e parques temáticos, poderá também a lei complementar prever hipóteses de alterações nas alíquotas e nas regras de creditamento, admitida a não aplicação da regra da não-cumulatividade (art. 156, § 1º, VIII).

8. COMENTÁRIOS SOBRE A GARANTIA DA NÃO CUMULATIVIDADE NA REFORMA TRIBUTÁRIA¹

Os problemas para aplicação da não cumulatividade do sistema tributário brasileiro, como visto acima, são inúmeros, o que na prática resulta em cumulatividade ao longo da cadeia de consumo.

Com a reforma tributária, tem-se a oportunidade de instituir tributos que respeitem a não cumulatividade de forma plena. Para tanto, o constituinte derivado pode adotar duas principais metodologias: (i) tributar toda a operação e exigir estorno de créditos na saída ou (ii) vedar o creditamento de determinados valores na entrada. A segurança jurídica exige que a metodologia de utilização de créditos de um tributo não cumulativo esteja expressa no texto constitucional.

Vedar a delegação de exceções ao princípio da não cumulatividade ao legislador infraconstitucional seria evitar que os problemas do atual sistema tributário fossem perpetuados, afastando assim a possibilidade de lei (complementar ou ordinária) restringir a utilização de créditos por meio de diversos artifícios que acabam sendo convalidados pelo judiciário, já que a CF assim permite, tal como se viu com relação aos créditos de uso e consumo, energia e ativo imobilizado para fins de ICMS e definição de “insumo” para fins de PIS e Cofins.

A última redação da Proposta de Emenda à Constituição (“PEC”) nº 45/2019 apresentada para votação no plenário da Câmara dos Deputados prevê extinção do PIS, Cofins, ICMS e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISS”), para criação de IVA

¹ Capítulo preparado por **João Paulo Muntada Cavinatto**, sócio responsável pela área de Tributos Indiretos e Direito Aduaneiro no Lefosse. Pós graduado em direito tributário pela PUC/SP, Especialista em comercio exterior.

dual: (i) IVA de competência da União, intitulado de Contribuição Sobre Bens e Serviços (“CBS”), em substituição ao PIS e à Cofins e (ii) IVA de competência subnacional (Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), nomeado Imposto sobre Bens e Serviços (“IBS”), em substituição ao ISS e ao ICMS. O IPI também seria extinto, dando lugar ao Imposto Seletivo (“IS”), que recairia sobre produtos e serviços que prejudiquem a saúde ou o meio ambiente.

Pretende-se que o IBS incida sobre bens materiais e imateriais, inclusive direitos, ou com serviços e sobre a importação de bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou de serviços realizada por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.

A CBS e o IBS terão os mesmos fatos geradores, bases de cálculo, hipóteses de não incidência e sujeitos passivos, regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação e regras de não cumulatividade e de creditamento.

Se aprovado o novo texto da reforma tributária sobre o consumo, haverá previsão de que nenhum outro tributo, além de impostos de importação e exportação, imposto seletivo e IBS, poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. Na ordem constitucional atual, há previsão de que com exceção do imposto de exportação e do ICMS, nenhum outro imposto pode incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Essas modificações formarão um novo sistema tributário que não pode deixar de observar a neutralidade tributária, a qual é essencial para a efetivação da livre concorrência, garantida pela CF em seu artigo 170, inciso IV. Segundo Schoueri, a neutralidade objetiva a garantia de um ambiente que promova a igualdade de condições competitivas, em reflexo da neutralidade concorrencial do Estado².

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 366.

Nesse contexto, a realização de uma reforma tributária sobre o consumo no Brasil deve implementar um IVA que respeite em sua máxima medida o princípio da não cumulatividade, justamente para concretizar o desenvolvimento econômico a partir de as bases justas de recolhimento do imposto, observando os dois principais pontos descritos nos próximos tópicos: Utilização de créditos do IBS e Créditos acumulados do IBS e split payment.

Utilização de créditos do IBS

Segundo o texto da PEC nº 45/2019, o IBS é um imposto não cumulativo, compensando-se o imposto devido pelo contribuinte com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem, material ou imaterial, ou serviço, excetuadas exclusivamente as consideradas de uso ou consumo pessoal, nos termos da lei complementar, e as hipóteses previstas na Constituição. Há expressa previsão na PEC de que esse modelo de não cumulatividade visa observar o princípio da neutralidade.

Essa regra delimita a utilização ampla de créditos do IBS, sem limitar aos créditos físicos que se relacionam diretamente com o processo produtivo de um bem material. Não haveria qualquer imposição constitucional que permitisse a limitação de aproveitamento integral de créditos referentes à aquisição de ativo imobilizado de forma fracionada em 1/48 avos, impossibilidade de tomada de bens de uso e consumo vinculados à própria atividade da empresa ou restrição temporal para aproveitamento de créditos de energia elétrica ingressada no estabelecimento, como ocorre hoje com relação ao ICMS.

A exceção, como indicada de forma clara pelo advérbio “exclusivamente” prevista na redação sugerida para o art. 156-A da CF, está apenas nos bens de “uso ou consumo pessoal”. O postulado romano de que a lei não possui palavras inúteis é aplicável nesse momento e deve ser seguido pelos intérpretes do direito, pois caso aprovada tal versão da PEC, resta transparente a intenção do

constituente derivado de que nenhuma outra restrição pode ser imposta à utilização de créditos do IBS.

O relatório que acompanha o substitutivo da PEC nº 45/2019, apresentado em 06 de julho de 2023, indica que a não cumulatividade plena é o objetivo da reforma tributária, com dedução do IBS incidente sobre as operações anteriores mesmo que indiretamente relacionado à atividade produtiva.

A definição de bens de “uso ou consumo pessoal” não deveria trazer problemas para a aplicação da não cumulatividade do IBS. O relatório do Deputado Aguinaldo Ribeiro também menciona que se optou por não utilizar a expressão “necessárias à atividade econômica”, justamente para que se evitem discussões sobre o que deve ser considerado necessário ao empreendimento, tal como ocorre com relação à definição de insumo de PIS e de Cofins, de forma que se possibilite o creditamento de aquisições ligadas tanto à função administrativa como à atividade-fim da empresa.

Nos extremos, é fácil definir o que é bem de uso e consumo da pessoa jurídica e uso e consumo pessoal, como na diferença entre aquisição de materiais de escritório – claramente utilizados nas atividades de apoio administrativo de uma empresa – e o “vinho do sócio” – utilizado para fins pessoais dos sócios e que nada se relacionam com a atividade da empresa, seja ela qual for.

Podem haver situações de penumbra, todavia, em que não é possível segregar de forma clara e precisa se o bem é utilizado para fins pessoais ou comerciais, a exemplo de veículos da pessoa jurídica contribuinte utilizados durante o dia para os negócios estritamente comerciais, mas durante outros períodos para fins meramente pessoais dos sócios ou diretores ou até mesmo de computadores que são utilizados pelos colaboradores durante o horário comercial para o trabalho e durante outros momentos para fins pessoais.

A adoção da vedação de créditos para “uso e consumo pessoal” na reforma tributária brasileira não se afasta da regulamentação de outros países sobre creditamento de IVA.

No âmbito internacional, a Diretiva IVA 112³ da União Europeia determina que são excluídas do direito à dedução as despesas que não tenham caráter estritamente profissional, tais como despesas sumptuárias, recreativas ou de representação. Quando Portugal regulamentou essa determinação⁴, vedou do direito ao crédito

³ “Origem e âmbito do direito à dedução. Artigo 168º Quando os bens e os serviços sejam utilizados para os fins das suas operações tributadas, o sujeito passivo tem direito, no Estado-Membro em que efectua essas operações, a deduzir do montante do imposto de que é devedor os montantes seguintes: a) O IVA devido ou pago nesse Estado-Membro em relação aos bens que lhe tenham sido ou venham a ser entregues e em relação aos serviços que lhe tenham sido ou venham a ser prestados por outro sujeito passivo; b) O IVA devido em relação a operações assimiladas a entregas de bens e a prestações de serviços, em conformidade com a alínea a) do artigo 18.º e o artigo 27.º; c) O IVA devido em relação às aquisições intracomunitárias de bens, em conformidade com artigo 2.º, n. 1, alínea b), subalínea i); d) O IVA devido em relação a operações assimiladas a aquisições intracomunitárias, em conformidade com os artigos 21.º e 22.º; e) O IVA devido ou pago em relação a bens importados para esse Estado-Membro.

(...) Limitações do direito à dedução. Artigo 176.º O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, determina quais as despesas que não conferem direito à dedução do IVA. Em qualquer caso, são excluídas do direito à dedução as despesas que não tenham caráter estritamente profissional, tais como despesas sumptuárias, recreativas ou de representação.”

⁴ Artigo 21 do Decreto Lei nº 394-B, de 26 de dezembro de 1984: “Artigo 21.º - Exclusões do direito à dedução. 1 – Exclui-se, todavia, do direito à dedução o imposto contido nas seguintes despesas: a) Despesas relativas à aquisição, fabrico ou importação, à locação, à utilização, à transformação e reparação de viaturas de turismo, de barcos de recreio, helicópteros, aviões, motos e motocicletas. É considerado viatura de turismo qualquer veículo automóvel, com inclusão do reboque, que, pelo seu tipo de construção e equipamento, não seja destinado unicamente ao transporte de mercadorias ou a uma utilização com caráter agrícola, comercial ou industrial ou que, sendo misto ou de transporte de passageiros, não tenha mais de nove lugares, com inclusão do condutor; b) Despesas respeitantes a combustíveis normalmente utilizáveis em viaturas automóveis, com exceção das aquisições de gasóleo, de gases de petróleo liquefeitos (GPL), gás natural e biocombustíveis, cujo imposto é dedutível na proporção de 50 %, a menos que se trate dos bens a seguir indicados, caso em que o imposto relativo aos consumos de gasóleo, gasolina, GPL, gás natural e biocombustíveis é totalmente dedutível: i) Veículos pesados de passageiros; ii) Veículos licenciados para transportes públicos, excetuando-se os rent-a-car; iii) Máquinas consumidoras de gasóleo, GPL, gás natural ou biocombustíveis, bem como as máquinas que possuam matrícula atribuída pelas autoridades

despesas como veículos de turismo (não utilizado exclusivamente ao transporte de mercadorias), divertimento e luxo que não constituam despesas normais de exploração.

No Reino Unido, o Value Added Tax Act de 1994 permite aproveitamento de créditos de despesas para fins negociais, o que inclui qualquer comércio, profissão ou vocação⁵. Por fim, é possível citar a previsão do Excise Tax Act do Canadá, que se considera como crédito a proporção do imposto pago pelo contribuinte no curso das atividades comerciais e negócios da pessoa durante um

competentes, desde que, em qualquer dos casos, não sejam veículos matriculados; iv) Tratores com emprego exclusivo ou predominante na realização de operações culturais inerentes à atividade agrícola; v) Veículos de transporte de mercadorias com peso superior a 3500 kg; c) Despesas de transportes e viagens de negócios do sujeito passivo do imposto e do seu pessoal, incluindo as portagens; d) Despesas respeitantes a alojamento, alimentação, bebidas e tabacos e despesas de receção, incluindo as relativas ao acolhimento de pessoas estranhas à empresa e as despesas relativas a imóveis ou parte de imóveis e seu equipamento, destinados principalmente a tais receções; e) Despesas de divertimento e de luxo, sendo consideradas como tal as que, pela sua natureza ou pelo seu montante, não constituam despesas normais de exploração”.

⁵ Value Added Tax Act “*Input tax and output tax. (1) Subject to the following provisions of this section, “input tax”, in relation to a taxable person, means the following tax, that is to say— (a) VAT on the supply to him of any goods or services; and (c) VAT paid or payable by him on the importation of any goods being (in each case) goods or services used or to be used for the purpose of any business carried on or to be carried on by him. (...) Meaning of “business” etc. (1) In this Act “business” includes any trade, profession or vocation. (2) Without prejudice to the generality of anything else in this Act, the following are deemed to be the carrying on of a business— (a) the provision by a club, association or organisation (for a subscription or other consideration) of the facilities or advantages available to its members; and (b) the admission, for a consideration, of persons to any premises. (4) Where a person, in the course or furtherance of a trade, profession or vocation, accepts any office, services supplied by him as the holder of that office are treated as supplied in the course or furtherance of the trade, profession or vocation. (5) Anything done in connection with the termination or intended termination of a business is treated as being done in the course or furtherance of that business. (6) The disposition of a business, or part of a business, as a going concern, or of the assets or liabilities of the business or part of the business (whether or not in connection with its reorganisation or winding up), is a supply made in the course or furtherance of the business.”*

ano fiscal, conforme o caso, para consumo, uso ou fornecimento no curso das atividades comerciais da pessoa⁶.

A legislação internacional demonstra a grande abrangência da possibilidade de determinação do que são bens utilizados para fins empresariais e bem de uso pessoal, o que torna a análise casuística, assim como hoje ocorre com relação à determinação de insumo para fins de PIS/Cofins.

Considerando que não é possível definir com exatidão no texto constitucional “bens de uso e consumo pessoal” para todas as atividades potencialmente desenvolvidas por contribuintes do IBS, é aceitável que a lei complementar delimite critérios materiais para avaliação da existência de “fins pessoais” no caso concreto. A legislação complementar, todavia, não poderá criar dificuldades e burocracias para utilização desses créditos, tampouco pode impor prazo

⁶ Excise Tax Act: “169 (1) Subject to this Part, where a person acquires or imports property or a service or brings it into a participating province and, during a reporting period of the person during which the person is a registrant, tax in respect of the supply, importation or bringing in becomes payable by the person or is paid by the person without having become payable, the amount determined by the following formula is an input tax credit of the person in respect of the property or service for the period: $A \times B$ where A) is the tax in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, that becomes payable by the person during the reporting period or that is paid by the person during the period without having become payable; and B) is (a) where the tax is deemed under subsection 202(4) to have been paid in respect of the property on the last day of a taxation year of the person, the extent (expressed as a percentage of the total use of the property in the course of commercial activities and businesses of the person during that taxation year) to which the person used the property in the course of commercial activities of the person during that taxation year, (b) where the property or service is acquired, imported or brought into the province, as the case may be, by the person for use in improving capital property of the person, the extent (expressed as a percentage) to which the person was using the capital property in the course of commercial activities of the person immediately after the capital property or a portion thereof was last acquired or imported by the person, and (c) in any other case, the extent (expressed as a percentage) to which the person acquired or imported the property or service or brought it into the participating province, as the case may be, for consumption, use or supply in the course of commercial activities of the person.”

para sua utilização, sob o risco de violar o princípio na cumulatividade da Carta Magna.

Além de créditos relativos a bens de uso e consumo pessoal, dentre as hipóteses da PEC sobre vedação ao aproveitamento de crédito de ICMS e consequente anulação do crédito das operações anteriores, estão a isenção e a imunidade, admitindo-se exceções tão somente com relação à imunidade, quando determinado em contrário em lei complementar. A necessidade de estorno dos créditos não se aplica às operações nas quais o exportador seja adquirente de bem, material ou imaterial, ou serviço.

Cedendo às pressões setoriais, diferentemente das versões anteriores até então discutidas, a última versão do substitutivo da PEC nº 45/2019 prevê que a lei complementar que instituir o IBS e a CBS pode conceder regimes diferenciados de tributação, incluindo, por exemplo:

- (i) alíquotas reduzidas em 50% para serviços de educação; serviços de saúde; dispositivos médicos e de acessibilidade para pessoas com deficiência; medicamentos e produtos de cuidados básicos à saúde menstrual; serviços de transporte coletivo rodoviário, ferroviário e hidroviário, de caráter urbano, semiurbano, metropolitano, intermunicipal e interestadual; produtos agropecuários, pesqueiros, florestais e extrativistas vegetais in natura; insumos agropecuários, alimentos destinados ao consumo humano e produtos de higiene pessoal, atividades artísticas e culturais nacionais.
- (ii) isenção para serviços de transporte coletivo rodoviário, ferroviário e hidroviário, de caráter urbano, semiurbano, metropolitano, intermunicipal e interestadual;
- (iii) redução em 100% das alíquotas de CBS incidente sobre serviços de educação de ensino superior nos termos do Programa Universidade para Todos (“Prouni”);
- (iv) crédito ao contribuinte adquirente de bens e serviços de produtor rural pessoa física com receita anual

determinada que tenha optado por não ser contribuinte de IBS e CBS;

(v) crédito ao contribuinte adquirente de serviços de transportador autônomo pessoa física que não seja contribuinte do imposto;

(vi) crédito ao contribuinte que adquira bens móveis usados de pessoa física não contribuinte para revenda, desde que esta seja tributada e o crédito seja vinculado ao respectivo bem, vedado o ressarcimento.

Humberto Ávila⁷ já apontou que o postulado do “legislador coerente” deveria ser aplicado, isto é, o legislador que cria novas regras vincula-se às suas próprias decisões fundamentais anteriores na regulação da mesma matéria, exceto se houver motivo suficiente para justificar o distanciamento dessas decisões anteriores, sob pena de violar o princípio da igualdade. Logo, para o autor, se o legislador optou por implementar o regime não cumulativo das contribuições sociais, deve(ria) desenvolver essa metodologia sem contradições, mas não foi o que ocorreu com relação ao PIS e à Cofins na sistemática atual, por exemplo.

Na reforma tributária, o ensinamento de Humberto Ávila deve igualmente ser aplicado, ou seja, sendo aprovadas alterações no texto constitucional para instituição de tributos não cumulativos, deve haver coerência de todo o sistema tributário para garantir que a não cumulatividade seja de fato aplicável.

Isso não significa dizer que as decisões do passado sobre ICMS, PIS/Cofins e ICMS devem ser aplicadas aos casos relativos ao IBS e à CBS. Ressalta-se que a reforma tributária deve romper com a sistemática atual, isto é, não deve atrair a aplicação da jurisprudência firmada com base em fundamentos constitucionais que deixarão de existir.

Partindo dessa premissa, entendemos que as alíquotas reduzidas do IBS, caso seja aprovado o atual substitutivo da PEC nº

⁷ ÁVILA, Humberto. O postulado do legislador coerente e a não-cumulatividade do PIS/COFINS. *Grandes questões atuais do direito tributário*, v. 11. São Paulo: Dialética. 2007.

45/2019, não representariam um benefício fiscal na forma de isenção parcial para exigir estorno parcial do imposto relativo às entradas no estabelecimento do contribuinte, sob pena de se atentar contra a própria não cumulatividade a ser garantida na CF.

Não haveria sequer que se falar na aplicação do entendimento do STF de que a redução de base de cálculo é equiparada à isenção parcial para fins de ICMS. Trata-se de caso em que o Convênio aprovado pelo Confaz permitia que os Estados não exigissem a anulação proporcional dos créditos, mas não houve, no caso concreto, legislação estadual do Rio Grande do Sul que permitisse a manutenção dos créditos.

Esse cenário se deu sob a vigência da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 (“LC 24”), recepcionada pela CF de 1988, que exige Convênio aprovado por todos os Estados e Distrito Federal para concessão de “isenção” de ICMS, o que se estende, por previsão da própria LC 24, à redução da base de cálculo e concessão de créditos presumidos, por exemplo, mas nada mencionada sobre alíquotas diferenciadas. Com a implementação da reforma tributária, não haverá a figura do Convênio e a LC 24 perderá sua eficácia.

A alíquota diferenciada do IBS e da CBS, portanto, não deverá ser tratada como uma desoneração da tributação – como ocorre nos casos de imunidade e isenção –, mas sim como uma forma de política fiscal diversa para se estabelecer a tributação aplicável para determinados bens e serviços.

Créditos acumulados de IBS e *Split Payment*

Outro aspecto de grande importância para a garantia da não cumulatividade plena é o tratamento a ser dado aos créditos acumulados do imposto, quando um contribuinte do IBS não tiver débitos do imposto em montante suficiente para compensar com os créditos obtidos das operações tributadas anteriormente.

A redação proposta pela PEC nº 45/2019 propõe que o Conselho Federativo do IBS, órgão responsável por gerir as receitas arrecadas com esse tributo, retenha o montante equivalente ao saldo

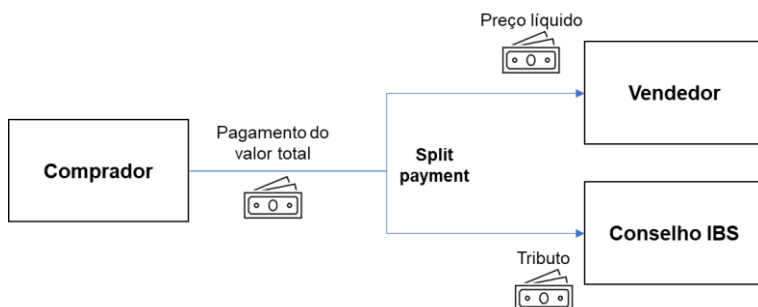
acumulado de créditos do imposto não compensados pelos contribuintes ou não ressarcidos ao final de cada período de apuração, enquanto ficou a cargo da lei complementar dispor sobre a forma e o prazo para ressarcimento de créditos acumulados pelo contribuinte. Os recursos somente integrariam a receita dos entes quando o titular do crédito o utilizasse para compensação de seus débitos próprios com o imposto.

Para viabilizar essa estrutura, há previsão de que lei complementar deve regular as regras para a distribuição do produto da arrecadação do imposto, inclusive com relação ao tratamento em relação às operações em que o imposto não seja recolhido tempestivamente e à forma e prazo para ressarcimento de créditos acumulados.

Segundo o relatório da PEC nº 45/2019 (versão de 06 de julho de 2023), pretende-se que a receita do IBS e da CBS relativas aos créditos do adquirente não componha o produto da arrecadação que será distribuída aos entes federados, para que esse valor funcione como lastro para ressarcimento dos créditos acumulados. Além disso, a segregação dessa receita traria facilidade de gestão para os Estados, quando comparado com a sistemática atual de ressarcimento de créditos tributários de exportações em operações originadas fora de seu território.

Os recursos para realização da restituição, portanto, teriam origem do efetivo recolhimento do IBS ou da CBS na operação anterior, sobretudo porque a PEC nº 45/2019 permite que lei complementar disponha sobre as hipóteses em que o creditamento ficará condicionado ao efetivo pagamento do tributo.

Esse é o método do *split payment*, em se segrega o valor do preço cobrado pelo bem ou serviço do valor devido como pagamento de tributo. É um mecanismo semelhante à retenção de impostos na fonte já obrigatória para determinadas pessoas jurídicas. Como a receita é segregada e fica em “cofre” separado, há facilidade para restituição dos impostos acumulados.



Esse mecanismo é utilizado por outros Estados-Nação para evitar a fraude carrossel, na qual os sujeitos localizados em países diversos realizam operações sem pagar o IVA devido e o adquirente toma crédito de um imposto que nunca será recolhido ao ente competente.

A Comissão Europeia publicou estudo⁸ sobre o uso do *split payment* do IVA por países da União Europeia, levando em conta os aspectos legais e técnicos para sua implementação em cenários de operações realizadas entre empresas (*business to business*), entre empresas e consumidores finais (*business to consumer*) e entre empresas e autoridades governamentais (*business to government*).

No momento da realização do estudo, dentre os países signatários do IVA, apenas a Itália ainda estava aplicando o *split payment* como método para evitar fraudes do IVA, em face da autorização da Diretiva IVA para implementação desse método diferenciado (e não padronizado de forma obrigatória em todos os Estados Membros) de pagamento de tributos. Outros países europeus, em momentos anteriores ou mesmo após a saída da União Europeia, aplicaram ou aplicam o *split payment* de acordo com suas particularidades.

⁸ EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Taxation and Customs Union, Vandresse, B., Cilli, V., Walsh, C., et al., Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method: final report, Publications Office, 2018. Disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2778/649636>. Acesso em 06 jun. 2023.

A conclusão da Comissão Europeia foi de que o *split payment* foi eficaz para evitar fraudes de pagamento do IVA, sobretudo a “fraude carrossel”, em que o contribuinte do imposto desaparecia sem qualquer pagamento do IVA sobre a operação realizada. As considerações realizadas foram de que o fornecedor normalmente não é o responsável por realizar a “divisão do pagamento”, mas pode o ser em casos de operações com pessoas físicas ou pagamento em dinheiro em espécie ao invés de pagamento por meio bancário.

Por outro lado, a criação de “contas bloqueadas” para retenção do IVA adicionou maiores custos e complexidade ao sistema. Além disso, concluiu-se que a implementação de procedimentos de restituição de crédito do IVA eficazes apoiou na eficácia e sucesso do *split payment*.

Diante disso, percebe-se que a instituição do *split payment* no Brasil demandará legislação clara sobre o tema, que identifique a responsabilidade de cada uma das partes envolvidas na operação tributada, inclusive dos intermediários de pagamentos potencialmente responsáveis pela retenção, sem impor custos adicionais para conformidade tributária, bem como deverá ser acompanhada de bons mecanismos de restituição de crédito acumulado do IBS, de forma a atingir a não cumulatividade plena que tanto se deseja.

9. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA – PROPOSTAS PARA REDUZIR OS DESVIOS DO TIPO CRÉDITO SUPERIOR AO IMPOSTO PAGO¹

No Brasil, neste momento, enquanto se aguarda que o Senado analise a proposta de reforma tributária constante no último texto da PEC 45/2019², aprovada em julho de 2023 na Câmara, que prevê a instituição de um IVA dual³, falar sobre a neutralidade tributária é algo central.

A tributação do consumo ao redor do mundo tem diferentes estratégias, sendo que o modelo IVA se destaca como escolha preferida pela maioria dos países. Os modelos alternativos, notadamente o imposto sobre vendas e o imposto sobre vendas a varejo, apresentam problemas que os tornaram opções menos frequentes face ao modelo IVA. Como exemplos de espécies tributárias sobre o consumo que se tornaram preteridos por diversos motivos, em diversos países, temos o antigo Imposto sobre Vendas e Consignações, o IVC brasileiro, vigente entre 1934 e 1967, e o Sales Tax (*Retail Sales Tax*) americano, cobrado apenas no varejo.

¹ Capítulo preparado por **Ângelo de Angelis**, Auditor fiscal do estado de São Paulo, mestre em economia pela Unicamp com a dissertação “O imposto sobre o valor agregado e o ICMS no estado de São Paulo – 1988 a 2013 – 25 anos”. Membro da Comissão Técnica da Febrafite e **Rodrigo Frota da Silveira**, Graduado em administração e direito, mestre pela FEA-USP, especialista em Política e Técnica Tributária pelo CIAT, membro do Comitê Técnico da Febrafite, pesquisador do NEF FGV-SP, professor e auditor fiscal

² Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2297963&filename=Avulso%20PEC%2045/2019

³ No presente caso, o IVA DUAL é composto pela Contribuição sobre Bens e Serviços na competência do governo federal e pelo Imposto sobre Bens e Serviços nos níveis estadual e municipal com base compartilhada.

O imposto sobre venda é um imposto simples, porém ao incidir a cada venda de produto, ao longo das diversas empresas na cadeia de produção e distribuição, favorece empresas grandes e integradas verticalmente, e desfavorece novos entrantes e empresas não integradas, resultando em prejuízo a livre concorrência, redução do nível de crescimento da economia e piora na distribuição de renda. São os chamados impostos cumulativos, e podemos citar como exemplo, a CPMF brasileira e os impostos únicos sobre venda ou produção, que já existiram no Brasil. Todos eles pertencem a esta categoria, e geram esses mesmos problemas.

O imposto sobre vendas a varejo também é simples e não incorre nos mesmos problemas dos impostos cumulativos, pois não afeta de forma distinta as diferentes formas de organização empresarial. Porém, este modelo de tributação, por concentrar a arrecadação dos valores apenas na última etapa de comercialização dos produtos apresenta elevada propensão a sonegação e fraudes, e apenas apresenta resultados adequados em jurisdições com *enforcement* elevado. O que o torna inadequado para aplicação no Brasil.

Desta forma, o IVA se mostra como o modelo ideal para a tributação do consumo no Brasil, e a proposta da PEC 45/2019 que seguiu para análise no Senado, segue neste sentido.

Porque o IVA?

É importante ter em mente a escolha do modelo IVA decorre de dois fatores, a **neutralidade tributária** e a possibilidade de ser utilizado em países com **nível de *enforcement* médio ou baixo**. Não fossem estes fatores relevantes, a escolha poderia recair nos outros modelos citados, que são mais simples de operar.

A neutralidade do IVA, que se Brasil se convencionou denominar de “não cumulatividade”, decorre de se permitir que o valor do imposto pago⁴, nas etapas anteriores da cadeia de produção e

⁴ Diz-se “pago”, no sentido de que o valor do imposto foi calculado e devidamente “pago” pelo sujeito passivo, conforme previsto na legislação vigente.

distribuição, seja deduzido do valor a pagar na etapa seguinte. Qualquer desvio desta neutralidade resulta em pagar mais imposto, ou em pagar menos imposto, em função do arranjo empresarial utilizado possuir mais ou menos etapas de compras e vendas entre os elos da cadeia empresarial, desde a produção até a venda ao consumidor.

Em suma, o que se deseja é que a tributação **não afete o modelo de arranjo empresarial**, deixando os agentes econômicos livres para adotar o melhor arranjo, o que resulte em menor custo, em maior inovação, em melhor qualidade, em maior geração de valor.

O objetivo é a Neutralidade

Como o objetivo é a neutralidade, os desvios, seja para qual lado forem, devem ser tidos como indesejados. Vislumbramos que dois tipos de desvios podem ocorrer.

O desvio “tipo 1” consiste em vedar, dificultar ou tornar oneroso, para a empresa, contribuinte do imposto, deduzir do valor do imposto apurado em suas vendas (base de cálculo x alíquota) o imposto pago nas etapas anteriores da cadeia de produção ou distribuição. Este tipo de desvio é bem descrito na literatura brasileira de ICMS, e envolve entre outros aspectos a vedação legal aos créditos de mercadorias destinadas ao “uso e consumo” no estabelecimento, a vedação ao crédito na aquisição de serviço de comunicação e de energia elétrica, a dilação temporal do crédito na compra de máquinas e equipamentos a serem utilizados com bens de capital, além da vedação de créditos cruzados entre o ICMS e o ISS.

O desvio “tipo 2” consiste em permitir que a empresa possa de creditar de valor superior ao imposto pago nas etapas anteriores. Embora este tipo de desvio seja pouco tratado na literatura nacional, ele resulta em perda de neutralidade, e nos problemas daí resultantes, afetando a livre concorrência, a dificultando a entrada de novos

Não se trata de imposto “declarado”, nem de imposto “devido”, nem mesmo de imposto “cobrado”. Mas de imposto efetivamente “pago”.

entrantes, favorecendo empresas maiores em desfavor de empresas menores, e afetando a forma de organização empresarial.

Neste capítulo teremos como foco os desvios do “tipo 2” e apresentaremos propostas de como reduzir ou eliminar tais desvios.

Causa de desvios do tipo 2 – Crédito superior ao imposto pago nas etapas anteriores

Entre as diversas causas que podem resultar em desvios de neutralidade do tipo 2, ou seja, a cada etapa o comprador se creditar de valor superior ao imposto pago nas etapas anteriores, destacamentos:

- (i) benefícios fiscais previstos na legislação do imposto, tendo como beneficiários um grupo de empresas de determinado setor econômico ou região geográfica, ou algumas empresas escolhidas para serem campeãs;
- (ii) situações de inadimplência planejada, na qual um grupo de empresas, opera com base na inadimplência planejada, elegendo uma empresa para ser inadimplente, e a substituindo de tempos em tempos;
- (iii) situações de fraude, com conluio entre comprador e fornecedor, na qual o contribuinte compra o produto de uma empresa e compra a nota fiscal de outra empresa, ou simplesmente compra nota fiscal sem ter comprado produto algum.

Benefícios fiscais que resultam em crédito sem imposto pago (*design* legislativo)

Os tributos em geral admitem os mais diversos tipos de benefícios tributários. Com os tributos do modelo IVA isto também ocorre.

Determinado IVA pode apresentar diversidade de alíquotas, de forma a tributar com alíquotas menores determinadas

categorias de produtos, de consumidores ou de regiões geográficas, e tributar com alíquotas maiores outras categorias⁵.

Por exemplo, quando a aplicação de uma alíquota inferior resulta em uma tributação reduzida, e em um subsequente crédito reduzido na empresa compradora, se preserva a identidade entre o valor do imposto pago nas operações anteriores e o valor do crédito tributário permitido ao adquirente do produto, preservando a neutralidade do imposto.

Todavia, se a utilização de uma alíquota inferior para o cálculo do imposto a pagar em determinada venda não se reflete em um valor de crédito inferior para a empresa adquirente do produto, temos um desvio da neutralidade tributária. Em outras palavras, se o crédito permitido ao comprador for superior ao imposto apurador e pago pelo vendedor, em decorrência da aplicação da alíquota inferior, passa a existir um descasamento entre o valor do imposto pago e o valor do crédito permitido, e se rompe a neutralidade tributária.

No Brasil tais situações são frequentes no ICMS, em especial em operações que envolvem um vendedor no Estado A e um comprador no Estado B, e se permite que o vendedor calcule e pague o imposto devido ao Estado A, com uma alíquota (p. ex. 1%) e informe ao comprador no Estado B que o imposto foi cobrado com outra alíquota (p. ex. 12%), resultando em um descasamento entre o imposto cobrado (\$ 1,00) e o imposto creditado (\$ 12,00) de, digamos, talvez 11 vezes o valor do imposto pago (1.100%).

Outros tipos arranjos normativos⁶ podem resultar em benefícios fiscais que levem a resultados semelhantes, dentre os quais se destacam: créditos prêmio, outorgado, ou presumido; regimes

⁵ Embora o desejável seja que o IVA contenha apenas uma alíquota, ou poucas alíquotas, para não se tornar ainda mais complexo, e não aumentar os custos de conformidade e de litígios, a diversidade de alíquotas, por si só, não desvirtua o IVA no sentido da perda de neutralidade aqui tratada.

⁶ Para uma revisão a diversidade de benefícios no âmbito do ICMS veja: Frota da Silveira, Rodrigo e Gradwohl, Michel André Bezerra Lima; Benefícios fiscais e gasto tributário no ICMS, espécies e métodos de mensuração, em Revista Controle: Doutrinas e artigos, ISSN-e 2525-3387, ISSN 1980-086X, Vol. 19, Nº. 1, 2021, págs. 82-124.

especiais de apuração e pagamento do imposto; e devolução parcial do imposto pago.

Em qualquer caso, quando a legislação permite que o valor creditado seja superior ao valor do imposto pago nas etapas anteriores da cadeia de produção e distribuição temos uma violação da regra da neutralidade. Tal violação da neutralidade resulta em incentivos para as empresas adotarem arranjos negociais específicos, geram barreiras à entrada, despesas com lobbies, aumento de custos de transação, redução de eficiência, sustentados com parte dos ganhos tributários⁷.

Situações de inadimplência planejada (jogando com a falta de cobrança eficaz)

Nos tributos do modelo IVA se aplica um método de cobrança do imposto, ao longo da cadeia de produção e distribuição, de forma que cada agente econômico deva recolher uma fração do imposto total sobre o consumo de determinado produto. Via de regra, cada contribuinte calcula o imposto devido no momento da venda, e ao final do período de apuração, normalmente de um mês, deduz da soma deste montante o imposto cobrado nas etapas anteriores (o crédito). Este método incentiva as empresas a realizarem suas compras de fornecedores “formais” para poderem usufruir dos créditos relativo ao imposto pago pelos sucessivos elos anteriores da cadeia. Este incentivo é um dos motivos que levam diversos países a utilizar impostos do modelo IVA, em detrimento a outros modelos mais simples, pois concatena na formalidade diversas transações

⁷ No Brasil, este tipo arranjo normativo ocorreu, por exemplo, no âmbito da competição entre os Estados por maior arrecadação de ICMS, com o objetivo declarado de desenvolver mais determinada região ou atividade econômica, mesmo em desconformidade com as regras constitucionais vigentes, resultando na denominada “Guerra Fiscal” do ICMS. Além da perda de neutralidade induzindo formações sub ótimas dos arranjos produtivos, tais arranjos normativos afetaram também a localização geográfica dos estabelecimentos fabris e comerciais das empresas.

comerciais que se realizam na complexa malha das operações intermediárias das cadeias de produção e de distribuição.

Todavia, em determinadas situações, um fornecedor pode implementar um modelo de negócio por meio do qual uma determinada empresa, sem ativos penhoráveis, adquire produtos e os revende com elevada margem, atraindo para si parte elevada da tributação, reduzindo a fração do imposto a ser paga pelas demais empresas do arranjo, e ao final se vende a mercadoria para terceiros.

Nestes casos, mesmo que os terceiros não façam parte do arranjo, eles acabam escolhendo comprar desde fornecedor, e não de outros, por questões de preço ou outras facilidades como prazo e condições de pagamento.

Ao final e ao cabo, dois resultados relevantes se destacam. Um, a cadeia de fornecimento que utiliza o arranjo obtém vantagem face a cadeias de suprimento que não o utilizam, desequilibrando o mercado por meio de artifício não lastreado em produtividade, inovação, eficiência e qualidade, mas em inadimplência tributária planejada. Sem fraude, mas simples inadimplência. Dois, o valor total da arrecadação tributária é reduzido, levando a necessidade de aumento da tributação da sociedade em geral, para se obter o mesmo nível de arrecadação total.

Este problema pode ser pequeno em países nos quais a cobrança tributária coativa é eficaz, e tal conduta resulta em elevada probabilidade de sanções efetivas aos agentes envolvidos.

No Brasil parece não estar neste conjunto de países, seja porque o processo de cobrança é moroso, seja porque ele, em regra, resulta em baixo nível de recebimento, seja porque a mera inadimplência não gera sanções de natureza penal para as pessoas envolvidas, e no final de alguns anos a dívida é cancelada pelo simples correr do tempo (prescrição).

A baixa capacidade de cobrar dívidas e impor sanções efetivas ilustra os motivos de o Brasil configurar-se como um país de

baixo poder de *enforcement* no quesito cumprimento de obrigações tributárias⁸.

Fraude com conluio entre os agentes (risco calculado em jurisdições com baixo nível de *enforcement*)

O modelo IVA é mais suscetível a fraudes relativas ao crédito do imposto, decorrentes de imposto supostamente cobrado nas operações anteriores, do que a fraudes do tipo omissão de receita por subfaturamento e venda sem nota fiscal. Tais fraudes com crédito não ocorrem nos impostos sobre vendas, que estão sujeitos apenas a fraudes sobre débitos.

Dentre as espécies de fraudes relativas ao crédito destacamos:

- (i) compra de Nota Fiscal sem compra de produto, com objetivo exclusivo de aumentar os créditos e reduzir o valor do imposto a pagar (são as chamadas “notas frias” ou “créditos frios”);
- (ii) mix de compra de produtos sem nota fiscal de um fornecedor com compra de nota fiscal sem mercadoria de outro fornecedor, e;
- (iii) mix de compra de produtos com nota fiscal subfaturada de um fornecedor e compra de nota fiscal sem mercadoria de outro fornecedor.

Nestas situações existe um conluio entre o adquirente e os fornecedores, e neste ponto se diferencia do item anterior, no qual o adquirente não se envolve no arranjo.

⁸ Conforme o Relatório de Riscos Fiscais da União 2022, 51% do valor da Dívida Ativa da União foi classificada como incobrável (Classe D), enquanto apenas 10% do valor foi classificada como de elevada possibilidade de recuperação (Classe A). No exercício de 2022 se esperava receber o valor de 13,8 Bilhões de reais, de uma conta total a receber de 2.770 bilhões de reais (0,5% de resultado no ano) (Fls. 64 e 65).

<https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estatisticas-fiscais-e-planejamento/riscos-fiscais>.

Em se tratando de ICMS, a Súmula 509 do STJ, de março de 2014, veda a glosa do crédito do imposto no contribuinte adquirente, desde que demonstrada a boa fé e a veracidade da compra e venda.

Tal Súmula, por um lado pacificou a jurisprudência, e por outro lado, atribuiu o ônus da prova da “boa fé” e da “ocorrência e veracidade da compra e venda” ao contribuinte adquirente. Não sendo feita a prova, o crédito pode ser glosado pelo Fisco. Assim, existe o risco constante de o contribuinte ser fiscalizado, e as provas serem exigidas, levando o contribuinte cauteloso a incorrer em elevados custos de *compliance*, para produzir e manter sempre acessíveis tais provas.

Propostas para limitar os desvios

Nossa proposta para endereçar os três pontos acima, é no sentido de a legislação somente permitir que o crédito tributário exista, se em momento anterior houve o efetivo *pagamento* do imposto⁹.

Neste contesto a legislação deveria vedar quaisquer tipos de créditos prêmio, presumido, outorgado e regime especial de apuração no qual ocorra uma perda de equivalência financeira entre o montante do imposto pago, pelo sujeito passivo (fornecedor, comprador ou terceiro previsto na norma) e o montante do crédito permitido ao adquirente do produto.

Uma possibilidade seria condicionar o crédito ao prévio pagamento do imposto, tal como contou nos trabalhos do CCIF que inspiraram a PEC 45/2019, cujos mecanismos operacionais estão

⁹ Note que escrever o valor do imposto no documento fiscal, mas não fazer o pagamento do imposto, é o mesmo que preencher um título de dívida e não saldar a dívida, na forma e momento convencionados, e tal fato não deve ser equiparado a pagar o imposto, ou a saldar a dívida.

descritos no texto “Modelo operacional para o IBS”, de julho de 2019¹⁰.

Tal regra deveria necessariamente vir acompanhada de mecanismos para o adquirente não ser surpreendido pelo fornecedor, que deixando de recolher o imposto devido, mas cobrando o preço do produto com o valor do imposto nele incluído, teria um ganho às custas de seu cliente.

Dentre os mecanismos propostos para proteger o adquirente de condutas oportunistas do vendedor citamos, por exemplo; (i) a possibilidade de o comprador liquidar diretamente o valor do imposto, por meio de transferência eletrônica direta ao tesouro, via código PIX, constante no documento fiscal da compra, pagando o saldo remanescente ao fornecedor (PIX do IBS da Nota Fiscal), ou (ii) o comprador utilizar um provedor de pagamento que disponibilize o pagamento repartido, dividindo o valor pago em duas frações, sendo uma direcionada ao tesouro e outra ao vendedor.

Outra possibilidade, para diminuir o problema, sem, resolvê-lo como um todo, seria condicionar o crédito tributário, em determinadas situações específicas, como por exemplo, nas operações *Business to Business*, de determinadas características (de valor, de tipo de atividade econômica, de classificação de risco do fornecedor, etc.), nas quais o recolhimento do imposto se daria apenas por guia específica emitida previamente à emissão da nota fiscal da operação de venda, fazendo constar na nota fiscal, os dados da sua liquidação bancária do imposto referente à operação.

Note que no âmbito do ICMS tais condicionamentos sempre foram utilizados, sem que o STF os tenha declarados ilegais ou inconstitucionais. Vide por exemplo a regra aplicável, nas operações com café cru, por força do Convenio ICMS 15/90, de 30 de maio de 1990, segundo a qual o imposto será recolhido por guia especial

¹⁰ Modelo operacional para o IBS, Jota, Julho de 2019. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/modelo-operacional-para-o-ibs-24072019>.

antes da saída do café, nas hipóteses previstas¹¹. No mesmo sentido os Convenio 09/76, que trata de sucata, 17/82, que trata de metais não ferrosos, 15/88, que trata de couro, sebo e outros e o 61/96, que trata de alumínio. Outra situação recorrente no âmbito do ICMS é a aplicação de regime especial de ofício em contribuinte devedores determinando a necessidade de prévio recolhimento do imposto, antes da emissão da nota fiscal e a saída da mercadoria (STJ AREsp 1.241.527/RS, Segunda Turma, em 19/03/2019 e STF RE/844812 – Recurso Extraordinário, em 01/08/2022).

Críticas existentes

São conhecidas diversas críticas ao condicionamento do prévio pagamento do imposto para se constituir o direito de crédito ao adquirente. Vejamos algumas:

- fiscalização existe é para isso
- seria um atestado de incompetência da administração fiscal.
- vinculação do pagamento com o uso do crédito pode esgarçar a relação entre o Fisco e os contribuintes.
- seria violência para com o contribuinte, vincular crédito de IVA ao pagamento do imposto pelo vendedor.
- onera o capital de giro com o pagamento no momento que a operação está ocorrendo.
- nunca foi implementada, em parte alguma do mundo.

Começando pela última, de fato nunca foi implementado algo assim em parte alguma do mundo, mas os exemplos práticos apontados no último item demonstram que de certa forma já foram implantados pelo menos para determinados setores e situações. Além disto, há que se considerar que em parte alguma do mundo existia algo como a NF-e quando ela se tornou obrigatória para todas as empresas no Brasil, com um modelo único nos 27 Estados.

¹¹ CONVÊNIO ICMS 15/90, Cláusula quinta. https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1990/CV015_90

Também, nunca, em parte alguma do mundo, se implementou um IVA nacional, mandatório, com dois tributos gêmeos, um federal outro estadual e municipal, com 27 estados e 5 mil municípios.

Análise das críticas

Se por um lado “fiscalização existe para isto”, por outro lado, os dados empíricos indicam que no Estado de São Paulo, em um período de 05 anos, foram realizados cerca de 22 mil lançamentos de ofício, relativos a crédito indevido de ICMS, sendo que o valor relativo a crédito indevido exigido foi da ordem de 11 bilhões de reais¹²

Desta forma, se o Fisco existe “para isto”, ou seja para fiscalizar e aplicar multas, o trabalho em tese está sendo feito, mas cabe pensar, se seria este um modelo eficiente do ponto de vista econômico, se seria este um modelo adequado para melhorar a qualidade do ambiente de negócios, se seria este um modelo adequado para estimular o empreendedorismo no Brasil, se seria este um adequado para melhorar a desigualdades e o nível de renda das pessoas?

Entendemos que a resposta a todas estas indagações é não. Entendemos que o modelo atual não é bom, e pode ser melhorado. Acreditamos que o desenho normativo pode ser alterado para: (i) reduzir o incentivo para que os entes tributantes concederem benefícios fiscais do tipo crédito sem o prévio pagamento do imposto; (ii) reduzir o incentivo para as empresas constituírem arranjos com o objetivo de obter ganho com inadimplências planejadas, e; (iii) para reduzir o incentivo a fornecedores e compradores agirem em conluio para fraudar o imposto mediante compra de notas fiscais.

Pensamos que a maioria das empresas não se beneficiam de nenhuma das três vertentes de desvio da neutralidade do tipo 2 descritas, e gostariam de operar em um ambiente de concorrência leal,

¹² Dados em Indicadores e Resultados, Sefaz SP. <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Indicadores-e-Relat%C3%B3rios.aspx>

no qual seu concorrente paga os mesmos tributos do que ela, no qual a probabilidade de ser multada por problemas de crédito seja baixa, e no qual ela não seja chamada, com frequência, a demonstrar que realizou compras efetivamente, e de boa fé, pois os processos produzir e apresentar provas, exigidas no âmbito da fiscalização, além de caros, complexos e burocráticos, podem não impedir a aplicação de penalidade, e resultar em processos tributários ainda mais caros.

Com relação a crítica de que a exigência de imposto pago, como condição para se permitir o crédito, poderia afetar o capital de giro líquido das empresas, temos que tal situação depende de indicadores como período médio de pagamento das compras, período médio de recebimento das vendas, prazo médio de pagamento do imposto, após a ocorrência do fato gerador. Sem a correta análise destes indicadores financeiros, fazer comentários seria apenas conjecturar sem conhecer os dados. Devemos destacar que, o novo IBS será implantado de forma gradual, e eventual afeito da regra do crédito sobre o fluxo de caixa da empresa pode ser neutralizado pela simples alteração do prazo de recolhimento do imposto apurado e devido, e pela redução do período de apuração, de mensal para quinzenal, semanal, ou, no limite, diário.

O desenho normativo que evitar os desvios da neutralidade, evitar os custos burocráticos, evitar os milhares de processos tributários, passa por permitir que apenas o imposto efetivamente pago, possa ser levado a crédito no adquirente, sem permitir, por outro lado, que o adquirente se torne refém do fornecedor, e sem a necessidade de procedimentos de controle complexos e onerosos.

Conclusão

A neutralidade do IVA é desejada, para que o efeito da tributação não afete o arranjo das empresas. Dentre as causas de desvio de neutralidade temos tanto a cumulatividade de débitos, sem o respectivo crédito, como a cumulatividade de créditos, sem o respectivo pagamento do imposto das operações anteriores. E ambos os desvios são ruins e indesejados.

Um bom IVA é neutro, e adota princípios, desenho legal e operacional, que prestigiam a tributação no local do consumo, a simplicidade, a baixa litigiosidade e baixa inadimplência.

O objetivo deste texto foi demonstrar que para se alcançar um dos pilares fundamentais destes princípios, o da neutralidade, em especial a neutralidade em relação aos créditos, sugere-se a aplicação do mecanismo do crédito em que o direito ao seu aproveitamento fique condicionado ao efetivo pagamento do imposto. Além de eliminar uma série de problemas decorrentes das fraudes planejadas para aumentar o crédito e assim diminuir o saldo devedor a pagar, aumenta sobremaneira a eficiência de todo o sistema de arrecadação, inclusive pela realocação da fiscalização para a investigação de outros tipos de fraude mais sofisticadas que exigem o uso intensivo de TI para a fiscalização moderna, mais calcada em ciência e análise de dados. Elimina também diversos problemas de inadimplência, conluíus entre fornecedor e clientes pessoas jurídicas, podendo, inclusive limpar a base tributável de bilionários esquemas elisivos e de sonegação redundando em melhorias significativas do ambiente de negócios.

10. PONTOS NEGATIVOS QUANTO AO REQUISITO DA VINCULAÇÃO DO PAGAMENTO TRIBUTO PARA A CONCESSÃO DO CRÉDITO DO IBS¹

Os problemas que podem ser suscitados a partir da proposta de vincular o crédito à comprovação do recolhimento², são muitos. O principal problema é que a proposta parece impor ao adquirente o custo do inadimplemento do fornecedor, ao restringir o crédito do adquirente no caso de o fornecedor não efetuar o recolhimento do tributo ao fisco.

Conforme se verifica da nota técnica realizada pelo Centro de Cidadania Fiscal (“CCIF”)³, ao longo das discussões em torno da PEC nº 45/2019, o modelo de crédito vinculado ao pagamento foi incorporado como regra geral no relatório da Comissão Mista da Reforma Tributária, sob a justificativa de tentar superar problemas inerentes ao modelo tradicional de apuração do IVA. No último relatório da PEC 110, este modelo deixou de ser a regra geral para ser uma possibilidade a ser instituída pela Lei Complementar, desde que houvesse a opção de efetuar o recolhimento do imposto incidente nas suas aquisições de bens ou serviços. Este modelo da PEC 110 parece ter sido adotado pela Emenda Aglutinativa aprovada na Câmara, com alguns ajustes na redação no sentido de também incluir a

¹ Capítulo preparado por **Bruna Menelau Bezerra da Cunha**, advogada, especialista em Direito Tributário com LL.M pelo INSPER e graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora Núcleo de Estudos Fiscais - NEF na FGV/SP - Tributação sobre Consumo (IVA).

² Conforme previsto no art. 156-A, § 5º, inciso II da PEC nº 45/2019, aprovada pela Câmara dos Deputados, no dia 06/07/2022.

³ O projeto de reforma que prevê a criação do IBS foi elaborado pela equipe do Centro de Cidadania Fiscal (CCIF).

adoção do modelo no caso de o recolhimento do imposto ocorrer na liquidação financeira da operação, conforme abaixo:

Substitutivo Comissão Mista	Substitutivo PEC 110	Aglutinativa PEC 45 aprovada na Câmara
“Art. 152-A. § 1º V – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante recolhido nas anteriores, excetuadas aquelas caracterizadas em lei complementar como de uso ou consumo pessoal e observadas as hipóteses de que tratam os arts. 146, § 2º, e 152-A, § 8º, VI e VII, ‘a’;	“Art. 156-A. § 6º Lei complementar poderá estabelecer, como regra geral ou para hipóteses específicas: I – que o aproveitamento de créditos do imposto ficará condicionado ao recolhimento do imposto devido na etapa anterior, assegurada ao adquirente, nesse caso, a opção de efetuar o recolhimento do imposto incidente nas suas aquisições de bens ou serviços;	156-A, § 5º, II – o regime de compensação, podendo estabelecer hipóteses em que o aproveitamento do crédito ficará condicionado à verificação do efetivo recolhimento do imposto incidente sobre a operação, desde que: a) o adquirente possa efetuar o recolhimento do imposto incidente nas suas aquisições de bens ou serviços; ou b) o recolhimento do imposto ocorra na liquidação financeira da operação;

Ocorre que o modelo operacional do crédito do IBS, em que estabelece como requisito a comprovação do recolhimento do imposto pago pelo adquirente ao fornecedor para a utilização do crédito, a pretexto de incentivar o controle recíproco entre fornecedores e adquirentes para a emissão do documento fiscal, bem como de facilitar a fiscalização e impedir a prática da criação de créditos fictícios, pode colocar em risco a própria essencial do IVA, que é ser não-cumulativo e neutro, pois frustra a expectativa legítima do adquirente de valer-se dos créditos relativos ao imposto pago na aquisição de bens e serviços.

Daí surge a importância em expor uma análise crítica ao art. 156-A, § 5º, inciso II da PEC nº 45/2019, tal como aprovada na Câmara, pois o legislador deve ter o cuidado ao editar a norma que definirá o direito a utilização do crédito do imposto, bem como a sua operacionalidade, pois são os critérios e limites definidos na norma

que determinarão se teremos no Brasil uma não-cumulatividade plena⁴.

Assim, serão expostos os motivos que se levantam no debate contra a vinculação do crédito ao recolhimento efetivo pelo fornecedor, previsto no art. 156-A, § 5º, inciso II da PEC nº 45/2019, que poderia esvaziar a aplicabilidade da não-cumulatividade do IBS e da CBS, conforme pontos elencados abaixo:

Restrição à não cumulatividade plena e criação de contencioso

Esse novo modelo parece não se amoldar aos ditames constitucionais que sempre informaram o princípio da não cumulatividade no Brasil, hoje expressos nos artigos 155, § 2º, e art. 153, § 3º, da Constituição de 1988, além de ir de encontro ao próprio texto original da PEC 45/19, os quais consagram, sem qualquer restrição ou condição, a não cumulatividade como o método da compensação do que for devido em cada operação com o que foi cobrado nas anteriores.

O pressuposto da compensação no regime não cumulativo constitucionalmente não requer o efetivo recolhimento do tributo pelo fornecedor, sendo o direito ao crédito unicamente condicionado a que as operações anteriores tenham sido tributadas, regra essa que se perfila aos mais modernos sistemas de Imposto sobre Valor Agregado (IVA) no mundo.

A Constituição Federal não estabeleceu, para fins de creditamento, que o imposto deva ser “efetivamente recolhido” nas operações anteriores, mas “imposto cobrado”, no sentido de ter havido a incidência do imposto em etapa anterior.

⁴ Conforme debatido em Reunião do Grupo de Trabalho de Tributação sobre o Consumo (IVA) no Século XXI do Núcleo de Estudos Fiscais – NEF da FGV/SP, o Brasil possui uma péssima experiência com a aplicação da regra da não-cumulatividade, pois as limitações à utilização do crédito impostas pela legislação complementar, seja em âmbito federal ou estadual, acaba por onerar o sujeito passivo da relação jurídica tributária, uma vez que garante o crédito apenas de forma parcial. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KM8XuCbzvC0>. Acesso em: 18/07/2023.

Com relação ao termo “cobrado” ensina Ives Gandra da Silva Martins: “O vocábulo ‘cobrado’ não é apropriado. A cobrança ou não do imposto na etapa anterior é elemento absolutamente irrelevante para que o tributo incida na etapa subsequente”.⁵

Por conseguinte, ao contrário do que propõe, o condicionamento ao recolhimento proposto pelo novo modelo parece restringir o princípio da não cumulatividade a pretexto de diminuir a evasão fiscal em razão de créditos fictícios ou em razão da falta de recolhimento do tributo pelo fornecedor.

Dessa forma, modelo operacional que endereça a verificação do recolhimento do imposto ao adquirente, sob a justificativa de resolver a questão da inadimplência, parece acabar por agravar o contencioso tributário⁶, uma vez que o requisito definido no art. 156-A, § 5º, inciso II da PEC nº 45/2019 é uma norma em aberto que pode gerar inúmeras interpretações divergentes entre fisco e contribuinte, além de violar o próprio princípio da não cumulatividade.

Ausência de simplificação

O modelo alternativo de não cumulatividade faria surgir inúmeros problemas jurídicos e práticos para o contribuinte com o seu fornecedor, gerando mais um fator de insegurança jurídica e complexidade.

Imagine a situação de uma empresa que possui aproximadamente 5 mil fornecedores. O adquirente, para o conforto da tomada de crédito, terá que requerer do fornecedor a apresentação dos seus controles internos de débito e crédito, a fim de comprovar a

⁵ MATINS, Ives Gandra da Silva. Direito a compensação do ICMS incidente sobre combustíveis e insumos nas operações de transporte mesmo quando realizadas mediante subcontratação. RDDT 151, abril/2008.

⁶ As disputas administrativas e judiciais entre Estado e contribuintes alcançaram a marca de R\$ 5,4 trilhões em 2019, o equivalente a 75% do Produto Interno Bruto brasileiro. Os dados foram divulgados no relatório Contencioso Tributário no Brasil, do Núcleo de Tributação do Insper. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em: 19/07/2023.

legitimidade da compensação efetuada? Isto poderá resultar numa alteração profunda nos sistemas e controles internos de operações hoje existentes dentro das empresas.

Com efeito, também haverá um impacto concorrencial, pois prejudicará ainda mais as pequenas e médias empresas, favorecendo as empresas de grande porte, pois são estas últimas que têm acesso e capacidade econômica para arcar com os custos de compliance fiscal.

Violação da capacidade contributiva

A limitação de créditos ao pagamento do imposto pelo vendedor poderia resultar em aumento do tributo devido pelo adquirente e afronta ao princípio da capacidade contributiva, já que a ele não é dado controlar as finanças da pessoa jurídica que o antecede na cadeia. Implicaria, também, evidente cumulatividade do IBS caso os créditos sejam restringidos em função do modelo.

A ausência de creditamento nos casos de inadimplemento do vendedor, além de ocasionar a cumulatividade do imposto em certo momento da cadeia, poderá resultar no repasse do imposto majorado (dada a ausência de crédito) no preço do bem, com ônus financeiro maior recaindo sobre o consumidor final. Haverá reflexo nos preços e, em consequência, na tributação⁷.

Transferência do ônus da fiscalização para o adquirente

O modelo faz com que o adquirente seja responsável pelo cumprimento de uma obrigação tributária de outrem (o fornecedor da mercadoria ou do serviço), numa hipótese não prevista em nosso Código Tributário Nacional⁸.

⁷ PISCITELLI. Tathiane. Créditos do IBS e a cumulatividade à espreita. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/fio-da-meada/post/2020/09/creditos-do-ibs-e-a-cumulatividade-a-espreita.ghtml>

⁸ OLIVEIRA. Evany. A não cumulatividade do IBS defendida no texto-base da lei complementar do IBS. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/>

Nosso sistema jurídico é dotado de robustos meios coercitivos, postos à disposição das administrações tributárias, para proporcionar maior eficácia à arrecadação. Além disso, toda sorte de informações societárias, comerciais e tributárias providas pelas empresas nas declarações eletrônicas do Sistema SPED já conferem às administrações tributárias amplas possibilidades de fiscalização por cruzamento de informações, prescindindo até, na grande maioria de casos, de visitas presenciais.

Portanto, todos os argumentos aqui apresentados contribuem para o debate sobre a Reforma Tributária proposta na PEC de nº 45/2019 e atualmente em debate no Congresso Nacional, haja vista que a não-cumulatividade ideal seria aquela que tributa somente o valor agregado naquela etapa da cadeia, independente do quanto de imposto tenha sido recolhido nas etapas anteriores. Isto é, de nada adianta prever no art. 156-A, § 1º, VIII⁹ que o imposto é não-cumulativo e neutro, se o § 5º, inciso II do mesmo artigo limitar a utilização do crédito, contrariamente aos modelos do IVA adotado pelos países de União Europeia e em outros países¹⁰.

depeso/335625/a-nao-cumulatividade-do-ibs-defendida-no-texto-base-da-lei-complementar-do-ibs. Acesso em: 19/07/2023.

⁹ Art. 156-A, § 1º, VIII - *“com vistas a observar o princípio da neutralidade, será não cumulativo, compensando-se o imposto devido pelo contribuinte com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem, material ou imaterial, inclusive direito, ou serviço, excetuadas exclusivamente as consideradas de uso ou consumo pessoal, nos termos da lei complementar, e as hipóteses previstas nesta Constituição”*.

¹⁰ O IVA é um modelo de tributação bastante comum em diversos países do mundo – incluindo os países da União Europeia, Mercosul, Canadá, Índia, Nova Zelândia e vários outros. Todavia, frisa-se que em nenhum desses países impõe-se a vinculação ao pagamento do tributo no elo anterior da cadeia à concessão do crédito. Regras e procedimentos aplicáveis em matéria de IVA. Disponível em: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/accounting-and-taxes/vat-value-added-tax_pt. Acesso em: 19/07/2023.

11. A REFORMA TRIBUTÁRIA ENQUANTO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA OS DESAFIOS NA TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL¹

A evolução tecnológica e a transformação digital de empresas de todos os setores vêm crescendo a cada ano, tendo sido acelerada pela pandemia do Covid-19. Os reflexos dessa evolução na economia brasileira são vários. A adaptação do sistema tributário à nova realidade digital tornou-se, com isso, uma necessidade urgente.

A urgência se dá pelo fato de que as empresas que atuam no ambiente digital precisam de um sistema tributário eficiente que seja capaz de alcançar toda a base tributária possível, ser isonômico com prestadores locais e estrangeiros, reduzir o número de litígios e promover uma distribuição adequada da arrecadação tributária.

O atual modelo de tributação brasileiro promove insegurança jurídica e estimula uma alta litigância entre contribuintes e entes federados. Os tributos previstos na Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) trazem hipóteses de incidência tributárias específicas e limitadas, que resultam em discussões sobre as aplicações desses tributos sobre atividades da economia digital, bem como em conflitos de competência entre entes federados quanto a quem cabe de tributá-las.

¹ Capítulo preparado por **Luiz Roberto Peroba**, Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), coordenador científico do grupo de estudos de tributação das novas tecnologias do NEF/FGV/SP, coordenador do grupo de tributação das novas tecnologias da Comissão de Direito Tributário da Ordem dos Advogados (OAB) do Estado de São Paulo, membro da Comissão Tributária do Conselho Federal da OAB e diretor da Associação Brasileira de Direito das Tecnologias da Informação e das Comunicações (ABDTIC).

Não por outra razão, simplificação é a principal demanda dos contribuintes que fazem parte dessa nova economia. No entanto, também é importante que o sistema tributário brasileiro se alinhe às práticas internacionais, estabeleça a não cumulatividade integral, defina alíquotas adequadas para as diversas atividades existentes nesse segmento e crie regras de tributação no destino que levem em conta as informações e características de cada empresa.

Para alcançar esse objetivo, a implementação de um imposto sobre valor agregado (IVA) parece ser a alternativa já testada e bem-sucedida para empresas da economia digital. De fato, embora haja quem argumente que esse tributo não seria adequado para tributação das novas tecnologias, sendo preferível a criação de impostos específicos ao setor, a prática tem demonstrado ser o IVA a melhor alternativa para tributação dos bens e serviços digitais por apresentar – via de regra – uma base ampla e sem categorização, que alcança adequadamente as atividades fluidas e os contratos complexos usualmente identificados nessa nova economia.

Além disso, o IVA é tributo que, por essência, possibilita que haja neutralidade tributária no sistema tributário brasileiro, garantindo que a tributação não se torne uma das principais influências nas decisões de negócios².

Atualmente, o cenário político-legislativo brasileiro sinaliza haver, finalmente, um amadurecimento institucional quanto à necessidade de revisão do sistema tributário do Brasil, o que viabilizaria a implementação de um IVA no país.

Neste momento, tramitam, simultaneamente, 2 (duas) Propostas de Emenda Constitucional (“PEC”), uma na Câmara dos Deputados (PEC 45, de 3 de abril de 2019 – PEC 45/19) e outra no Senado Federal (PEC 110, de 9 de julho de 2019 – PEC 110/19). Ambas refletem o interesse público brasileiro em promover uma mudança efetiva no sistema tributário nacional e possuem o objetivo

² OECD. International VAT/GST guidelines. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 21. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264271401-en.pdf?expires=1606153126&id=id&accname=guest&checksum=B96FA158463FDAFF3514C963229390F8>. Acesso em: 19 nov. 2020

de criar um ordenamento simplificado e claro, que evite as distorções na tributação sobre o consumo que violam a capacidade contributiva e a igualdade tributária.

As duas PECs têm como objetivo substituir o atual sistema de tributação sobre o consumo, materializado no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), nas Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e no Imposto Sobre Serviços (ISS), em um IVA.

Tanto o Substitutivo à PEC 45, apresentado em 22 de junho de 2023, quanto à Complementação de Voto à PEC 110, apresentada em 16 de março de 2022, tem como proposta a implementação de um IVA Dual, no qual a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS) substituiria o PIS e a COFINS no âmbito federal, e o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) substituiria o ICMS e o ISS. Ademais, as duas propostas preveem a extinção do IPI e a criação de um Imposto Seletivo (IS) sobre bens e serviços considerados prejudiciais.

Considerando que o andamento da PEC 45 está mais avançado, o presente capítulo tomará como base essa proposta e terá por objetivo analisar os principais desafios existentes na tributação da economia digital, visando identificar como essa proposta poderia solucionar tais desafios e criar um ambiente fiscal favorável ao desenvolvimento das atividades do setor de tecnologia.

Os desafios na tributação da economia digital e a reforma tributária do consumo enquanto possível solução

Os principais desafios existentes na tributação da economia digital no Brasil estão associados à falta de segurança jurídica, falta de transparência fiscal, tributação “em cascata” (cumulativa), guerra fiscal e a diferença de tratamento entre empresas estrangeiras e brasileiras.

A nosso ver, esses desafios poderiam ser solucionados ou, ao menos, mitigados a partir da proposta de reforma tributária do

consumo proposta na PEC 45/2019 desde que considerados determinadas questões na aprovação dessa reforma.

Nos subitens abaixo, detalhamos os 5 (cinco) pontos que entendemos ser cruciais no caso de aprovação de uma reforma tributária do consumo no Brasil visando endereçar os desafios mencionados.

A. Simplificação do sistema tributário e a criação de uma base ampla

O primeiro ponto consiste na simplificação do sistema tributário, que é essencial para a redução do litígio e a ampliação da base dos tributos sobre o consumo.

O atual modelo de tributação do consumo no Brasil é complexo e se caracteriza pela existência de competências tributárias divididas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, notadamente por meio do PIS, COFINS, ICMS, ISS e IPI.

Embora possuam algumas semelhanças, cada um desses tributos possui características próprias, desde seu critério material de incidência tributária aos seus critérios temporais e especiais.

Esse modelo resulta em conflitos de competência entre os entes federados e insegurança jurídica para o contribuinte, especialmente aqueles que fazem parte da economia digital, na medida em que transacionam bens e serviços que não eram de conhecimento do constituinte e, por isso, demandam um esforço adicional para que sejam classificados sob as categorias de “mercadoria” ou de “serviço” estipuladas em 1988 pela Constituição Federal.

Esse cenário é ilustrado pela disputa entre estados (ICMS) vs municípios (ISS) sobre a atividade de licenciamento de uso de software, que perdurou por mais de 20 (vinte) anos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e foi resolvida somente em 2022, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.945/MT e 5.659/MG.

De um lado, os estados sustentavam que essa atividade estaria sujeita ao ICMS quando o software era considerado

“padronizado” (isto é, vendido em série e sem customização) e seu acesso era feito mediante download. Do outro, os municípios argumentavam que essa atividade seria submetida à incidência do ISS, porque continha elemento intelectual que viabilizaria a identificação de um esforço humano na atividade, além de estar prevista na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 30.6.2003 (“LC nº 116/03”).

Nesse caso concreto, o STF decidiu pela incidência do ISS, e não do ICMS, sobre a atividade de licenciamento de uso de software, por concluir se tratar de uma atividade complexa (envolvendo tanto uma obrigação “de dar” quanto de “fazer”), que estava prevista na LC nº 116/03.

Porém, a despeito do resultado desse julgamento, a questão é que, quando o julgamento foi concluído, a atividade examinada pela Corte Suprema já tinha se tornado obsoleta no mercado de tecnologia, mitigando a capacidade de resolução do conflito mencionado e garantia da segurança jurídica.

De fato, atualmente, os softwares são comercializados, via de regra, na forma de *Software as a Service*, em que tanto o software quanto diversos outros serviços são oferecidos e o consumidor não realiza qualquer download do bem transacionado. Essa modalidade específica de contratação, contudo, não foi examinada expressamente pelo STF. Além disso, existem inúmeras formas de comercialização de bens digitais que envolvem software que não constaram do voto vencedor, como comercialização de aplicativos, jogos eletrônicos, etc. Isso tudo pode resultar em mais disputas futuras e insegurança jurídica.

Esse cenário, como fica claro, não será resolvido por mais decisões judiciais sobre a tributação de transações da economia digital, porque a dinamicidade desse setor supera a velocidade de qualquer Corte na resolução de conflitos. Também quer nos parecer que os problemas apontados não seriam resolvidos por ajustes pontuais na legislação do ICMS ou ISS (ou mesmo dos demais tributos sobre o consumo existentes), porque a legislação desses tributos também tendem a se tornar obsoleta frente ao avanço tecnológico.

Para nós, portanto, a forma mais eficaz de abordar esse desafio é mediante a substituição dos atuais tributos existentes por um IVA de base ampla, que evitaria discussões sobre a tributação de atividades específicas.

Com efeito, é consenso no âmbito internacional de que o IVA é o melhor tipo de imposto para a economia digital, porque garante que qualquer transação, independentemente do seu objeto, será alcançada pela tributação do imposto, garantindo-se não só o fim da insegurança jurídica existente na tributação da economia digital, como também promovendo neutralidade tributária.

Nesse ponto, caminham bem as propostas de reforma tributária do consumo sob discussão no Congresso Nacional brasileiro. Ao examinar a redação do Substitutivo à PEC 45, nota-se que o IBS e a CBS incidirão sobre (i) operações com bens materiais e imateriais, inclusive direitos, ou com serviços; e (ii) importação de bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou de serviços realizada por pessoa física ou jurídica.

A nosso ver, essas hipóteses de incidência são suficientemente amplas a ponto de evitarem discussões quanto à tributação das tecnologias existentes, bem como dificilmente deixarão escapar novas tecnologias e transações que venham a ser desenvolvidas na economia digital. Tais hipóteses também evitam conflitos entre entes federados, na medida em que a base dos novos tributos será igualmente ampla para todos os entes.

Todos ganham, as empresas e os entes federados, com a implementação do IBS e da CBS em substituição aos atuais tributos que incidem sobre o consumo, que apenas têm tumultuado aos tribunais e gerado disputas intermináveis entre fisco e contribuintes.

B. Não cumulatividade plena

O segundo ponto é a adoção de uma regra de não cumulatividade integral.

Atualmente, a sobreposição de 5 (cinco) tributos sobre o consumo que, muitas vezes, incidem concomitantemente sobre um

mesmo fato econômico, gera uma ineficiência fiscal às transações realizadas no país e o repasse de um alto custo tributário ao consumidor final dos bens e serviços, reduzindo a competitividade das empresas estabelecidas no Brasil.

Isso porque, embora os tributos sobre o consumo existentes sejam – em teoria – não cumulativos (a exceção do ISS, que é cumulativo), essas não cumulatividades são mitigadas na prática pela própria legislação desses tributos, por atos infralegais e, por vezes, pelo próprio Poder Judiciário.

Outro efeito nocivo da atual sistemática de tributação brasileira é a falta de transparência quanto à carga tributária a que produtos e serviços estão sujeitos. Justamente pela cumulatividade (ou não-cumulatividade falha, podemos dizer) dos tributos em vigor, há o que se chama de tributação “em cascata” nas etapas de produção da cadeia econômica dos produtos e serviços, encarecendo o bem para o consumidor final³.

Essa perda de competitividade, aumento de custos e falta de transparência afetam todas as empresas que efetuam negócios no país. As empresas da economia digital, em específico, diante desse cenário tributário, muitas vezes optam por desenvolver suas tecnologias em outros países e, posteriormente, licenciá-las/vendê-las diretamente do exterior para consumidores brasileiros.

A solução para esse desafio passa, novamente, pela criação de um IVA que, em substituição aos atuais tributos sobre o consumo, uniformize a não cumulatividade para todas as etapas da academia produtiva e comercial e seja cobrado “por fora”, ou seja, apenas sobre o valor agregado a cada operação/etapa da cadeia.

A PEC 45/19, nesse aspecto, parece endereçar esse problema e sugere que o IBS e CBS seja implementado com a adoção do método subtrativo (*invoice method*) a fim de garantir que a não-cumulatividade será observada nesses tributos. Isto é, a proposta abandona a lógica do crédito físico, típico de IVAs antigos nos quais se admitia o crédito apenas do imposto pago na aquisição de

³ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16ª edição. São Paulo. Malheiros, p. 399.

insumos que fossem incorporados fisicamente na produção de outros bens, propondo que vigore o regime de crédito financeiro⁴.

Além disso, ao observar o texto do Substitutivo à PEC 45, nota-se que há previsão expressa de que eventuais limitações ao direito de creditamento seriam somente aquelas que passarão a ser expressamente previstas na CF/88. Assim, diferentemente do que ocorre na redação atual da constituição, as hipóteses de exceção para o direito ao creditamento constarão previstas no texto constitucional e não poderão ser trazidas por Lei Complementar.

Paralelo a isso, além de garantir uma não-cumulatividade ampla, é importante que a reforma tributária estabeleça um mecanismo seguro que permita a recuperação imediata dos créditos para hipóteses de exportação de bens e serviços, preferencialmente no mesmo mês em que houve o pagamento. Idealmente, esse mecanismo pode ser mantido fora dos orçamentos para evitar o risco de créditos não serem devolvidos.

De fato, deve-se combater eventuais atrasos na devolução dos créditos, como hoje ocorre, por exemplo, nos pedidos de ressarcimento de créditos de PIS/COFINS vinculados a exportações. Muito embora haja determinação para as autoridades fiscais restituírem ao contribuinte o valor de pelo menos 50% do montante solicitado em até 30 dias do pedido quando observado certos requisitos⁵, fato é que esse prazo dificilmente é cumprido e muitos contribuintes devem judicializar o tema para terem seus direitos garantidos.

Caso contrário, a não-cumulatividade ampla que deve orientar esses novos tributos ficaria mitigadas pela ineficiência na devolução dos créditos às empresas exportadoras, o que resultaria nos mesmos problemas hoje existentes no atual modelo de tributação do consumo no Brasil.

⁴ APPY, Bernard et. Ali. Imposto sobre Bens e Serviços: economia, direito e design normativo. São Paulo: Max Limonad 2021, p. 67

⁵ Art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.060/2010.

C. Tributação no destino

O terceiro ponto é se definir a tributação no destino para evitar benefícios fiscais concedidos por prefeitos e governadores de origem.

Como sabemos, o atual modelo de arrecadação dos tributos adota uma combinação dos princípios de destino e de origem, mas privilegia excessivamente este último.

A tributação na origem é um princípio que estabelece que o imposto deve ser recolhido no local de origem da transação, ou seja, onde ocorre a produção de bens ou a prestação de serviços. No Brasil, isso significa que o ICMS e ISS são geralmente pagos nos estados/municípios onde as mercadorias são produzidas ou onde as empresas prestadoras de serviços estão estabelecidas.

No caso do ICMS sobre operações interestaduais de comercialização de bens e serviços são aplicadas duas alíquotas. A primeira de 12% ou 7% cabe ao estado de origem, enquanto o estado de destino fica com a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

Já o ISS sobre operações intermunicipais é devido ao local do estabelecimento prestador do serviço (origem), salvo nas poucas exceções previstas em lei, nas quais o imposto será recolhido no local onde o serviço é efetivamente prestado (destino).

Ocorre que a tributação na origem resulta em uma série de problemas no sistema tributário brasileiro, sendo o principal deles a Guerra Fiscal. Isso ocorre porque os Estados e Municípios que oferecem os incentivos e concessões fiscais mais atrativas acabam atraindo todo o capital proveniente das empresas, enquanto os entes federativos que não possuem condições de competir ou oferecer os mesmos benefícios acabam prejudicados.

Além disso, um outro desafio envolvendo a aplicação predominante da tributação na origem é justamente a falta de transparência, uma vez que o contribuinte não possui clareza sobre para qual ente federativo está sendo destinado o tributo recolhido, assim como a quantia destinada.

Com o objetivo de resolver essas questões, a PEC 45/19 propõe a implementação de um Imposto sobre Valor Adicionado (IVA) com base inteiramente no princípio do destino.

Em outras palavras, essa PEC sugere que o IVA seja cobrado no local de destino, levando em consideração que, por ser um imposto sobre o consumo, deve ser efetivamente cobrado no local onde se encontra o consumidor. A tributação no destino é essencial para que o IVA seja imposto sobre o consumo e não sobre a produção.

Tratando da economia digital, caso aprovada a reforma tributária do consumo em questão, um dos desafios da PEC será a definição de critérios para identificar o local de destino, principalmente quando tratamos de operações envolvendo bens intangíveis e serviços.

No caso de operações envolvendo bens tangíveis, é bem claro que o local de destino será o da entrega ou da disponibilização do bem. Contudo, ao envolver bens intangíveis ou serviços, principais operações da economia digital, o critério não é tão claro.

Nessa hipótese, alguns critérios podem ser considerados, como, por exemplo, o endereço fornecido pelo comprador, o endereço de protocolo da internet do dispositivo usado na transação comercial, ou ainda o endereço vinculado ao cartão de crédito, entre outras possibilidades. Essa definição é crucial para garantir a correta aplicação do imposto e evitar ambiguidades ou discrepâncias na determinação do local de destino.

No âmbito da economia digital, é essencial que as empresas tenham a flexibilidade de escolher entre dois ou três locais de destino, pois nessas atividades não há uma clareza definida sobre onde exatamente esses produtos serão consumidos, especialmente quando se trata de bens intangíveis.

Os critérios para definição do local do destino, portanto, são de extrema importância, pois implicam no cumprimento de obrigações acessórias em larga escala, aspecto particularmente relevante para as empresas do setor de tecnologia.

D. Operações internacionais

O quarto ponto é que as operações internacionais (*cross border*) devem ser tratadas com a mesma incidência tributária e com possibilidade de creditamento quando comparadas com as operações que ocorrem dentro do território nacional.

Isso garante neutralidade tributária às transações da economia digital, colocando empresas estrangeiras e nacionais no mesmo nível de competitividade quanto aos seus bens e serviços.

Além disso, a questão do creditamento, já tratada no item 2.b acima, é especialmente importante ao se tratar de operações internacionais de exportação de bens e serviços. Caso não haja a devolução dos créditos nessas hipóteses, os produtos nacionais serão mais onerados que os produtos estrangeiros e, conseqüentemente, não terão competitividade nos respectivos mercados estrangeiros.

Outro ponto relevante é a oportunidade e conveniência de se estabelecer um cadastro de empresas de tecnologia estrangeiras para cumprimento das regras tributárias brasileiras.

Para referência, o Projeto de Lei nº 3.887, de 21.7.2020 (“PL 3.887/20”), que visa instituir a CBS, estabelece que as plataformas digitais domiciliadas no exterior são responsáveis solidários pelo recolhimento da contribuição no caso de importação de bens e serviços realizada por seu intermédio.

Nesse projeto, os artigos 66 e 73 trazem a obrigatoriedade das plataformas estrangeiras intermediadores de se cadastrarem eletronicamente perante a Receita Federal do Brasil para cumprir com suas obrigações tributárias no âmbito da CBS.

Destaque-se que cadastros como esse proposto no PL 3.887/20 já tem funcionado em vários países da América Latina, o que confirma ser uma medida que pode ser avaliada no contexto das atuais PECs sob tramitação no Congresso Nacional.

E. Carga tributária

O quinto e último ponto está relacionado à carga tributária, que é um tema que vem sendo bastante debatido.

A adoção de uma alíquota única pode ser a melhor solução técnica para evitar conflitos, mas é preciso observar com atenção as atividades que recebiam tributação menor para evitar desequilíbrios no curto prazo. Quanto menos categorias, menor é o risco de desequilíbrios concorrenciais e incerteza jurídica a respeito da classificação das operações na economia digital.

Ao examinar o Substitutivo à PEC 45, verifica-se que a alíquota do IBS e da CBS será (i) padrão com a possibilidade de (ii) alíquotas diferenciadas, reduzidas em 50% para bens e serviços específicos (transporte público urbano e metropolitano, medicamentos, dispositivos médicos e serviços de saúde, serviços de educação, produtos agropecuários, pesqueiros, florestais, extrativistas vegetais in natura, insumos agropecuários, alimentos destinados ao consumo humano, produtos de higiene pessoal previstos no artigo 1º da Lei 10.925/2004, atividades artísticas e culturais nacionais, além de (iii) alíquota zero para bens e serviços específicos (a título exemplificativo, medicamentos para o tratamento de câncer).

Dessa forma, observa-se que o setor de serviços estará sujeito, em regra geral, à uma alíquota padrão (com as exceções mencionadas acima), o que significa que, para as empresas que operam na economia digital, haverá uma alíquota única, evitando possíveis incertezas jurídicas quanto à classificação das operações nesse contexto.

Em qualquer caso, é importante que as autoridades públicas examinem com cautela o custo que a carga tributária decorrente da reforma tributária do consumo resultará à economia digital, sob pena de desincentivar a entrada de investimento estrangeiro no país e o desenvolvimento tecnológico brasileiro. Nesse sentido, é preciso refletir se, dada a importância das atividades realizadas na economia digital para o desenvolvimento social e econômico brasileiro, não seria o caso de se determinar que transações com serviços e bens digitais fiquem sujeitas à redução de 50% da alíquota prevista na PEC 45/19.

Conclusão

Conforme mencionado, os principais desafios existentes na tributação da economia digital são referentes à insegurança jurídica, falta de transparência e tributação em cascata, guerra fiscal e a diferença de tratamento entre empresas estrangeiras e brasileiras.

A nosso ver, esses desafios poderiam ser solucionados ou, ao menos, mitigados com base em uma reforma tributária do consumo baseada nos seguintes itens: (i) simplificação do sistema tributário e a criação de uma base ampla; (ii) instituição do princípio da não cumulatividade plena; (iii) tributação no local do destino (iv) operações internacionais (*cross border*) tratadas com a mesma incidência tributária e com possibilidade de creditamento quando comparadas com as operações que ocorrem dentro do território nacional; e (v) incidência de alíquota única, com o mínimo de exceções possíveis, avaliando-se a conveniência e oportunidade de uma alíquota reduzida para as atividades da economia digital.

12. ZONA FRANCA DE MANAUS NA REFORMA TRIBUTÁRIA¹

Introdução

Propostas para alteração no sistema tributário voltaram a agenda dos debates. Mesmo diante de um cenário econômico interno e externo mais desafiador é uma nova oportunidade para finalmente aprovar as alterações necessárias e solucionar os principais problemas, distorções e disfuncionalidades que afastam o atual sistema tributário brasileiro das boas práticas internacionais e são apontados como entraves ao desenvolvimento, aos investimentos, à geração de empregos, enfim, a um ambiente de negócios saudável.

A tributação é um tema complexo por natureza, de difícil compreensão e, como tal, sempre gera controvérsias e fomenta conflitos. É um campo minado e marcado por fortes interesses setoriais, corporativos e federativos que, no Brasil, têm sido os principais entraves para as várias tentativas de mudanças nos tributos ao longo do tempo.

Como nas diversas ocasiões anteriores, inúmeros desafios precisarão ser enfrentados para avançar com as propostas e conseguir aprová-las. Para tal, criatividade, diálogo e capacidade de negociação são indispensáveis.

Dentre os desafios mais importantes se destaca encontrar uma solução para os incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus (ZFM) de modo a preservar aquele modelo de desenvolvimento regional dentro da nova estrutura tributária. Esse texto objetiva fazer

¹ Capítulo preparado por **Jose Barroso Tostes Neto**, consultor internacional e ex-secretário da Receita Federal do Brasil.

uma retrospectiva das propostas já apresentadas relacionadas ao tema.

Histórico

Originalmente criada pela Lei nº 3.173 de 1957, somente a partir das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 288 de 1967² é que a Zona Franca de Manaus (ZFM) teve impulso na sua implantação efetiva. Os objetivos visados com sua criação foram a integração socioeconômica da região ao país e a garantia da soberania nacional sobre suas fronteiras territoriais, por meio desse modelo de desenvolvimento regional.

As razões estratégicas que motivaram sua implantação foram de natureza geopolítica e representaram uma ofensiva para mitigar possíveis ameaças de internalização da Amazônia³, contra as quais, o desenvolvimento econômico e social da região e a redução do seu vazio demográfico foram considerados a melhor forma de impedir.

A exposição de motivos do DL nº 288/1967 já antecipava que a experiência com a ZFM forneceria elementos valiosos para a extensão de seus benefícios fiscais a outras áreas da Amazônia Ocidental, o que acabou ocorrendo parcialmente logo no ano seguinte por meio do Decreto-Lei nº 356 de 15/08/1968. Posteriormente, foram criadas Áreas de Livre Comércio (ALCs) nos estados do Acre,

² Decreto Lei nº 288 de 1967, Art. 1º: A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.

³ Nos anos 60, o mundo já vivia a guerra fria e teve muita repercussão no Brasil a proposta do estrategista militar americano Herman Kahan de abrir um grande lago na Amazônia para viabilizar a ligação entre os oceanos Pacífico e Atlântico.

Amapá, Amazonas, Rondônia e Roraima que também contém parte dos benefícios fiscais da ZFM⁴.

O prazo para vigência de seus benefícios fiscais estabelecido inicialmente no Decreto-Lei nº 288/1967 era de 30 anos (até 1997), porém o próprio dispositivo já previa a possibilidade de sua prorrogação⁵, o que vem acontecendo continuamente desde então conforme a seguinte sequência:

- Decreto nº 92.560 de 16/04/1986⁶: por mais dez anos. Até 2007.
- Constituição Federal (CF), Art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷: por mais 25 anos.
- CF, Art. 92 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Emenda Constitucional 42/2003)⁸: por mais 10 anos.

⁴ Lei nº 7.965, de 22 de dezembro de 1989 – Cria Área de Livre Comércio no Município de Tabatinga/AM, Lei nº 8.210, de 19 de julho de 1991 – Cria a Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim/RO, Lei nº 8.256, de 25 de novembro de 1991 – Cria áreas de livre comércio nos municípios de Boa Vista e Bonfim/RR (redação dada pela Lei nº 11.732, de 30/6/2008), Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, art. 11 – É criada, nos municípios de Macapá e Santana/AP, área de livre comércio de importação e exportação, Lei nº 8.857, de 8 de março de 1994 – Autoriza a criação de áreas de livre comércio nos municípios de Brasília e Cruzeiro do Sul/AC.

⁵ Decreto-Lei nº 288 de 1967, Art. 42.

⁶ Art. 1º Fica prorrogado, por mais dez anos, o prazo de vigência das isenções tributárias concedidas à Zona Franca de Manaus, de que trata o Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ressalvadas as exceções contidas no Decreto-lei nº 340, de 22 de dezembro de 1967.

⁷ Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. ([Vide Decreto nº 7.212, de 2010](#))

⁸ Art. 92. São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#)). ([Vide Decreto nº 7.212, de 2010](#))

- CF, Art. 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Emenda Constitucional 83/2014)⁹: por mais 50 anos. Até 2073.

Incentivos fiscais

O regime especial da ZFM contempla um conjunto de incentivos fiscais federais e estaduais que estabelecem tratamento fiscal diferenciado do restante do país, conforme detalhado a seguir:

a. Tributos federais

- **Imposto sobre produtos industrializados:** Isenção na entrada de mercadorias estrangeiras ou nacionais para consumo interno, industrialização em qualquer grau ou reexportação, com algumas poucas exceções¹⁰. Isenção na saída de produtos industrializados na ZFM para o restante do território nacional. Concessão ao produtor na ZFM, de créditos de IPI referentes aos insumos utilizados na produção incentivada, bem como para os adquirentes os créditos relativos as vendas de produtos intermediários ou insumos como se devido fosse o IPI.
- **Imposto de Importação:** Isenção na entrada de mercadorias estrangeiras para consumo interno, industrialização em qualquer grau ou reexportação, com algumas

⁹ Art. 92-A. São acrescidos 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 83, de 2014\)](#)

¹⁰ Decreto-Lei nº 288 de 1967, Art. 3º § 1º com a redação dada pela Lei nº 14.183 de 2021: Armas e munições, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros, petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo, e produtos de perfumaria ou de toucador, preparados e preparações cosméticas, salvo quanto a estes (posições 3303 a 3307 da Nomenclatura Comum do Mercosul), se destinados exclusivamente a consumo interno na ZFM ou se produzidos com utilização de matérias-primas da fauna e da flora regionais, em conformidade com processo produtivo básico.

exceções¹¹. Para empresas com projeto aprovado pela SUFRAMA e processo produtivo básico definido, redução do imposto na saída de produtos industrializados na ZFM para o restante do território nacional¹².

• **Contribuições para o PIS/PASEP e COFINS:**

As vendas de mercadorias por pessoas jurídicas fora da ZFM para empresas estabelecidas na ZFM destinadas ao consumo ou industrialização são tributadas à alíquota zero. Nas vendas de produção própria de empresas estabelecidas na ZFM com projeto aprovado pela SUFRAMA e processo produtivo básico definido, para fora da região incentivada, são aplicadas alíquotas específicas (reduzidas) de PIS/COFINS, com reduções distintas conforme a pessoa jurídica adquirente esteja sujeita ao regime cumulativo ou não cumulativo¹³. Diferentemente do IPI, as empresas da ZFM não apropriam créditos de PIS/COFINS em suas compras, uma vez que as compras realizadas (de empresas fora da ZFM) são tributadas a alíquota zero¹⁴. As vendas de

¹¹ Decreto-Lei nº 288 de 1967, Art. 3º § 1º com a redação dada pela Lei nº 14.183 de 2021: Armas e munições, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros, petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo, e produtos de perfumaria ou de toucador, preparados e preparações cosméticas, salvo quanto a estes (posições 3303 a 3307 da Nomenclatura Comum do Mercosul), se destinados exclusivamente a consumo interno na ZFM ou se produzidos com utilização de matérias-primas da fauna e da flora regionais, em conformidade com processo produtivo básico.

¹² A redução do imposto é calculada mediante coeficiente de redução de sua alíquota ad valorem. Para os projetos aprovados até 31/03/1991 ou aprovados no prazo do Art. 40 do ADCT da CF a redução será de oitenta e oito por cento. Processo produtivo básico é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto ([Lei 8.387 de 30 de dezembro de 1991](#)).

¹³ [Lei nº 10.996 \(planalto.gov.br\)](#). “Altera a legislação tributária federal e as Leis nos. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833 de 29 de dezembro de 2003.

¹⁴ Ações judiciais, com algumas decisões favoráveis, contestam a incidência das Contribuições PIS/PASEP e COFINS sobre as receitas decorrentes da venda de mercadorias de origem nacional efetuadas dentro da ZFM, para

serviços são tributadas normalmente de acordo com as alíquotas básicas das referidas contribuições, não sendo aplicável a alíquota zero.

b. Tributos estaduais

- **Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS):** Na importação há redução de base de cálculo referentes a matérias primas ou a material secundário que podem variar de 55% a 64,5%¹⁵ e diferimento do imposto no caso de matérias primas e material secundário para industrialização de bens intermediários e outros específicos¹⁶. Isenção nas compras nacionais para as empresas da ZFM de fornecedores de fora da ZFM quando destinadas a comercialização ou industrialização na ZFM, mantido o direito ao crédito presumido das compras isentas (4%, 7% ou 12%). O fornecedor nacional (fora da ZFM) mantém os créditos do imposto relativo aos insumos utilizados na produção de produtos comercializados com isenção para empresa da ZFM. Nas saídas de produtos fabricados na ZFM para fora da ZFM, crédito estímulo (crédito presumido de ICMS entre 55% e 100%)¹⁷. Em todas as situações a empresa da ZFM beneficiária dos incentivos fiscais deverá ter projeto aprovado pela SUFRAMA e processo produtivo básico definido.

consumo ou industrialização (Ver Processo nº 0004882-23-2012.4.01.3200 – TRF – 1ª Região).

¹⁵ Lei Estadual do Amazonas nº 2.826/2003, art. 18 - “Regulamenta a política estadual de incentivos fiscais e extrafiscais nos termos da constituição do estado e dá outras providências”.

¹⁶ Lei Estadual do Amazonas nº 2.826/2003, art. 14.

¹⁷ Convênio ICMS 65/1988 e Lei Estadual do Amazonas nº 2.826/2003.

Gastos tributários

O conjunto dos benefícios fiscais federais da ZFM foram estimados em 2023 no valor de **R\$ 55,3 bilhões** que corresponde a 12,12% do total dos gastos tributários da União¹⁸, 0,52% do PIB e 2,63% da arrecadação¹⁹.

Gastos Tributários da União na ZFM por tributo - 2023

TRIBUTOS	VALOR
Imposto de Importação	6.324.824.848
Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)	29.922.493.305
IPI vinculado a importação	4.383.697.044
PIS/PASEP	2.502.988.074
COFINS	11.524.168.704
Áreas de Livre Comércio	447.253.155
TOTAL	55.105.425.130

Fonte: Elaboração própria com dados da Receita Federal do Brasil

No tocante ao ICMS, no âmbito do estado do Amazonas a renúncia fiscal estimada em 2022 do modelo de benefícios instituído pela ZFM totalizou **R\$ 14,259 bilhões** que representou 88,32% do total de incentivos e superou o valor arrecadado de ICMS no exercício de R\$ 13,996 bilhões^{20 21}.

¹⁸ [DGT Previsão PLOA 2023 - Quadros — Receita Federal \(www.gov.br\)](#). Quadros VII e X. Consulta em 22/05/2023.

¹⁹ Gastos Tributários totais da União em 2023: R\$ 456 bilhões que correspondem a 4,29% do PIB e 21,72% da arrecadação. Fonte: Receita Federal do Brasil.

²⁰ [RELATÓRIO DO BALANÇO GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS.pdf](#). Página 39. Consulta em 22/05/2023.

²¹ Para 2023, há estimativa de uma renúncia fiscal no Amazonas de R\$ 16,47 bilhões segundo cálculos da FEBRAFITE (Associação Nacional das Associações de Fiscais de Tributos Estaduais).

Propostas para a Zona Franca de Manaus na reforma tributária

a. PEC nº 45, de 2019

Em seu texto original a PEC nº 45 não contempla nenhum benefício fiscal no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) que substituiria os atuais ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS. Os incentivos fiscais existentes nos tributos substituídos seriam, portanto, extintos, sem qualquer exceção.

A proposta veda expressamente a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação das alíquotas nominais²².

Os argumentos apresentados para a criação de um imposto sem benefícios fiscais sustentam que ele deve ter estrutura simples, custos de cumprimento baixos, distorções mínimas e isonomia de tratamento para todos os setores econômicos. A criação de benefícios fiscais no IBS, no entender dos proponentes, somente serviriam para retirar-lhe a neutralidade e transformá-lo em um imposto complexo e injusto²³.

Defendem ainda que os objetivos de promover o desenvolvimento regional e a descentralização industrial poderiam ser atingidos por meio de várias estratégias e instrumentos de política que não incluem quaisquer benefícios vinculados ao IBS e que essas medidas deveriam estar contempladas na política nacional e regional de desenvolvimento.

²² No texto inicial da PEC 45 “Art. 152-A, Inciso IV”.

²³ CENTRO DE CIDADANIA FISCAL Benefícios Fiscais e o IBS. Versão 3. São Paulo: CCiF, setembro de 2018. Disponível em: [1809-Beneficios-Fiscais-e-o-IBS-v.3.pdf \(ccif.com.br\)](http://ccif.com.br/1809-Beneficios-Fiscais-e-o-IBS-v.3.pdf)

Entretanto, a Comissão Mista da Reforma Tributária, em seu relatório sobre as PECs 45/2019 e 110/2019, considerando o objetivo de desenvolvimento regional, propõe a continuidade do tratamento especial para a ZFM pelo prazo estabelecido hoje na Constituição Federal (CF) (até 2073), remetendo, porém, para a Lei complementar a definição da forma como seria implementado e admitindo previamente a possibilidade de alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS²⁴.

O Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater a PEC nº 45/2019²⁵ em relatório apresentado em 06/06/2023 sob a forma de diretrizes e sem o texto da proposta, traz a recomendação de manutenção do regime tributário favorecido estabelecido na CF para a ZFM, defendendo a necessidade de garantir os empreendimentos da região beneficiados pelo regime até o ano de 2073 enquanto, segundo o texto, se avança na construção de um novo modelo.

No substitutivo à PEC 45/2019 apresentado pelo Grupo de Trabalho em 22/06/2023 o tratamento diferenciado para a ZFM está previsto da seguinte forma²⁶:

²⁴ Tanto o relatório de 04/05/2021 como o de 12/05/2012 (disponível em [CM-Reforma Tributária - Substitutivo Final apresentado em 12.05.2021 - Senado Federal](#)) contemplam o seguinte dispositivo:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou acrescidos:

“Art. 92-B. Lei complementar estabelecerá, pelo prazo previsto no art. 92-A deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o tratamento tributário da Zona Franca de Manaus relativamente ao imposto de que trata o art. 152-A da Constituição Federal, não se aplicando o disposto no § 1º, III e X, desse artigo, podendo inclusive prever alterações nas alíquotas ou nas regras de creditamento do imposto.”

²⁵ [Ato do Presidente de 9/2/2023 \(Câmara dos Deputados\)](#) “Institui Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater a PEC 45/2019, que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências”.

²⁶ “Art. 126. A partir de 2027, ficam reduzidas a zero as alíquotas do imposto previsto no art. 153, IV, da Constituição Federal, incidente sobre produtos que não tenham industrialização na Zona Franca de Manaus, nos termos de lei complementar.”

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou acrescidos:

- Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos que tenham industrialização na ZFM no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando será extinto o IPI.
- Alterações nas alíquotas e regras de creditamento do imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e da Contribuição social sobre bens e serviços que será fonte de financiamento da seguridade social. Não se aplica ao tratamento diferenciado para a ZFM a vedação estabelecida para a concessão de incentivos e benefícios financeiros ou fiscais no novo imposto.
- Após a extinção do IPI, a ampliação da incidência do imposto sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente (Imposto Seletivo – IS), para alcançar os bens que tenham industrialização na Zona Franca de Manaus, garantido tratamento favorecido às operações originadas na região.
- Extensão desses benefícios às Áreas de Livre Comércio.

“Art. 92-B. Durante o prazo previsto no caput do art. 92-A, o tratamento tributário favorecido dispensado aos bens produzidos na Zona Franca de Manaus poderá ser implementado mediante:

I – alterações nas alíquotas e nas regras de creditamento dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, não se aplicando o disposto no § 1º, X, do art. 156-A, todos da Constituição Federal;

II – a ampliação da incidência do imposto de que trata o art. 153, VIII, da Constituição Federal, para alcançar a produção, comercialização ou importação de bens que tenham industrialização na Zona Franca de Manaus, garantido tratamento favorecido às operações originadas na região.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também às áreas de livre comércio instituídas até 31 de maio de 2023.”

Finalmente, no Parecer de Plenário da Comissão Especial incumbida de proferir Parecer à PEC 45-A de 2019²⁷, que foi aprovado pela Câmara Federal em 07/07/2023, a ZFM e as ALCs receberam o seguinte tratamento:

- Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos que tenham industrialização na ZFM, em 31/12/2026, no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando será extinto o IPI²⁸.

²⁷ “Art. 92-B. As leis instituidoras dos tributos previstos nos arts. 153, VIII, 156-A e 195, V, da Constituição Federal, estabelecerão os mecanismos necessários para manter, em caráter geral, o diferencial competitivo assegurado à Zona Franca de Manaus pelos arts. 40 e 92-A, e às Áreas de Livre Comércio existentes em 31 de maio de 2023, nos níveis estabelecidos pela legislação relativa aos tributos extintos a que se refere o art. 123, todos deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 1º Para fins do disposto no caput, serão utilizados, individual ou cumulativamente, instrumentos fiscais, econômicos ou financeiros, inclusive a ampliação da incidência do imposto que trata o art. 153, VIII, da Constituição Federal, para alcançar a produção, comercialização ou importação de bens que também tenham industrialização na Zona Franca de Manaus ou nas Áreas de Livre Comércio referidas no caput, garantido tratamento favorecido às operações originadas nessas áreas incentivadas.

§ 2º Lei Complementar instituirá Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas, que será constituído com recursos da União e por ela gerido, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas no Estado.

§ 3º A lei complementar de que trata o § 2º:

I – estabelecerá o montante mínimo de aporte anual de recursos ao Fundo, bem como os critérios para sua correção; e

II – preverá a possibilidade de utilização dos recursos do Fundo para compensar eventual perda de receita do Estado do Amazonas em função das alterações no sistema tributário decorrentes da instituição dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, da Constituição Federal.

§ 4º A União poderá aportar recursos adicionais ao Fundo de que trata o § 2º, em contrapartida à redução de benefícios previstos no caput, mediante acordo com o Estado do Amazonas.”

²⁸ “Art. 126. A partir de 2027, ficam reduzidas a zero as alíquotas do imposto previsto no art. 153, IV, da Constituição Federal, exceto em relação aos produtos que também tenham industrialização na Zona Franca de Manaus, em 31 de dezembro de 2026, nos termos de lei complementar.”

- Previsão de que as Lei instituidoras dos novos tributos (Imp. Seletivo, IBS e CBS) estabelecerão os mecanismos necessários para manter o diferencial competitivo garantido à ZFM até o prazo final previsto no Art. 92-A e as ALCs existentes em 31/05/2023, nos níveis definidos pelos tributos extintos (IPI, PIS, COFINS e ICMS).
- Previsão para utilização de instrumentos fiscais, econômicos ou financeiros, inclusive a ampliação da incidência do IS para alcançar a produção de bens industrializados na ZFM ou nas ALCs para assegurar o diferencial competitivo das áreas incentivadas.
- Criação de um Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas com o objetivo de fomentar o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas do estado, construído com recursos da União.

A previsão de que as leis instituidoras dos novos tributos irão tratar dos mecanismos que irão manter o tratamento diferenciado da ZFM e das ALCs é uma garantia, porém somente a partir dessas leis é que será possível avaliar como isso funcionará e que impactos provocará na ZFM, nas ALCs e fora delas.

Em relatórios anteriores foram previstas alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS/CBS e no texto ora aprovado a utilização de instrumentos fiscais, econômicos ou financeiros, entretanto a forma como tudo seria feito é transferida para a regulamentação.

De concreto, em termos tributários, somente a manutenção temporária da incidência do IPI e posteriormente do imposto seletivo sobre a produção da ZFM.

O Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas, terá seu montante de recursos, bem como os critérios para sua correção estabelecidos em lei complementar. Os recursos do Fundo poderão ser utilizados para compensar eventual perda do Amazonas em decorrência das alterações no sistema tributário e a União poderá aportar recursos em contrapartida à

redução dos benefícios fiscais da ZFM em acordo com o Estado do Amazonas.

b. Emenda n. 192/2019 à PEC nº 45, de 2019 (Brasil Solidário)

Também denominada PEC “Brasil Solidário”²⁹, essa proposta foi resultado de uma convergência entre os idealizadores da PEC nº 45/2019 (CCiF) e as sugestões do Comitê Nacional dos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (COMSEFAZ).

Propõe a substituição do ICMS, ISS, IPI, PIS/PASEP, COFINS, CIDE-Combustíveis por um único Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), nos moldes de um imposto sobre o valor adicionado (IVA), complementado por um imposto seletivo incidente sobre bens e serviços que geram externalidades negativas para a saúde ou ao meio ambiente, incluindo especialmente combustíveis fósseis, fumo e bebidas alcoólicas, sem esgotar essa relação.

De igual modo à PEC nº 45/2019, a proposta do COMSEFAZ também veda expressamente a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota nominal³⁰.

Não obstante essa vedação, assegura à ZFM o tratamento tributário favorecido pelo prazo estabelecido na CF (até 2073) mas, transfere para a Lei complementar o estabelecimento dos instrumentos necessários à manutenção dos benefícios fiscais existentes na ZFM na data da promulgação da Emenda Constitucional³¹.

²⁹ Disponível em: [Proposta de Emenda Constitucional 192/2019 \(camara.leg.br\)](http://camara.leg.br)

³⁰ No texto da Emenda 192/2019 o Art. 156-A, Inciso III.

³¹ A garantia da manutenção dos benefícios fiscais da ZFM está assegurada no seguinte dispositivo da Emenda 192/2019:
Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou acrescidos:

Importante destacar que nessa proposta, nas operações interestaduais originadas na ZFM, fica mantida a partilha do imposto entre estado de origem e destino, conforme definição da lei complementar, somente se aplicando integralmente o princípio do destino após o prazo de vigência dos atuais benefícios da ZFM (2073).

c. PEC nº 110, de 2019

Em sua redação inicial³², esta proposta estabelece que no IBS não poderá haver a concessão de isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia, remissão ou qualquer outro tipo de incentivo ou benefício fiscal ou financeiro vinculado ao imposto. Não obstante essa restrição, a proposta excepciona as operações com os seguintes produtos ou serviços, conforme estabelecido por lei complementar: i) alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal; ii) medicamentos; iii) transporte público coletivo de passageiros urbano e de caráter urbano; iv) bens do ativo imobilizado; v) saneamento básico e vi) educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação profissional

No que diz respeito à ZFM, assegura a manutenção do tratamento tributário diferenciado pelo prazo definido na CF (até 2073), prevendo o estabelecimento de um crédito presumido do IBS

“Art. 92-B. Em razão do disposto no art. 40 deste Ato, é garantido à Zona Franca de Manaus tratamento tributário favorecido pelo prazo estabelecido nos arts. 92 e 92-A deste Ato, não se lhe aplicando o inciso III do § 1º do art. 156-A da Constituição Federal.

§ 1º A lei complementar de que trata o art. 156-A da Constituição Federal estabelecerá, para as empresas instaladas ou que vierem a se instalar na Zona Franca de Manaus, os instrumentos necessários à manutenção dos benefícios fiscais existentes na data da promulgação da Emenda Constitucional nº ____/2020, decorrentes da legislação dos tributos que vierem a ser reduzidos ou extintos.

§ 2º O imposto de que trata o art. 156-A da Constituição Federal incidente nas operações interestaduais originadas na Zona Franca de Manaus será partilhado entre as unidades federadas de origem e de destino, nos termos da lei complementar nele referida, somente se aplicando o disposto no seu § 1º, XII quando esgotado o prazo referido no caput deste artigo.

³² Acessível em: [PEC 110/2019 - Senado Federal](#)

para as operações com bens e serviços na ZFM a ser fixado em Lei complementar de maneira a manter o diferencial de competitividade estabelecido na data da promulgação da Emenda Constitucional na legislação dos tributos extintos e substituídos pelo novo imposto³³.

O último substitutivo (Complemento de Voto) apresentado pelo relator da matéria em 16/03/2022³⁴, segue a mesma linha da proposta inicial porém, propondo uma estrutura dual para a nova tributação sobre bens e serviços, estabelece a manutenção do tratamento tributário favorecido da ZFM, pelo prazo estabelecido na CF (até 2073), nos moldes definidos na Lei complementar (IBS) ou Lei que instituir a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), admitindo de antemão a possibilidade de alterações nas alíquotas ou nas regras de creditamento do novo imposto e contribuição³⁵.

³³ A redação do dispositivo relacionado a manutenção dos benefícios fiscais da ZFM está assim descrita:

Art. 15. Fica garantida à Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, tratamento tributário diferenciado, pelo prazo estabelecido nos arts. 40, 92 e 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas que realizem operações com bens e serviços na Zona Franca de Manaus, inclusive os destinados a consumo interno, industrialização em qualquer grau, beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza, bem como a estocagem para reexportação, gozarão, nos termos da lei complementar de trata o caput do § 7º do art. 155 da Constituição Federal, de crédito presumido do imposto sobre operações com bens e serviços fixado de forma a manter o diferencial de competitividade conferido, na data da promulgação desta Emenda Constitucional, pela legislação dos tributos por ela extintos às operações de que trata este artigo.

³⁴ Acessível em: [Substitutivo PEC 110 Complemento de Voto \(senado.leg.br\)](https://www.senado.leg.br/legislacao/ListaPropostas.asp?id=110).

³⁵ Texto proposto pelo relatório da PEC 110/2019 para a manutenção dos benefícios da ZFM:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 92-B. A lei complementar que instituir o imposto previsto no art. 156-A e a lei que instituir a contribuição prevista no art. 195, V, ambos da Constituição Federal, estabelecerão, nos termos dos arts. 40, 92 e 92-A deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o tratamento tributário favorecido da Zona Franca de Manaus, podendo inclusive prever alterações nas alíquotas ou nas regras de creditamento, não se aplicando o disposto no inciso X do § 1º do art. 156-A da Constituição Federal.

Igualmente à Emenda 192/2019, o relatório da PEC/110 também estabelece que nas operações interestaduais originadas na ZFM, o Amazonas participará da arrecadação correspondente, mantendo a partilha do imposto entre estado de origem e destino, nos termos da lei complementar, durante o período de vigência do tratamento especial conferido à ZFM.

d. PEC nº 46, de 2022

Inspirada na proposta do movimento “Simplifica Já” esta PEC difere bastante das anteriores. Mantém todos os atuais tributos incidentes sobre bens e serviços, não promovendo nenhuma unificação, mas estabelecendo diversas alterações em suas atuais regras.

A proposta visa promover alterações no Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN); no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); na Contribuição Previdenciária Patronal (CPP) incidente sobre a folha de salários; e nas contribuições do Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Conforme sua justificação, foi formulada com base no princípio da simplificação dos tributos sobre o consumo, dos processos e procedimentos tributários com vistas a redução dos custos e da maior transparência do impacto sobre os preços dos bens.

Além das mudanças nos atuais tributos mantidos, acrescenta a possibilidade de desoneração parcial da folha de salários por meio de alterações na contribuição social incidente sobre esta base devidas pelos empregadores³⁶:

§ 1º As leis previstas no caput deste artigo também estabelecerão o tratamento tributário das zonas de processamento de exportações.

§ 2º O estado do Amazonas participará na arrecadação decorrente das operações e prestações interestaduais originadas na Zona Franca de Manaus, nos termos de lei complementar, sem prejuízo do disposto no art. 156-A, § 1º, VII, da Constituição Federal.”

³⁶ As alterações são: i) alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da

Tanto para o ICMS quanto para o ISSQN ficam vedados aos Estados, aos municípios e ao Distrito Federal a concessão de qualquer espécie de subsídio ou isenção, incentivo, benefício fiscal, redução de base de cálculo ou concessão de crédito presumido ou outorgado sob qualquer outra forma.

Entretanto, no tocante à ZFM, na PEC 46/2022 os benefícios fiscais vigentes são mantidos e é feita a inserção na CF de dispositivo para prever casos de manutenção de créditos relativos à ZFM quando da remessa para outro estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias. (Art. 155, § 2º, XII, “j”), certamente com o objetivo que conferir segurança jurídica a esta hipótese.

e. PL nº 3887 de 21/07/2020

Essa proposta, de iniciativa do Governo Federal, institui a Contribuição Social sobre Operações sobre Bens e Serviços(CBS) em substituição as atuais Contribuições para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Resumidamente, a justificativa para a proposta, conforme sua exposição de motivos, é reduzir a elevada complexidade, corrigir as distorções e os problemas decorrentes das atuais incidências (PIS/Pasep e COFINS), substituindo-as por uma incidência única (CBS), com as características principais de uma tributação sobre o valor agregado e promovendo o alinhamento da legislação brasileira ao padrão utilizado atualmente pela maioria dos países.

condição estrutural do mercado de trabalho; ii) adoção de bases de cálculo diferenciadas para as contribuições sobre a receita ou faturamento e sobre o lucro; iii) alíquotas regressivas conforme a utilização intensiva de mão de obra para a contribuição sobre a folha de salários e iv) substituição total ou parcial da contribuição incidente sobre a folha de salários pela incidente sobre a receita ou o faturamento para as atividades econômicas definidas em lei.

Há no projeto uma eliminação expressiva de benefícios fiscais de diversos setores e produtos, representados por isenções, alíquotas zero e diferenciadas, porém alguns foram mantidos e adaptados a nova contribuição e, dentre eles, os da ZFM.

A forma proposta para manter o regime fiscal favorecido do PIS/PASEP e da COFINS da ZFM na CBS foi estabelecer isenção nas vendas para pessoas jurídicas ali instaladas, mantidas a apropriação de créditos vinculados a essas operações³⁷ e definir uma incidência reduzida da CBS para os bens produzidos na região incentivada.

A incidência reduzida se efetivará com a apropriação de crédito presumido da CBS em montante correspondente a 25% na venda por empresa estabelecida na ZFM com projeto aprovado pela

³⁷ Artigos 25 a 27 do PL 3.887 de 2020:

Art. 25. São isentas da CBS as receitas decorrentes da venda de bens:

I - realizada por estabelecimento de pessoa jurídica localizado fora da Zona Franca de Manaus - ZFM para estabelecimento de pessoa jurídica localizado na Zona Franca de Manaus - ZFM; e

II - entre estabelecimentos de pessoas jurídicas localizados na ZFM.

§ 1º O disposto no inciso I do caput aplica-se inclusive na hipótese de venda realizada por estabelecimento localizado em Área de Livre Comércio - ALC.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à venda de:

I - produtos sujeitos à incidência monofásica de que trata o art. 32; e

II - produtos que não tenham origem nacional.

*§ 3º Poderão ser instituídos controles específicos para verificação da entrada na ZFM dos bens vendidos com a isenção de que trata o inciso I do **caput**.*

Art. 26. São isentas da CBS as receitas decorrentes da venda de bens:

I - realizada por estabelecimento de pessoa jurídica localizado fora da ALC para estabelecimento de pessoa jurídica localizado em ALC; e

II - entre estabelecimentos de pessoas jurídicas localizados em uma mesma ALC.

*§ 1º O disposto no inciso I do **caput** aplica-se inclusive na hipótese de venda realizada por estabelecimento localizado na ZFM ou em outra ALC.*

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à venda de:

I - produtos sujeitos à incidência monofásica de que trata o art. 32; e

II - produtos que não tenham origem nacional.

*§ 3º Poderão ser instituídos controles específicos para verificação da entrada na ALC dos bens vendidos com a isenção de que o inciso I do **caput**.*

Art. 27. É permitida a apropriação de créditos vinculados às receitas isentas previstas no art. 25 e no art. 26.

SUFRAMA, conforme estabelece o Art. 28 do referido Projeto de Lei³⁸.

A instituição desse crédito presumido da CBS para a venda de produtos produzidos na ZFM, representaria um gasto tributário nos três primeiros anos de vigência da nova regra de R\$ 9,6, R\$ 10,2 e 10,8 bilhões respectivamente, conforme estimativas realizadas quando da apresentação do PL³⁹.

f. Proposta das indústrias do Polo Industrial de Manaus

As entidades empresariais enviaram ao Governo do Amazonas⁴⁰ propostas para a Reforma Tributária que, em suas visões, são efetivas para “a garantia da competitividade e segurança jurídica dos atuais investimentos realizados no Polo Industrial de Manaus, e construção de uma nova ZFM”. Consiste basicamente em três medidas a serem concretizadas por meio de emendas constitucionais como segue:

- **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI):** considerando que as PECs em discussão no Congresso (PEC 45/2019 e PEC 110/2019) propõe a extinção do IPI e a criação de um Imposto Seletivo (IS), as entidades defendem que a extinção do IPI seja efetivada de acordo com os

³⁸ Texto do PL 3.887 Art. 28:

Art. 28. A pessoa jurídica poderá apropriar crédito presumido da CBS em relação à venda de produção própria por estabelecimento industrial localizado na ZFM nos termos de projeto aprovado pela Superintendência da Zona Franca de Manaus - Suframa.

§ 1º O crédito presumido de que trata o caput corresponderá a vinte e cinco por cento do valor da CBS incidente sobre a operação de venda.

³⁹ Fonte: Receita Federal do Brasil.

⁴⁰ Proposta enviada pelo CIEAM – Centro das Indústrias do estado do Amazonas e Abraciclo – Associação Brasileira dos Fabricantes de Motocicletas, Ciclomotores, Motonetas, Bicicletas e Similares ao Governo do Amazonas em 13/04/23. Processo Eletrônico 01.01.011101.002942/2023-68.

prazos estabelecidos na Constituição Federal⁴¹ em relação aos produtos produzidos ou que venham a ser produzidos na ZFM, sem prejuízo da desoneração completa do IPI para os demais produtos. Essa medida, no entender dos proponentes, elimina os riscos de disputa jurídica sobre a constitucionalidade da extinção do imposto e proporciona um tempo adequado para avaliação da nova estrutura de incentivos para a manutenção da competitividade da ZFM.

- **IBS (Imposto sobre Bens e Serviços):** tanto para o modelo único de imposto sobre bens e serviço quanto para o “dual”, propõe o estabelecimento de tratamento favorecido no novo imposto para a ZFM mediante a instituição dos seguintes instrumentos: i) remessas para a ZFM equiparadas à exportação e, portanto, isentas do novo imposto, com a manutenção dos créditos do imposto; ii) isenção do novo imposto para a entrada de bens e serviços importados na ZFM; iii) isenção, alíquota reduzida ou crédito presumido do novo imposto nas saídas para outras unidades da federação de bens industrializados na ZFM, assegurado aos adquirentes o direito aos créditos relativos à alíquota modal; iv) isenção do novo imposto nas operações internas na ZFM.

- **Fundo Constitucional da Bioeconomia (FCBio):** Nos moldes do Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF)⁴² propõe a criação de um fundo constitucional da bioeconomia tendo como fonte um percentual dos recursos arrecadados com o novo imposto a ser definido pela Lei

⁴¹ Artigos 40, 92 e 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

⁴² Instituído pela Lei no 10.633 de 27/12/2002 com a finalidade de prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, conforme disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal.

Complementar, bem como os critérios de gestão, governança e capitalização.

g. Proposta do Centro de Cidadania Fiscal (CCiF)

Em fase de elaboração e, ainda não apresentada formalmente, a proposta do CCiF para a ZFM, de acordo com informações da imprensa⁴³, envolve a devolução às empresas da ZFM em dinheiro, dos valores correspondentes aos benefícios tributários que usufruem atualmente.

No novo IBS, a ZFM seria considerada uma região “OFFSHORE” e, dessa forma, suas compras e vendas teriam tratamento equivalente às importações e exportações (transações com outros países).

As vendas de outros estados para a ZFM (compras da ZFM) seriam equivalentes às exportações e desoneradas do novo imposto, sendo mantidos os créditos do imposto no fornecedor. De outro modo, nas vendas da ZFM para o restante do país, haveria isenção para as empresas da ZFM, porém seriam tributadas como uma importação no estado de destino.

Como essa nova estrutura tributária não é integralmente equivalente às vantagens atuais, seria devolvido às empresas da ZFM parte da arrecadação do novo imposto em montante correspondente aos incentivos com os tributos que serão substituídos, estimada como proporção do valor das vendas para outras regiões do país.

O cálculo do valor da devolução poderá ser efetuado por empresa, setor, tipo de benefício ou mesmo por meio de uma média geral e seu custo poderia ser repartido entre o governo federal e os estados.

⁴³ Folha de São Paulo em 28/05/2023. [Reforma tributária: *cashback* para Zona Franca de Manaus - 28/05/2023 - Mercado - Folha \(uol.com.br\)](#)

As atuais contrapartidas obrigatórias para ter os benefícios fiscais a que estão sujeitas as empresas da ZFM seriam descontadas do orçamento definido para as devoluções.

O CCiF defende que esse modelo confere transparência e segurança jurídica às empresas da ZFM e substitui o atual sistema complexo e de difícil compreensão, por outro mais claro e com maiores possibilidades de fiscalização.

Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) x Zona Franca de Manaus (ZFM)

Praticamente todas as propostas apresentadas para alterar a tributação sobre bens e serviços tem como ponto em comum a extinção do IPI e a incorporação de sua base ao novo imposto, seja no formato de um imposto único ou no modelo dual⁴⁴.

No relatório da Comissão Mista da PEC 45/2019 a eliminação do IPI se dará em seis anos à medida de 25% ao ano a partir do segundo ano, enquanto no parecer do relator da PEC 110/2019 o prazo para essa extinção seria definido pela Lei complementar.

No Parecer de Plenário da Comissão Especial que foi aprovado pela Câmara Federal em 07/07/2023, as alíquotas do IPI serão reduzidas a zero a partir de 2027, exceto para produtos industrializados na ZFM, e o imposto será extinto a partir de 2033.

Independente da forma como será a extinção do IPI, é importante ressaltar a relevância desse benefício fiscal dentro do modelo estabelecido para a ZFM. Do total de R\$ 55,3 bilhões dos gastos tributários da União com a ZFM estimados para 2023, 64% estão relacionados ao IPI. A isenção desse imposto e a manutenção dos créditos nas operações envolvendo a ZFM representam um benefício muito expressivo na competitividade do polo industrial de Manaus.

⁴⁴ Também quase todas as propostas contêm a criação de um imposto seletivo (IS) de natureza extrafiscal.

Certamente por isso, é farto o histórico de judicialização que envolve as inúmeras tentativas de alterações no IPI ao longo do tempo. A mais recente e ilustrativa foi a medida adotada pelo Governo Federal em 2022 de redução linear em 25% das alíquotas do IPI⁴⁵ sobre todos os produtos⁴⁶, ampliada depois para 35%⁴⁷ e a redução a zero da alíquota do produto “extratos concentrados ou sabores concentrados”^{48 49}. Por ser representativa da sensibilidade dessa questão do IPI com a ZFM, é pertinente sua breve descrição.

Essas reduções de alíquotas do IPI foram objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) com pedido de medida cautelar junto ao STF⁵⁰. Resumidamente, as alegações básicas das ADIs foram a não observância do princípio constitucional da seletividade do IPI, a alteração do equilíbrio na competitividade do modelo econômico da ZFM ao retirar o incentivo fiscal compensatório e o risco decorrente da sobrevivência econômica do estado do Amazonas.

O Ministro Relator entendeu que, de fato, o IPI representa um dos principais tributos integrantes do conjunto de incentivos fiscais da ZFM, que tem a isenção do IPI assegurada pelo Decreto-Lei 288/1967, constitucionalizado pelo Art. 40 do ADCT, cujo prazo foi sucessivamente ampliado até 2073 pelas Emendas Constitucionais 42/2003 e 83/2014.

Acrescentou ainda que, os Decretos impugnados efetivamente demonstram capacidade para impactar o modelo de desenvolvimento regional protegido pela CF, tanto no aspecto econômico quanto social e suas edições sem medidas compensatórias à

⁴⁵ [Decreto nº 11.047, de 14 de abril de 2022](#)

⁴⁶ Com apenas algumas poucas exceções como armas e munições, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e produtos de perfumaria e de toucador.

⁴⁷ [Decreto nº 11.052 de 28 de abril de 2022](#).

⁴⁸ Código 2106.90.10 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI).

⁴⁹ [Decreto nº 11.055 de 28 de abril de 2022](#).

⁵⁰ ADIs n.º 7.153, 7.155, 7.157, 7.159, 7.160 e 7.161.

produção na ZFM, reduz drasticamente a vantagem comparativa do polo industrial de Manaus ameaçando sua existência.

Em sua decisão, concedeu a Medida Cautelar, *ad referendum* do plenário da Suprema Corte, suspendendo os efeitos da íntegra do Decreto 11.052 de 28/04/2022 e dos Decretos 11.047 de 14/04/2022 e 11.055 de 28/04/2022 apenas no tocante à redução das alíquotas em relação aos produtos produzidos pelas indústrias da ZFM que possuem o Processo Produtivo Básico⁵¹.

Em decorrência dessa decisão foi editado novo Decreto nº 11.158 de 29/07/2022⁵² que revogou o Decreto anterior nº 11.055 de 28/04/22, estabeleceu uma redução geral das alíquotas do IPI, porém excluiu dessa redução 61 produtos (NCMs e seus Ex-tarifários) de um total de 528, por serem fabricados na ZFM com PPB⁵³.

Esse novo Decreto também foi objeto de ADI, cuja decisão baseada nas mesmas razões da decisão anterior foi pela concessão de Medida Cautelar, *ad referendum* do plenário da Suprema Corte, suspendendo os efeitos do Decreto 11.158 de 29/07/2022 apenas quanto à redução das alíquotas em relação aos produtos produzidos pelas indústrias da ZFM que possuem o PPB, inclusive quanto aos insumos classificados como extratos concentrados ou sabores concentrados.

Finalmente, como consequência dessa segunda decisão do STF, novo Decreto nº 11.182 de 24/08/2022⁵⁴ foi editado promovendo a redução linear em 35% das alíquotas do IPI, porém excluindo dessa redução e mantendo as alíquotas vigentes anteriormente mais 109 produtos fabricados na ZFM com PPB que, somados aos 61 que já tinham sido excluídos no Decreto anterior, totalizam 170 produtos com alíquotas mantidas sem redução. De acordo com a Advocacia Geral da União isto representa um índice superior a 97% de preservação fora da redução de todo o parque industrial da ZFM.

⁵¹ Lei 8.387/1991 Art. 7º, § 8º, *b*.

⁵² Acessível em: [Decreto no. 11.158 de 29 de julho de 2022](#).

⁵³ Nota Técnica 009/2022-CATE apresentada nos autos da ADI 7.159 pelo Governador do Amazonas.

⁵⁴ Acessível em: [Decreto nº 11.182, de 24 de agosto de 2022](#).

Conclusão

Desde a criação da ZFM, não foram desenvolvidas alternativas consideradas viáveis para contrabalançar a extinção dos seus benefícios fiscais. A eliminação da desoneração tributária e sua compensação com a correspondente alocação de recursos no orçamento para o estado promover o desenvolvimento não é considerada viável e, não teria, na visão do próprio estado do Amazonas a mesma efetividade do atual modelo.

Mas, de outro modo, também é fato que nesses 56 anos de vigência do modelo, não houve um esforço efetivo para desenvolver essas alternativas. Sempre foi muito cômodo e conveniente realizar seguidas prorrogações a cada aproximação do prazo para o fim dos benefícios, como historiado anteriormente.

Suas prorrogações foram realizadas sem quaisquer condicionantes ou ajustes que aprimorassem o modelo, potencializando seus benefícios, mas também corrigindo possíveis distorções e problemas que causa.

Admitindo-se como premissa o fato de que, em qualquer reforma, será necessário considerar um mecanismo alternativo que assegure a competitividade da estrutura de incentivos da ZFM, todas as propostas precisam dispor sobre como isso será viabilizado, sob pena de criar resistências que podem comprometer a aprovação.

Os relatórios da Comissão Mista da Reforma Tributária (PECs 45 e 110) e do relator da PEC 110, bem como a Emenda nº 192/2019, estabelecem a continuidade do tratamento especial para a ZFM pelo prazo estabelecido hoje na Constituição Federal (CF) (até 2073), porém, transferem para a lei complementar a definição da forma como seria implementado.

Sem detalhar como seria esse tratamento especial para a ZFM no novo imposto, apenas admitem, de forma genérica, a possibilidade de alterações nas alíquotas ou nas regras de creditamento do imposto e mantém o sistema misto de origem e destino nas operações interestaduais originadas na ZFM, o que representa uma

grande complexidade conviver até 2073 com os dois regimes de destino puro e misto (de origem e destino).

Não obstante, a falta de sinalização de como será o tratamento dos incentivos fiscais da ZFM nessas propostas, jogando para evento futuro essa definição, é considerado um fator de insegurança e incerteza para a preservação do diferencial de competitividade na região incentivada.

O substitutivo apresentado pelo Grupo de Trabalho da PEC 45/2019 reproduz a possibilidade de alterações nas alíquotas e nas regras de creditamento do imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, DF e Municípios, e da Contribuição social sobre bens e serviços, porém deixa para a Lei Complementar definir que alíquotas e créditos diferenciados serão aplicáveis às operações com a ZFM, permanecendo a incerteza sobre o tema.

Além disso, propõe manter a incidência do IPI para os produtos industrializados na ZFM no período de transição para os novos tributos (entre 2027 e 2033) e, após a extinção do IPI, estender aos produtos que tenham industrialização na ZFM a incidência do imposto seletivo que será criado sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente e, dessa forma, garantir tratamento favorecido às operações originadas na região.

A manutenção da incidência do IPI para a produção da ZFM por pouco tempo poderia ser viável, porém a alternativa de imposição do imposto seletivo a partir de então, não parece uma solução tecnicamente adequada. Afinal, o imposto seletivo será criado para incidir sobre bens que produzem externalidades negativas (à saúde ou ao meio ambiente), e ampliar seu alcance até 2073 para centenas de produtos que são produzidos na ZFM é, no mínimo, uma distorção completa do novo imposto.

Além disso, essa opção pode produzir indesejável insegurança jurídica. Por hipótese, um produto que hoje não é produzido na ZFM, mas que tem unidades fabris fora da ZFM, não gera efeitos prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, estará fora da incidência

do IS a partir de sua implantação e deixará de estar sujeito ao IPI com sua extinção.

Pelo texto aprovado, se esse mesmo produto que já não estará mais sujeito a incidência do IPI e estará fora do alcance do IS, passasse a fazer parte da linha de produtos de uma indústria estabelecida na ZFM, o IS passaria a incidir sobre a produção fora da ZFM. Isso criaria uma perigosa situação de insegurança jurídica para a maioria dos produtos que estarão fora do alcance do IS.

De outro modo, o início de fabricação de um novo produto na ZFM deverá receber, até 2073, o mesmo tratamento favorecido conferido aos produtos que já compõe o seu parque industrial. A solução definida para a ZFM deverá considerar isso.

No Parecer de Plenário da Comissão Especial aprovado pela Câmara Federal em 07/07/2023, novamente é assegurado o tratamento diferenciado à ZFM e as ALCS, porém de igual modo, remete para as leis instituidoras do IBS, da CBS e do IS a definição dos mecanismos necessários para isso e a utilização de instrumentos fiscais, econômicos e financeiros inclusive a ampliação da incidência do IS sobre os produtos industrializados na ZFM e ALCs. Também é mantida a incidência do IPI para os produtos industrializados na ZFM no período de transição para os novos tributos (entre 2027 e 2033).

No mesmo Parecer aprovado há uma novidade que é a criação de um Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Amazonas. É a primeira vez que surge essa proposta. A depender de sua regulamentação, esse Fundo pode representar concretamente uma alternativa para compensar o estado do Amazonas de possível redução de receita como resultado da reforma e para a diminuição dos benefícios fiscais da ZFM.

A PEC 46 de 2022, promove algumas alterações nos tributos existentes, porém mantém todos eles e não propõe nenhuma fusão. Quanto a ZFM, os incentivos fiscais são mantidos na forma como hoje vigentes, estabelecendo apenas a inserção na CF de dispositivo para prever casos de manutenção de crédito do ICMS

relativos à ZFM quando da remessa para outro estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias.

No PL 3887 de 21/07/2020, a manutenção do regime fiscal favorecido para a ZFM se daria com a isenção nas vendas para pessoas jurídicas ali instaladas, e a manutenção da apropriação de créditos vinculados a essas operações bem como uma incidência reduzida da CBS para os bens produzidos na ZFM concretizada com a atribuição de um crédito presumido de 25% sobre o tributo incidente na operação de venda.

Além de ser uma proposta apenas para a CBS que substitui as contribuições PIS/PASEP e COFINS, observa-se a necessidade de apresentação dos cálculos sobre a comprovação de que essa estrutura é equivalente aos benefícios atuais. De outro modo, também não houve oficialmente, contestação embasada em cálculos, da proposta.

A proposta das indústrias amazonenses se constitui em duas medidas tributárias e uma de natureza fiscal. A primeira é a manutenção do IPI para os produtos produzidos ou que venham a ser produzidos na ZFM até 2073 e a segunda é a criação de incentivos no IBS e CBS (se for o caso) nos mesmos moldes dos atualmente existentes no ICMS.

Em relação ao IPI, parece não ser razoável sua manutenção até 2073 para os produtos da ZFM ou que venham a ser produzidos naquela região. Irá provocar insegurança jurídica conforme já comentado anteriormente na abordagem da proposta de incidência do IS sobre os produtos industrializados na ZFM e nas ALCS.

A criação de incentivos do atual ICMS no IBS e CBS (se for o caso) necessita ser acompanhada de estimativa de impacto e do montante de gastos tributários envolvidos bem como da comprovação de que seria equivalente a desoneração atual do ICMS.

Finalmente, a proposta de criação de um Fundo Constitucional da Bioeconomia (FCBio), de certo modo, parece haver sido aproveitada no Parecer de Plenário da Comissão Especial aprovado pela Câmara Federal em 07/07/2023, pois o Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Amazonas é semelhante.

A proposta do CCiF estabelece a incidência da regra geral do IBS para a ZFM e a compensação às empresas da ZFM seria feita em forma de devolução de montante correspondente aos incentivos com os tributos que serão substituídos, estimada como proporção do valor das vendas para outras regiões do país.

Essa proposta ainda não foi apresentada formalmente o que impede uma análise mais completa de seu conteúdo.

Verifica-se que será necessário um detalhamento maior das propostas que estão apresentadas para a ZFM para viabilizar as negociações que podem acelerar sua tramitação.

É necessário considerar que, qualquer que venha a ser o tratamento especial para a ZFM na nova incidência tributária sobre bens e serviços, representará aumento da alíquota modal a fim de assegurar o mesmo nível de arrecadação hoje obtido, aumento da complexidade e dos custos de gestão para as administrações tributárias e de compliance para os contribuintes, além de possibilidades de fraudes e irregularidades que ocorrem com frequência nos incentivos fiscais.

Finalmente, o momento de revisão da estrutura tributária incidente sobre bens e serviços deve ser aproveitado para, ao conceber excepcionalidade para a ZFM, promover os ajustes necessários ao aperfeiçoamento do modelo de incentivos fiscais, e de definição de seu futuro após o encerramento do prazo de sua vigência.

Afinal, qual o futuro projetado para o Amazonas após 2073 já que atualmente não há alternativas para modelo de incentivos da ZFM que asseguram sua sobrevivência? Ou haverá novamente outra prorrogação desse prazo como ocorreu em todas as ocasiões anteriores? Mesmo essa solução de nova prorrogação poderá não mais proporcionar os mesmos resultados atuais em face do dinamismo da economia globalizada e das profundas e rápidas mudanças disruptivas que tem impactado os mercados mundiais e modelos de produção industrial tradicionais.

Há carências importantes na Amazônia e no estado do Amazonas em particular quanto a infraestrutura e ao atendimento de necessidades básicas da população. Historicamente, o governo

central no Brasil tem realizado investimentos públicos bem menores na Amazônia do que em outras regiões do país. É o momento de reavaliar essas decisões de alocações regionais de recursos pelo governo federal, pois sem investimentos no Amazonas, será muito difícil encontrar alternativas para qualquer transição para um futuro sem os benefícios fiscais da ZFM.

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCIF
Originalmente não tinha exceções para a ZFM	Tratamento favorecido para a ZFM até 2073	Tratamento diferenciado para a ZFM até 2073	Mantém os benefícios fiscais da ZFM até 2073	Isenção nas vendas de bens para PJ localizada na ZFM e entre estabelecimentos localizados na ZFM, mantidos os créditos vinculados a essas operações	Extinção do IPI para os produtos produzidos que venham a ser produzidos na ZFM somente a partir de 2073	Considera a ZFM região "fora do Brasil" e suas operações seriam consideradas equivalentes as exportações e importações com o exterior

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCIF
Comissão Mista em 12/05/22: Tratamento diferenciado para a ZFM até 2073	Mantém a partilha do imposto entre origem e destino nas operações com a ZFM	Crédito presumido do IBS para as operações com bens e serviços na ZFM	Manutenção de créditos relativos à ZFM quando da remessa para outro estado ou exportação de serviços e de mercadorias	Incidência reduzida nas vendas por indústria da ZFM na forma de crédito presumido de 25% do valor da CBS incidente sobre a operação	Isenção do IBS nas operações internas e remessas de outros estados para a ZFM; manutenção dos créditos do IBS nas remessas isentas para a ZFM; isenção, aliquota reduzida ou crédito presumido do IBS nas saídas da ZFM para outros estados mantidos os créditos	Vendas de outros estados para a ZFM, equivalentes as exportações e isentas, mantidos os créditos do imposto no fornecedor

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
					relativos à aliquota modal	

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JA	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
Possibilidade de alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS		Possibilidade de alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS			Fundo Constitucional da Bioeconomia (FCBio) tendo como fonte um % da arrecadação do IBS, nos moldes do FCDF	Vendas da ZFM para outros estados, isentas na ZFM, mantidos os créditos na empresa da ZFM, porém, tributadas como uma importação no estado de destino

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCIF
GT 06/23 diretrizes de manutenção da ZFM até 2073		Mantém a partilha do imposto entre origem e destino nas operações com a ZFM				Devolução para as empresas da ZFM de parte da arrecadação do novo imposto em montante correspondente aos incentivos com os tributos que serão substituídos, estimada como proporção do valor das vendas para outras regiões do país.

Substitutivo à PEC 45/2019 do GT: Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos industrializados na ZFM no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando o IPI será extinto. Alterações nas alíquotas e regras de creditamento do imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, DF e Municípios e da Contribuição Social sobre bens e serviços que será fonte de financiamento da seguridade social. Após a extinção do IPI, ampliação					
--	--	--	--	--	--

da incidência do imposto sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente para alcançar os bens que tenham industrialização na ZFM. Extensão desses benefícios às Áreas de Livre Comércio.						
--	--	--	--	--	--	--

Parecer de Plenário da Comissão Especial aprovado pela Câmara Federal em 7/7/23: Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos industrializados na ZFM, em 31/12/2026 no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando o IPI será extinto. Previsão de que as Lei instituidoras dos novos tributos estabelecerão os mecanismos necessários para manter o diferencial competitivo garantido à ZFM					
--	--	--	--	--	--

até o prazo final previsto no Art. 92-A e as ALCs existentes em 31/05/2023, nos níveis definidos pelos tributos extintos. Previsão para utilização de instrumentos fiscais, econômicos ou financeiros, inclusive a ampliação da incidência do IS para alcançar a produção de bens industrializados na ZFM ou nas ALCs para assegurar o diferencial competitivo das áreas incentivadas. Criação de um Fundo de Sustentabilidade e Diversificação					
---	--	--	--	--	--

Econômica do Estado do Amazonas com o objetivo de fomentar o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas do estado, construído com recursos da União.	

13. IVA E O SETOR FINANCEIRO¹

I - Regime vigente de tributação indireta da atividade financeira

Considerando os tributos indiretos, os serviços financeiros, na maior parte das transações, são tributados pelo PIS/COFINS e ISS.

A) PIS/COFINS

O PIS/COFINS incide sobre receitas auferidas pelas empresas através dos regimes cumulativo (3.65%) e não cumulativo (9.25%). As instituições financeiras listadas em lei² são tributadas por um regime cumulativo a uma alíquota de 4.65%.

Intermediação Financeira – Na intermediação financeira a receita a ser tributada é o spread, também chamada de margem de intermediação. O spread, de forma simplificada, é a diferença entre a taxa de juros cobrada ao tomador de um empréstimo e a taxa de juros que remunera o aplicador de recursos. A legislação do PIS/COFINS define receita de margem de intermediação³, sendo que os principais itens são listados a seguir:

¹ Capítulo preparado por **Eduardo Fleury**, Advogado e economista, mestre e doutorando (S.J.D.) em tributação pela Florida University (EUA), especialista em International Tax Planning pela Leiden University (Holanda), especialista em Direito de Empresas pela Harvard Extension School. Consultor externo do Banco Mundial.

² Vide nota 1

³ A legislação não usa o termo “margem de intermediação”.

Receitas – Juros, resultados positivos em mercados, diferença positiva entre o preço da venda e o da compra da moeda estrangeira e resultados auferidos nos mercados de liquidação futura.

Exclusões da Base de Cálculo (custo de captação) – despesas incorridas nas operações de intermediação financeira, despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos, encargos com obrigações por refinanciamentos, empréstimos e repasses de recursos, deságio na colocação de títulos, perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações, perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge, remuneração e dos encargos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações.

Na lista das exclusões acima é importante notar que as perdas efetivas ou as provisões para devedores duvidosos (PDD) não são deduzidas.

Demais serviços prestados pelas instituições financeiras – Os serviços cobrados por tarifas ou taxas quando prestados por instituições financeiras definidas em lei estão sujeitos ao PIS/COFINS à alíquota de 4.65%.

Serviços relacionados a instrumentos financeiros – Administradores e gestores de fundos assim como Bolsa de Valores são tributados pelo PIS/COFINS pelos regimes cumulativo (3.65%) e não cumulativo (9.25%), dependendo da opção das empresas, levando em conta as restrições da legislação.

B) ISS

O Imposto sobre Serviços é cobrado pelos municípios e tem alíquotas que podem variar entre 2% e 5%. A receita de intermediação financeira não está sujeita a incidência do ISS. Já os serviços remunerados por tarifas ou taxas são, na sua maioria, tributados pelo ISS, independentemente de serem prestados por instituições financeiras ou não.

Desta forma, bancos, administradores e gestores de fundos e bolsas de valores estão sujeitos ao ISS na maioria dos serviços por eles prestados.

II - O Imposto sobre Valor Adicionado – IVA

A tributação sobre o consumo pode ser exercida através de diferentes tipos de tributos tais como os impostos sobre as receitas (turnover taxes), o imposto sobre vendas ao consumidor (retail sales tax-RST) e o imposto sobre valor adicionado (IVA).

Em teoria, o IVA e o RST tributam o valor adicionado de forma equivalente. Enquanto o RST só incide quando da venda ao consumidor, o IVA incide nas diversas etapas da cadeia produtiva, sendo que o valor cobrado em cada etapa se transforma em crédito para o próximo elo da cadeia produtiva. Desta forma, o imposto é “carregado” através da cadeia produtiva, sendo ao final suportado pelo consumidor.

Embora em teoria ambos tributem o valor adicionado, a preferência pelo IVA em relação ao RST pode ser medida pelo número de países que optaram pelo IVA. Dados de 2018 demonstram que o IVA é adotado em 168 países.

Do ponto de vista econômico o IVA incide sobre o valor adicionado, assim entendido a diferença entre o valor de venda e a compra de bens e serviços utilizados pela empresa. Dita de outra forma, esta diferença corresponde aos salários pagos e ao lucro auferido pela empresa.

No entanto, como o IVA não tributa os investimentos, restituindo de imediato o imposto pago na aquisição de bens de capital, podemos afirmar que o IVA não tributa o retorno normal do capital. Desta forma, podemos concluir que o IVA incide sobre salários e o lucro extraordinário, este último correspondente ao lucro acima da taxa normal de retorno.

A mesma base do IVA pode ser alcançada pela soma dos salários, depreciação, juros pagos, lucros e deduzindo a compra de equipamentos. Em vista disso é que alguns países, como Israel,

preferem tributar a folha de salários dos bancos como uma proxy do IVA.

Por não tributar investimento, o IVA tem o objetivo de não incidir sobre a poupança. Do ponto de vista econômico a poupança é considerada uma postergação do consumo, sendo assim tributar a poupança significa influenciar na escolha entre consumo presente e consumo futuro. Esta é uma consideração importante quando se analisa a tributação da intermediação financeira pelo IVA. Como demonstrado mais a frente, na tributação da intermediação a exclusão da poupança do cálculo não é tarefa fácil.

III - O IVA e o Setor financeiro⁴

A incidência do IVA sobre o setor financeiro apresenta algumas dificuldades operacionais. Para entender melhor estes problemas, precisamos identificar e classificar as atividades realizadas pelo setor financeiro.

Para o propósito deste documento é mais apropriado utilizar a classificação dos serviços financeiros conforme o tipo de remuneração recebida.

Vejamos:

- 1) Serviços remunerados por tarifas e taxas (explicit fees)
 - a) Tarifas cobradas pelas instituições financeiras para emissão de extratos, compensação de cheques, abertura de linha de crédito;

⁴ Uma questão conceitual sobre se existe ou não valor adicionado na atividade financeira pode ser respondida da seguinte forma: instituições que operam no mercado financeiro criam valor adicionado, porque controlam os custos de transação no mercado financeiro e também porque ajudam a reduzir os custos de transação em outros mercados.

VALUE ADDED TAX - A study of Methods of Taxing Financial and Insurance Services – Um estudo realizado pela EY para a União Européia - 1996

b) Tarifas e taxas cobradas para registro, negociação, liquidação de contratos e operações em mercado de bolsa de valores, mercantis e de futuros;

c) Taxas de Administração e Gestão de Ativos cobrados pelos administradores e gestores dos Fundos de Investimento; e

d) Taxas cobrados na intermediação da compra e venda de ativos financeiros – Corretora de Valores; e

e) Honorários cobrados em razão de consultoria financeira.

2) Serviços remunerados pela margem de intermediação (spread)

a) Diferença entre o custo de captação de recursos (ex.: remuneração do depósito a prazo) e os juros recebidos em razão de empréstimos a terceiros; e

b) Diferença entre o preço de venda e compra dos instrumentos financeiros (ex.: moeda estrangeira).

Os serviços remunerados por taxas ou tarifas tem a base tributável e contribuinte facilmente identificáveis podendo ser tributados pelo IVA sem maiores problemas⁵.

Já a tributação do IVA sobre os serviços de intermediação financeira é bem mais complexa. O principal motivo é a determinação da margem que corresponde ao valor adicionado decorrente do serviço prestado. Estas transações financeiras envolvem os seguintes componentes:

- Capital;
- Risco;
- Remuneração pela renúncia ao consumo – valor do dinheiro no tempo; e
- Remuneração pelo serviço de intermediação.

Vejamos o fluxo abaixo:

⁵ Embora estes serviços sejam facilmente tributáveis, a transmissão do crédito para os tomadores de serviço não é uma tarefa simples em muitos casos. Este assunto será discutido mais a frente neste trabalho.

	Depositante	Banco	Tomador
Capital	Depósito	-	Empréstimo
Juros	8%	-	15%
Margem bruta	-	7%	-
Risco	-	3%	-
Valor Adicionado	-	4%	-

No exemplo acima, a parte tributável seria somente os 4% correspondente ao valor adicionado, ou ainda, a remuneração pela prestação de serviço de intermediação. O percentual de 3%, excluído da base, corresponde ao percentual da margem que serve para cobrir as perdas decorrentes do não recebimento dos créditos⁶ e, portanto, não fazem parte do valor adicionado. A remuneração do depositante também deve ser excluída, pois a remuneração do dinheiro no tempo não deve ser tributada pelo IVA.

A determinação do valor tributável para cada operação é bastante difícil na prática. A principal razão é que uma das principais funções dos bancos é agrupar poupança (pooling savings) e agrupar riscos (pooling risks) sendo muito difícil individualizar os custos para cada operação. De forma mais detalhada, os principais obstáculos seriam:

- os recursos utilizados para cada empréstimo tem diversas origens e remunerações, não sendo fácil determinar o custo de captação para cada empréstimo concedido⁷; e

- a determinação da parte da margem que deve cobrir o risco (prêmio) depende de vários fatores tais como tipo de crédito, garantias e histórico de crédito (rating) do tomador.

Adicionalmente, na prestação de serviço de intermediação tanto o depositante (poupador) quanto o tomador do empréstimo são usuários do referido serviço. Determinar qual parcela do valor adicionado (do serviço) e, portanto, do imposto será alocado para o

⁶ Na operação em tela não houve uma perda, mas o percentual do risco deve ser cobrado para cobrir perdas em outras operações em que não houve o recebimento do crédito.

⁷ Um cálculo errado aqui pode resultar em tributar a poupança.

depositante e para o tomador, é praticamente impossível⁸, isto porque, não conseguimos determinar a origem dos recursos de cada empréstimo concedido.

IV – Modelos alternativos de tributação do IVA sobre a margem

Como vimos acima a tributação da margem de intermediação é bastante complexa. O método tradicional do IVA onde para cada serviço se emite uma nota fiscal destacando-se o preço do serviço é praticamente inviável. Desta forma, alguns métodos alternativos foram propostos, vejamos os principais:

- Método de Adição (Addition method);
- Método do Fluxo de Caixa (Cash-flow method); e
- Métodos de Subtração (Subtraction method).

1) Método de Adição

Este método calcula o valor adicionado pelos seus componentes, isto é, salários e lucros da empresa. Como explicado no item II, a fim de excluir a tributação dos investimentos e compatibilizar o conceito econômico com o contábil alguns ajustes devem ser feitos, vejamos:

$VA = \text{salários (+) lucro contábil (+) depreciação (-) compra de equipamentos}^9$

Importante lembrar que, nesta hipótese, os contribuintes não teriam direito de crédito, visto que o VA foi calculado diretamente.

Alguns problemas com este método:

⁸ Como veremos mais a frente quando se faz os cálculos de forma agregada é possível chegar a um resultado. No entanto, este resultado aplicado para todos os tomadores do serviço pode gerar distorções razoáveis.

⁹ Este item compreende os bens tangíveis e intangíveis utilizados na atividade de intermediação financeira.

- **Cumulatividade:** não permite a individualização das operações para que na NF o IVA seja destacado e transferido para os contribuintes do IVA nas cadeias seguintes do processo produtivo;

- **Fornecimento de outros serviços:** se o contribuinte fornecer outros serviços que não se encaixam no conceito de serviços financeiros remunerados por margem, deverá haver um cálculo de proporcionalidade para permitir o direito de crédito em relação aos insumos¹⁰ utilizados nas operações tributadas com base no regime usual do IVA;

- **Incidência na exportação:** por ser um método calculado com base na origem (em contraposição ao destino), haverá uma complexidade em retirar as exportações da base de cálculo do IVA.

Este método tem sido adotado por Israel.

2) Método do fluxo de caixa

Neste sistema, toda a entrada de recursos no banco (ex.: depósitos, pagamentos de empréstimos) geraria débito do IVA, enquanto as saídas (ex.: saques, concessão de empréstimos) representariam créditos do IVA. Como resultado do fluxo de entradas e saídas de recursos teríamos a margem de intermediação financeira. O não pagamento dos empréstimos são automaticamente deduzidos, visto que ao não serem pagos não representam uma entrada no caixa não gerando débitos do IVA. Ao final o valor resultante é exatamente a margem deduzida do prêmio de risco.

Vejamos um exemplo onde tanto depositantes quanto tomadores de empréstimo são consumidores (não contribuintes do IVA):

1º período			
	EN- TRADA	SAÍDA	
Depósitos	1000	-1000	Empréstimos
IVA Débito (10%)	10	-10	IVA Crédito
IVA a ser pago	10 - 10 = 0		

¹⁰ Insumos aqui abrange a compra de bens e serviços que possibilitam o direito de crédito em um regime normal de IVA.

2º período			
	EN-TRADA	SAÍDA	
Pagamento do Empréstimo	1000	-1000	Saque do depósito
Juros Recebidos (15%)	150	-80	Juros pg. depositante
IVA Débito (10%)	115	-108	IVA Crédito
IVA a ser pago	115 - 108 = 7		

Note que o IVA sobre a margem aparece no cálculo final. Na hipótese do não pagamento de parte do empréstimo o valor do débito no 2º período iria diminuir, a margem também e o IVA a recolher seria menor. Por este mecanismo o elemento do risco já é automaticamente eliminado.

Na hipótese de termos contribuintes do IVA nas duas pontas, depositante e tomador de empréstimo, quem deposita tem direito a um crédito e quem toma o recurso emprestado dará entrada de recurso no caixa e deverá fazer um débito de IVA.

Vejamos um exemplo mais completo deste caso:

EMPRESA DEPOSITANTE		BANCOS				EMPRESA TOMADORA	
1º período		1º período				1º período	
SAÍDA			EN-TRADA	SAÍDA		ENTRADA	
Depósito no Banco	1000	Depósitos	1000	-1000	Empréstimos	Empréstimos	1000
Crédito IVA	100	IVA débito (10%)	10	-10	IVA crédito	Débito IVA	100
		IVA a ser pago					
		10 - 10 = 0					
2º período		2º período				2º período	
ENTRADA		ENTRADA		SAÍDA		ENTRADA	
Saque do depósito	1000	Pagamento do	1000	-1000	Saque do depósito	Pg. empréstimo	1000

EMPRESA DEPOSITANTE		BANCOS				EMPRESA TOMADORA	
1º período		1º período				1º período	
		em-préstimo					
Juros recebidos	80	Juros recebidos (15%)	150	-80	Juros pg. dep.	Juros pagos	150
Débito IVA	108	IVA débito (10%)	115	-108	IVA crédito	Crédito IVA	115
		IVA a ser pago	115 - 108 = 7				
Saldo dois períodos	8					Saldo dois períodos	-15

Podemos notar que o somatório dos saldos das duas empresas ($-15+8 = -7$) compensa o valor recolhido pelo banco. Isso acontece porque o IVA é um imposto que não onera as empresas e sim o consumidor. Desta forma, a empresa tomadora do empréstimo, por exemplo, irá em tese dar sequência na cadeia produtiva “empurrando” o imposto até o consumidor.

O método do fluxo de caixa resolve o problema de individualizar as operações (compatível com a emissão de notas fiscais por operação), evita a tributação da poupança e do prêmio do risco (perda no recebimento de créditos), e, além disso, permite excluir a tributação no caso das exportações dos serviços financeiros.

No entanto, o método tem dois problemas que chamam a atenção:

a) Os fluxos de capital geram débitos e crédito de IVA. Uma empresa que toma o dinheiro emprestado de um banco estará sujeita a um débito de IVA de valores substanciais. Ainda que ao final do ciclo, com a quitação do empréstimo, o valor se compense, o impacto no caixa das empresas é importante;

b) Implementação e alteração de alíquotas. Para entender este problema, vamos simular que logo após a implementação do IVA uma empresa tenha que pagar um empréstimo que foi

concedido antes da vigência da cobrança do IVA. Esta empresa irá receber um substancial valor de crédito, sem que tenha feito um débito quando recebeu o empréstimo.

Algumas alterações no método têm sido sugeridas¹¹ para aperfeiçoar este método, no entanto, não se tem conhecimento de um país que tentou implementar tal método.

3) Método de Subtração

Este método faz o cálculo da margem de forma agregada¹², evitando os problemas de volumes de débitos e créditos do IVA que impactam o caixa das empresas decorrente no método fluxo de caixa. O presente método pode ser adotado facilmente e não enfrenta problemas quando da mudança de alíquotas.

O cálculo da margem agregada pode ser assim detalhado:

Adições

Juros Recebidos +Ganhos de capital (ativos financeiros)
+Dividendos Portfólio + Resultado positivo na operação com títulos
e valores mobiliários + Resultado Positivo na Operação de Câmbio
+ Outros ganhos

Deduções

Juros Pagos +Perdas de capital (ativos financeiros)+ Resultado negativo na operação com títulos e valores mobiliários + Resultado Negativo na Operação de Câmbio

Será necessário fazer ajustes para os valores não recebidos (bad debits) concedendo um crédito fiscal equivalente aos valores não recebidos multiplicado pela alíquota do imposto.

O resultado desta conta se aproxima da margem a ser tributada. Diferente do método de fluxo de caixa, este formato só faz sentido se aplicável a empresas cuja principal função seja a

¹¹ Uma das alternativas é o Tax Calculation Account Method (TCA), onde os movimentos dos capitais não atraem a tributação do IVA.

¹² Este método tem similaridade aquele que é utilizado no Brasil para o pagamento de PIS/COFINS.

prestação de serviços financeiros¹³, tais como instituições financeiras sobre a supervisão das autoridades monetárias.

O estudo preparado pela Ernest Young para a União Europeia¹⁴, que utilizamos para demonstrar este método, aplica alguns ajustes ao cálculo acima a fim de corrigir algumas distorções no cálculo da margem de intermediação.

Um primeiro ajuste deve ser feito em relação ao recurso utilizado para fazer aplicações em investimentos não financeiros¹⁵. Se estes investimentos utilizam os recursos captados junto ao público, haveria uma dedução da base sem a correspondente adição à base. O formato de ajuste poderia ser através de uma taxa básica de juros (selic) aplicada sobre os investimentos não financeiros, sendo que o resultado serviria para reduzir as deduções da base.

Outro ajuste complementar ao mencionado acima se refere ao capital (PL) da instituição financeira. Este recurso pode ser utilizado para realizar empréstimos e auferir juros. No entanto, não se trata de um serviço de intermediação, pois a instituição está usando capital próprio. O ajuste neste caso deve ser feito por meio da aplicação da taxa básica de juros (selic) sobre o patrimônio líquido, sendo que o valor resultante deve ser excluído da base na parte das adições.

Os referidos ajustes podem ser assim apresentados:

Ajuste = ((PL) – (Investimento não financeiro)) x taxa básica de juros

O valor resultante deve representar uma dedução da base se for positiva, ou adição se for negativa.

¹³ VALUE ADDED TAX - A study of Methods of Taxing Financial and Insurance Services – Um estudo realizado pela EY para a União Européia – 1996 – page 59.

¹⁴ Veja nota 11

¹⁵ Estes investimentos seriam não relacionados às atividades financeiras, por exemplo, participação societária em uma fábrica de papel. Nesta mesma categoria podemos adicionar o valor emprestado para uma subsidiária do Banco que não tem atividade financeira.

O modelo de subtração tem a mesma dificuldade para determinar a margem por operação do que o método da nota fiscal e o método da adição. No entanto, a utilização do modelo na prestação de serviço ao consumidor final seria eficiente, visto que não é necessário individualizar as operações. A combinação deste modelo para consumidores finais e alíquota zero para as empresas contribuintes do IVA resultaria em um sistema bastante neutro e eficiente. Todos os créditos seriam tomados sem restrição e não haveria nem mesmo perda de receitas públicas, visto que a alíquota zero para as empresas não reduz arrecadação.

V – Os Modelos aplicados na prática – defeitos e virtudes

Boa parte dos países que adotam o IVA isentam os serviços financeiros. Como exposto na sequência deste trabalho existem variações importantes deste formato, onde por vezes se tributam os serviços remunerados por taxas e tarifas. A tributação da margem de intermediação pelo IVA ainda é uma exceção¹⁶.

A isenção gera distorções no sistema. Neste cenário, o tomador do empréstimo não se creditará em razão da isenção e não terá direito ao crédito do imposto pago pelo banco sobre seus insumos. Este imposto não creditável fica “encalhado” como custo na cadeia produtiva. Como resultado, no fim da cadeia, a alíquota efetiva da empresa que tomou o empréstimo será maior do que aquelas aplicáveis às demais que não se utilizaram do sistema financeiro. Já nas operações bancárias com pessoas físicas, contribuintes de fato do IVA, o modelo de isenção resulta em alíquota efetiva menor do que a estatutária, pois a tributação não é exercida na última etapa.

A isenção distorce os preços dos produtos e serviços seja para empresa, mais caro, como para consumidores, mais barato.

¹⁶ Na verdade, a tributação do PIS COFINS no Brasil tributa um valor muito próximo da margem de intermediação, mas não permite a dedução dos créditos do imposto pago sobre insumos. Também não gera crédito para as próximas etapas da cadeia.

Neste sentido, o crédito ao consumidor se tornaria mais barato o que pode ter efeitos no crescimento do crédito.

Além disso, a isenção estimula os bancos a internalizarem algumas atividades (self supply), pois assim evitam o pagamento do IVA em relação ao qual não poderão se creditar.

Outra distorção ocorre quando as tarifas são tributadas e os serviços de margem estão isentos. A tendência neste caso é que parte dos serviços de tarifa deixem de ser cobrados em detrimento do aumento da margem.

Fundos de investimento e bolsas

A tributação das taxas de administração e gestão dos fundos de investimento pelo IVA funcionaria bem quando o usuário do serviço for um consumidor final.

No entanto, no caso das empresas a cobrança pode gerar cumulatividade. Olhando a cadeia de produtiva, a incidência do IVA sobre estes tipos de serviço pode, em certos casos, gerar um problema de transmissão de créditos para os tomadores do serviço. Os fundos investimentos em muitas oportunidades aplicam seus recursos em cotas de outros fundos. Os serviços de administração e gestão são cobrados por todos os fundos envolvidos no investimento. Como identificar o IVA pago pelo “2º fundo investido” e atribuir o crédito (se for o caso) ao investidor do “1º fundo investido” é um problema de difícil resolução na prática.

Uma vez que os fundos não têm personalidade jurídica¹⁷ e não serão, em princípio, contribuintes, o IVA incidente sobre serviços, como por exemplo, de liquidação de uma opção deveria gerar crédito para os investidores. Determinar os valores de crédito a ser distribuído entre os investidores dos fundos será tarefa bastante complexa.

¹⁷ Em alguns países os fundos são constituídos sob a forma de entidades empresariais.

Na bolsa de valores e de mercantis e futuros o problema é semelhante. Os diversos arranjos de investimentos dificultam que impostos cobrados nestas operações sejam utilizados como crédito pelas empresas.

Além disso, uma eventual cobrança do IVA sobre estas operações deverá prever que as empresas podem tomar o crédito do imposto pago, isto porque algumas legislações restringem a tomada de crédito por não se tratar de serviço diretamente vinculado ao fornecimento do produto final¹⁸.

VI – Análise comparativa do IVA sobre serviços financeiros

O presente trabalho escolheu quatro países para fazer a análise comparativa: Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália e África do Sul. Estes países têm distinções que justificam a sua comparação. Também faremos uma explanação geral do modelo de tributação na União Europeia.

O Reino Unido (RU), a despeito de ter se retirado do Bloco Europeu, ainda adota o modelo da União Europeia de isentar quase todos os serviços financeiros, tanto os cobrados por tarifas e taxas quanto aqueles remunerados por margem.

Austrália (AUS) também isenta os serviços financeiros, porém exclui alguns serviços que são remunerados por taxas. A fim de evitar a internalização dos serviços antes fornecidos por terceiros¹⁹, a legislação permite que se tome 75% de créditos sobre determinados serviços utilizados para fornecer serviços financeiros.

A Nova Zelândia (NZ) adota o regime de isenção para os serviços financeiros, porém também tem uma lista mais limitada de serviços. A principal diferença do regime da NZ é que os serviços destinados a contribuintes do IVA (empresas) são tributados à alíquota zero, podendo tomar créditos em relação aos bens e serviços utilizados na referida prestação.

¹⁸ Veja mais à frente na descrição do regime da África do Sul caso como este.

¹⁹ Veja item VII acima.

Já a África do Sul (AS) tem o regime de isenção para serviços de intermediação, cobrando IVA sobre os serviços financeiros remunerados por tarifas e taxas.

Na comparação entre os sistemas acima, um ponto que deve se destacar é a definição legal de serviço financeiro, pois as isenções só se aplicam aos serviços listados.

1) União Europeia

A tributação do VAT nos países integrantes da União Europeia deve seguir as regras estabelecidas pela Directive 2006/112/EC. A despeito da diretiva cada país tem uma lei que regula a cobrança do VAT. Estas leis podem interpretar a Diretiva e, eventual discordância, pode ser resolvida pela Court of Justice da União Europeia.

O artigo 135(1) de (a) até (g) estabelece os serviços financeiros que são isentos na UE. Importante lembrar que o texto é mandatório no sentido de que os Estados Membros são obrigados²⁰ a conceder a isenção.

Seguros são isentos de acordo com a alínea (a). Já a concessão de crédito está mencionada na letra (b)²¹. Os típicos serviços bancários remunerados por tarifas também estão isentos, exceto a cobrança de débitos²². Operações com moeda estrangeira e ouro também estão isentas.

Bolsas de Valores e Mercantis - UE

As Bolsa de Valores e Mercantis tem isenção determinada em relação a negociação de títulos e valores mobiliários, exceto²³:

²⁰ Article 135 - 1. Member States shall exempt the following transactions:

²¹ (b) the granting and the negotiation of credit and the management of credit by the person granting it;

²² (d) transactions, including negotiation, concerning deposit and current accounts, payments, transfers, debts, cheques and other negotiable instruments, **but excluding debt collection;**

²³ (f) transactions, including negotiation but not management or safekeeping, in shares, interests in companies or associations, debentures and other securities,

- títulos que representam direitos de propriedades de bens;
- títulos que representam direito de uso de imóveis e direito de posse e propriedade de bens imóveis.

Fundos de Investimento - UE

O texto da Diretiva diz que são isentos o “management” dos fundos especiais de investimento (Special Investment Funds SIF). Neste caso, os países membros têm liberdade de definir os tipos de fundos que poderão usufruir da isenção²⁴. Em geral o conceito dos SIF está vinculado a fundos coletivos e abertos, embora existam exceções.

A alínea (f) do artigo 135 da Diretiva também pode ser aplicada no caso de fundos, onde por exemplo a execução da compra e venda de ações dentro de um fundo estaria acobertada pela isenção. Já o management é muito mais vinculado a gestão dos fundos, porém a isenção, como já foi afirmado, só deve ser aplicada se a gestão se relacionar a fundos classificados como SIF²⁵.

Neste tema dois julgamentos da CJ podem se destacar. Um deles envolvendo o Deutsche Bank AG²⁶ que prestava serviços para um portfólio que não se enquadrava no conceito de SIF. O banco cobrava um fee para aconselhar quais títulos iriam ser comprados e vendidos (gestão), e um outro fee para executar a compra e venda dos referidos títulos (abrangido na isenção prevista na alínea (f) do art. 135(1)). A Corte concluiu que embora os fees fossem separados, as atividades eram tão conexas que de fato eram uma só, e que a

but excluding documents establishing title to goods, and the rights or securities referred to in Article 15(2);

²⁴ (g) the management of special investment funds as defined by Member States;

²⁵ The VAT Committee almost unanimously confirms that in accordance with settled case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), services consisting in the provision of investment advice by a taxable person (“advisory person managing a special investment fund (“management company”) shall be exempt on the basis of Article 135(1)(g) of the VAT Directive, provided that such advisory services form a distinct whole and are specific to and essential for, the management of such special investment funds.

²⁶ Case C-44/11 - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0044>

mais importante seria a gestão e que esta não seria isenta por não estar vinculada a um SIF.

Um outro julgamento da CJ resultou em importantes alterações na abrangência da isenção para os gestores dos fundos²⁷. A Corte admitiu que serviços essencialmente ligados à gestão dos fundos (SIF), tais como preparação de cálculos e entrega de declarações fiscais, também estarão isentos ainda que prestados por terceiros.

Regime Optativo de Tributação

O artigo 137(1)(a) da Diretiva Europeia permite que os Estados Membros concedam aos contribuintes a opção de tributar as transações financeiras mencionadas no artigo 135 (b) até (g), exceto as operações de seguro. Alguns países estabelecem esta possibilidade.

2) Reino Unido (RU)

O RU utiliza o regime geral de isenção para os serviços financeiros, mas também aplica a alíquota zero para algumas operações de bolsa. A definição dos serviços financeiros é ampla, mas comporta exclusões.

A atividade bancária de intermediação financeira, assim como, os serviços cobrados através de tarifas estão isentos²⁸. No caso da concessão de crédito, uma das disposições permite que qualquer intermediário também estará ao abrigo da isenção²⁹.

A despeito do conceito de intermediário acima, existe uma definição específica de intermediário, assim não é qualquer serviço terceirizado relacionado com serviços isentos é que pode ser qualificado como intermediário.

²⁷K (C-58/20), DBKAG (C-59/20) - 17/06/2021

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0058&from=EN>

²⁸ Value Added Tax Act 1994 – Schedule 9, Group 5 - 2. The making of any advance or the granting of any credit; 8. The operation of any current, deposit or savings account.

²⁹ 5. The provision of intermediary services in relation to any transaction comprised in item 1, 2, 3, 4 or 6 (whether or not any such transaction is finally concluded) by a person acting in an intermediary capacity

Alguns serviços são expressamente excluídos da isenção. Exemplos de serviços não isentos³⁰: serviço de contador, cobrança de débitos, leasing de equipamentos, serviços de registros, cofres ou transporte de instrumentos financeiros, serviços de administração e pagamento de salários.

Em tese qualquer contribuinte pode fornecer serviços financeiros, visto que a legislação do VAT define serviço financeiro, mas não condiciona a isenção a que este seja prestado por uma instituição regulada por agências governamentais. Desta forma, é comum termos contribuintes que fornecem serviços financeiros isentos e ao mesmo tempo forneça bens e serviços tributáveis. O crédito é permitido em relação à parte tributada do fornecimento. O cálculo do crédito deve seguir uma ordem, sendo que inicialmente deve-se separar os bens utilizados somente para os serviços isentos (onde não há crédito) e aqueles somente utilizados para o fornecimento tributado. No caso de bens utilizados de forma comum pelos dois tipos de fornecimento, o crédito deverá ser apropriado com base na proporção das receitas de cada fornecimento³¹.

Bolsas de Valores - RU

Em geral as taxas cobradas por Bolsa de Valores entram igualmente na isenção para serviços financeiros³². Desta forma, as tarifas ou taxas decorrentes de negociação no mercado de bolsa são isentas. No entanto, as tarifas cobradas para fazer parte da Bolsa são tributáveis.

Bolsas Mercantis e Futuros - RU

³⁰ VAT Notice 701/49 - <https://www.gov.uk/government/publications/vat-notice-70149-finance/vat-notice-70149-finance>

³¹ VAT Notice 706 - <https://www.gov.uk/guidance/partial-exemption-vat-notice-706>

³² 5. The provision of intermediary services in relation to any transaction comprised in item 1, 2, 3, 4 or 6 (whether or not any such transaction is finally concluded) by a **person acting in an intermediary capacity**.

6. The issue, transfer or receipt of, or any dealing with, any security or secondary security being -

(a) shares, stocks, bonds, notes (other than promissory notes), debentures, debenture stock or shares in an oil royalty, or

Se a entidade atua como intermediário entre as partes de derivativos financeiros, cuja liquidação seja feita através de pagamentos em dinheiro (cash settled) ou através da entrega de títulos e valores mobiliários, as tarifas ou taxas cobradas estarão isentas do IVA.

No caso de derivativos de um ativo commodity (produto agrícola, metais, etc.) será aplicada alíquota zero na maioria dos casos, sendo permitido o crédito. A condição para a aplicação da alíquota zero depende se em um contrato futuro, por exemplo, as duas partes são membros de uma bolsa relevante³³, se uma das partes não for membro da bolsa e não houver entrega física do ativo, a alíquota zero ainda prevalece. Da mesma forma, os intermediários (as bolsas) também terão suas tarifas tributadas à alíquota zero se as mesmas condições acima forem cumpridas.

Fundos de Investimento – RU

Seguindo a regra da União Europeia, o Reino Unido lista diversos fundos de investimentos que podemos ser classificados como SIF (Special Investment Funds). A administração e gestão dos referidos fundos podem ser enquadrados na isenção dos serviços financeiros.

Inicialmente, alguns fundos foram listados, em geral abertos (Open Ended Investment Company). No entanto, após o CJ ter julgado o caso³⁴ “Claverhouse” (2008), foi permitida a inclusão pelos Estados Membros de alguns tipos de fundos fechados (closed-ended investment funds) na classificação de SIF. A inclusão destes fundos deveria levar em consideração o propósito da isenção e o princípio da neutralidade³⁵. Em 2020 foi incluído a gestão dos fundos de pensão qualificados na lista de isenção.

³³ Vide nota 21.

³⁴ Claverhouse’ case C-363/05

³⁵ O princípio da neutralidade fiscal busca influenciar o menos possível as decisões dos agentes econômicos.

Cabe ressaltar que não se enquadram na isenção a consultoria ou a gestão de portfólios de investimentos de clientes individuais³⁶.

3) Austrália (AUS)

A Austrália utiliza como base o regime da isenção, mas com várias alterações se comparado ao modelo europeu. A lista de serviços isentos é bem menos compreensiva e ainda conta com uma lista de serviços que não se enquadram na isenção³⁷. A maior parte dos serviços cobrados por tarifas que não envolvem intermediação são tributados normalmente pelo Goods and Services Tax (GST).

Em contraposição à União Europeia somente seguro de vida é isento, os demais tipos de seguro estão sujeitos à tributação. Para garantir a neutralidade, os fundos de pensão e arranjos semelhantes estão também isentos.

A atividade de intermediação financeira está isenta, assim como a manutenção de conta-corrente. No entanto, as tarifas para fornecimento de cheques são tributadas. As prestações de serviço relacionadas com cartão de crédito são isentas do GST, assim como, as operações com moedas, inclusive digitais³⁸.

Uma parte importante ponto no sistema australiano é o fornecimento de serviço incidental. Este serviço pode até estar na lista de serviços tributados, mas caso seja fornecido pela mesma entidade que fornece serviço isento sem que seja cobrado em separado, o fornecimento incidental será considerado parte do fornecimento isento.

Crédito reduzido para atividades isentas

³⁶ São ainda excluídos da isenção serviços relacionados a fusão e aquisições e consultoria referente a investimento, finanças e tributação ainda que relacionados a serviços financeiros isentos.

³⁷ REG 40.5.12 - What supplies are not financial supplies
For the purposes of subsection 40-5(2) of the Act, a supply mentioned in section 40-5.09 of this instrument is not a financial supply if it is the supply of something, or an interest in or under something, that is mentioned in an item in the following table.

³⁸ 9 - Australian currency, the currency of a foreign country, digital currency, or an agreement to buy or sell any of these 3 things.

Caso um fornecedor de serviços financeiros isentos utilize serviços listados na lei australiana será possível tomar crédito de 75% do imposto cobrado na aquisição dos referidos serviços.

A implementação deste creditamento visa evitar o comportamento de internalizar atividades em razão da isenção dos serviços financeiros.

Apesar da lista de serviços objeto de créditos reduzidos ser extensa, o enquadramento em cada item gera dúvidas e insegurança jurídica.

Bolsa de Valores e de Mercantil e Futuros

Os serviços fornecidos pelas Bolsas de Valores e de Mercantil e Futuro são tributados pelo GST³⁹.

Fundos de Investimento

As taxas e tarifas cobradas pelos fundos de investimento são tributados pelo GST. A única exceção são os fundos de aposentadoria⁴⁰ que são isentos.

4) Nova Zelândia (NZ)⁴¹

O sistema da Nova Zelândia (NZ) tem como regra geral a isenção (14(1)(a)) no fornecimento de serviços financeiros, especialmente aqueles voltados para a intermediação financeira. De forma semelhante ao que faz a Austrália a definição dos serviços financeiros exclui muitos dos serviços remunerados por tarifas ou taxas. No entanto, atividades tipicamente de banco, ainda que cobrada por

³⁹ REG 40.5.12 - Supplies that are not financial supplies Supply of, or supply of an interest in or under ...

Facilities for:

(a) trading securities or derivatives; and
(b) clearance and settlement of those trades

⁴⁰ A regulated superannuation fund, an approved deposit fund, a pooled superannuation trust or a public sector superannuation scheme within the meaning of the Superannuation Industry (Supervision) Act 1993, or a retirement savings account within the meaning of the Retirement Savings Accounts Act 1997

An annuity or allocated pension

⁴¹ O texto contém referência à legislação da NZ que estão entre parêntesis.

tarifas são isentas. Tarifas e taxas cobradas por Bolsa de Valores também são isentas⁴².

O fornecedor dos serviços isentos pode optar (20F) em aplicar a alíquota zero (11 (1)(q) e (r)) quando o fornecimento for destinado a outros contribuintes.

O objetivo da aplicação da alíquota zero é evitar que o imposto cobrado sobre os insumos dos fornecedores de serviços financeiros se transforme em custo para a etapa seguinte da cadeia produtiva. No entanto, um sistema onde o fornecimento é parcialmente isento e parcialmente tributado à alíquota zero dependendo do destinatário implica em traçar uma linha entre os dois tipos de destinatários dos serviços. Nas operações do dia a dia a aplicação prática traz incertezas ao fornecedor dos serviços financeiros, pois a cada operação ele deve verificar se o destinatário está enquadrado nas respectivas definições.

⁴² For the purposes of this Act, the term financial services means any 1 or more of the following activities:

- (a) the exchange of currency
- (b) the issue, payment, collection, or transfer of ownership of a cheque or letter of credit:
- (d) the issue, allotment, or transfer of ownership of an equity security or a participatory security:
-
- (i) the provision, or transfer of ownership, of a life insurance contract or the provision of re-insurance in respect of any such contract:
- (i) the contract does not provide for the delivery of a commodity; or
- (ii) the contract provides for the delivery of a commodity and the supply of the commodity is an exempt supply; or
- (iii) the contract provides for the delivery of money or cryptocurrency:
- (kaa) the provision or transfer of ownership of a financial option:
- (kaab) the provision or transfer of ownership of an option over cryptocurrency:
- (ka) the payment or collection of any amount of interest, principal, dividend, or other amount whatever in respect of any debt security, equity security, participatory security, credit contract, contract of life insurance, retirement scheme, financial option, or futures contract:
- (l) agreeing to do, or arranging, any of the activities specified in paragraphs (a) to (ka), other than advising thereon:
- (lb) arranging the provision, or transfer, of ownership of cryptocurrency:

Em princípio, a definição poderia ser simples, isto é, se o destinatário for registrado como contribuinte do GST a alíquota a ser aplicada é zero. No entanto, se, por exemplo, o destinatário inscrito tiver apenas 10% das operações sujeitas ao GST, deveria ser aplicada a alíquota zero? Este destinatário poderia fornecer serviços financeiros para pessoas físicas (isentas), mas conseguiria recuperar o crédito, ou ainda, poderia aplicar o recurso em outras atividades não sujeitas ao GST (ex: aplicações financeiras).

Desta forma, a NZ estabeleceu que o destinatário deva fornecer no mínimo 75% de operações sujeitas ao GST para que a alíquota zero seja aplicada. A complexidade operacional neste caso decorre da obrigação do fornecedor de serviços financeiros checar as condições da alíquota zero para cada operação. A tributação de toda a base evitaria este compliance.

A NZ também aplica a alíquota zero no fornecimento de serviços financeiros a outro fornecedor destes mesmos serviços desde que este último esteja provendo serviços à alíquota zero ((11 (1)(r)) e (20C).

Adicionalmente, é necessário definir um método para o creditamento parcial em relação as operações que são tributadas à alíquota zero. Existem dois métodos:

a) Se mais de 50% do fornecimento do contribuinte é de fornecimento tributável, então o crédito deverá ser integral (20(3)(a) e (b), 21), devendo ser feito o ajuste (estorno) posteriormente com base nos métodos demonstrados a seguir;

b) As empresas que tiverem menos de 50% dos fornecimentos sujeitos ao GST, deverão escolher uma das três possibilidades abaixo para se creditar:

b.1) Actual use – identificando o quanto de cada insumo foi utilizado nos fornecimentos tributáveis (incluindo alíquota zero) e os não tributáveis (isentos);

b.2) Turnover Method – Valor total de fornecimento tributável/ Valor total de fornecimento;

b.3) Alternative Method – Método sugerido pelo contribuinte e aprovado pela Agência Tributária (Inland Revenue) de NZ.

Bolsa de Valores e de Mercantil e Futuros

Os serviços fornecidos pelas Bolsas de Valores e de Mercantil e Futuro não são tributados pelo GST da NZ⁴³. Da mesma forma, as Bolsas poderão optar pela aplicação de alíquota zero quando estão fornecendo serviços para empresas contribuintes do GST que preencham as condições acima transcritas.

Os contratos da Bolsa de Mercantil e Futuros que estabeleça a entrega física do produto (comodity) deverá ser tributado pelo GST.

Fundos de Investimento

As taxas e tarifas cobradas pelos fundos de investimento são tributados pelo GST. A única exceção são os fundos de aposentadoria que são isentos visto que o seguro de vida também é isento⁴⁴.

Este tratamento pode ser revisto conforme consulta pública⁴⁵ aberta em setembro de 2022.

Os honorários de consultoria financeira também são tributados.

5) África do Sul (AS)

A África do Sul (AS) adota o modelo de isenção para serviços financeiros⁴⁶. No entanto, existe um dispositivo estipulando

⁴³ (d) the issue, allotment, or transfer of ownership of an equity security or a participatory security:

(l) agreeing to do, or arranging, any of the activities specified in paragraphs (a) to (ka), other than advising thereon:

⁴⁴ (i) the provision, or transfer of ownership, of a life insurance contract or the provision of re-insurance in respect of any such contract:

(j) the provision, or transfer of ownership, of an interest in a retirement scheme, or the management of a retirement scheme:

⁴⁵ <https://www.taxpolicy.ird.govt.nz/-/media/project/ir/tp/publications/2022/2022-ir-gst-managed-funds/2022-ir-gst-managed-funds-1-submissions-pub001-017.pdf?modified=20220916000008>

⁴⁶ 2 (1) For the purposes of this Act, the following activities shall be deemed to be financial services:

(a) The exchange of currency (whether effected by the exchange of bank notes or coin, by crediting or debiting accounts, or otherwise);

que no caso de algum item da lista de serviços financeiros for remunerado por tarifa ou taxa, o referido item não será considerado serviço financeiro para fins da isenção⁴⁷. Assim, a legislação da África do Sul estipula a cobrança do VAT sobre todos os serviços remunerados por tarifas e taxas.

Uma das consequências deste sistema é tentar transformar serviços financeiros tarifados para serviços remunerados pela margem (isentos). Assim, em um empréstimo ao invés de ser cobrado a taxa de abertura de crédito aumenta-se a taxa de juros cobrada. Este tipo de comportamento é limitado pela natureza dos serviços prestados.

Bolsa de Valores e de Mercantil e Futuros

Os serviços fornecidos pelas Bolsas de Valores e de Mercantil e Futuro são tributados pelo VAT Sul Africano.

Fundos de Investimento

As taxas e tarifas cobradas pelos fundos de investimento são tributados pelo VAT. A única exceção são os fundos de aposentadoria que são isentos em razão da isenção aplicada aos seguros de vida.

(b) the issue, payment, collection or transfer of ownership of a cheque or letter of credit;

(c) the issue, allotment, drawing, acceptance, endorsement or transfer of ownership of a debt security;

(d) the issue, allotment or transfer of ownership of an equity security or a participatory security;

.....

(f) the provision by any person of credit under an agreement by which money or money's worth is provided by that person to another person who agrees to pay in the future a sum or sums exceeding in the aggregate the amount of such money or money's worth;

⁴⁷ Provided that the activities contemplated in paragraphs (a), (b), (c), (d) and (f) shall not be deemed to be financial services to the extent that the consideration payable in respect thereof is any fee, commission, merchant's discount or similar charge, excluding any discounting cost.

Fornecimento para serviços financeiros isentos – cumulatividade⁴⁸

Existem alguns problemas relativos à cumulatividade que podem surgir pela isenção do mercado financeiro. O problema pode ser ilustrado por um julgamento ocorrido na África do Sul.

Uma das isenções previstas na legislação se refere a reestruturação de débito. Uma empresa contratou serviços de consultoria e negociação para realizar os trabalhos. As autoridades tributárias entenderam que o VAT cobrado por estes consultores não poderia ser creditado uma vez que o fornecimento é isento (sem direito de crédito). Além disso também foi alegado que os serviços de consultoria para reestruturar o débito não é vinculado com o fornecimento de bens e serviços da empresa.

O problema não é só local, existem alguns julgamentos da corte europeia neste sentido⁴⁹. Do ponto de vista de política tributária, a legislação deveria prever expressamente esta possibilidade de crédito.

⁴⁸ Case no 435/2020 - <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Judgments/SCA/DRJ-SCA-2021-03-CSARS-v-Tourvest-Financial-Services-Pty-Ltd-435-2020-2021-ZASCA-61-25-May-2021.pdf>

⁴⁹ European Court of Justice (ECJ) case of BLP Group plc v Commissioners of Customs and Excise [1995] ECR I-0983 (BLP case) and ITC 1744 i.

14. POSSÍVEIS IMPACTOS DA REFORMA TRIBUTÁRIA NO AGRONEGÓCIO¹

Introdução

O agronegócio é um dos setores mais relevantes da economia brasileira, tendo também um grande peso favorável para a balança comercial do país. Entre 2002 e 2012, houve um crescimento no chamado PIB agrícola de R\$ 122 bilhões para R\$ 500 bilhões, o que equivale ao PIB da Argentina² e a quase 25% do PIB brasileiro³. Em estudo de abril 2023, o Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA) aponta que operações de exportação oriundas do agronegócio brasileiro correspondem a quase 15 bilhões de dólares, com

¹ Capítulo preparador por **Caio Cezar Soares Malpighi**: Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), pesquisador do Núcleo de Pesquisas do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado (Nupem) do IBDT e do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito/SP), advogado em São Paulo; e **Leonardo Aguirra de Andrade**: Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LLM pela Georgetown University. Coordenador do grupo de estudos “Tributos sobre o Consumo” do NUPEM/IBDT, advogado em São Paulo.

² Canal Rural. Agronegócio no Brasil equivale ao PIB da Argentina, fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/agronegocio-no-brasil-equivale-ao-pib-da-argentina/>>.

³ Canal Rural. Agronegócio deve responder por 24,5% do PIB do Brasil em 2023, junho de 2023. Disponível em: <<https://www.canalrural.com.br/agronegocio/agronegocio-deve-responder-por-245-do-pib-do-brasil-em-2023/>>

um superávit acumulado nos últimos 12 (doze) meses de mais de 140 bilhões de dólares⁴.

Logo se vê que o agronegócio é um setor primordial à economia brasileira, responsável também pela geração de emprego, renda e contribuindo ainda significativamente para o equilíbrio fiscal do Estado brasileiro. Por fim – mas não menos importante –, atribui-se ao agronegócio o mérito de produzir os produtos que garantem a subsistência alimentar das famílias brasileiras.

Apesar dessa força motora do agro para a economia pátria, também é importante a consideração de que o agronegócio possui particularidades próprias, que o deixa suscetível a externalidades econômicas que afetam as suas curvas de oferta e demanda. Exemplo disso é a sazonalidade das safras nas fases de produção e pré-produção⁵; a variação cambial; a volatilidade nos preços das *commodities*, em virtude de intercorrências climáticas, geopolíticas, biológicas, que justificam a adoção das cláusulas de *washout*⁶ e captação de recursos de terceiros para financiamento da produção.

Em virtude de todos esses predicados do agro, bem como das externalidades econômicas por ele enfrentadas, a política fiscal adotada pelo Brasil tem se preocupado em garantir uma

⁴ IPEA. Comércio Exterior do agronegócio: abril de 2023. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/comercio-exterior-do-agronegocio/>>

⁵ PINTO, Francisco Alberto. Sazonalidade na Agricultura. Rev. de Economia Agrícola, São Paulo, v. 61, n. 1, p. 63-93, jan./jun. 2014. Disponível: <<http://www.ica.sp.gov.br/ftpica/publicar/rea2014-1/rea4.pdf>>

⁶ Conforme especialistas em Direito do Agronegócio, “*Esse dispositivo contratual tem como principal função proteger a entrega das commodities negociadas, impedindo ou, ao menos, tornando inoportuno que o produtor de grãos redirecione a oferta. A cláusula impõe, nesse sentido, que o vendedor cubra os custos do próprio inadimplemento, ou seja, ele deverá pagar o valor correspondente à diferença do preço estipulado no contrato e o preço de mercado. Logo, vê-se clara a intenção de preservar os elos posteriores da cadeia produtiva e honrar os compromissos firmados pela trading.*” in MARQUES, Isabela Mendes e JOVILANO, Pedro. Análise da cláusula de washout nos contratos de compra e venda futura de safra. Disponível: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/382319/analise-de-washout-nos-contratos-de-compra-e-venda-futura-de-safra>>

competitividade ao setor no mercado externo, visando desonerar ao máximo o custo tributário da produção agrícola, incentivando assim a sua exportação. Afinal, conforme elucida o Professor Luís Eduardo Schoueri⁷, a tributação possui, dentre suas funções fiscais, a alocativa e estabilizadora, sendo que, pela primeira, se induz comportamentos, estimulando ou desestimulando determinada atividade econômica; e, pela segunda, se busca elevar a eficiência econômica (e.g. estabilidade no nível de preços).

No contexto político, é notável a relevância da chamada bancada do agro no Congresso Nacional. Hoje, a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) conta com 280 congressistas, sendo 241 deputados federais e 39 senadores⁸. A força política da bancada do agro tem se materializado em diversos benefícios fiscais e tratamentos tributários favorecidos no Brasil.

Assim, existem regimes de diferimento ou suspensão do pagamento de ICMS e de PIS/COFINS para os fornecedores de *commodities* utilizadas como insumos pelos agroindustriais⁹, isenções de ICMS para agricultura ou agroindústria familiar (tal como o Convênio ICMS nº 102/2021), assim como são diversos os regimes estaduais de redução da base de cálculo de ICMS (tais como os Convênios ICMS nºs 52/91 100/97), ou ainda créditos presumidos de ICMS para produtos agrícolas e agropecuários. Também se destaca – embora não aplicável apenas ao agro, mas para todas as companhias exportadoras de bens manufaturados – o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras (Reintegra), que visa reduzir o custo dos produtos exportados em função da cumulatividade do nosso atual sistema tributário.

Nesse cenário, é oportuno analisar os eventuais impactos da reforma na tributação do consumo, atualmente em debate no

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12ª Ed. São Paulo, 2023. p. 21.

⁸ Suinocultura industrial. Bancada do agro deve ser fortalecida em 2023. Disponível em: <<https://www.suinoculturaindustrial.com.br/imprensa/bancada-do-agro-deve-ser-fortalecida-em-2023/20221021-082804-c864>>

⁹ Como exemplo, destacam-se o art. 9º da Lei nº 10.925/2004 e o art. 54 da Lei nº 12.350/2010.

Congresso Nacional à luz do texto da PEC nº 45/2019, que foi aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados e está atualmente pendente de análise pelo Senado Federal. Isso porque a referida reforma na tributação do consumo culmina na revogação tributos pelos quais, ao longo dos anos, instituíram-se benefícios fiscais setoriais (incluindo aí os benefícios destinados ao Agronegócio), em favor da implementação de um novo modelo, mais simplificado e neutro.

O presente artigo se propõe, portanto, a analisar de forma crítica os impactos (positivos e negativos) da mudança proposta, especificamente, para o agronegócio brasileiro, bem como apresentar sugestões de aprimoramento com base nos problemas técnicos identificados na proposta de reforma tributária em debate.

Benefícios do IBS ao agronegócio

A. Não cumulatividade plena

Apesar de o título principal desta seção tratar dos “benefícios” que a instituição do IBS traria ao setor do agro, não trataremos aqui de nenhum benefício fiscal (na sua acepção técnica), mas sim de benefícios decorrentes da simplificação proposta.

Como se sabe, atualmente, a tributação do consumo no Brasil não está alinhada, integralmente, com o princípio da não cumulatividade. Isto é, apesar de existirem incidências plurifásicas com estrutura não cumulativa (como no caso do ICMS, IPI, PIS e COFINS), as várias restrições legais e as limitações criadas – por meio de interpretação – pela Administração Tributária quanto à apropriação de créditos de entrada quando da apuração destes tributos pelos contribuintes gera distorções na efetivação da não cumulatividade. Além disso, a segregação entre a tributação de mercadorias (tributadas pelo ICMS, não cumulativo) e a tributação de serviços (tributados pelo ISS, cumulativo) também cria obstáculo à não cumulatividade da perspectiva do comerciante de mercadorias que tomadora serviços, cuja tributação – pelo ISS – não lhe gera créditos na apuração de ICMS. Com isso, nota-se um efeito cumulativo ao longo da

cadeia de circulação de produtos e serviços, até o atingimento da renda do consumidor final ou da etapa de exportação. Dessa maneira, a produção agrícola fica mais cara, dotadas de preços em cuja composição há tributos implícitos e, assim, é quase impossível saber a carga tributária efetiva arcada pelo consumidor final ou incluída no preço de exportação.

Com a proposta atualmente em pauta no Congresso Nacional (PEC n 45/2019), o IBS e a CBS a serem instituídos teriam como pressuposto básico uma não cumulatividade plena, de modo a permitir que toda a carga tributária assumida indiretamente na aquisição de bens e serviços para a venda posterior de bens ou prestação de serviços pudesse ser apropriada como crédito de entrada pelo agente presente no meio da cadeia de produção. Isso ficará resguardado, em nível constitucional, caso o Senado Federal chamele o texto da PEC nº 45/2019 aprovado pela Câmara dos Deputados, no sentido de que o IBS e a CBS serão não cumulativos, atendendo ao *princípio da neutralidade*, o que permitirá a compensação do imposto devido pelo contribuinte “*com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem, material ou imaterial, inclusive direito, ou serviço.*”

Nesse cenário, em que seria possível tomar créditos do IBS e da CBS sobre todas as aquisições, sem limitações, haveria uma vantagem financeira para os agentes econômicos do agronegócio, que se tornariam meros sujeitos intermediários em uma cadeia de valor agregado, sem ônus financeiro, uma vez que toda a cada tributária seria repassada para o próximo elo da cadeia.

Assim, a princípio, os regimes diferenciados como o do REINTEGRA não se fariam, em tese, mais necessários, vez que estaria resolvido pela não cumulatividade plena do IBS e da CBS o problema do custo indireto tributário dos produtos exportados, decorrente da cumulatividade de tributos ao longo da cadeia da produção agrícola. Também se mostrariam despiendos os benefícios fiscais de crédito presumido, isenções e bases de cálculo reduzidas, que a bem da verdade cuidam de método ineficiente de combate à cumulatividade sofrida pelos adquirentes de produtos agrícolas presentes no meio da cadeia de produção.

No entanto, como se verá abaixo, há dificuldades técnicas para implementação desse cenário ideal no contexto do agronegócio, que justificam uma análise diferenciada do setor.

Além disso, pela PEC nº 45/2019 aprovada pela Câmara dos Deputados e atualmente pendente de votação pelo Senado Federal, as exportações estarão desoneradas. Isso leva a um problema já enfrentado atualmente, que é o acúmulo de créditos de entrada aos contribuintes exportadores do agro. Para que a nova proposta não desincentive, assim, a exportação de produtos agropecuários nacionais, necessário será garantir a devolução célere e eficiente dos créditos acumulados dos exportadores. Parece que a proposta deixará a cargo do Conselho Federativo do IBS a responsabilidade pelo controle dos créditos deste imposto passíveis de devolução e pela efetivação das devoluções. Como se destacará mais adiante, há uma preocupação relevante com a viabilidade técnica da implementação desse modelo.

B. Princípio do destino

Ao privilegiar o princípio do destino, pelo qual, em operações interestaduais ou intermunicipais a tributação se dará no ente tributante do destino, se manterá a tributação de importações e desoneração de exportações. Esse aspecto – aliado à devolução rápida dos créditos acumulados e à não cumulatividade plena – poderá impactar positivamente a competitividade dos produtores nacionais, dentre os quais se destacam com maior proeminência na balança comercial os contribuintes do setor do agronegócio.

C. Unificação de tributos indiretos

A unificação dos tributos indiretos é elemento capaz de também diminuir a cumulatividade atualmente presente na cadeia de produção do agronegócio, de modo a estimular ainda mais a sua produção, uma vez que, i.e., serviços tomados por agroindustriais e tributados pelo ISS não dão direito a créditos de entrada. Ainda,

produtores submetidos à sistemática cumulativa do PIS/COFINS não conseguem se apropriar de créditos de entrada relativos à incidência destas contribuições na etapa anterior. Esse cenário deletério, ao que parece, será sanado pelo novo modelo proposto.

D. Benefícios Fiscais destinados ao agronegócio previstos na aglutinativa da PEC nº 45/2019¹⁰

Além dos benefícios que a estrutura proposta para o IBS e para a CBS pode trazer ao agronegócio de forma geral, é importante também abordarmos os benefícios fiscais – em sentido estrito – previstos especificamente para o setor do agro pelo texto aprovado da PEC nº 45/2019 pela Câmara dos Deputados. Tais benefícios fiscais previstos no texto aprovado tem por objetivo de não prejudicar os contribuintes do agro que deixarão de aproveitar os regimes desonerativos de créditos presumidos e dos diferimentos, em troca de uma não cumulatividade plena.

Deste modo, a solução adotada pelo texto da PEC foi a redução de até 60% da alíquota do IBS e da CBS para produtos agropecuários, aquícolas, pesqueiros, florestais e extrativistas vegetais *in natura*; bem como para insumos agropecuários e aquícolas, alimentos destinados ao consumo humano e produtos de higiene pessoal. Além disso, há também a previsão de que pequenos produtores rurais pessoas físicas (com faturamento anual até R\$ 3.600.000,00) e produtores integrados terão a opção de não se submeterem à obrigação e aos deveres decorrentes do IBS e da CBS. Pelo texto, mesmo com essa exceção ao regime do IBS e da CBS, esses pequenos produtores poderão repassar crédito presumido aos seus adquirentes, de modo que não sejam preteridos em troca de grandes produtores sujeitos ao IBS/CBS e que, portanto, darão naturalmente direito a crédito de entrada aos seus clientes.

¹⁰ Até o momento da elaboração do presente trabalho, o texto mais recente que se extrai do processo legislativo da PEC nº 45/2019, aprovada pela Câmara dos Deputados e encaminhada para análise do Senado Federal.

No entanto, esse tratamento diferenciado do setor do agro se mostra insuficiente para endereçar todas as particularidades do setor, o que, a nosso ver, demanda um aprimoramento do tratamento tributário a ser conferido à cadeia de produção do agronegócio.

Pontos negativos da proposta de reforma tributária ao agronegócio e sugestões de aprimoramento

A ciência das finanças nos ensina que a tributação possui função indutora, capaz de promover um deslocamento do ponto de equilíbrio entre as curvas de oferta e demanda de determinado bem ou serviço¹¹. Portanto, via de regra, em um mercado dotado de um certo nível de equilíbrio, não é recomendável, do ponto de vista econômico, que se utilize a tributação como instrumento de incentivo ou desincentivo fiscal de determinada atividade, sob pena de acarretar-se um desequilíbrio de mercado.

Ocorre que, como mencionado introdutoriamente, o agronegócio possui particularidades (externalidades) causadoras de desequilíbrio nas curvas de oferta e demanda, tais como a sazonalidade, variação cambial, intempéries climáticas etc. São falhas de mercado, de origem física e cultural que influenciam, em última análise, no preço do produto da atividade econômica agropecuária. Para exemplificar, didático é o exemplo do Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Luís Eduardo Schoueri, sobre a inércia (falta de mobilidade) por razões econômicas do produtor de eucalipto¹², que necessita de sete anos para cultivar o produto que irá vender. Durante todo esse tempo, esse produtor rural ficará à mercê do preço pactuado para venda futura. Se, por alguma outra externalidade, o preço deste produto cair, o produtor não conseguirá reduzir sua produção (haverá

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12ª Ed. São Paulo, 2023. p. 21-22.

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12ª Ed. São Paulo, 2023. p. 23.

um desequilíbrio causado em decorrência da elasticidade da demanda e a inelasticidade da oferta).

Além disso, o setor agropecuário tem uma particularidade quanto à obtenção de crédito no mercado, uma vez que, em geral, o seu principal ativo é futuro, eventual e sujeitos a alto risco de perda. A demanda por caixa, acompanhada de uma dificuldade de acesso a crédito com juros baixos e da suscetibilidade a preços internacionais (com baixa margem), sinaliza para a necessidade de um tratamento diferenciado quanto à inclusão de tributos no preço, mesmo que tais tributos sejam passíveis de recuperação posteriormente

Essas externalidades causadoras de desequilíbrio econômico justificam, em certa medida, o tratamento tributário diferenciado a ser conferido ao agronegócio. Afinal, para um contribuinte que fica à mercê da sazonalidade da produção agrícola, por exemplo, há uma forte tendência de geração de caixa por meio de endividamento, situação que pode ser evitada – ou desincentivada – com um tratamento fiscal específico.

Dito isso, é pertinente avaliar os efeitos negativos da proposta de reforma tributária para o setor do agronegócio.

A. Análise crítica da desoneração proposta

De início, nota-se que, de maneira geral, os diversos benefícios fiscais concedidos ao setor do agronegócio deixarão de existir, com exceção da alíquota reduzida em 60% prevista na PEC nº 45/2019. Dessa maneira, cogita-se que haverá um aumento de carga tributária para os setores que hoje gozam de benefícios fiscais de ICMS, PIS/COFINS, IPI e ISS, ou que se aproveitam de benefícios fiscais aplicáveis aos seus fornecedores, e que, após a implementação da proposta, deixarão de gozar de tais vantagens fiscais.

Aqui o ponto central é se a redução de alíquota (em 60%) será suficiente para compensar os efeitos econômicos negativos da perda dos benefícios fiscais. A reforma não parece estar fundamentada em estudos econômicos para atestar a ausência de aumento de carga tributária.

Indo além do mero debate sobre possíveis aumentos de carga tributária, cabe verificar os possíveis conflitos entre a proposta de reforma e os mandamentos constitucionais. Dois deles chamam atenção: a desoneração das exportações e a busca pelo combate às desigualdades regionais.

Quanto à desoneração das exportações, há uma preocupação com os efeitos indiretos da mera redução de alíquota (em 60%), como proposto no texto substitutivo. Como se vê, pela interpretação conjunta dos dois critérios propostos é possível a desoneração pretendida não atingir integralmente o seu objetivo, pois:

(i) o legislador complementar pode vir a não autorizar o crédito presumido, uma vez que se trata o texto constitucional proposto de mera regra autorizadora (de natureza dispositiva e não imperativa), não havendo qualquer dever para sua observância;

(ii) os produtores rurais serão desonerados com redução da alíquota em 60%, mas os seus clientes (adquirentes) não poderão se apropriar do crédito integral (o crédito será apuração à alíquota reduzida), tornando a desoneração sem eficácia.

Relativamente ao item (ii), é importante destacar que, em matéria de tributação do consumo, as desonerações no meio da cadeia nem sempre atingem o seu objetivo¹³.

A própria diferenciação do produtor rural pessoa física permitindo que ele opte por não ser tratado como contribuinte do IBS ou da CBS tem efeito deletérios para a não cumulatividade e para a não efetivação do princípio do destino. Isso porque, ao não serem tratados como contribuintes, produtores rurais pessoas físicas não se apropriarão de crédito de IBS/CBS, nem apurarão débitos de IBS/CBS, embora sejam adquirentes de mercadorias e bens tributados pelos referidos tributos. Com efeito, o preço por eles praticados poderá ser composto por valores que correspondem, indiretamente, aos tributos incidentes sobre os seus insumos. É dizer: haverá

¹³ LUKIC, Melina Rocha. Alíquotas diferenciadas ferem princípios constitucionais. JOTA. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aliquotas-diferenciadas-ferem-principios-constitucionais-29092021/amp>>.

tributos implícitos nos preços praticados por tais produtores rurais pessoas físicas que não serão recuperados pelos agentes econômicos das cadeias de produção do agro. Com isso, no fim do dia, haverá exportação de tributos, deixando-se de efetivar, com plenitude, o princípio do destino, assim como a não cumulatividade não se pretende implementar integralmente.

Esse debate fica bem ilustrado pelas razões que justificaram a edição do Reintegra. A ideia de que o Reintegra busca permitir a recuperação dos resíduos tributários, não como benefício fiscal, mas como mecanismo de efetivação da não cumulatividade e de desoneração plena das exportações¹⁴ é oportuna para evidenciar um problema grave na proposta: não haverá a plena desoneração das exportações nas cadeias produtivas-exportadoras em que houve produtores rurais pessoas físicas. Isso porque, havendo fornecedores pessoas físicas (como ocorre no setor agropecuário), os preços por eles praticados, certamente, contemplam tributos, dado que tais fornecedores podem não estar inseridos no regime não cumulativo.

Hoje, o debate sobre a natureza jurídica do Reintegra está em curso no Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6040, em julgamento não finalizado, mas que já conta com voto do Ministro Edson Fachin, segundo o qual o Reintegra é um mecanismo de efetivação da imunidade tributária das exportações diante uma “falha estrutural” no sistema tributário:

Portanto, é nessa realidade de falha estrutural do sistema tributário brasileiro que o REINTEGRA foi concebido com o propósito de ressarcir resíduos tributários ao longo da cadeia produtiva exportadora, tanto no estágio final da produção da mercadoria ou serviço, quanto nos estágios anteriores da cadeia produtiva (prior-stage) ao que equivocada a premissa de que tal regime especial trata-se de instrumento diverso/adicional às regras de imunidade tributária.

¹⁴ TORRES, Heleno. Revisão de incentivos à exportação não pode afetar competitividade. Portal Conjur, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/revisao-incentivos-exportacao-nao-afetar-competitividade>>.

O REINTEGRA opera como instrumento/garantia do princípio do país do destino que albergado no princípio da isonomia (art.150, II) e positivado na Constituição Federal mediante as regras de imunidade tributária, que por sua vez estão a contemplar não somente o método da exoração, mas, também, o método do crédito/reembolso em consonância com as regras do Sistema Multilateral do Comércio, com destaque para o previsto no GATT (General Agreement Trade Tarifs) e ASMC (Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), conforme reconhecido em julgamento em painel instaurado perante o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC). (Dispute Settlement - DS n.472, Appellate Body - World Trade Organization).

(...)

Melhor compreendido o status constitucional do princípio do país do destino do qual as regras de imunidades tributárias são derivadas tendo, por sua vez, o REINTEGRA como garantia-consectária para desoneração integral das exportações torna-se fundamental desvendar sua efetiva natureza jurídica.

(...)

No entanto, os ressarcimentos promovidos no âmbito do REINTEGRA, seja mediante compensação, seja mediante reembolso in spei, nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior não enquadram-se, “...propriamente, diante de qualquer “vantagem” ou “benefício”. Trata-se, antes, de imunidade objetiva, isto é, não interessa a pessoa do contribuinte, mas apenas o objeto que no caso são as receitas decorrentes de exportação”.

(STF, ADI 6040, trecho do voto do Ministro Edson Fachin, 08.04.2022).

Essa falha estrutural na tributação do consumo no Brasil está diretamente ligada às hipóteses em que não se permite a apropriação de créditos, em que há tributos cumulativos dentro do preço de insumos ou serviços tomados pelos agentes econômicos inseridos nas cadeias de produção ou, ainda, em que há pessoas físicas não

tratadas como contribuintes fornecedores de mercadorias e serviços para os referidos agentes econômicos.

Com a proposta em debate, aparentemente, o Brasil perderá a oportunidade de endereçar essa “falha estrutural” mencionada pelo Ministro Edson Fachin e, pelo contrário, insistiremos em manter um tratamento tributário diferenciado para produtores pessoas físicas que implicará exportação de tributos e não efetivação da não cumulatividade.

Melhor seria se a reforma tributária buscasse incluir tais pessoas físicas nas cadeias de produção e exportação, incentivando a sua formalização fiscal, por meio de mecanismos tecnológicos de fácil acesso, de modo a incluí-las na sistemática de apuração de créditos sobre todos os bens e serviços adquiridos em sua atividade.

Se o problema que se busca endereçar com a desoneração em questão for a liquidez para o pagamento do tributo, melhor seria adotar modelos de diferimento do pagamento do tributo, com a manutenção do crédito para o adquirente das mercadorias e dos serviços correlatos. Nesse ponto, vale notar que o modelo de diferimento do pagamento do tributo mantém a tributação e, desse modo, possibilita a tomada de crédito na etapa subsequente.

A mera desoneração dos insumos e produtos do agro (com alíquota reduzida em 60%) é um mecanismo ineficaz para se atingir a desoneração da cadeia como um todo, porque, se não houver crédito presumido (e está claro que o crédito presumido não se aplica para todas as situações), o pagamento a menor do tributo pelo fornecedor implica um crédito a menor para o respectivo adquirente. Logo, o efeito desonerativo é nulo. De outro lado, a concessão de crédito presumido indicado na proposta (para quem adquira bens de pequenos produtores rurais) não é suficiente para endereçar integralmente a não cumulatividade, porque não há equivalência entre o valor do crédito presumido e valor dos tributos inseridos – direta e indiretamente – nos preços praticados pelos fornecedores desonerados (produtores rurais pessoas físicas que optarem por não ser contribuintes).

Ademais, verifica-se que o texto aprovado pela Câmara dos Deputados para a redução de alíquota (em 60%) sobre os insumos utilizados no agronegócio não se deu em sua plenitude. Isso porque, ao tratar apenas dos insumos, a norma deixou de mencionar expressamente os bens destinados ao ativo imobilizado e que são utilizados na produção (como maquinários, tratores etc.). A compra de ativos usados ou de maneira informal junto a fornecedor pessoa física, por exemplo, pode acarretar a inclusão, no preço desses ativos, de tributos irrecuperáveis, uma vez que os respectivos fornecedores podem não estar submetidos à não cumulatividade ou, se submetidos, podem pagar tributos sobre uma base de cálculo que não corresponda ao preço do ativo. Isso pode implicar a exportação indireta de tributos.

Por essas razões, entendemos que a proposta de desoneração do setor do agronegócio constante do texto em exame não promoverá a desoneração plena das exportações.

Ademais, a revogação dos benefícios fiscais estaduais pode ter um efeito negativo quanto ao aumento das desigualdades regionais. De acordo com o art. 3º, III, da CF/88, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Embora os benefícios fiscais estaduais sobre a tributação do consumo tenham criado graves problemas sobre a neutralidade na tributação e dado ensejo à odiosa guerra fiscal entre unidades federativas, é importante notar que tais desonerações tiveram um efeito – ainda que indireto – promover a ocupação pela atividade agropecuária de Estados como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás¹⁵. A revogação de tais incentivos fiscais, de maneira desacompanhada da adoção de outros mecanismos (quicá, não tributários) para manutenção de investimentos nessas regiões, pode ter o efeito adverso de aumentar a desigualdade regional no Brasil.

A nosso ver, a concessão de investimentos fiscais estaduais não é o melhor caminho para combater a desigualdade regional,

¹⁵ Agrolink. Quais são os estados mais ricos do agro? 29 de julho de 2022. Disponível: < <https://www.agrolink.com.br/noticias/quais-sao-os-estados-mais-ricos-do-agro-468426.html>>.

cabendo ao Estado brasileiro como um todo promover a melhora das condições estruturais que permitam a atração de empresas para regiões em que, sem a intervenção ativa do Estado, não haveria investimentos. O tributo estadual não é o único, nem o melhor caminho para tanto.

Entretanto, revogar os incentivos fiscais estaduais de forma isolada sem medidas paliativas tende a reduzir as atividades econômicas, cuja margem de lucro não existiria ou seria reduzida drasticamente sem os benefícios fiscais. Considerando que a maior parte do mercado consumidor de alta renda e a maior parte das cadeias de fornecimento estão localizadas nos Estados das regiões Sul e Sudeste, haverá uma tendência de maior concentração de investimentos nesses Estados, em detrimento dos Estados onde são desenvolvidas atividades agroindustriais, principal ou exclusivamente, em razão dos incentivos fiscais.

A realidade econômica e social brasileira já é bastante não homogênea, comparando a situação da população de cada unidade federativa, e esse cenário tende a se agravar, sem os incentivos fiscais regionais¹⁶, principalmente aqueles voltados às atividades que maior impacto têm no PIB brasileiro, como aquelas inseridas no setor do agronegócio. Frisa-se: não se trata de uma defesa do modelo da concessão de incentivos como meio para desenvolvimento econômico, e sim da defesa da construção de um planejamento que contemple a manutenção e ou aumento dos investimentos em regiões do Centro-Oeste, Norte e Nordeste do Brasil com base na qualidade da infraestrutura disponível nessas regiões, e não apenas com base nos incentivos fiscais.

Por fim, um ponto polêmico e que pode, potencialmente, onerar indevidamente o agronegócio é a norma que confere competência tributante aos Estados e ao Distrito Federal, possibilitando a instituição de contribuição sobre *produtos primários e*

¹⁶ ANDRADE, José Maria Arruda de. Reforma tributária não pode ignorar diferenças entre as regiões. Portal Conjur, 19 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/reforma-tributaria-nao-ignorar-diferencas-entre-regioes>>.

semielaborados, produzidos em seus respectivos territórios. De acordo com o texto a receita obtida com essa arrecadação será vinculada à fundo de obras de infraestrutura e habitação (FTHAB).

De um lado, poder-se-ia dizer que esse tributo novo seria a fonte financeira para o desenvolvimento e a melhoria das referidas condições estruturais para atração de investimento, o que pode ser considerado benéfico, na linha de fazer com os benefícios fiscais não sejam os únicos fundamentos para alocação de investimento em determinada região. De outro lado, a contribuição estadual prevista no art. 20 da PEC nº 45/2019 parece ser um novo tributo sobre o consumo de mercadorias (“produtos”), não necessariamente submetido ao regime da não cumulatividade, e, como tal, pode implicar a exportação de tributos. Também tal tributo vai contra a lógica de tributação no destino do IBS, sendo exigido pelos Estados de origem do bem, possibilitando, inclusive, uma indesejada oneração das exportações. Além disso, como o texto do projeto não estabelece um critério de uniformização da cobrança dessa contribuição, as unidades federativas estarão livres para, novamente, competir entre elas para atração de investimentos com base na redução da carga tributária dessa contribuição, o que parece alimentar um círculo vicioso da guerra fiscal, sem atingir o objetivo da norma.

Conclusões

Como se viu, o espírito da proposta de reforma tributária atualmente em pauta no Congresso Nacional é de simplificação da tributação do consumo no Brasil, o que, em linhas gerais, será muito benéfico para a economia e, potencialmente, poderá trazer alguns benefícios ao agronegócio, principalmente no que diz respeito à eliminação da cumulatividade de tributos ao longo da cadeia de produção e à implementação do princípio do destino.

No entanto, o texto atualmente em debate da PEC nº 45/2019 deixa de considerar as especificidades do agro e, em que pese prever alguns benefícios de redução de alíquota para o setor, estes podem não cumprir o objetivo pretendido e o modelo adotado

tem potencial para resultar na exportação de tributo, encarecendo o preço praticado pelo setor no mercado internacional. A reforma pode ser uma oportunidade para o Poder Legislativo endereçar as “falhas estruturais” do sistema tributário brasileiro em relação aos resíduos tributários que o Reintegra buscou corrigir, porém não obteve êxito. Se esse texto for aprovado, parece-nos que pode haver um grande prejuízo para o setor do agronegócio, seja do ponto de vista do aumento de carga tributária, seja quanto à necessidade de realocação dos investimentos nos Estados onde estão os maiores centros consumidores e maiores cadeia de suprimentos, contrariando assim o mandamento constitucional de busca pelo combate à desigualdade regional.

15. ATIVIDADE DE REVENDA DE BENS USADOS: ALTERNATIVAS PARA ATRIBUIR TRATAMENTO ISONÔMICO, GARANTINDO-SE A NEUTRALIDADE E A LIVRE CONCORRÊNCIA¹

Simplicidade, isonomia, neutralidade e transparência² são as diretrizes estratégicas que devem orientar a formação de consenso entre cidadãos, empresas e o Estado na conformação do sistema tributário e na definição da tributação sobre o consumo. A neutralidade e a isonomia serão os princípios em foco neste artigo.

A tributação sobre o consumo deve ser neutra pois não é o instrumento adequado para a correção de falhas de mercado. Assim, a neutralidade das incidências tributárias sobre o consumo é o valor essencial para evitar efeitos distorcivos na alocação de recursos na economia e é o instrumento adequado para garantir que as escolhas de investimento e o desempenho de determinado setor, produto ou serviço não sejam afetados pela tributação.

¹ Capítulo preparado por **Lina Braga Santin Cooke**, advogada, sócia de Salusse Marangoni Parente Jabur Advogados, Coordenadora Executiva do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF/FGV), Diretora do MDA, Membro da Comissão de Direito Tributário do IASP, Membro Consultora da Comissão Especial de Direito Tributário do CF/OAB e Relatora da Sexta Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB/SP e **Eduardo Salusse**, sócio de Salusse Marangoni Parente Jabur Advogados, Graduado e doutor em direito pela PUC/SP, mestre em direito tributário e responsável executivo de pesquisa do Núcleo de Estudos Fiscais na FGV Direito SP

² Esses valores foram anteriormente objeto de estudo e explorados no artigo: SIMPLES-JUSTO/GAJ: Princípios e diretivas para um novo modelo. Autoria: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; SANTIN, Lina; CAMPEDELLI, Laura Romano, KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Jota, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/simples-justogaj-principios-e-diretivas-para-um-novo-modelo-24102016>>. Acesso em: 12.06.2023.

Quando os tributos sobre o consumo não são neutros, acabam por influenciar tanto na escolha de compra do cidadão quanto na decisão de exercer ou não atividade econômica naquele determinado setor³. Num sistema neutro, as decisões de consumo são tomadas exclusivamente pela lógica de oferta e demanda.

Para que se atinja o objetivo da neutralidade com menor onerosidade para o contribuinte, além do critério destino e incidência sobre a base líquida, a experiência empírica estabeleceu as principais características básicas e essenciais a serem incorporadas por um bom IVA: base ampla de incidência, não cumulatividade plena, com direito a crédito integral e imediato, desoneração total das exportações e devolução tempestiva dos créditos acumulados, alíquota uniforme e uso de substituição tributária para frente⁴.

Adentrando à questão da não cumulatividade plena, característica essencial do IVA, o critério de crédito financeiro⁵ é aplicado por praticamente todos os países: os impostos pagos sobre todos os insumos adquiridos pelo contribuinte dão direito a crédito, ressalvada compra de bens isentos e aqueles para consumo pessoal. É o crédito financeiro e irrestrito com garantia de devolução imediata dos créditos acumulados, qualquer que seja a sua origem, que garante que as empresas sejam meros sujeitos intermediários do tributo, que irão repassar o ônus para os consumidores.

Contudo, algumas particularidades do setor de revenda de bens usados necessitam de atenção, em especial no que diz respeito à revenda destes bens por contribuintes do imposto, pois caso não

³ Com efeito, se o retorno esperado de uma atividade de comerciante em relação ao capital investido for menor do que o retorno de uma aplicação financeira tida por 100% segura (o exemplo clássico são títulos governamentais), não há por que exercer a primeira atividade econômica que, além de tudo, demanda trabalho.

⁴ VARSANO, Ricardo. In: “*A tributação do valor adicionado, o ICMS e as reformas necessárias para conformá-lo às melhores práticas internacionais.*”, Publicação do Banco Interamericano de Desenvolvimento, Instituições para o Desenvolvimento Divisão de Gestão Fiscal e Municipal, IDB-DP-335, fevereiro de 2014.

⁵ Nos IVAs modernos não existe o conceito de crédito físico (VARSANO, 2014. Op. cit.).

haja crédito na aquisição destes bens usados, não deve igualmente haver a incidência na venda destes mesmos usados, sob pena de onerar esta atividade do setor, tornando-a incapaz de concorrer com a venda de usados ocorrida diretamente entre pessoas físicas. É o que se passa a demonstrar, apresentando as soluções cabíveis ao final.

O problema da revenda de bens usados adquiridos de não contribuintes do imposto

Para melhor visualização do problema, usaremos o exemplo da atividade de revenda de carros usados e seminovos, que representa atualmente mais de 5 vezes a atividade de venda de veículos novos no Brasil⁶.

De forma geral, é possível adquirir carros usados de duas formas: (i) diretamente dos seus proprietários, em geral pessoas físicas não contribuintes do imposto, através de anúncios na internet, plataformas de vendas online de aproximação entre interessados e outros; (ii) de lojas especializadas multimarcas, focadas apenas da revenda de carros usados, comumente denominadas “garagens”, ou ainda diretamente das concessionárias de automóveis.

O mercado atual é bastante heterogêneo e demonstra que a escolha de compra não é influenciada pela incidência tributária e sim por outros fatores concorrenciais, observando-se que, em geral, os preços praticados entre as duas opções são bastante competitivos entre si⁷.

⁶ Dados disponibilizados pela Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores (FENABRAVE), entidade representativa do setor de Distribuição de Veículos no Brasil. Disponível em <<https://www.fenabrave.org.br/portalv2>>. Acesso em 12.06.2023.

⁷ Artigos exemplificativos: “É melhor comprar um carro usado na loja ou de um vendedor particular?” Disponível em <<https://autoesporte.globo.com/carros/usados-e-seminovos/noticia/2022/04/e-melhor-comprar-um-carro-usado-na-loja-ou-de-um-vendedor-particular.ghml>>. >. Acesso em 12.06.2023. “Comprar carro em loja/concessionária ou de particular?” Disponível em <<https://www.noticiasautomotivas.com.br/comprar-carro-em-loja->

Contudo, considerando o novo cenário de incidência do IBS/CBS mediante aprovação da reforma tributária (PECs 45 e 110), observa-se que caso se aplique para a revenda de bens usados o regime normal de incidências, a neutralidade e a isonomia ficarão prejudicados, uma vez que as operações efetuadas entre não contribuintes do imposto terão grande vantagem concorrencial em razão do menor custo para o adquirente. Observa-se:

B2B: REVENDA DA PESSOA JURÍDICA PARA PESSOA JURÍDICA (contribuinte do imposto)

Incidência do IBS/CBS na revenda (saída), com respectivo crédito do IBS/CBS na aquisição (entrada). Embora o carro usado adquirido de não contribuinte não gere crédito do imposto, neste caso específico a possibilidade de reconhecimento do crédito pelo sujeito adquirente, garante a não cumulatividade do imposto na cadeia.

Exemplo: Aquisição de uma PF de um automóvel por R\$ 90, sem incidência do IBS/CBS → Revenda deste automóvel por R\$ 100 + R\$ 25 de IBS/CBS → aquisição deste automóvel por R\$ 125 com reconhecimento do crédito de IBS/CBS de R\$ 25.

Custo final do bem: R\$ 100

B2C: REVENDA DA PESSOA JURÍDICA PARA CONSUMIDOR FINAL (não contribuinte do imposto)

Incidência do IBS/CBS na revenda (saída), sem possibilidade de crédito do IBS/CBS na aquisição, por se tratar de consumidor final não contribuinte do imposto. Neste caso, a operação seria indevidamente onerada especialmente em comparação com o próximo cenário e, invariavelmente, impedida de concorrer com as vendas efetuadas diretamente pelas pessoas físicas.

[concessionaria-ou-de-vendedor-particular-xy/?expand_article=1](#)>. Acesso em 12.06.2023.

Exemplo: Aquisição de uma PF de um automóvel por R\$ 90, sem incidência do IBS → Revenda deste automóvel por R\$ 100 + R\$ 25 de IBS/CBS → aquisição deste automóvel por R\$ 125 sem direito ao reconhecimento do crédito de IBS/CBS.

Custo final do bem: R\$ 125

C2C: REVENDA ENTRE NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO – CONSUMIDOR FINAL (não contribuinte do imposto)

Não há incidência do IBS/CBS na revenda. Neste caso, por não haver a incidência do imposto, a operação é mais barata e economicamente vantajosa quando comparada ao cenário B acima, interferindo na escolha do consumidor.

Exemplo: Aquisição de um automóvel zero por R\$ 120, com IBS/CBS → Revenda deste automóvel por R\$ 100 sem IBS/CBS → aquisição deste automóvel por R\$ 100.

Custo final do bem: R\$ 100

Os cenários acima demonstram que o problema reside na revenda de bem usado para não contribuinte do imposto (exemplos B e C). Isto porque a aquisição de um bem usado por um não contribuinte do imposto é financeiramente vantajosa quando ocorre diretamente da pessoa física, proprietária do carro, em razão da não incidência do IBS/CBS nesta transação.

Contudo, deve ser objetivo de um sistema tributário a manutenção da neutralidade e da isonomia, de modo que, neste exemplo, o consumidor final possa escolher efetuar a compra de um carro usado de uma empresa especializada ou diretamente da pessoa física proprietária do carro, independente da incidência tributária.

Regime de margem e devolução de crédito como solução para garantir a não cumulatividade plena na revenda de bens usados

A constatação de que a incidência padrão do IVA pode impactar injustamente as empresas que compram bens usados, especialmente – mas não só – de pessoas físicas, sem a incidência do IVA e, portanto, sem reconhecer nenhum crédito de IVA na entrada desses bens, de modo a, conseqüentemente, não possuírem nenhum valor de IVA para recuperar ou passível de ser descontado do débito do IVA na saída destes mesmos bens, faz com que os países preocupado em neutralizar essas discrepâncias adotem um tratamento diferenciado para cobrança do IVA nas operações de vendas de usados.

Observou-se que, empresas de revenda de “bens de segunda mão” (“second hands goods”) podem ser afetadas pela incidência do regime comum do IVA, tornando-as menos atraente para os clientes consumidores finais, que tenderiam a comprar estes mesmos bens no mercado informal, como as compras e vendas realizadas diretamente entre pessoas físicas.

Assim, para garantir a não cumulatividade nas atividades de revenda de bens usados desenvolvidas por pessoas jurídicas, ou seja, dentro da cadeia de consumo, alguns países utilizam o modelo IVA para tributar o consumo adotam um regime chamado “margin-scheme” ou, em tradução livre, “regime de margem” aplicado para todos os bens usados adquiridos de não contribuintes do imposto e, portanto, sem incidência do IVA, como pessoas físicas, órgãos governamentais, dentre outros.

Trata-se de um regime especial de IVA para pessoas jurídicas que comercializam bens usados, comumente denominados, no qual calcula-se o imposto devido apenas sobre a margem de lucro, ou seja, a diferença entre o preço de venda e o preço de compra.

No Reino Unido⁸, o regime de margem de IVA é destinado a setores específicos que vendem bens de segunda mão e foi introduzido pelo HMRC (“His Majesty’s Revenue & Customs”⁹) para remediar a desvantagem acima mencionada, permitindo que as empresas de revenda de usados calculem o IVA aplicando uma taxa fixa de 16,67% sobre a diferença entre o preço de aquisição e revenda, ou seja, exclusivamente sobre a margem de valor agregada nesta etapa.

Por exemplo, se a empresa de revenda de usados pagou £ 500 por uma cadeira antiga e a revendeu por £ 750, calcula-se 16,67% sobre a diferença de £ 250, sendo devido £ 41,68 em IVA ao HMRC na venda. Neste exemplo, se não houvesse o esquema de margem de IVA, seria devido 20% sobre o valor de £ 750 da cadeira, elevando o custo total final da cadeira para £ 900.

Na Irlanda¹⁰ o regime de margem é opcional e permite que os revendedores de certos bens de segunda mão – como obras de arte, antiguidades e artigos de coleção, veículos usados e máquinas agrícolas usadas adquiridos de não contribuintes e, portanto, sem a incidência do IVA – calculem o IVA devido apenas sobre a diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias. A regra geral é que a alíquota aplicável é a mesma do regime normal de incidência, sendo vedada a dedutibilidade de qualquer IVA

⁸ Além das diretrizes gerais do Reino Unido, disponíveis em <<https://www.gov.uk/vat-margin-schemes>> há expressa determinação para a utilização desse regime na revenda de veículos usados, conforme descreve o site oficial do governo: <<https://www.gov.uk/guidance/using-the-vat-margin-scheme-for-second-hand-vehicles>>. Acessos em 12.06.2023.

⁹ A Receita e Alfândega de Sua Majestade (HMRC), conhecida também como “HM Revenue & Customs”, é a autoridade tributária nacional do Reino Unido que coleta todos os impostos diretos e indiretos e administra benefícios e pagamentos de créditos fiscais aos residentes.

¹⁰ Site oficial da Receita Federal da Irlanda traz as diretrizes gerais do regime. Disponível em <<https://www.revenue.ie/en/vat/vat-on-goods/schemes/margin-scheme/index.aspx>>. Acesso em 12.06.2023.

incluído no preço de compra dos bens sujeitos ao regime de margem na saída¹¹.

O regime de margem irlandês se aplica para a revenda de bens usados adquiridos de particulares, organismos isentos (por exemplo, bancos, companhia de seguros, etc.) ou pessoas responsáveis que não tinham direito a qualquer crédito do IVA na compra dos bens: em suma, quando a aquisição não é acompanhada de uma nota fiscal de IVA ou quando não há o valor do imposto destacado.

Na União Europeia, a Diretiva do Conselho 2006/112/CE de 28 de novembro de 2006 (Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax¹²) dedica o “CAPÍTULO 4” aos regimes especiais para bens de segunda mão, obras de arte, artigos de coleção e antiguidades, conforme artigos 311 a 343, sendo o regime de margem tratado nos artigos 312 a 325. Os revendedores de bens usados podem optar pelo pagamento do IVA sobre sua margem de lucro (diferença entre preço de compra e venda), desde que não reconheçam nenhum crédito nas transações abrangidas por este regime.

Outros países preferem o direito ao crédito do imposto proporcional ao valor de aquisição do bem usado, ao invés de adotarem o regime de margem acima descrito. Este é o caso da Austrália e da Nova Zelândia, reconhecidos por adotarem modelos mais contemporâneos de IVA, comumente denominados Goods and Services Tax – GST (Imposto sobre Bens e Serviços - IBS), com menos exceções e maior uniformidade na forma de tributar o consumo.

¹¹ Manual do “VAT - Supplies of second-hand goods”. Disponível em <<https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/tm/value-added-tax/part03-taxable-transactions-goods-ica-services/Goods/goods-second-hand-goods.pdf>>. Acesso em 12.06.2023.

¹² Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/112/oj>>. Acesso em 12.06.2023.

Na Nova Zelândia¹³, há possibilidade de creditar-se do GST (Goods and Services Tax) na aquisição de bens de segunda mão, mesmo que o vendedor não esteja registrado no GST e não tenha feito o destaque do imposto. O regime neozelandês prevê que a empresa contribuinte poderá reivindicar um crédito de GST na aquisição de bens de segunda mão quando adquiridos sem incidência do GST, através do preenchimento de formulário e após o pagamento do imposto na revenda do referido bem, sendo que o crédito será calculado sobre o valor de aquisição do bem¹⁴. Se a compra ocorrer entre pessoas vinculadas, o crédito GST será calculado de forma diferente.

Na Austrália¹⁵, de forma semelhante, é possível reivindicar créditos de GST para compras de bens de segunda mão, com base no valor de aquisição do bem, mesmo que o preço pago não inclua GST, mas desde que a saída (revenda) desses bens seja tributada. Há duas maneiras de calcular esses créditos de GST: abordagem direta e o método de contabilidade global¹⁶. O sistema a ser utilizado dependerá se os bens de segunda mão são vendidos de forma unitária ou são divididos em vários bens para a revenda, bem como os valores envolvidos¹⁷.

¹³ New Zealand Inland Revenue, Special supplies, Secondhand goods. Disponível em <<https://www.ird.govt.nz/gst/charging-gst/special-supplies>>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁴ New Zealand Inland Revenue, File your GST return. Disponível em <<https://www.ird.govt.nz/gst/filing-and-paying-gst-and-refunds/filing-gst/file-your-gst-return>>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁵ Australian Government - Australian Taxation Office - GST and second-hand goods. Disponível em <<https://www.ato.gov.au/misc/downloads/pdf/qc17481.pdf>>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁶ Australian Government - Australian Taxation Office - Working out your GST credits. Disponível em <<https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Rules-for-specifictransactions/GST-and-second-hand-goods/?page=3>>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁷ O Contribuinte deve relatar vendas e compras de bens de segunda mão na declaração de atividade de acordo com as instruções do GST, preenchendo sua declaração de atividade (NAT 7392) conforme exemplos disponíveis no site oficial do Governo Australiano: <<https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Rules-for-specifictransactions/GST-and-second-hand-goods/?page=3>>.

Já a Índia¹⁸, que passou por uma reforma tributária recentemente, em 2017, escolheu adotar o regime de margem para tributação da atividade de revenda de bens usados. Lá, o GST é cobrado sobre a diferença entre o valor pelo qual os bens são fornecidos e o preço pelo qual os bens são adquiridos de modo que, se não houver margem, nenhum GST é devido. Como esclarece o Governo, o objetivo do regime é evitar a dupla tributação, uma vez que as mercadorias, uma vez suportadas a incidência do imposto, reentram no fornecimento e na cadeia de abastecimento econômico.

De acordo com a Regra 32(5) das Regras CGST de 2017¹⁹, quando se tratar de fornecimento de bens em segunda mão, ou seja, bens usados que podem até sofrer algum processamento menor que não altera a sua natureza, desde que nenhum crédito tenha sido aproveitado na compra de tais bens, o GST será devido sobre a diferença entre o preço de venda e o preço de compra.

A regra prevê ainda que, no caso do valor de compra de bens retomados de um mutuário inadimplente não contribuinte do imposto, para fins de recuperação de um empréstimo ou dívida, será considerado o preço de compra de tais bens pelo mutuário inadimplente reduzido em 5 pontos percentuais para cada trimestre ou parte dele, entre a data da compra e a data da alienação por quem fez a reintegração de posse.

Assim, observa-se que os países têm se preocupado em manter a isonomia na atividade de revenda de bens usados, adotando o modelo de regime de margem ou da devolução do crédito do

[detail/Rules-for-specific-transactions/GST-and-second-hand-goods/?anchor=examples#examples](https://old.cbic.gov.in/htdocs-cbec/gst/margin-scheme-under-gst.pdf)>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁸ Directorate General of Taxpayer Services - CENTRAL BOARD OF INDIRECT TAXES & CUSTOMS: Margin Scheme in GST. Disponível em <<https://old.cbic.gov.in/htdocs-cbec/gst/margin-scheme-under-gst.pdf>>. Acesso em 12.06.2023.

¹⁹ CENTRAL BOARD OF INDIRECT TAXES & CUSTOMS. Central Goods and Services Tax (CGST) Rules, 2017 Part – A (Rules). Disponível em <<https://cbic-gst.gov.in/pdf/24092021-CGST-Rules-2017-Part-A-Rules.pdf>>. Acesso em 12.06.2023.

imposto, como forma de neutralizar a incidência da tributação sobre o consumo.

Sugestões para o Brasil

Não é demais ressaltar que a atividade de tributação deve, sempre, encontrar amparo aos princípios fundamentais previstos em nosso ordenamento jurídico. Dentre os princípios republicanos que integram a ordem jurídica constitucional, é de comum saber que “é proibida a concessão de vantagens tributárias fundadas em privilégios de pessoas ou categorias de pessoas”²⁰.

Mais do que isso, a tributação não pode interferir na livre concorrência, salvo se decorrente de critérios especiais definidos por lei complementar, na esteira do quanto definido no art. 146-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 42/2003. Tal dispositivo definiu que “a lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

Ademais, o tributo deve preservar a neutralidade concorrencial. Nas palavras de Hamilton Dias de Souza, “Um tributo aplicado uniformemente aos diversos agentes que atuam num determinado mercado relevante será concorrencialmente neutro. Se, entretanto, ele privilegiar uns em detrimento de outros, desequilibrando as forças de mercado, será inconstitucional, não necessariamente por quebra de isonomia, mas por quebra da neutralidade.”²¹

²⁰ Carrazza, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 31ª ed. Malheiros: São Paulo, p. 90.

²¹ Dias de Souza, Hamilton. “Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – Reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal”. Disponível em <<https://www.dsa.com.br/destaques/hamilton-dias-de-souza-criterios-especiais-de-tributacao-para-prevenir-desequilíbrios-da-concorrência-reflexões-para-a-regulação-e-aplicação-do-art-146-a-da-constituicao-federal/>>. Último acesso em 29.03.2023.

Também é neste sentido as orientações gerais seguidas pela PEC 45/2019, conforme texto da exposição de motivos²² do projeto original que ressalta que “As mudanças sugeridas no texto constitucional têm como referência a proposta de reforma tributária desenvolvida pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCiF), instituição independente constituída para pensar melhorias do sistema tributário brasileiro com base nos princípios da simplicidade, neutralidade, equidade e transparência”.

Seguindo essas orientações e as melhores práticas internacionais, entendemos que há duas possibilidades para o Brasil:

A. Não incidência do ibs/cbs sobre revenda de veículos usados

Considerando que a revenda de veículos usados entre pessoas físicas não terá a incidência do IBS/CBS, igualmente não deve haver a incidência do IBS/CBS na revenda desses mesmos usados praticadas por contribuintes do imposto, sob pena de onerar esta atividade tornando-a incapaz de concorrer com a revenda de usados ocorrida diretamente entre não contribuintes do imposto, como pessoas físicas, por exemplo.

B. Incidência do ibs/cbs apenas sobre o valor agregado pela empresa revendedora de usados

Outra forma de neutralizar as incidências nas operações de revenda de usados, é fazer com que o IBS/CBS recaia apenas sobre o valor agregado pela empresa que pratica a atividade de revenda de usados. Neste sentido, vislumbramos três formas (métodos) de se operacionalizar esta tributação:

²² Inclusive, ao tratar dos problemas atuais das contribuições PIS/COFINS o texto reconhece que “A incidência apenas sobre pessoas jurídicas também gera desigualdade em relação a negócios (muitas vezes de grande porte) organizados e geridos por pessoas físicas.”

1) base contra base e tributa a diferença (regime de margem): na saída do bem usado, abate-se o valor de entrada e tributa-se apenas a diferença, a exemplo do regime de margem, amplamente usado pelos países europeus que adotam o IVA;

2) reconhecimento do crédito na entrada: considerando que o bem retornou a cadeia, temos que parte desse bem não foi consumido e, portanto, deve haver o direito ao reconhecimento do crédito proporcional ao valor de compra na entrada, que sequer seria um crédito da modalidade “presumido” pois tem suporte econômico, já que é se trata de um novo custo introduzido na nova cadeia; amplamente usado pelos países europeus que adotam o IVA; ou

3) devolução do crédito na saída: na saída do bem usado, após pagamento do imposto, calcula-se proporcionalmente o crédito sobre o valor da entrada, com direito à devolução para o contribuinte, a exemplo dos modelos adotados pela Austrália e Nova Zelândia.

Conclusão

É imperioso adotar um regime específico para revenda de bens usados no Brasil, a fim de garantir a neutralidade, a isonomia e a livre concorrência dessa atividade, assegurando que a atividade de revenda de bens usados não seja onerada desigualmente e permitindo que continue a existir e concorrer com iguais condições de mercado com a revenda de usados realizada diretamente entre não contribuintes do imposto.

16. CONSTRUÇÃO CIVIL E SETOR IMOBILIÁRIO¹

A existência de um regime específico de tributação para operações com bens imóveis sempre foi algo esperado, diante da experiência internacional a respeito do tema.

Um primeiro aspecto que precisa ser endereçado em lei complementar é a definição de contribuinte do IVA dual: quais as pessoas físicas e jurídicas que poderão ser contribuintes do IBS e da CBS, relativamente a operações imobiliárias? O limite de valor mínimo para pequenos negócios mostra-se insuficiente para operações com bens imóveis. E mesmo o conceito de habitualidade, tradicional para o ICMS, não foi testado em operações dessa natureza no país, já que inaplicável ao ITBI.

Aliás, por falar em ITBI, a manutenção integral do imposto parece ser hipótese de *bis in idem*². Uma boa saída poderia ser a incidência de um ou outro imposto, a depender justamente da existência de habitualidade. Dessa forma, se o vendedor do imóvel for habitual, há incidência do IVA dual, mas não do ITBI. De outro lado, não havendo habitualidade por parte do vendedor, apenas o ITBI é devido. Caso tal alteração não seja providenciada, é bem provável que vejamos um contencioso sobre o tema.

Olhando, portanto, para aqueles que serão contribuintes do IVA dual, podemos segregá-los, basicamente, em três grupos: os que revendem imóveis, os que recebem pelo aluguel ou

¹ Capítulo preparado por **Carlos Navarro**, Sócio do Galvão Villani Advogados. Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Professor do IBDT e FGV. Ex-juiz do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT-SP).

² Já em relação ao potencial *bis in idem* com o ITCMD, que também incide sobre operações com bens imóveis, entendemos que pode ser resolvido com a base de cálculo do IVA dual.

arrendamento de bens imóveis e, por fim, os que realizam serviços sobre imóveis próprios ou de terceiros (e que, neste caso, podem perceber receitas dos serviços ou da própria comercialização dos bens imóveis).

No primeiro grupo há, basicamente, as chamadas *holdings* imobiliárias, mas nada impede que qualquer outra entidade empresarial do setor acabe revendendo imóveis com habitualidade – por exemplo, uma incorporadora que recebe imóveis como forma de pagamento e simplesmente os revende.

No segundo, também é comum que *holdings* imobiliárias aufram receitas de locação ou arrendamento, mas agroindústrias também o fazem com imóveis rurais, assim como produtores pessoas físicas³.

Por fim, enquadram-se no terceiro grupo as empresas e empresários que atuam na incorporação imobiliária e construção civil (em imóveis próprios ou de terceiros, inclusive sendo muito comum a contratação de construtoras pelas próprias incorporadoras).

Delimitado o escopo das atividades objeto do presente tópico, passemos a um breve resumo da tributação incidente sobre cada um desses atores antes da reforma tributária:

***Holdings* imobiliárias com atividade de compra e venda de imóveis**

ISS e ICMS não incidem sobre a atividade de compra e venda de bens imóveis. Pelo recorte constitucional de 1988, as atividades onerosas com bens imóveis estão sujeitas apenas ao ITBI, enquanto as gratuitas ficam dentro da competência dos Estados, por meio do ITCMD.

Dessa forma, as receitas operacionais decorrentes das vendas de imóveis se sujeitam apenas ao PIS/Cofins, de acordo com o

³ Limitamos o texto à locação e ao arrendamento, pois, de duas uma, ou a cessão de outros direitos sobre bens imóveis (como direito de superfície ou usufruto) não será tributada pelo IVA dual ou será tributada normalmente (ou seja, sem qualquer regime diferenciado).

regime de tributação da sociedade empresária. No caso do regime não cumulativo, poderiam ser aproveitados os créditos relativos à aquisição do imóvel a ser revendido⁴.

Caso a receita auferida não seja operacional (ou seja, o imóvel alienado esteja classificado no ativo não circulante da empresa), não haverá PIS/Cofins, tanto no regime cumulativo⁵ quanto no não cumulativo⁶.

Holdings imobiliárias com atividade de locação de bens imóveis

Os empresários e as sociedades que arrendam ou alugam bens imóveis também não recolhem ISS e tampouco ICMS. Já as sociedades que realizam tais atividades com habitualidade recolhem PIS/Cofins sobre as receitas auferidas, tanto no regime cumulativo quanto no não cumulativo.

Construtoras

Quando as construtoras realizam obras de construção civil se enquadram como contribuintes do ISS, nos termos do item 7 da lista de serviços anexa à Lei Complementar no. 116/2003. Como o ISS é um imposto cumulativo, é comum que Municípios permitam certas deduções⁷ da base de cálculo do imposto, especialmente sobre materiais adquiridos e serviços subcontratados, quando aplicados na obra. No extremo, portanto as construtoras poderiam recolher o ISS apenas sobre suas respectivas margens brutas (ou seja, descontando-se, do valor total da obra, materiais e serviços aplicados), mas várias são as particularidades de legislações municipais que, em maior ou

⁴ Artigo 3º, II, da Lei no. 10.833/2003.

⁵ STF, tema de repercussão geral no. 110.

⁶ Artigo 1º, § 3º, II, da Lei no. 10.833/2003.

⁷ O que é permitido mesmo após a Lei Complementar no. 157/2016, nos termos do disposto no artigo 8º-A, § 1º, da Lei Complementar no. 116/2003.

menor grau, geram bitributação (a mais comum é a limitação das deduções em função do valor total da obra).

Em relação ao PIS/Cofins, as receitas de construção civil estão sujeitas ao regime cumulativo, nos termos do disposto no artigo 10, XX, da Lei 10.833/2003.

Esse modelo cumulativo de tributação faz com que muitas construtoras optem por prestar seus serviços na modalidade “por administração” (em que há faturamento direto do fornecedor para o dono da obra), em detrimento da chamada “empreitada global”.

Incorporadoras imobiliárias

Por fim, as incorporadoras possuem receita de alienação de bens imóveis, de modo que não há incidência de ISS e ICMS (mas apenas de ITBI, como mencionado anteriormente)⁸.

PIS e Cofins incidem sobre tal faturamento, de acordo com o regime cumulativo ou não cumulativo. No segundo caso, as regras de creditamento constam do disposto no artigo 4º da Lei 10.833/2003.

A despeito disso, é comum que incorporadoras optem pelo RET – Regime Especial de Tributação, de que trata a Lei no. 10.931/2004 (que também inclui IRPJ e CSLL), o que, em breve síntese, equivale a uma espécie de regime cumulativo.

Dito isso, a primeira possibilidade de tratamento diferenciado para o setor imobiliário seria justamente a cobrança de IBS e CBS um regime cumulativo. Caso essa venha a ser a opção do legislador complementar, a arrecadação total do IVA dual sobre o setor seria composta da soma dos valores recolhidos pelos fornecedores (pois não haveria aproveitamento de créditos) e pelas empresas referidas neste tópico (*holdings*, construtoras e incorporadoras).

O fenômeno da cumulação, como é cediço, abre a possibilidade de redução brusca das alíquotas incidentes sobre as receitas

⁸ Mas, evidentemente, os serviços contratados para a referida incorporação estarão sujeitos ao ISS, que será fará parte do custo da incorporadora.

imobiliárias, além de dispensar as empresas da apuração de créditos e débitos. Por outro lado, o efeito da tributação em cascata tende a gerar ausência de neutralidade e encurtamento da cadeia, além de discussões em torno de deduções da base de cálculo tributária, tal como ocorre com o ISS nos serviços de construção civil.

Fora a cumulatividade, a PEC 45 prevê a possibilidade de se alterar (a) as alíquotas, (b) as regras de creditamento e (c) a base de cálculo do ICA dual.

A primeira hipótese é, sem dúvida, a mais simples, e poderia trazer alíquotas diversas, mesmo dentro da atividade imobiliária (ou seja, uma para locação e outra para a comercialização, por exemplo).

Quanto às regras de creditamento, seria possível prever, além do creditamento amplo típico do IBS e da CBS, a concessão de créditos presumidos aptos a reduzir a carga tributária sobre o valor adicionado neste segmento. A título de exemplo, podemos pensar nos seguintes créditos:

- 1) Imóveis adquiridos de não contribuintes: como é muito comum a aquisição de bens imóveis sem a incidência do imposto, uma alternativa interessante seria o aproveitamento de créditos presumidos calculados sobre o valor do imóvel adquirido (seja para revenda seja para construção ou incorporação); e
- 2) Folha de salários: especialmente as construtoras são intensivas em mão de obra, de modo que uma alternativa para evitar o fenômeno da pejetização seria a concessão de créditos presumidos de IBS e CBS.

Com as medidas acima, as empresas imobiliárias teriam uma apuração mista: para a maior parte dos bens e serviços, adotaria o modelo de imposto sobre imposto; contudo, para as despesas acima, poderia adotar uma não cumulatividade de base sobre base.

Por fim, a PEC 45 prevê a possibilidade de se estabelecer uma base de cálculo diferenciada para as operações com bens

imóveis. Tal poderia se dar com a definição de um percentual de redução (que inclusive poderia ser diferente entre locação e venda, por exemplo), de modo a obter o mesmo efeito de uma alíquota reduzida (ou seja, uma redução de 50% na base traz o mesmo efeito de uma redução de 50% na alíquota) ou com deduções na base, tal como ocorre atualmente com o ISS incidente sobre os serviços de construção civil em diversos Municípios.

Dentre as opções acima, os créditos presumidos nos parecem mais adequados, e, inclusive, seguem lógica parecida com o que a própria PEC 45 já prevê para bens móveis usados, conforme artigo 9º, § 7º.

Por outro lado, se o objetivo for buscar a transição mais simples, que inclui a busca pelo menor impacto possível em termos de preços dos imóveis, a adoção do regime cumulativo tende a ser mais facilmente comparada com o modelo atual. Neste caso, a alíquota certamente seria reduzida (não faz sentido que um imposto cumulativo tenha a mesma alíquota de um não cumulativo) e há a possibilidade de redução da base de cálculo, mediante certas deduções.

17. AS COMPRAS PÚBLICAS E O IBS¹

Como visto nos capítulos anteriores, o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) deve ser neutro, e uma das formas mais eficazes de garantir esta neutralidade é assegurar que ele incida de forma uniforme sobre todas as operações com bens e serviços, garantindo-se, por consequência, sua neutralidade horizontal². Apesar deste ideal, a Emenda Aglutinativa de Plenário à Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019, aprovada na Câmara dos Deputados em 07/07/2023, previu, no art. 156-A, § 5º, V, algumas exceções à neutralidade, como forma de proteção e fomento de setores econômicos específicos.

Uma destas exceções diz respeito às compras governamentais, nos seguintes termos:

Art. 156-A [...]

§ 5º Lei complementar disporá sobre: [...]

V – regimes específicos de tributação para: [...]

c) operações contratadas pela administração pública direta, por autarquias e por fundações públicas, podendo prever hipóteses de:

¹ Capítulo preparado por **Melissa Guimarães Castello**, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela University of Oxford (revalidado pela UFRGS); Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Presidente da Fundação Escola Superior de Direito Tributário. Membro do NEF/FGV – Núcleo de Estudos Fiscais/FGV.

² Segundo André Mendes Moreira, a neutralidade dos IVAs se apresenta sob duas formas: quando há não cumulatividade plena (também conhecida como neutralidade vertical), ou quando todos os bens e rendas são tributados de forma isonômica (neutralidade horizontal) (MOREIRA, André Mendes. **Neutralidade, Valor Acrescido e Tributação**. BH: Fórum, 2019. p. 45).

1. não incidência do imposto e da contribuição prevista no art. 195, V, admitida a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores; e
2. destinação integral do produto da arrecadação do imposto e da contribuição prevista no art. 195, V, ao ente federativo contratante, mediante redução a zero das alíquotas dos demais entes e elevação da alíquota do ente contratante em idêntico montante; [...]

Portanto, quando o Estado figurar na posição de contratante de bens e serviços, a Lei Complementar que legislar sobre o IBS poderá dispor sobre regimes específicos de tributação. O texto constitucional merece análise detida sob três aspectos: a abrangência do regime específico de tributação, a possibilidade de manutenção dos créditos relativos às operações anteriores, e a destinação integral do produto ao ente federativo contratante. Contudo, antes de passar a estas análises, será traçado um breve panorama dos motivos que levaram ao tratamento diferenciado das compras governamentais.

O fundamento para o tratamento diferenciado às compras governamentais

As compras governamentais representam, em média, 12,5% do produto interno bruto brasileiro, de acordo com estudo elaborado por pesquisadores vinculados ao IPEA³, que levantou os dados de compras públicas registrados pelos três entes da Federação, no período entre 2006-2017.

Este percentual provavelmente sofrerá um aumento a partir do momento em que a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 – se tornar de aplicação obrigatória para todas as compras públicas. Isso porque a referida lei institui o Portal Nacional de

³ RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO Júnior, Edmundo. Texto para Discussão nº 2476 – O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. IPEA, 2019. Disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em 26 jun. 2023. p. 18.

Contratações Públicas, veículo de transparência governamental onde todos os contratos de toda a administração pública direta, autárquica e fundacional dos três entes da Federação deverão ser publicados, como condição indispensável para sua eficácia (art. 94 da Lei nº 14.133/2021). Ou seja, a partir da incidência plena da nova lei, as ferramentas para mensuração da expressividade das compras públicas brasileiras serão mais precisas e acuradas, mitigando-se o risco de subnotificação.

Seja como for, 12,5% do PIB é um montante expressivo, e que merece o adequado tratamento tributário. Exigir que o Poder Público, na condição de consumidor final de bens ou tomador de serviços, arque com o ônus financeiro dos tributos incidentes ao longo da cadeia de consumo não pareceu razoável aos Deputados Federais, que formularam técnicas para reduzir a carga tributária incidente. O principal fundamento para a desoneração das compras públicas decorre do fato de que o IBS e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) acabarão repassados à sociedade (na forma de custo das compras governamentais)⁴. Assim, caso estas compras não sejam desoneradas, elas pressionarão para aumentar ainda mais a carga tributária, já que a despesa pública é financiada com receitas tributárias. A fim de evitar este círculo vicioso, a Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 adequadamente optou por atribuir às compras públicas um tratamento diferenciado.

A opção do legislador faz sentido, especialmente quando se percebe que, em algumas situações, a cobrança de impostos sobre o consumo em compras governamentais se aproxima de um caso de confusão. Como se sabe, o instituto da confusão, previsto no art. 381 do Código Civil, é um fato jurídico, consequência da impossibilidade material e lógica de sobrevivência da obrigação⁵. Através da confusão, quando na mesma pessoa se confundem credor e devedor,

⁴ PEREIRA, Vinícius. Setor de saúde apoia reforma tributária, mas busca IVA ‘apropriado’. In: **JotaInfo**. 02 jun. 2023. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/setor-de-saude-apoia-reforma-tributaria-mas-busca-iva-apropriado-18052023>. Acesso em 26 jun. 2023.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações** [livro eletrônico], volume 2, 2ª ed. – SP: Thomson Reuters Brasil, 2020.

as obrigações são extintas. Ora, considerando-se que em uma compra governamental o Estado é ao mesmo tempo contribuinte de fato do IBS e credor deste imposto, a incidência do tributo, no caso, se aproxima de uma situação de confusão, já que o valor eventualmente arrecadado com o imposto reverteria aos cofres do próprio ente que está adquirindo o bem ou o serviço.

No sistema tributário atualmente em vigor, a confusão já serve de embasamento para a desoneração pontual de algumas compras públicas. É ela que fundamenta o Convênio ICMS nº 26/2003, aprovado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias. Nos termos do referido Convênio, os Estados podem isentar as operações internas de aquisição de mercadorias ou contratação de serviços submetidos à incidência do ICMS, desde que a empresa repasse ao Poder Público, na forma de desconto no preço, o valor equivalente ao imposto.

Em uma análise apressada, poderia se imaginar que esta isenção do ICMS representaria a perfeita configuração do instituto da confusão, já que o Estado estaria isentando o imposto que acabaria revertendo aos cofres públicos estaduais. Contudo, a ocorrência da confusão é apenas parcial, na medida em que 25% do ICMS devido em cada operação compete aos municípios⁶. Portanto, o Convênio autoriza uma diminuição dos repasses constitucionalmente destinados pelos Estados aos Municípios.

Como será demonstrado abaixo, essa diminuição dos valores recebidos pelos outros entes da Federação também ocorre no modelo proposto para o IBS. Não obstante, no novo modelo tributário a supressão de valores que seriam teoricamente devidos aos outros entes da Federação tem amparo na própria Constituição – e não em

⁶ UCHIMA, Ricardo Kengi. Isenção de ICMS em compras públicas: a informação estratégica no contexto da gestão do conhecimento. TCE/SP. Disponível em https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/artigo_-_isencao_de_icms_em_compras_publicas_-_completo_0.pdf. Acesso em 02 jun. 2023.

um Convênio ICMS – de modo que se trataria de uma verdadeira hipótese de imunidade recíproca, tal qual previsto no art. 150, VI, “a”, da Constituição⁷. Percebe-se, portanto, que a intenção de tratar da matéria na própria Constituição é fundamental, para diminuir o risco de conflitos federativos.

Voltando ao modelo de desoneração das compras públicas criado pelo Convênio ICMS 26/2003, ele também traz outra dificuldade: a isenção abrange exclusivamente as compras internas a um mesmo Estado, havendo um claro favorecimento aos bens produzidos localmente. Em casos de compras de grande vulto, em que as empresas vendedoras têm abrangência nacional, este favorecimento ao produtor local pode representar uma distorção da neutralidade tributária, na medida em que estimula que o fornecimento do bem seja feito a partir do estabelecimento da empresa situado no Estado adquirente, mesmo quando a opção comercial da empresa seja fornecer o produto a partir de outro estabelecimento. Dada a abrangência nacional do IBS e da CBS, esta dificuldade não subsiste no novo modelo de tributação.

Sob outra ótica, o Convênio ICMS nº 87/2002 também desonera as compras públicas. Este Convênio faculta a isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da administração pública direta federal, estadual e municipal, independentemente da origem do produto. Neste caso, a isenção não está atrelada ao fato de a compra ser interna – até porque outro ente da Federação pode ser o adquirente – de modo que o fundamento da isenção não decorre do instituto da confusão. A isenção tributária para fármacos e medicamentos decorre pura e simplesmente da necessidade de reduzir os custos do serviço de saúde pública no país.

Percebe-se, portanto, que o grande fundamento para atribuir tratamento tributário diferenciado às compras públicas decorre da necessidade de reduzir os custos do Poder Público. As compras

⁷ Sobre a classificação do regime específico de tributação atribuído às compras governamentais como imunidade, vide a entrevista do Prof. Paulo Caliendo com o Prof. Eurico Santi, disponível em <https://youtu.be/tHU6aNdO-Xw>. Acesso em 27 jun. 2023.

governamentais têm expressão significativa no PIB nacional, e não parece lógico onerá-las com tributos sobre o consumo. Um dos fundamentos para isentar estas compras está na ocorrência de identidade entre credor tributário e contribuinte de fato. Contudo, como demonstrado nos dois exemplos trazidos acima, em muitos casos esta confusão é apenas parcial, motivo pelo qual o tratamento de desoneração ampla previsto na Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 parece mais adequado, conforme se passa a expor.

A abrangência do regime específico de tributação

O art. 156-A, § 5º, V, “c” da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 determina a instituição de regime específico de tributação para a administração pública direta, para autarquias e para fundações públicas. Dois pontos merecem destaque sobre a redação desta alínea: **a.** a obrigatoriedade – ou não – da instituição do regime específico de tributação; e **b.** a delimitação dos órgãos do Poder Público abrangidos pela desoneração tributária.

No que toca à obrigatoriedade de instituição de regime específico de tributação para as compras governamentais, o texto proposto para o novo artigo da Constituição não é claro. O § 5º do art. 156-A não cria uma obrigação sólida e vinculante ao legislador complementar, mas tampouco lhe dá uma faculdade. Com efeito, o texto do § 5º é ambíguo, na medida em que apenas indica que a “lei complementar **disporá**”.

Caso pretendesse o legislador constituinte criar uma obrigação ao legislador complementar, seria preferível a redação “lei complementar **deverá**” estabelecer regime tributário específico. Por outro lado, caso a intenção fosse atribuir uma faculdade ao legislador complementar, a redação “lei complementar **poderá**” seria mais adequada. Da forma como está, o texto pode gerar dúvidas, e estas dúvidas podem causar um indesejável litígio. Pelos motivos expostos acima, é recomendável que o regime específico de tributação para as compras governamentais seja obrigatório, estabelecido na Constituição.

No que diz respeito aos órgãos do Poder Público abrangidos pelo regime específico de tributação, por sua vez, o texto proposto adequadamente se refere às “operações contratadas pela administração pública direta, por autarquias e por fundações públicas”. Traçando-se um paralelo entre esta hipótese de não incidência do IBS e da CBS e a imunidade recíproca de que trata o art. 150, VI, “a”, c/c § 2º, da Constituição, nota-se que o texto proposto na Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 guarda a adequada simetria com o texto constitucional vigente, na medida em que os beneficiados pela não incidência do IBS e da CBS são os mesmos órgãos da administração pública direta e indireta beneficiários da imunidade recíproca.

Ficam excluídos do regime específico de tributação as empresas estatais, e tal exclusão, a princípio, parece adequada. Com efeito, as empresas públicas e sociedades de economia mista, em regra, não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição. Ademais, estas empresas não se submetem às regras gerais de licitações e contratos estabelecidas na Lei nº 14.133/2021, realizando suas compras pelas regras previstas na Lei nº 13.303/2016, em conjunto com o regulamento interno de cada empresa estatal (que costuma ser mais flexível do que o regramento da Lei Geral de Licitações).

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em julgamento proferido com repercussão geral, que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal, independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço.”⁸

Em sendo estas empresas beneficiárias da imunidade recíproca, seria o caso de estender o regime específico de tributação às compras públicas que elas efetuam? Considerando-se que o fundamento último para a desoneração das compras governamentais é

⁸ STF. RE 1.320.054 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 6-5-2021, P, DJE de 14-5-2021, Tema 1.140, com mérito julgado.

reduzir o custo de manutenção do Estado, e levando-se em conta que estas empresas estatais são mantidas pelo Poder Público, a resposta deve ser afirmativa: o regime específico de tributação deve ser estendido às compras públicas efetuadas pelas empresas estatais que prestam serviços públicos essenciais, e que não concorrem no mercado. Este é um ponto que pode ser previsto na lei complementar que regulamentar a matéria, a fim de evitar litígios sobre a adequada interpretação da norma constitucional.

A manutenção dos créditos

Passando à análise dos itens da alínea “c” do inciso V do § 5º, percebe-se que o legislador constituinte pretende deixar duas alternativas ao legislador complementar: aquela prevista no item 1 (de não incidência do imposto e da contribuição), e a prevista no item 2 (de atribuição do produto da arrecadação tributária ao ente da Federação contratante). Levando-se em conta a lógica de que há, nas compras governamentais, uma espécie de confusão entre credor tributário e contribuinte de fato, as duas alternativas deveriam ter resultado prático equivalente. Contudo, a realidade do mercado de compras públicas pode levar a efeitos muito distintos.

O item 1 da alínea “c” do inciso V traz o coração do regime específico de tributação das compras governamentais, ao possibilitar que a desoneração tributária se dê na forma de não incidência do IBS e da CBS. Assim, após as sucessivas incidências de IBS e CBS, ao longo da cadeia produtiva dos bens ou serviços, quando o alienante efetua a operação de venda ou de prestação de serviço para o adquirente integrante do Poder Público, os tributos deixam de incidir.

Por consequência, e diante da lógica de não-cumulatividade destes tributos, o alienante terá créditos correspondentes ao IBS e à CBS pagos ao longo de toda a cadeia produtiva. Nos termos do trecho final do item 1, é “**admitida** a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores”. E aqui, mais uma vez, o texto do Substituto à PEC nº 45/2019 padece de ambiguidade: ao “admitir” a

manutenção dos créditos, o legislador constituinte abre espaço para que a Lei Complementar, *a contrario sensu*, vede a manutenção dos créditos.

A título de comparação, ao tratar da não incidência do IBS sobre as exportações, a proposta de Emenda à Constituição determina que será “**assegurada** ao exportador a manutenção dos créditos”. Uma redação semelhante seria recomendável para o regime de tributação das compras governamentais, a fim de garantir a efetividade da não incidência pretendida.

Isso porque, caso os créditos das etapas anteriores da cadeia de produção não sejam mantidos, a efetividade da política de desoneração tributária das compras governamentais será muito reduzida, pois a vantagem tributária se limitará ao imposto incidente sobre o valor agregado na última etapa da cadeia de consumo. Se o objetivo é uma desoneração ampla das compras governamentais, os créditos relativos às operações anteriores devem ser mantidos.

Sob outra perspectiva, a solução de desoneração tributária proposta no item 1 pressupõe uma efetiva competitividade entre os fornecedores de bens e serviços para o Poder Público. Isso porque o benefício fiscal é concedido ao fornecedor, que poderá – ou não – repassá-lo no preço para o Governo. Se houver efetiva concorrência entre os distintos fornecedores, é provável que haja o repasse do benefício fiscal no preço, como forma de assegurar que o licitante se sagre vencedor na disputa. Por outro lado, em mercados menos competitivos, o estímulo para o repasse integral do benefício tributário ao Poder Público é menor, de modo que a política tributária pretendida pode não alcançar plenamente os resultados pretendidos.

Certo é que a lei complementar pode estipular dispositivo semelhante aos dos Convênios ICMS n°s 26/2003 e 87/2002, na linha de que “o valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, nas propostas do processo licitatório e nos documentos fiscais” (cláusula primeira, § 6º, do Convênio n° 87/2002). Contudo, a experiência prática em licitações revela que os licitantes e a Administração Pública – ao menos no

regime tributário atual – têm muitas dúvidas sobre o efetivo atendimento da norma que determina o repasse do benefício fiscal no preço das mercadorias.

Sob esta ótica, uma alternativa que pode se mostrar mais eficaz para os mercados menos competitivos é aquela proposta no item 2 da alínea “c” do inciso V, como demonstrado a seguir.

A destinação integral do produto ao ente federativo contratante

O item 2 da alínea “c” do inciso V prevê a possibilidade de destinação integral do IBS e da CBS ao ente federativo contratante. Nesse caso, os tributos são cobrados regularmente no fornecimento de bens ou serviços para o Poder Público, não sendo o caso de não incidência tributária. Nesse modelo, as compras públicas são desoneradas porque há uma espécie de repasse tributário entre os entes da Federação. A operação para assegurar que não sejam cobrados o IBS e a CBS sobre as compras governamentais passa a ser muito mais de Direito Financeiro, do que de Direito Tributário.

Para assegurar que os tributos pagos sejam integralmente destinados ao ente federativo contratante, o texto da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 propõe a redução a zero da alíquota dos demais entes, com a elevação da alíquota do contratante em percentual equivalente ao reduzido nos demais.

Neste ponto, é necessário rememorar que o IBS deve incidir no local de destino, onde ocorre o consumo do bem ou a prestação do serviço. E, neste local, o imposto será dividido entre o Estado e o Município de destino. É o que se depreende do art. 156-A, § 1º, VII, da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019.

Portanto, quando um Estado realiza uma licitação, para adquirir determinado bem móvel material, por exemplo, o local de

destino será o local de entrega do bem⁹. Seguindo a regra geral, o IBS seria dividido entre o Estado e o Município onde ocorreu esta entrega. Contudo, por força do disposto no item 2 da alínea “c”, a lei complementar que regulamenta o IBS poderá prever a redução a zero da alíquota que seria devida ao Município, revertendo todo o imposto para o Estado adquirente.

Caso a lei complementar estabeleça o regime específico de tributação nestes termos, no exemplo dado haveria uma transferência de recursos tributários do Município para o Estado. E, nos casos de compras municipais, o inverso ocorreria. É uma forma distinta de alcançar a imunidade recíproca entre Estados e Municípios, e toda a gestão e compensação financeira que devem ser feitas entre os entes da Federação competirá ao Conselho Federativo do IBS, por força do art. 156-B, III, da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019.

Nota-se que este segundo modelo de desoneração tributária das compras públicas tem a vantagem de não ser impactado pela competitividade entre os fornecedores de bens e serviços para o Poder Público, já que os tributos incidem plenamente, havendo apenas uma compensação financeira entre os entes da Federação. Portanto, mitiga-se o risco de que a política de desoneração tributária não leve a efetiva redução do valor pago pelas compras governamentais.

Por outro lado, este segundo modelo guarda uma especial complexidade no que diz respeito à CBS. Esta, como se sabe, é devida à União, e tem regras distintas daquelas aplicáveis ao IBS. A começar, a CBS não é devida no local de destino da operação (até porque, em se tratando da União, o local de destino é único: o Brasil). Ademais, a CBS não é administrada pelo Conselho Federativo de que trata o art. 156-B. Logo, o mecanismo de transferência do produto da incidência da CBS da União para os demais entes da Federação não parece tão simples quanto aquele que transfere o IBS entre Estados e Municípios.

⁹ CENTRO de Cidadania Fiscal. **Texto-base da Lei Complementar do IBS**. 2020. Disponível em https://ccif.com.br/wp-content/uploads/2020/09/CCiF_NT_LC-IBS.pdf. Acesso em 27 jun. 2023. p. 36.

Na mesma linha, seguindo os ditames do item 2 da alínea “c” do inciso V, nos casos de compras efetuadas pela União, deveria haver o repasse do IBS integralmente dos Estados e Municípios para a União. De acordo com o texto proposto, esse repasse se daria através da técnica de zerar a alíquota devida pelos Estados e Municípios, elevando-se a da União em montante correspondente. Considerando-se que a União não é sujeito ativo do IBS, esta técnica não parece fazer sentido.

Ainda que se superasse as dificuldades apontadas, é de se questionar: Qual órgão seria responsável por gerir as compensações financeiras entre União e Estados e Municípios? A fim de viabilizar o objetivo do legislador constituinte, seria viável admitir a participação da União no Conselho Federativo do IBS?

No presente momento, não há resposta satisfatória para estas questões. Não obstante, a premissa da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019, de segregar o IBS e a CBS, para assegurar a autonomia e independência dos Estados e Municípios, pode vir a ser fragilizada caso este segundo modelo seja adotado, na medida em que se reestabeleceria uma relação de interdependência entre os entes da Federação, que a proposta de emenda à Constituição pretendeu evitar.

Por esse exclusivo motivo, o modelo proposto no item 1 da alínea “c” do inciso V do § 5º do art. 156-A da Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019 parece melhor: a não incidência do IBS e da CBS nas compras governamentais, com a manutenção dos créditos das etapas anteriores, assegurará a desoneração das compras públicas, sem tanta ingerência no delicado equilíbrio federativo construído com a reforma da Constituição.

Conclusões

A Emenda Aglutinativa à PEC nº 45/2019, aprovada na Câmara dos Deputados em 07/07/2023, prevê, no seu art. 156-A, § 5º, V, “c”, uma exceção à neutralidade horizontal do IBS e da CBS, ao permitir tratamento tributário diferenciado às compras

governamentais. Considerando-se a essencialidade destas compras, a expressividade que elas representam no produto interno bruto do país, e o fato de que a tributação das operações representaria – em certa medida – uma confusão entre credor tributário e contribuinte de fato, a desoneração destas operações se mostra adequada.

Não obstante, o texto de emenda à Constituição proposto pode passar por pequenos ajustes, de forma a garantir sua maior efetividade. A começar, a desoneração prevista na alínea “c” deve ser obrigatória, suprimindo-se a ambiguidade identificada no § 5º do art. 156-A. Ademais, e na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a desoneração deve abranger também as empresas estatais que prestam serviços públicos essenciais, e que não concorrem no mercado, cabendo à lei complementar legislar sobre a matéria.

Por fim, as duas hipóteses aventadas pelo legislador constituinte para assegurar a desoneração das compras públicas trazem vantagens e desvantagens. A solução prevista no item 1 da alínea “c” tem a vantagem de desonerar amplamente o IBS e a CBS, mas a desvantagem de ter sua eficácia dependente da competitividade do mercado de compras públicas. Por outro lado, a solução aventada no item 2 tem a vantagem de não ser impactada pela competitividade deste mercado, mas a desvantagem de abrir espaço para o estabelecimento de uma relação de interdependência entre União, Estados e Municípios, que não foi desejada pelo legislador constituinte. Por este motivo, considera-se a solução do item 1 preferível.

Seja qual for o modelo eleito, a lei complementar que legislar sobre o IBS e a CBS deverá detalhar os parâmetros da política pública de desoneração tributária das compras governamentais.

18. REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS¹

Basicamente, os regimes aduaneiros especiais brasileiros seguem padrões adotados internacionalmente. Várias são as possibilidades de classificá-los, mas, para fins da reforma tributária, nos parece conveniente dividi-los da seguinte forma:

- a) Movimentação temporária de bens;
- b) Armazenagem de bens;
- c) Desoneração de exportações; e
- d) Exportações sem saída do bem do território nacional.

No primeiro grupo enquadram-se, dentre outros, os regimes de admissão temporária e exportação temporária, que permitem a importação ou exportação temporária de bens com a desoneração², total ou parcial, dos tributos federais³ incidentes sobre a importação⁴.

Como regimes destinados à armazenagem de bem, podemos citar, a título de exemplo, o entreposto aduaneiro e o depósito

¹ Capítulo preparado por **Carlos Navarro**, Sócio do Galvão Villani Advogados. Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Professor do IBDT e FGV. Ex-juiz do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT-SP) e **João Paulo Muntada Cavinatto**, sócio responsável pela área de Tributos Indiretos e Direito Aduaneiro no Le-fosse. Pós graduado em direito tributário pela PUC/SP, Especialista em comércio exterior.

² No caso da admissão temporária, estamos diante de uma suspensão que se converte em isenção por ocasião da exportação do bem. No caso da exportação temporária, somos da opinião que não haveria sequer incidência dos tributos no retorno do bem, visto não se tratar de bem estrangeiro (ou seja, não há desnacionalização do bem quando da exportação temporária).

³ A desoneração do ICMS sempre dependerá de Convênio e legislação de cada Estado.

⁴ Ou reimportação de bem exportado temporariamente.

especial. Na importação, esse tipo de regime prevê a suspensão dos tributos federais, os quais podem vir a ser recolhidos em um momento posterior ou não, a depender da sua forma de extinção⁵.

No terceiro grupo classificamos os regimes que visam desonerar exportações mediante desoneração na aquisição de insumos. Exemplificativamente, enquadram-se neste grupo os regimes de *drawback* e o RECOF-Sped.

Por fim, um último grupo de regimes é o que prevê o mesmo tratamento fiscal e cambial de exportações a mercadorias que não deixam o território nacional, como se verifica no depósito alfandegado certificado (DAC) e na exportação ficta.

De acordo com o artigo 156-A, § 5º, inciso IX, lei complementar disporá sobre “as hipóteses de diferimento” do IBS “aplicáveis aos regimes aduaneiros especiais e às zonas de processamento de exportação.”

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é que a reforma tributária em nada impacta os regimes aduaneiros especiais em relação ao Imposto de Importação (e mesmo para IPI e PIS/Cofins, enquanto eles existirem). No que se refere ao IBS, por seu turno, há necessidade de previsão de diferimento em lei complementar. Finalmente, em relação à CBS, a PEC 45-A deixa em aberto a possibilidade de inclusão nos regimes aduaneiros especiais por lei ordinária.

No âmbito federal, portanto, é natural que a União acabe por aplicar todos os regimes aduaneiros especiais à CBS, tal como historicamente se verificou para IPI e PIS/Cofins, salvo raras exceções.

Para o IBS, a lei complementar poderá adotar uma postura mais alinhada com a União ou manter a tradição do ICMS, que é de selecionar os regimes aduaneiros especiais aplicáveis⁶. Passemos à

⁵ Por exemplo, se uma mercadoria admita em entreposto é exportada ou reexportada, o tributo originalmente suspenso jamais será devido.

⁶ Para o ICMS a seleção ocorre, primeiro, no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), e, uma vez aprovado Convênio, no âmbito decisório do próprio Estado.

análise de cada uma dessas decisões para os grupos de regimes especiais indicados anteriormente.

Em relação aos regimes aduaneiros especiais destinados à movimentação temporária de bens, convém distinguir a entrada temporária da reentrada de bem exportado temporariamente. Para a importação temporária, o eventual diferimento do IBS-importação (caso a lei complementar assim preveja) tende a se encerrar no momento da extinção do regime, seja pela devolução (exportação) do bem ao exterior, nacionalização ou qualquer outra hipótese prevista na legislação do referido regime.

Em havendo exportação, o imposto diferido poderá ser levado a débito e crédito⁷ no mesmo instante, o que trará impacto zero ao importador temporário que seja contribuinte do imposto. Já no caso de nacionalização do bem, por exemplo, o débito do IBS diferido deverá ser realizado, mas seu crédito ocorrerá de acordo com as normas de creditamento que também serão previstas em lei complementar.

Para as empresas optantes pelo Simples Nacional ou para os não contribuintes do IBS, no entanto, o diferimento pode se mostrar um instrumento pior do que a suspensão convertida em isenção. Se uma pessoa jurídica do Simples Nacional importar um produto para uma feira, por exemplo, correrá o risco de ter de pagar o IBS-importação sem qualquer tipo de crédito por ocasião da exportação (ou seja, não no momento da importação, quando o imposto estiver diferido, mas no momento do encerramento do regime). Para evitar tal situação, é fundamental que a lei complementar do IBS crie uma alternativa ao lançamento concomitante de débito e crédito.

Caso o regime de admissão temporária sequer venha a ser contemplado pela lei complementar do IBS, novamente haverá grande distinção entre contribuintes e não contribuintes do IBS (incluídos neste grupo os optantes pelo Simples Nacional, embora, tecnicamente, sejam contribuintes). Isso porque o contribuinte do IBS, como regra geral, poderá se creditar do imposto pago na importação,

⁷ A exportação garante a manutenção do crédito.

o que afeta, principalmente, o fluxo de caixa do importador. Já no caso do optante pelo Simples, também teria de desembolsar o IBS-importação no momento do desembaraço aduaneiro, mas não poderia recuperar tal tributo.

Especificamente para as importações temporárias de bens de capital (por exemplo, no âmbito da chamada admissão temporária para utilização econômica) – e o mesmo valerá também para importações definitivas em outros regimes –, há de se destacar, ainda, que o novel artigo 156-A, em seu § 5º, VI, determina que lei complementar disporá sobre “a forma como poderá ser reduzido o impacto do imposto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte”, o que pode se dar por meio do chamado *reverse charge*, redução de alíquota ou qualquer outro mecanismo apto a melhorar os impactos acima mencionados, no caso de ausência de previsão a respeito da aplicação do regime aduaneiro para o IBS.

No caso da exportação temporária, o principal objetivo é não onerar a reimportação do bem temporariamente exportado, visto que a exportação anterior já é totalmente desonerada. Uma possibilidade de se afastar tal tributação é pelo próprio fato gerador do imposto, quando resta claro que a importação objeto de incidência é a de produtos estrangeiros (ou seja, o produto nacional que retorna jamais poderia ser tributado). Contudo, ao menos com base na redação da PEC, não há previsão de importação apenas de bens estrangeiros, o que faz com que a aplicação do regime aduaneiro especial de exportação temporária seja absolutamente necessária (a menos que haja, por parte da lei complementar, a limitação do fato gerador à importação de bens estrangeiros).

De maneira semelhante ao mencionado na admissão, na exportação temporária também poderá haver substancial diferenciação para importadores contribuintes e não contribuintes (ou contribuintes optantes pelo Simples Nacional). Desse modo, se a exportação temporária não for contemplada pela lei complementar do IBS, aqueles que forem contribuintes do imposto provavelmente poderão se creditar do imposto pago no desembaraço aduaneiro de reimportação. Diferentemente, não contribuintes recolherão o imposto sem qualquer crédito.

Em relação aos regimes aduaneiros especiais voltados à armazenagem de bens, o objetivo principal é, na importação, postergar o recolhimento do tributo e, na exportação, antecipar a respectiva desoneração.

Na importação, quando o regime é extinto mediante nacionalização, esse resultado postergação está bastante claro. Contudo, nos casos em que a mercadoria depositada acaba retornando ao exterior (exportação ou reexportação), o imposto incidente na importação acaba nunca sendo recolhido, mediante o já mencionado mecanismo de conversão da suspensão em isenção.

Transportando tal realidade para o diferimento, o funcionamento é muito melhor nos casos em que há nacionalização do que naqueles em que o produto é exportador e o depositante (beneficiário do regime) pode vir a ter seu fluxo de caixa afetado, se contribuinte do IBS, ou ter verdadeiro incremento de custo, se não contribuinte ou optante pelo Simples Nacional (na linha do que fora mencionado anteriormente).

Já no caso do entreposto de exportação, é possível que possa vir a ser substituído por uma operação mais simples, como a remessa para armazém-geral, a depender da configuração do fato gerador de acordo com a lei complementar. Se assim não for, mostra-se conveniente a previsão, para o IBS, de regime de depósito de mercadoria com destino à exportação, antecipando os efeitos da desoneração (neste caso, tanto para contribuintes quanto não contribuintes do IBS).

O terceiro grupo é o dos regimes aduaneiros especiais que buscam desonerar exportações. Tomando como exemplo o regime de *drawback*, novamente a importância será maior para uma empresa optante pelo Simples Nacional que para um contribuinte que apure créditos e débitos do IBS, especialmente se a devolução do IVA dual aos exportadores se der de maneira rápida e em dinheiro (neste caso, o maior benefício do regime é a melhora do fluxo de caixa do IBS, desconsiderando, obviamente, o Imposto de Importação).

Por fim, o último grupo é o que contempla as operações que possuem efeitos de exportações. No caso da chamada exportação ficta, boa parte das hipóteses tem relação com compras governamentais, o que já foi objeto de tratamento específico por parte da reforma tributária. No caso do DAC, a venda de bens a estrangeiros pode vir a ser desonerada pela própria lei complementar, a depender da forma como será implementado o princípio do destino, ou mesmo não vir a ser tributada, nos casos de mera armazenagem, ainda que em local fora do controle aduaneiro, como mencionado anteriormente quando do exame do entreposto de exportação.

Por todo o exposto, a lei complementar terá um papel fundamental nos regimes aduaneiros especiais. Se decidir por incluir o diferimento do IBS para todos eles, precisará lidar apenas com as diferenças jurídicas entre suspensão convertida em isenção e diferimento, o que pode ser resolvido se o imposto diferido não precisar ser recolhido nos casos de exportação, especialmente para as empresas optantes pelo Simples Nacional que recolherem IBS por meio do DAS.

Diferentemente, se a lei complementar optar por eleger alguns regimes aduaneiros e afastar outros, a escolha precisará levar em conta, dentre outros, a forma como a própria lei complementar tratará compras governamentais, operações com armazém-geral / operador logístico, prazo e forma de devolução de créditos acumulados, desoneração de bens de capital, dentre outros.

19. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E DEFESA DO MEIO AMBIENTE¹

O projeto de reforma tributária aprovado, com base na PEC 45/2019, em sua emenda aglutinativa, na Câmara dos Deputados e em debate no Senado prevê o princípio da neutralidade tributária em um IVA Dual.

A proposta segue os debates mais recentes da União Europeia e estabelece a conjugação da neutralidade tributária com a proteção do meio ambiente em diversos dispositivos. Os quais podemos citar:

Art. 145.

§ 3º. O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e do equilíbrio e da **defesa do meio ambiente.**” (NR)

Art. 43.

§ 4º. Sempre que possível, a concessão dos incentivos regionais a que se refere o § 2º, III, considerará **critérios de preservação do meio ambiente.**” (NR)

Art. 153.

VIII – produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos da lei.

¹ Capítulo preparado por **Paulo Caliendo**, Professor da PUC-RS, Doutor em Direito Tributário, pela PUC-SP, com doutorado sanduíche na Ludwig-Maximilians-Universität (Alemanha). Doutor em Filosofia pela PUC-RS. Participou do Program of Instruction for Lawyers da Harvard Law School. Árbitro da lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul. Professor Titular e Membro Permanente do PPGG da PUC-RS.

Note-se que a Proposta estabeleceu que a defesa *do meio ambiente* é um princípio orientador de todo o sistema tributária, a produzir efeitos não somente sobre o regime constitucional do IVA Dual. Por sua vez, a neutralidade fiscal deve ser combinada com a defesa do meio ambiente. De um lado, a concessão dos incentivos regionais deverá considerar critérios de preservação do meio ambiente, sempre que possível.

Ainda mais forte é a exigência direta de que no art. 153, inc. VIII de que se deve considerar o tratamento extrafiscal, por meio do Imposto Seletivo, na produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos da lei.

Esse modelo segue ao caminho geral de alinhar o tradicional princípio da neutralidade tributária do IVA com as considerações ambientais. O princípio da neutralidade foca-se na ausência de cobrança sobre negócios e prevenção de distorções de mercado. Os novos modelos se focam em um modelo híbrido entre a tributação ambiental e a tributação sobre o consumo. Note-se que o a tributação Ambiental sobre o consume segue o *princípio do consumidor-pagador* (“*consumer who pollutes pays principle*”). Trata-se de uma tarefa importante, mas complexa de se alinhar um imposto simples, o mais uniforme possível, neutro, com poucas exceções, com uma diretriz ambiental que exige diferença de tratamento em razão do impacto ambiental de bens e serviços. A manutenção da extrafiscalidade ambiental irá alcançar objetivos modernos e importantes, mas trará uma certa complexidade.

Proteção do meio ambiente na tributação do consumo

A CF/88 optou claramente por uma interpretação restritiva do conceito de extrafiscalidade ambiental. Esta pode ser categorizada pelos seguintes elementos: i) fim constitucional pretendido; ii) meio utilizado e a iii) técnica adotada. Dessa forma, o fim constitucional pretendido deve estar expresso no texto constitucional e objetiva a realização das finalidades da Ordem Constitucional ou

Social meio ambiente). Não é a destinação do recurso ou a técnica utilizada que determina a natureza da norma extrafiscal, mas a sua finalidade constitucional. A extrafiscalidade econômica, assim, pretende realizar determinado desiderato constitucional previsto na ordem econômica (art. 170 da CF/88); a extrafiscalidade ambiental os objetivos para a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88), entre outros.

O meio a ser utilizado é dado pela ordenação, intervenção ou pela redistribuição de renda. A ordenação, ou seja, o uso de mecanismos administrativos-fiscais de proteção do interesse público foi um dos primeiros meios extrafiscais estudados pela doutrina. Edwin Seligman que foi um dos fundadores teóricos das finanças públicas norte-americanas observou com precisão este fato.

A intervenção ocorre por meio de mecanismos indutores ou desestimuladores de determinados comportamentos de agentes econômicos. A redistribuição de renda ocorre por meio da transferência fiscal de recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social. Podemos afirmar que enquanto os meios ordinatórios querem preservar e manter a ordem constitucional, os meios interventivos pretendem corrigir determinadas falhas de mercado e os meios redistributivos visam a reforma social, corrigindo as falhas sociais.

Existem diversas técnicas utilizadas com o propósito de alcançar os fins constitucionais, aplicando os meios previstos em lei. As técnicas são instrumentos normativos vinculados aos meios e fins constitucionais e devem, portanto, infirmar ou confirmar estes, sob pena de inconstitucionalidade. São exemplos de técnicas: a utilização de alíquota progressiva, seletivas, isenções fiscais, reduções de alíquota, aproveitamento de créditos fiscais, depreciação acelerada, dentre tantos outros. O instrumento técnico permitirá a indução de determinados comportamentos tornando a carga fiscal menor ou desincentivando tornando-a mais gravosa.

Cabe diferenciar a existência de tributos com finalidades extrafiscais dos efeitos extrafiscais dos tributos, visto que são temas diversos. Todos os tributos possuem efeitos fiscais e extrafiscais,

visto que da imposição tributária sempre decorrerá um efeito (externalidade) positivo (incentivadora) ou negativo (desincentivadora) sobre a ordem econômica e social.

Igualmente relevante é a distinção sobre os distintos planos de análise: economia pública, política tributária, Direito Tributário e técnica fiscal. O estudo da extrafiscalidade, apesar de conectado com diversos planos do conhecimento, não recebe o mesmo sentido e estrutura de modo uniforme. Cada uma destas dimensões possui seu próprio objeto, problema, linguagem e método, sendo natural que a extrafiscalidade receba significações diversas. A economia pública irá se preocupar especialmente com os efeitos fiscais das normas tributárias sobre a criação, distribuição e redistribuição de bens. A política tributária irá verificar quais são as finalidades constitucionais e como encontrar mecanismos para alcançar estas finalidades. Ao Direito Tributário caberá o estudo das normas de competência extrafiscal, enquanto a técnica fiscal irá questionar sobre os eficientes mecanismos indutores, redistributivos ou ordenadores do bem-estar social.

A ideia de que o Estado deve adotar uma postura ativa de atuação na economia e como reformador social é algo relativamente recente. Os juristas seguiram de modo geral o entendimento dos economistas neoclássicos e políticos liberais de que a intervenção do Estado na economia é prejudicial.

Parte importante dessa revolução inicia-se com a teoria das externalidades. O conceito de externalidade era o equivalente na microeconomia aos novos conceitos keynesianos em macroeconomia. Ele permitia fundamentos para intervenção nas transações privadas em praticamente todos os setores. O autor mais significativo desta tendência será Cecil Pigou, mas não seria o único economista significativo, outros que poderiam ser citados são Marshall e Joan Robinson.

A ideia de externalidades negativas (custos sociais) inicia com o debate intitulado das “*caixas vazias*” (*empty boxes*) em que Pigou defendia que o ingresso de novas empresas em setores industriais altamente competitivos provocava ou o aumento ou a redução

dos custos industriais (*cost industries*), gerando um desarranjo produtivo e consequente perda de bem-estar geral.

A descoberta de ineficiências (externalidades) se dirige a praticamente todos os setores privados (“*negative externalities are ubiquitous*”) Pigou desdenha da possibilidade de sua solução por meio de arranjos privados, preferindo a atuação estatal como forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos (*‘extraordinary encouragements’ or ‘extraordinary restraints’*).

A teoria de Pigou irá sofrer múltiplos ataques. De um lado *James Buchanan* irá desmascarar a aparente neutralidade idealística da esfera governamental e de outro *Ronald Coase* o axioma da inevitável eficiência da solução estatal. Buchanan na sua obra seminal “*The Calculus of Consent*” irá defender o entendimento da vantagem metodológica da aplicação de instrumentos teóricos da teoria do agente racional em mercado para a compreensão da tomada de decisões públicas.

Ronald Coase irá proceder a uma profunda crítica a tese de Pigou em sua famosa obra “*O problema do custo social*” (*‘The Problem of Social Cost’*). Esta obra deu origem a diversas interpretações sobre as teses fundamentais ali defendidas e que receberam a denominação de “*Teorema de Coase*”. Dentre os diversos aspectos apresentados pelos intérpretes podemos destacar essencialmente o desconforto de *Coase* com a ampliação excessiva das medidas de proteção governamental de caráter corretivo. Segundo o autor geralmente tais medidas têm como causa uma ação governamental e não uma ausência de atuação pública. De outro lado, tais ações produzem resultados prejudiciais e não benéficos.

Por diversas vezes dirige seu ataque ao que denomina superestimação das vantagens da regulação governamental (“*over-estimate the advantages which come from governmental regulation*”).

A doutrina tem identificado o *Teorema de Coase* na seguinte formulação: “*se os agentes afetados por externalidades puderem negociar a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão chegar a uma solução negocialmente mais*

favorável". Esse teorema seria um limite à utilização extrafiscal dos tributos, como forma de correção de falhas de mercado

Os estudos econômicos têm demonstrado, portanto, uma clara limitação da tributação extrafiscal como forma de correção de externalidades, falhas de mercado e como substituto da ação livre da sociedade na busca de soluções voluntárias.

Regime constitucional da extrafiscalidade ambiental vigente

A ideia de tributos com finalidade indutora já existiam entre os primeiros teóricos do Direito Tributário, dentre os quais podemos destacar os estudos de *Giannini*.

Não há no modelo constitucional brasileiro a existência da assunção pigouviana de uma autorização constitucional geral, irrestrita à extrafiscalidade. Nenhum dispositivo sustenta a tese de que a existência de ineficiências (externalidades) em todos os setores privados implique lógica e necessariamente na impossibilidade de solução por meio de arranjos privados, exigindo e justificando sempre a atuação estatal como forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos ('extraordinary encouragements' or 'extraordinary restraints'). Pelo contrário, há uma regra geral de limitação ao uso de extrafiscalidade.

A atribuição de normas de competência fiscal ou extrafiscal deve ocorrer de modo expresse, tal como no art. 170 da CF/88, que determina a utilização de tratamento diferenciado para a defesa do meio ambiente. Assim:

Art. 170 (...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A própria extrafiscalidade deve obedecer às limitações constitucionais ao poder de tributar, em especial aos princípios da segurança jurídica, princípio da legalidade, da anterioridade, da periodicidade mínima e da publicidade.

Existem atualmente dois grandes grupos de soluções tributárias utilizadas com o intuito de auxiliar para um meio ambiente ecologicamente equilibrado: i) imposição de tributos ambientais e ii) criação de incentivos à produção sustentável.

A imposição de tributos ambientais se constitui em solução do tipo “comando e controle”, ou seja, soluções que se estabelecem um padrão de conduta e a exigência da internalização do custo das externalidades, tornando obviamente a atividade mais cara do que outra. Assim, por exemplo, a seletividade do IPI ou ICMS pode diferenciar a incidência sobre garrafas PET e garrafas de vidro, etc.

A criação de incentivos à produção sustentável caracteriza-se como sendo um tipo de solução tipo positiva, ou seja, tipo “incentivo-premiação”, que pretende induzir a tomada de decisões ecologicamente sustentáveis pela indicação de benefícios. Dessa forma, a utilização de incentivos à indústria ecológica ou seus produtos pode ser um mecanismo de proteção ao meio ambiente.

Diversos países europeus notaram que a tributação ecológica deve cortar transversalmente o sistema tributário de país, ou seja, possuir uma coerência sistêmica. Desse modo, não basta simplesmente se criar tributos incidentes sobre determinados tipos de atividades poluidoras, é necessário que o sistema tributário de um país seja o mais “ecológico” possível, ou seja, é preciso que exista uma consistência de políticas públicas que induzam o modelo produtivo para um nível de sustentabilidade, orientando a política fiscal nacional, estadual e municipal. Tal princípio irá aparecer de modo inovador na futura redação do art. 145, § 3º, ao determinar que o Sistema Tributário Nacional deve observar ao princípio da defesa do meio ambiente.

Assim, o Brasil se soma aos países que passaram a trabalhar com a ideia de uma “*reforma tributária verde*” (*Green Reform*).

Dessa forma, o sistema tributário como um todo é orientado por uma referência ecológica (*ecological latitude*).

A grande tarefa da lei complementar será combinar, com coerência, a extrafiscalidade ambiental com os princípios da capacidade contributiva, da isonomia tributária e da segurança jurídica e, principalmente, com um modelo de IVA Dual simples, neutro e com poucas alíquotas.

Neutralidade tributária e proteção ambiental

A PEC 45/2019 irá elevar ao princípio da neutralidade tributária ao princípio diretor da tributação sobre o consumo, eliminando ou reduzindo enormemente todas as distorções e tratamentos diferenciados sobre a produção, importação e comercialização de bens. Esse princípio deverá ser combinado com a ideia de que podem existir incentivos regionais pautados por critérios ambientais, de que o Sistema Tributário deverá considerar a proteção do meio ambiente que o Imposto Seletivo deverá considerar na produção, comercialização ou importação de bens e serviços um tratamento diferenciado quando forem prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente.

A primeira observação é de que a matéria será regulamentada em lei complementar e não em lei ordinária (“*nos termos da lei*”). Por outro lado, esse tratamento favorecido abrangerá todo o ciclo econômico desde a produção, comercialização e importação. Cabe o questionamento se esse tratamento deve abranger a fase de comercialização, em face do impacto cumulativo que esta decisão pode acarretar. A possibilidade de geração de resíduos tributários em toda a cadeia deve ser objeto de atenção.

A ideia geral é de que o Imposto Seletivo seja monofásico, diferentemente do IVA Dual multifásico e deveria incidir somente na fase de produção e importação e não na comercialização.

Cabe notar que a incidência do Imposto Seletivo é diferenciada na proposta da PEC 110 e da PEC 45/2019. Na PEC 110 o seletivo tinha natureza arrecadatória, cobrado sobre operações com petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer

origem, gás natural, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações a que se refere o art. 21, XI, da Constituição Federal, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, e veículos automotores novos, terrestres, aquáticos e aéreos. Na PEC 45/2019 ele será um imposto de natureza extrafiscal, cobrados sobre determinados bens, serviços ou direitos com o objetivo de desestimular o consumo de bens prejudiciais à saúde e meio ambiente. Inicialmente, não estavam listados sobre quais produtos ou serviços o tributo iria incidir, mas coube à última versão esclarecer quais os bens que terão essa incidência extrafiscal.

20. ESTUDO DE CASO DOS PROBLEMAS DO ATUAL MODELO: NÃO-CUMULATIVIDADE DE PIS E COFINS – INCIDÊNCIA MONOFÁSICA PARA SETOR DE MEDICAMENTOS¹

A legislação relativa ao PIS e COFINS prevê tratamento diferenciado para o setor de medicamentos, em paralelo ao regime de tributação cumulativo ou não cumulativo. De forma resumida, pode-se dizer que muitos medicamentos estão abrangidos pela incidência monofásica, conforme determina a Lei nº 10.147/2000.

O regime monofásico não é exclusividade do setor, aplicando-se igualmente a autopeças, produtos de higiene pessoal, pneus e câmaras de ar, dentro outros. O sistema prevê a concentração do recolhimento das contribuições no início da cadeia de comercialização e a desoneração das demais etapas.

No caso de medicamentos, as alíquotas aplicáveis serão de 2,10% (PIS) e 9,90% (COFINS), sobre a receita da indústria ou importador, conforme previsto no art. 1º, I, “a” da Lei nº 10.147/2000, em relação aos medicamentos classificados nos códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) indicados no referido dispositivo legal. Por haver tributação concentrada, as operações subsequentes realizadas por contribuintes não enquadrados na condição de industrial ou importador serão sujeitas à alíquota zero.

Além disso, a legislação prevê concessão de crédito presumido para determinados produtos, que é oferecido ao importador ou

¹ Capítulo escrito por **Adriana Stamato**, Advogada e administradora de empresas, Pós graduação em Direito Tributário.

produtor, desonerando de forma definitiva a comercialização dos produtos incluídos na chamada ‘lista positiva’².

Portanto, temos que a tributação de PIS e COFINS sobre o setor de medicamentos é feita de três formas distintas: produtos da lista positiva contam com a completa desoneração em razão do crédito presumido; os da lista negativa são tributados apenas no início da cadeia, sendo as demais operações tributadas à alíquota zero; e, por fim, os da ‘lista neutra’ são tributados pelo regime não cumulativo ou cumulativo, a depender do caso.

As regras aparentemente simples da Lei Nº 10.147/00 trazem, contudo, algumas repercussões e pontos de atenção que serão a seguir abordados, em particular no tocante à eventual violação ao princípio da não cumulatividade quanto aos produtos da lista positiva, quando revendidos por pessoa jurídica não enquadrada na condição de produtor ou importador, bem como o enquadramento de operações de “revenda” para aplicação da alíquota zero.

O artigo 17 da Lei No. 11.033 de 2004

O ponto central da presente discussão é o entendimento sobre o artigo 17 da Lei n 11.033, de 21 de dezembro de 2004 (“Lei nº 11.033/2004”) e sua aplicação em relação às pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador dos produtos da Lei nº 10.147/00³, que, se por um lado estão sujeitas à alíquota

² Para fazer jus ao crédito presumido, as condições previstas no art. 3º da Lei nº 10.147/2000, devem ser observadas. Dentre elas, se tratar de medicamentos cuja NCM é relacionada no caput do mesmo artigo. Além disso, faz-se necessário atender aos seguintes requisitos: ter firmado, com a União, compromisso de ajustamento de conduta, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85; e cumprir a sistemática estabelecida pela Câmara de Medicamentos para utilização do crédito presumido, na forma determinada pela Lei nº 10.213/2001. O procedimento para concessão do crédito presumido está contido no Decreto nº 3.803/2001, que prevê que, além dos demais requisitos supracitados, somente poderá ser concedido aos medicamentos sujeitos à prescrição médica, identificados por tarja vermelha ou preta e destinados à venda no mercado interno.

³ Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos

zero de PIS e COFINS sobre a revenda de tais produtos, de outro não tem autorização para descontar crédito sobre sua aquisição⁴.

Referido artigo tem a seguinte redação:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Por conta disso – e considerando a aplicação da alíquota zero da Lei nº 10.147/00 – passou-se a cogitar da possibilidade de constituição de créditos sobre os produtos do regime monofásico.

O tema foi levado ao Poder Judiciário, tendo sido debatido por anos, até ser finalmente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no julgamento do tema 1093.

Com efeito, em abril de 2022, a Primeira Seção do STJ concluiu o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.894.741/RS e nº 1.895.255/RS, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos no Tema 1093, de forma desfavorável aos contribuintes, fixando as seguintes teses:

1. É vedada a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre os componentes do custo de aquisição o(art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica (arts. 3º, I, “b” da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003).
2. O benefício instituído no art. 17, da Lei 11.033/2004, não se restringe somente às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado REPORTO.
3. O art. 17, da Lei 11.033/2004, diz respeito apenas à manutenção de créditos cuja constituição não foi vedada pela legislação em vigor, portanto não permite a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS

tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

⁴ Art. 3, I, ‘b’ das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003

sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica, já que vedada pelos arts. 3º, I, “b” da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003.

4. Apesar de não constituir créditos, a incidência monofásica da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não é incompatível com a técnica do creditamento, visto que se prende aos bens e não à pessoa jurídica que os comercializa que pode adquirir e revender conjuntamente bens sujeitos à não cumulatividade em incidência plurifásica, os quais podem lhe gerar créditos.

5. O art. 17, da Lei 11.033/2004, apenas autoriza que os créditos gerados na aquisição de bens sujeitos à não cumulatividade (incidência plurifásica) não sejam estornados (sejam mantidos) quando as respectivas vendas forem efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, não autorizando a constituição de créditos sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica.

De forma bastante sintética, o argumento dos contribuintes era no sentido de que a regra do artigo 17 teria tacitamente revogado o dispositivo que vedava o direito ao crédito sobre produtos do regime monofásico, o que permitiria a constituição de créditos sobre tais produtos, ainda que revendidos à alíquota zero.

O entendimento favorável adotado pode ser resumido pelo voto da Min. Regina Helena Costa (RECURSO ESPECIAL Nº 1.861.190 - RS (2020/0030755-8)) para quem “(...) *a norma em destaque deixa claro a possibilidade de o contribuinte utilizar créditos da contribuição ao PIS e da COFINS no caso de venda efetuada no regime monofásico, pois garante a manutenção desses créditos pelo vendedor na hipótese de venda de produtos com incidência monofásica. Cumpre salientar que tal dispositivo não se aplica apenas às operações realizadas com beneficiários do regime do REPORTE, porquanto não traz expressa essa limitação, além de não vincular as vendas de que trata às efetuadas na forma do art. 14 da mesma lei*”.

Sobre o tema da não cumulatividade, a Ministra destaca que:

(...)No que tange à não cumulatividade das contribuições, todavia, não há nenhum regramento preestabelecido no texto constitucional. Diante desse fato, a menos desenvolvida normatividade constitucional em relação à não cumulatividade das contribuições implica reconhecer, necessariamente, ter sido concedida maior margem de liberdade ao legislador infraconstitucional para estabelecer seu regramento. (...) Com efeito, cuidando-se de contribuições cuja base de cálculo é a receita bruta ou faturamento, e que, portanto, não têm conexão direta com determinada operação que tenha por objeto produto ou mercadoria, a técnica de não cumulatividade a ser observada é de “base sobre base”, isto é, o valor do tributo é apurado mediante a aplicação da alíquota sobre a diferença entre as receitas auferidas e aquelas necessariamente consumidas pela fonte produtora (despesas necessárias).

Contudo, o entendimento da Segunda Turma do Tribunal acabou prevalecendo⁵. Para os Ministros, “o art. 17, da Lei 11.033/2004, diz respeito apenas à manutenção de créditos cuja constituição não foi vedada pela legislação em vigor, portanto não permite a constituição de créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre o custo de aquisição (art. 13, do Decreto-Lei n. 1.598/77) de bens sujeitos à tributação monofásica, já que vedada pelos arts. 3º, I, “*b*” da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003.”

Em relação à suposta violação do princípio da não cumulatividade, importante destacar o entendimento do Ministro Mauro Campbell:

Somente há que se falar em princípio da não-cumulatividade onde houver cumulatividade possível, isto é, onde houver uma cadeia de tributação, uma plurifasia ou, ao menos, uma dupla tributação. Se houver incidência única (via monofasia

⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.894.741 - RS

ou substituição tributária), o princípio não é sequer cogitável, o que não impede a incidência do tributo se seu suporte fático acolhe também a monofasia, como no caso da importação para consumo. Aliás, é da própria construção axiológica do princípio da não cumulatividade a ideia de negação da cumulatividade possível.

Adiante, o Ministro acrescenta:

O raciocínio é simples e peço perdão pela repetição: é pressuposto da cumulatividade e da não cumulatividade que a tributação seja polifásica (incidências múltiplas ao longo da cadeia). Se há incidência una ao longo da cadeia (via tributação monofásica ou substituição tributária), já não existe cumulatividade. Se não existe cumulatividade, não há motivo para ser estabelecida uma não cumulatividade, pois não há juridicamente o que ser desonerado. Na tributação monofásica, o efeito da não cumulatividade já é alcançado, no caso, na regulação da penúltima alíquota (alíquota que incide sobre as receitas dos fabricantes e importadores), já que a última alíquota (alíquota que incide sobre as receitas dos revendedores) é sempre zero. Tem-se, portanto, pacífica e sedimentada a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que o princípio da não cumulatividade não pode ser invocado como fundamento para a constituição de créditos fictícios de qualquer tributo que incida de forma monofásica ou em substituição tributária.

A decisão do Tribunal afastou, portanto, a possibilidade de os contribuintes sujeitos à alíquota zero na revenda de produtos sujeitos ao regime monofásico constituírem créditos sobre tais aquisições e entendeu que não haveria violação ao princípio da não cumulatividade na medida em que isso seria incompatível com a própria sistemática de monofasia, onde o recolhimento é feito de forma concentrada.

Por ter ocorrido dentro da sistemática dos recursos repetitivos, o entendimento adotado pelo STJ no tema 1093 deve ser aplicado pelas demais instâncias em casos que tratam da mesma matéria.

Da condição de pessoa jurídica não enquadrada na condição de importador

Ainda dentro do contexto do regime monofásico de medicamentos, outro aspecto interessante diz respeito ao alcance da alíquota zero, ou seja, quais as pessoas jurídicas que podem revender os produtos sem nova tributação.

Como visto acima, a Lei n 10.147/00 prevê, em seu art. 2º:

Art. 2º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador.

Diante disso, cogitou-se que hospitais e clínicas médicas, na medida em que utilizam de tais medicamentos nas suas atividades, poderiam fazer jus à alíquota zero, já que haveria revenda de produtos já tributados com base em alíquotas majoradas na sua origem, não havendo necessidade de nova tributação.

Para vedar essa possibilidade, a Receita Federal do Brasil logo editou o Ato Declaratório Nº 26, de 16 de dezembro de 2004, vedando a adoção de alíquota zero e indicando a tributação pelo regime cumulativo, nos seguintes termos:

Art. 1º Os hospitais, prontos socorros, clínicas médicas, odontológicas, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e os laboratórios de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas, estão sujeitos à incidência cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) sobre a totalidade das receitas auferidas, mediante a aplicação das alíquotas de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 3% (três por cento), respectivamente.

Parágrafo único. É vedado a essas entidades:

I - a segregação, na receita bruta, do valor correspondente aos produtos relacionados no art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, utilizados como insumos na prestação de seus serviços;

II - a aplicação de alíquotas zero das referidas contribuições sobre parcelas da receita bruta relativa aos produtos referidos no inciso I.

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se também às receitas correspondentes à prestação de serviços de diálise, raios X, radiodiagnóstico, radioterapia, quimioterapia e de banco de sangue.

Quando o tema foi levado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o pleito do contribuinte foi negado por falta de provas de que teria havido revenda dos medicamentos⁶.

Na esfera judicial o entendimento também acabou se firmando de forma desfavorável aos contribuintes, sob o entendimento de que ocorre prestação de serviços – e não revenda⁷. Como os hospitais são sujeitos ao regime cumulativo, não teriam qualquer direito a crédito sobre os produtos adquiridos. Esse cenário espelha bem a dificuldade em se concatenar o regime de tributação monofásico de medicamentos com o de outras atividades em que os produtos são usados, sem direito a crédito.

Outro exemplo interessante para ilustrar a dificuldade em se conceituar adequadamente o alcance da norma do artigo 2º, essencial dentro da estrutura proposta pelo legislador para a monofasia, é o de farmácias de manipulação, as quais não se enquadrariam no conceito de industrial, por expressa exclusão prevista no Artigo 5º do RPI⁸.

⁶ Processo 10166.907227/201118

⁷ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.712 - PR (2011/0034447-6)

⁸ Art. 5º Não se considera industrialização: V - o preparo de produto, por encomenda direta do consumidor ou usuário, na residência do preparador ou em oficina, desde que, em qualquer caso, seja preponderante o trabalho profissional;

E, em sendo assim, cogitou-se da aplicação da alíquota zero, em razão de a atividade ser de prestação de serviço, podendo-se enquadrar na previsão de alíquota zero na medida em que a legislação adota o entendimento de que estariam sujeitas a essa alíquota as pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador.

No entanto, essa possibilidade acabou sendo vetada na esfera administrativa. O CARF, ao julgar o processo 12448.921009/2012-28, entendeu que haveria industrialização na medida em que o contribuinte vendia produtos para hospitais, razão pela qual a alíquota zero não seria aplicável. Esse raciocínio não parece estar embasado na legislação do IPI, ainda que, de outro lado, possa fazer sentido ao colocar a farmácia de manipulação no mesmo plano de outros fabricantes de medicamentos em relação à tributação pelo PIS e COFINS.

Conclusão

Diante dos exemplos trazidos acima, é possível concluir-se, sem grande esforço, que o regime monofásico de tributação de PIS e COFINS, a pretexto de simplificar a arrecadação, implica questionamentos relevantes em relação à não cumulatividade e à própria aplicação da sistemática, que inevitavelmente trazem distorções que acabam desaguando no já abarrotado sistema judiciário brasileiro.

Uma real desoneração – ou um mecanismo de não cumulatividade mais efetiva, a depender da escolha do legislador – seria não somente salutar mas necessária, em vista do interesse público relacionado a tema tão caro à sociedade como é a tributação de medicamentos.

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
Originalmente não tinha exceções para a ZFM	Tratamento favorecido para a ZFM até 2073	Tratamento diferenciado para a ZFM até 2073	Mantém os benefícios fiscais da ZFM até 2073	Isenção nas vendas de bens para PJ localizada na ZFM e entre estabelecimentos localizados na ZFM, mantidos os créditos vinculados a essas operações	Extinção do IPI para os produtos produzidos que venham a ser produzidos na ZFM somente a partir de 2073	Considera a ZFM região “fora do Brasil” e suas operações seriam consideradas equivalentes as exportações e importações com o exterior

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
Comissão Mista em 12/05/22: Tratamento diferenciado para a ZFM até 2073	Mantém a partilha do imposto entre origem e destino nas operações com a ZFM	Crédito presumido do IBS para as operações com bens e serviços na ZFM	Manutenção de créditos relativos à ZFM quando da remessa para outro estado ou exportação de serviços e de mercadorias	Incidência reduzida nas vendas por indústria da ZFM na forma de crédito presumido de 25% do valor da CBS incidente sobre a operação	Isenção do IBS nas operações internas e remessas de outros estados para a ZFM; manutenção dos créditos do IBS nas remessas isentas para a ZFM; isenção, alíquota reduzida ou crédito presumido do IBS nas saídas da ZFM para outros estados mantidos os créditos relativos à alíquota modal	Vendas de outros estados para a ZFM, equivalentes as exportações e isentas, mantidos os créditos do imposto no fornecedor

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
Possibilidade de alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS		Possibilidade de alterações nas alíquotas e regras de creditamento do IBS			Fundo Constitucional da Bioeconomia (FCBio) tendo como fonte um % da arrecadação do IBS, nos moldes do FCDF	Vendas da ZFM para outros estados, isentas na ZFM, mantidos os créditos na empresa da ZFM, porém, tributadas como uma importação no estado de destino

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

PEC 45/2019	EMENDA 192 à PEC 45 Brasil Solidário	PEC 110/2019	PEC 46/2022 SIMPLIFICA JÁ	PROJETO DE LEI 3.887/2020	PROPOSTA INDÚSTRIAS MANAUS	PROPOSTA CCiF
GT 06/23 diretrizes de manutenção da ZFM até 2073		Mantém a partilha do imposto entre origem e destino nas operações com a ZFM				Devolução para as empresas da ZFM de parte da arrecadação do novo imposto em montante correspondente aos incentivos com os tributos que serão substituídos, estimada como proporção do valor das vendas para outras regiões do país.

Substitutivo à PEC 45/2019 do GT: Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos industrializados na ZFM no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando o IPI será extinto. Alterações nas alíquotas e regras de creditamento do imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, DF e Municípios e da Contribuição Social sobre bens e serviços que será fonte de financiamento da seguridade social. Após a extinção do						
--	--	--	--	--	--	--

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

IPI, ampliação da incidência do imposto sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente para alcançar os bens que tenham industrialização na ZFM. Extensão desses benefícios às Áreas de Livre Comércio.						
--	--	--	--	--	--	--

Parecer de Plenário da Comissão Especial aprovado pela Câmara Federal em 7/7/23: Manutenção da incidência do IPI sobre os produtos industrializados na ZFM, em 31/12/2026 no período de transição para os novos tributos, entre 2027 e 2033, quando o IPI será extinto. Previsão de que as Lei instituidoras dos novos tributos estabelecerão os mecanismos necessários para manter o diferencial competitivo garantido à ZFM até o prazo final previsto no Art. 92-A e as						
---	--	--	--	--	--	--

REFORMA TRIBUTÁRIA E NEUTRALIDADE DO IVA

ALCs existentes em 31/05/2023, nos níveis definidos pelos tributos extintos. Previsão para utilização de instrumentos fiscais, econômicos ou financeiros, inclusive a ampliação da incidência do IS para alcançar a produção de bens industrializados na ZFM ou nas ALCs para assegurar o diferencial competitivo das áreas incentivadas. Criação de um Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas com o objetivo de fomentar						
---	--	--	--	--	--	--

o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas do estado, construído com recursos da União.						
---	--	--	--	--	--	--

