

# CAPÍTULO 18

## LIMITAÇÃO À COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS NA EXTINÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS: CONTRIBUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA

### **MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI**

Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Presidente Honorária da Associação Brasileira de Direito Tributário (Abradt). Membro da *Fondation des Finances Publiques (Fondafip)*.

### **VALTER DE SOUZA LOBATO**

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Tributário e Financeiro da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário (Abradt).

### **FERNANDO DANIEL DE MOURA FONSECA**

Residência Pós-Doutoral em Direito Tributário na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). *Master of Laws* pela *New York University (NYU)*. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. Contador. Professor de Direito Tributário das Faculdades Milton Campos

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao aplicador do direito é reservado o papel de investigar se determinada norma, abstratamente concebida, incide sobre a situação fática

levada a julgamento, verificando-se, para tanto, a amplitude dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais envolvidos, de modo a determinar a norma individual e concreta aplicável. A homenageada nessa oportunidade, a ilustre Ministra Regina Helena Costa, cumpre esse papel com particular maestria. Unindo magistratura e academia, a jurista desempenha importante função no Superior Tribunal de Justiça, assim como o fazia quando integrante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, contribuindo para a qualidade da jurisdição como também para os debates acadêmicos, com destaque para temas caros ao direito tributário.

A homenagem, portanto, não poderia se distanciar do contexto de relação entre temas objeto de demandas judiciais e as contribuições acadêmicas a eles pertinentes. Nesse ponto, a resolução de determinada controvérsia pelo Poder Judiciário não impede que a matéria analisada permaneça sendo objeto de debates que levem a resultado diverso daquele alcançado pelo aplicador da lei, sobretudo nas hipóteses em que as discussões partem de premissas controversas. Tal constatação se enquadra, inclusive, em decisões colegiadas, no âmbito das quais, por vezes, são proferidos votos divergentes ao desfecho atingido pela maioria, a partir dos quais é possível constatar a ausência de consenso, o que reforça a ideia de que os debates permanecem vívidos, ainda que momentaneamente restritos ao ambiente acadêmico.

O tema que se pretende abordar no presente ensaio se encontra nesse cenário. Trata-se da limitação da compensação dos prejuízos acumulados a 30% do lucro dos exercícios subsequentes, prevista nas Leis nº 8.891/95 e nº 9.065/95. Após ser analisada em oportunidades anteriores pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria foi objeto do Recurso Extraordinário nº 591.340/SP,<sup>1</sup> afetado à repercussão geral (Tema nº 117), no qual restou decidido ser constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Seguindo linha semelhante, as Turmas de Direito Público do STJ definiram, por maioria, que inexistia permissão legal para que, em caso de extinção da pessoa jurídica, os seus prejuízos fiscais sejam compensados sem qualquer limitação. Tal posicionamento não foi acompanhado por todos os integrantes da Corte, contudo. Foi o caso, a propósito, da Ministra Regina Helena Costa, que, no Recurso Especial nº 1.805.925/SP,<sup>2</sup> divergiu do voto vencedor e entendeu ser possível a compensação da integralidade dos prejuízos fiscais na hipótese de pessoa jurídica extinta por incorporação.

1. STF, Tribunal Pleno, RE nº 591.340/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, publicado em 03/02/2020.
2. STJ, Primeira Turma, REsp nº 1.805.925/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para o acórdão Ministro Gurgel de Faria, publicado em 05/08/2020.

Essa é, portanto, a divergência que ora será tratada. Nos termos da consideração inicial acima indicada, conquanto o assunto tenha sido abordado pelos Tribunais Superiores, não há qualquer restrição à continuidade do debate. Ao contrário, a relevância da matéria demanda, em especial, a construção de críticas às decisões proferidas, sem o objetivo de deslegitimar a conclusão do Poder Judiciário, mas sim com a intenção de contribuir para o aprimoramento da discussão. No presente caso, tal expediente se faz ainda mais pertinente por envolver aspectos constitucionais.

Conforme se verá, a limitação da compensação de prejuízos acumulados na extinção de pessoas jurídicas esbarra no conceito constitucional de renda. Mais precisamente, a trava de 30% faz com que o imposto incida sobre o patrimônio, alcançando materialidade diversa daquela tributada pelo imposto de renda, nos termos da repartição de competências constante do texto constitucional. Em complemento, a limitação desconsidera os aspectos positivos da renda, tais como o acréscimo patrimonial e a capacidade contributiva, distanciando-se do conceito de renda construído a partir do Sistema Constitucional Tributário.

Eis, então, o objeto do presente ensaio: analisar a validade da limitação da compensação dos prejuízos fiscais na extinção de pessoas jurídicas sob a ótica do conceito constitucional da renda. Para tanto, imprescindível que, logo de início, tal conceito seja delimitado, ainda que sem a pretensão de esgotar os aspectos a ele concernentes. Na sequência, as premissas fixadas serão transpostas ao caso específico da limitação da compensação de prejuízos acumulados, oportunidade em que será apreciada a jurisprudência, sobretudo no âmbito do STJ e em atenção aos entendimentos divergentes, dentre os quais se insere a posição da Ministra Regina Helena Costa.

É o que se passa a abordar.

## 1 O CONCEITO DE RENDA COMPREENDIDO A PARTIR DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Basta uma rápida incursão pelo texto constitucional para ser possível perceber que a matéria tributária foi disciplinada de forma minuciosa pelo constituinte, por meio de um conjunto estruturado de dispositivos, com especial destaque para aqueles que repartem competências entre os entes tributantes,<sup>3</sup> o que evidencia a existência de um *Sistema Constitucional Tributário*.<sup>4</sup> Por essa razão, não se pode partir da ideia de que o conceito de renda deve

3. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43-44.

4. BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 37.

ser construído apenas com base no art. 153, III da Constituição, estando o intérprete obrigado a uma compreensão sistemática dos dispositivos que compõem a concretização da relação obrigacional tributária.

Sob essa perspectiva, o atributo mais marcante desse sistema se revela na sua rigidez.<sup>5</sup> Com o intuito de reforçar princípios como igualdade, legalidade, segurança jurídica e capacidade contributiva, o legislador constituinte brasileiro cuidou de prever regras que determinam quais materialidades serão tributadas por cada um dos entes, de que forma a competência deverá ser exercida e quais são os seus limites, explícitos e implícitos. Percebe-se a existência de um sistema rígido, baseado na repartição de competências, que restringe o campo de atuação do legislador infraconstitucional,<sup>6</sup> retirando-lhe a possibilidade de ponderação.<sup>7</sup> O legislador jamais poderá avançar sua competência sobre materialidade diversa daquela prevista na Constituição.<sup>8</sup>

Como resultado, deve-se reconhecer que a decisão sobre quais fatos econômicos podem ser tributados foi tomada diretamente (e previamente) pelo Poder Constituinte. Por meio de um recorte da realidade, conferiu-se juridicidade a determinadas e específicas manifestações de riqueza, excluindo-se outras, que não poderão ser objeto de tributação, a despeito de revelarem a existência de capacidade econômica. Para além disso, tem-se que as regras de competência envolvem conceitos mutuamente excludentes, de modo que o poder conferido a um determinado ente tributante não terá sido igualmente conferido a outro, em razão do predomínio da competência tributária privativa, em lugar da concorrente.

Esse raciocínio foi justamente o empreendido por Bulhões Pedreira<sup>9</sup> em relação ao imposto de renda. De acordo com a sua visão, o legislador infraconstitucional deve buscar diretamente no texto da Constituição o referido conceito, o que passa precisamente pelo respeito à discriminação constitucional de competências tributárias. Assim, é preciso que se considere renda como uma materialidade não coincidente com as demais previstas constitucionalmente para a atribuição de competências tributárias,

5. ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 43-47.
6. DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 256.
7. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-165.
8. “Observamos que a concepção de Estado de Direito liga-se à de democracia e de contenção do arbítrio. A segurança jurídica fica, então, hipertrofiada e a lei parece o caminho mais idôneo para alcançá-la.” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 121).
9. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda – Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1971, v. 1, item 2.10 (02).

especialmente no que diz respeito aos conceitos de patrimônio, capital, faturamento, além de transmissão *causa mortis* e doação.<sup>10</sup>

As considerações realizadas até aqui marcam uma delimitação negativa do conceito de renda, que deve ser tratada em conjunto com os atributos positivos que também precisam estar presentes. Assim, é preciso que se considere a ideia de que renda é um *quid novi*, ou seja, uma riqueza nova que se acresce ao patrimônio de seu titular.<sup>11</sup> Trata-se do aspecto consistente no *acréscimo patrimonial*,<sup>12</sup> que pressupõe a existência de um incremento líquido ao patrimônio do contribuinte, que deve ser considerado em um determinado intervalo de tempo e cuja origem seja a aquisição de poder econômico,<sup>13</sup> mediante a identificação dos meios que permanecerão sob o seu poder de disposição, sem que se prejudique o capital.<sup>14</sup>

Em outras palavras, a verificação desse acréscimo pressupõe a necessidade de que o capital seja preservado, de modo que, ao final do período considerado, o indivíduo esteja, sob um determinado ponto de vista, com um patrimônio de valor pelo menos equivalente ao do seu início. É dizer, não pode haver renda sem que o patrimônio seja acrescido e não haverá acréscimo sem que o capital seja preservado.<sup>15</sup>

Contudo, não basta à incidência tributária a constatação de uma variação patrimonial positiva. Afinal, o direito tributário ocupa-se de eventos passados, priorizando atos ou negócios jurídicos já ocorridos e devidamente realizados, de modo que seus resultados importem acréscimo definitivo (realizado, *i.e.*) de valor ao patrimônio do contribuinte, decorrente de uma riqueza que tenha sido transacionada.<sup>16</sup> Caso contrário, estar-se-ia onerando ganho fictício e não real, o que significaria tributar o patrimônio, em uma acepção mais abrangente, em detrimento da renda.

10. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio: efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 17-29.
11. FALSITTA, Gaspare. *Manuale di Diritto Tributario: parte speciale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 2010, p. 5.
12. CANTO, Gilberto de Ulhôa. Aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto sobre a Renda. In: *Estudos sobre o Imposto de Renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 37.
13. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda – Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1971. v. 1, item 2.11 (12).
14. HAIG, Robert Murray. The concept of income – economic and legal aspects. In: HAIG, Robert Murray. *The Federal Income Tax*. New York: Columbia University Press, 1921, p. 27.
15. Capital deve ser entendido como o estoque de riqueza por meio do qual se espera obter riqueza adicional. Cf.: SANDERS, Thomas Henry; HATFIELD, Henry Rand; MOORE, Underhill. *A statement of accounting principles*. New York: American Institute of Accountants, 1938, p. 11.
16. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de receitas – questões tributárias importantes (uma nova noção de disponibilidade econômica?). In: LOPES, Alexandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3, p. 306-307.

Tais questões decorrem da necessidade de que a tributação incida sobre manifestações reais de *capacidade contributiva*, consistente na aptidão do sujeito de suportar a carga tributária sem o perecimento da riqueza que confere lastro à tributação.<sup>17</sup> De modo mais específico, o princípio constitucional da capacidade contributiva não será atendido enquanto o contribuinte não tiver praticado um ato ou negócio jurídico representativo da sua vontade de incorporar um ganho ao patrimônio de forma definitiva.

A propósito, as considerações até aqui expostas, especialmente em relação ao conceito constitucional de renda e à imprescindibilidade da verificação do acréscimo patrimonial e da capacidade contributiva, já foram corroboradas pela homenagem.<sup>18</sup> Pela relevância de suas ponderações, vale a transcrição da seguinte passagem:

Primeiramente, cabe lembrar que o conceito de renda encontra-se delimitado constitucionalmente. Traduz o acréscimo patrimonial, riqueza nova, que vem se incorporar a patrimônio preexistente, considerado determinado período de tempo. Constitui sempre um *plus*, jamais algo que venha apenas substituir uma perda no patrimônio do contribuinte. Proventos, por seu turno, é a denominação dada aos rendimentos recebidos em função de aposentadoria. Em ambos os casos, temos acréscimos de capacidade contributiva.

Anota-se que a existência de um conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza implica a pouca liberdade do legislador infraconstitucional para estabelecer as hipóteses de incidência.

Em razão do exposto, é possível concluir pela existência de um conceito constitucional de renda, decorrente de um Sistema Constitucional Tributário pautado pela rigidez e pela positivação de regras de competência. Nesses termos, conclui-se, ainda, que a renda é um conceito cujo pressuposto constitucional é a ocorrência de um acréscimo patrimonial, apurado mediante o ingresso de um elemento novo ao patrimônio do contribuinte, sem qualquer possibilidade de utilização de ficções legais, e que deve considerar a necessidade de manutenção da fonte produtora e a observância à capacidade contributiva. Fixadas essas premissas, passa-se a transpor as colocações para o tema específico do presente ensaio.

17. COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 112.

18. COSTA, Regina Helena. *Imposto de renda e capacidade contributiva*. Revista CEJ, Brasília, v. 7, n. 22, p. 25-30, jul./set. 2003.

## 2 IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS NA EXTINÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS EM ATENÇÃO AO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA

A história brasileira revela a existência de duas diferentes situações a respeito da compensação de prejuízos fiscais. Anteriormente ao advento das Leis nº 8.981/95 e nº 9.065/95 havia a previsão de uma limitação temporal, dado que o direito de compensar as perdas de períodos passados estava restrito a quatro exercício futuros. Por ocasião da entrada em vigor dos referidos diplomas legais a restrição temporal foi retirada, tendo restado em seu lugar uma limitação material, relacionada ao montante do lucro corrente que pode ser compensado com prejuízos passados. A partir de 1996, os prejuízos acumulados passaram a ter a sua compensação limitada a 30% do lucro apurado, sem limite de tempo, nos termos dos arts. 42<sup>19</sup> e 58<sup>20</sup> da Lei nº 8.981/95 e art. 15<sup>21</sup> e 16<sup>22</sup> da Lei nº 9.065/95.

Em meio às discussões envolvendo a constitucionalidade da trava, o Tribunal Pleno do STF julgou demandas a respeito do assunto. Nos autos do RE nº 344.994/PR<sup>23</sup> restou decidido que o direito à compensação de prejuízos fiscais é um benefício fiscal, que pode ser limitado ou restringido por lei, a critério exclusivo do legislador. O mesmo resultado alcançou a

19. “Art. 42. A partir de 1º de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento. Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no caput deste artigo poderá ser utilizada nos anos-calendário subseqüentes.”
20. “Art. 58. Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.”
21. “Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado. Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação.”
22. “Art. 16. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensada, cumulativamente com a base de cálculo negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendário subseqüentes, observado o limite máximo de redução de trinta por cento, previsto no art. 58 da Lei nº 8.981, de 1995. Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios da base de cálculo negativa utilizada para a compensação.”
23. STF, Tribunal Pleno, RE nº 344.994/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado em 28/08/2009.

Corte ao julgar os REs nº 588.639/SP, nº 545.308/SP, nº 612.737/BA e nº 584.909/RJ, confirmando o seu entendimento sobre a matéria.

Como argutamente observou Ávila,<sup>24</sup> a matéria não foi analisada em toda a sua abrangência em tais julgamentos. A questão foi examinada apenas sob a perspectiva dos princípios da irretroatividade, da anterioridade e da proteção ao direito adquirido, todos eles relacionados a uma perspectiva temporal do objeto. Nada foi decidido, porém, a respeito da compatibilidade da limitação em relação aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da proteção ao confisco, da universalidade e da generalidade da renda, todos eles essenciais para uma correta análise da matéria, posto que representativos de predicados relacionados ao conceito jurídico de renda brasileiro, diretamente atribuíveis ao texto constitucional.

O tema, então, foi novamente enfrentado pelo STF, dessa vez com efeito de repercussão geral, nos autos do RE nº 591.340 (Tema nº 117). Apesar das expectativas, o entendimento, contudo, não se alterou. Na ocasião, convalidou-se a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.981/95 e nº 9.065/95 e, como consequência, da trava de 30%, uma vez mais qualificada como benefício fiscal, o que resultou na fixação da seguinte tese: “É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL”.

Dando prosseguimento à análise jurisprudencial, o assunto também foi apreciado sob a perspectiva infraconstitucional, o que foi realizado por ambas as Turmas de Direito Público do STJ,<sup>25</sup> apesar de os julgamentos não terem ocorrido sob a sistemática dos recursos repetitivos. Em tais ocasiões, tratou-se da trava de 30% nas hipóteses de extinção das pessoas jurídicas, e o desfecho foi pela inexistência de permissão legal para a compensação dos prejuízos acumulados sem qualquer limitação.

Tais posicionamentos, entretanto, desconsideram os aspectos tratados no tópico anterior. Explica-se.

Como se sabe, o legislador coloca um limite temporal e artificial (anual), como aspecto da hipótese de incidência, para apuração da renda, que é um fato contínuo. A periodização da renda, que não pode ser inferior a um ano, é opção do legislador, necessária como marco das demonstrações financeiras, de interesse dos sócios, dos credores e das fazendas públicas. Embora o fracasso ou o êxito de uma atividade econômica somente se possa apurar ao encerramento da vida empresarial, não seria razoável esperar tal

24. ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 67.

25. Na Primeira Turma, analisou-se a questão por ocasião do já mencionado REsp nº 1.805.925/SP. Já na Segunda Turma, o tema foi apreciado no âmbito do REsp nº 1.925.025/SC (STJ, Segunda Turma, REsp nº 1.925.025/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, publicado em 11/10/2021).

termo. O princípio da anterioridade das leis tributárias, em suas origens, conecta-se a tal fenômeno. Assim sendo, as arrecadações anteriores, como o imposto de renda retido na fonte ou o recolhimento por estimativa, são meras antecipações da obrigação do contribuinte, que surge tão somente ao findar o exercício. Outras hipóteses de exercícios mais curtos, trimestrais, por isso mesmo são opcionais para os contribuintes.

Não obstante e simultaneamente, o legislador em todo o planeta sabe que a periodização é uma escolha artificial,<sup>26</sup> uma convenção, que pode configurar uma violação da capacidade econômica e do próprio conceito de renda, como se dá com o fenômeno dos prejuízos acumulados, que se revelam em um exercício, mas persistem além dele se os lucros supervenientes forem insuficientes para cobri-los. Em decorrência, o legislador sempre consagra, nos mais diversificados sistemas de diferentes países, quer por alguns exercícios futuros ou de modo ilimitado no tempo, o direito de o contribuinte compensar aqueles prejuízos acumulados em exercícios anteriores.

Por razões superiores de capacidade econômica, o legislador supera sempre aquele limite temporal anual por ele mesmo posto. Ele tem o dever de fazê-lo. Não se trata de benefício fiscal nem de liberalidade a que, discricionariamente, pudesse o legislador aderir. Imposta por lei a periodização, evidentemente se sabe que o período é um corte artificial sobre um fenômeno contínuo. Em consequência, como os prejuízos acumulados em exercício anterior configuram perda e redução do patrimônio, *antítese da renda*, a dedutibilidade daqueles prejuízos é mera recuperação da renda e da capacidade econômica de pagamento.

Justamente nesses termos, tem-se que a justificativa da compensação de prejuízos está indissociavelmente vinculada ao conceito jurídico de renda, que pressupõe a preservação da fonte produtora, sob pena de a incidência recair sobre o patrimônio, ainda que de forma temporária. Somente com a garantia de que o capital está sendo mantido é que haverá riqueza nova passível de tributação, verdadeira renda sob a perspectiva jurídica, conforme demonstrado no tópico anterior. Do contrário, estar-se-á diante de um imposto sobre o patrimônio, cuja existência, por si só, indica a presença de capacidade econômica, mas que com renda não pode ser confundido.

Não é demais repisar que a rigidez das regras constitucionais brasileiras de repartição de competências não permite que as diferentes materialidades se sobreponham, de modo que renda e patrimônio representarão, sempre e necessariamente, grandezas distintas e inconfundíveis. Um tributo sobre

26. DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 258.

a renda que não permita o abatimento das perdas acumuladas terá adotado como base de cálculo o valor atribuído a um estoque de direito e não o que a ele foi acrescido ao longo do período de apuração, algo incompatível com a Constituição.

Ainda sob esse enfoque, a limitação atualmente imposta pela legislação brasileira impede que o principal atributo do conceito de renda, que é a necessidade de acréscimo patrimonial, seja respeitado, uma vez que a base de cálculo do imposto terá em sua composição uma perda imposta ao patrimônio, justamente o oposto de renda, em clara ofensa ao princípio da capacidade contributiva.<sup>27</sup>

A tributação do patrimônio, como se renda fosse, além de inconstitucional, impõe sério risco à continuidade da pessoa jurídica, notadamente por afastar a necessidade da manutenção do capital. Não por outra razão, a lei societária impede que lucros e dividendos sejam distribuídos antes de absorvidas integralmente as perdas (art. 189 da Lei nº 6.404/76).<sup>28</sup> Corretíssima, nossa lei comercial busca preservar a vida da sociedade. Se prejuízos – do exercício corrente ou cumulados em exercícios anteriores – são redução patrimonial, inexistem lucros efetivos a distribuir. A distribuição de lucros é, por si só, quando os lucros são reais, um fator de redução patrimonial, mas, nesse caso, a decisão pela não distribuição, com vistas à capitalização, deverá ser livre opção dos sócios.

Em continuidade, os apontamentos ora desenvolvidos devem ser aplicados, de igual maneira, para as hipóteses de incorporação, fusão, cisão ou extinção da pessoa jurídica. Para além da necessidade de se obstar a tributação do patrimônio, a limitação da compensação no caso de extinção da sociedade encontra impedimento na própria norma. É que, a dinâmica de compensação de prejuízos acumulados instaurada pelas Leis nº 8.981/95 e nº 9.065/95 pressupõe a continuidade das operações do contribuinte, de forma que não haja supressão, quantitativa e material, de parcela do resultado negativo compensável.

Tanto assim o é, que a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 998/05, posteriormente convertida na Lei nº 9.065/05, indica que “[a] limitação de 30% garante uma parcela expressiva da arrecadação, sem retirar do contribuinte o direito de compensar, até integralmente, num mesmo ano, se essa compensação não ultrapassar o valor do resultado

27. Essa é igualmente a opinião de Roque Carrazza e Henry Tilbery, dentre outros autores. Cf.: CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238 e TILBERY, Henry. *Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Integração entre sociedade e sócios*. Atlas: São Paulo, 1985, p. 130.

28. “Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda. Parágrafo único. o prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.”

positivo”. É possível afirmar, então, que o legislador buscou *diferir* o direito ao aproveitamento dos prejuízos acumulados, como medida para garantir aos cofres públicos valores mínimos de arrecadação dos tributos em cada período.

De modo mais claro, ainda que fosse possível conferir constitucionalidade à trava de 30% (o que já se viu não ser concebível), tem-se que o verdadeiro objetivo da limitação é a manutenção do fluxo arrecadatório, e não o desaparecimento do direito do contribuinte de deduzir o prejuízo de exercícios anteriores com os lucros futuros. Pretende-se, em verdade, que a dedução ocorra de forma gradativa.

Ocorre, entretanto, que o cumprimento do objetivo da norma não se apresenta viável no contexto da extinção da sociedade. Afinal, processando-se a extinção, a trava de 30% implicaria supressão do direito ao aproveitamento dos prejuízos fiscais acumulados nos exercícios anteriores. Como visto, a limitação sob análise tem como pressuposto a continuidade das atividades do contribuinte, de maneira a permitir a gradual compensação.

E a supressão do direito também se verifica nas hipóteses em que a pessoa jurídica é objeto de incorporação, fusão ou cisão. Isso porque, nessas situações, a invalidade da limitação é reforçada pelo art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/1987,<sup>29</sup> de acordo com o qual a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. Ou seja, não haverá oportunidade posterior para os prejuízos acumulados serem compensados.

Foi essa, justamente, a linha divergente verificada no REsp nº 1.805.925/SP, cujo resultado, por maioria, foi em sentido desfavorável ao contribuinte. Naquela oportunidade, e conforme adiantado nas considerações iniciais do presente trabalho, a ilustre Ministra Regina Helena Costa, em conjunto com o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, então Relator, divergiu do voto vencedor, que entendeu pela validade da limitação. Também como já indicado, os posicionamentos divergentes em julgamentos colegiados, mesmo quando vencidos, são relevantes para o prosseguimento do debate, pelo que convém transcrever o seguinte trecho do voto vencido no REsp nº 1.805.925/SP, em cujo bojo foram elucidadas as razões aqui expostas:

Logo, uma vez interrompida a continuidade da empresa, seja pela extinção ou pela sucessão por incorporação, fusão ou cisão, não se justifica a aplicação da regra de limite da dedução dos prejuízos no percentual máximo de 30%, na

29. “Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.”

forma prevista nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995 e nos arts. 15 e 16 da Lei 9.065/1995, porque, diante da expressa vedação contida no art. 33 do DL 2.341/1987 à utilização nos exercícios seguintes pela empresa sucessora, não haverá outra oportunidade para a realização do encontro de contar. Vale destacar, ainda, que inexistente norma legal expressa que impeça a empresa sucedida de aproveitamento da benesse fiscal *in totum* na hipótese de encerramento da pessoa jurídica por incorporação.

Desta feita, havendo sucessão empresarial, a compensação dos prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL é aproveitada integralmente pela pessoa jurídica incorporada, por ocasião da apuração de encerramento do IRPJ e CSLL, haja vista a impossibilidade de se compensar as sobras na apuração dos anos subsequentes. Pensamento contrário significaria impedir a compensação dos resultados negativos anteriores, e, por conseguinte, a tributação incidiria sobre o que não representa acréscimo patrimonial, tributando-se resultado fictício, o, que, ressalta-se, não configura base de cálculo do IRPJ ou da CSLL, traduzindo verdadeira afronta ao princípio da legalidade tributária, prescrito no art. 150, I da CF e reproduzido no art. 97 do CTN, além do conceito de renda definido no art. 43 do CTN, e das próprias leis que instituíram a trava dos 30%, quais sejam, arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995 e arts. 15 e 16 da Lei 9.025/1995.

Não bastassem todas essas colocações, a impossibilidade de limitação da compensação de prejuízos em caso de extinção da pessoa jurídica encontra outro impedimento adicional. Trata-se da acertada ponderação feita pela ilustre homenageada por ocasião do julgamento do REsp nº 1.805.925/SP: impossibilitar a compensação integral nessa situação equivaleria a um *enriquecimento sem causa* por parte da Fazenda Pública. Ora, havendo a extinção da sociedade, o último balanço deve contemplar a possibilidade de compensação integral dos prejuízos pois, inexistindo futuro, o adiantamento perdeu sentido. Todo o imposto de renda recolhido sobre os prejuízos transforma-se em “calote”, sem devolução do excedente recolhidos aos cofres públicos.

Diante de todo exposto, é possível afirmar que a limitação da dedução dos prejuízos acumulados ofende o conceito constitucional de renda em razão das características de nosso modelo, marcado pela rigidez na repartição das competências. Ainda, na medida em que o conceito jurídico de renda pressupõe a existência de um acréscimo patrimonial, apurado sob a perspectiva da manutenção do capital, tem-se a necessidade de compensação das perdas acumuladas, sob pena de o imposto incidir sobre o patrimônio e não sobre o montante de riqueza nova sobre ele acrescido ao longo do período de apuração.

No caso da compensação de prejuízos fiscais na extinção da pessoa jurídica, a invalidade da limitação encontra fundamento em outros pontos adicionais. O primeiro deles, como já mencionado, diz respeito ao fato de que o objetivo do legislador ao estabelecer a trava de 30% não foi suprimir o direito ao aproveitamento em sua integralidade, mas sim fazer com que ele ocorra de forma paulatina, garantindo um fluxo de arrecadação constante. Essa finalidade, todavia, não é alçada na hipótese de extinção da sociedade, eis que a pessoa jurídica não mais existirá para que seja dado prosseguimento às compensações nos exercícios subsequentes.

Para além disso, tem-se, ainda, as questões elucidadas na divergência verificada no REsp nº 1.805.925/SP. É que, o legislador, por meio do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/1987 vedou a compensação de prejuízos fiscais da sucedida pela sucessora por incorporação, fusão ou cisão, de sorte que, inexistindo a oportunidade de compensação posterior, a limitação acaba por permitir o enriquecimento sem causa do Fisco, eis que não haverá a devolução dos recolhimentos feitos a maior.

### 3 EM OUTROS PAÍSES, QUE NÃO ADOTAM UM CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA, AS COMPENSAÇÕES SÃO MAIS ISONÔMICAS

Não nos deve surpreender a existência de um imposto de renda mínimo em países como a Alemanha, França, EUA, Reino Unido e outros. Esse o nome que costuma ganhar a criação, pelo legislador, de travas ou limites à compensação de prejuízos acumulados em exercícios anteriores com os lucros de exercícios subsequentes. No caso do Brasil, trabalhamos com limite muito rigoroso, de 30%. Ou seja, se os prejuízos excederem a essa parcela de 30% dos lucros, haverá pagamento do imposto de renda sobre o restante, que não corresponderá a renda, a lucro, como determina a Constituição, e sim a prejuízos que se tornaram indedutíveis por força de lei.

E mais. Muitos países, cuja Constituição não contém um conceito de renda, perceberam que quanto maiores os prejuízos e menores os lucros auferidos em exercícios posteriores, mais tempo levará a entidade para absorvê-los e mais tempo pagará imposto sobre renda “fictícia”.

Em tais países, em regra, o resultado anual pode envolver toda a organização empresarial, sociedade-mãe/controladora e suas subsidiárias, em lugar de incidir sobre os resultados de cada entidade isoladamente. Acresce ainda que – antes da dedução para a frente em exercícios futuros, nas corporações – há ainda uma dedução retroativa opcional, relativa ao último ano anterior, até o limite de 1 milhão de euros (como na Alemanha ou

França). Nesse caso, refaz-se o balanço anterior e o imposto de renda pago naquele ano, converte-se em crédito para o contribuinte. Se ainda houver perdas excedentes, poderá haver uma compensação em futuros exercícios no limite de um milhão de euros a cada ano, mais 60% da renda excedente de tal montante. Apenas sobre os 40% remanescentes da renda, acima de um milhão de euros, haverá a incidência do imposto das corporações a alíquotas correntes. Isso é chamado de “tributação mínima”.<sup>30</sup> Esse o modelo adotado pela Alemanha, que corresponde a regime similar em França.

No Reino Unido, igualmente, apesar de se poder compensar os prejuízos indefinidamente para a frente, somente se pode levá-los retroativamente por um ano e, em casos excepcionais, até 3 anos. Mas o saldo restante dos prejuízos, uma vez abatido de exercício anterior (com o que o contribuinte adquire um crédito contra o Estado, capitalizando-se) somente pode ser compensado em exercícios futuros no limite dos primeiros 5 milhões de libras dos lucros tributáveis (por grupo de empresas) mais 50% dos lucros excedentes àqueles 5 milhões de libras.<sup>31</sup> O imposto somente incidirá sobre os 50% restantes. Estamos a falar de um imposto de renda mínimo.

Vejamos: - nos EUA, após as mudanças realizadas pelo governo Trump, com a redução substancial do Imposto de Renda das empresas (cuja alíquota máxima passou de 35% para 21%), para a maioria dos contribuintes, após 2018, os prejuízos acumulados não podem mais ser deduzidos retroativamente, como ocorria antes, com algumas exceções pontuais. A dedução dos mesmos prejuízos líquidos acumulados em exercícios anteriores somente será permitida em exercícios futuros até o limite de 80% do lucro tributável. Restará ao contribuinte pagar o IR sobre os restantes 20% da renda que não podem ser alcançados pela compensação. Pagar-se-á então um IR mínimo.<sup>32</sup>

Em sistemas diferentes do nosso, entretanto, como nos países citados, as travas para a limitação da compensação dos prejuízos acumulados são mais suaves e atendem ao critério isonômico, o que nossas Leis 8.981/1995 e 9.065/1995 não fazem. Primeiro autorizam a limitação da compensação na corporação como um todo; em segundo lugar, admitem (França, Alemanha e Reino Unido), a dedução retroativa que capitaliza imediatamente a empresa; em terceiro lugar, admitem uma compensação para a frente igual para todos os contribuintes pois estabelecida em padrão monetário. Somente depois,

30. Cf. pwc Worldwide Tax Summaries. Germany, last reviewed, 27/june/2019.

31. Cf. <https://www.dlapiperintelligence.com/goingglobal/tax/index.html>

32. Cf. IRS, publication 536 (2018), net operations losses (NOLS) for individuals, Estates and Trusts.

haverá a trava de 60% ou de 50%. Essa técnica permite um tratamento mais isonômico entre os contribuintes.

Como se sabe, nos países acima citados, não existe um parâmetro constitucional rígido, o que se dá no modelo brasileiro: nossa Constituição, como já realçamos, faz depender da regra de competência conceitual estrita, o bom funcionamento do federalismo brasileiro, o que não ocorre alhures. Além disso, mesmo ficando dentro da própria regra de competência federal, a Constituição faz outras exigências formais e substanciais de modo que o legislador ordinário fique controlado dentro de balizas diferenciais. Assim não se pode confundir renda com patrimônio pois o imposto sobre grandes fortunas exigirá a edição de lei complementar. Enfim, como já explicitamos, o conceito de renda como acréscimo patrimonial é pressuposto constitucional.

## CONCLUSÕES

Não se desconhece que a matéria relativa à limitação da compensação de prejuízos acumulados encontra-se decidida por julgamento afetado à repercussão geral, tampouco que ambas as Turmas de Direito Público do STJ já se manifestaram sobre o assunto no que concerne aos casos de extinção da pessoa jurídica. De toda maneira, conquanto os desfechos tenham sido desfavoráveis aos contribuintes, o assunto merece maiores reflexões. Tanto assim o é, que, no próprio Poder Judiciário, o tema é objeto de divergência, como se constata pelo posicionamento da Ministra Regina Helena Costa no REsp nº 1.805.925/SP.

Diante da abertura para o debate, portanto, as ponderações realizadas ao longo dos tópicos acima, amparadas inclusive nas lições da ilustre homenageada, permitem que se alcancem as seguintes conclusões:

(i) as características da Constituição, sobretudo a sua rigidez ao delimitar as competências tributárias, revelam a existência de um conceito constitucional de renda, cujo pressuposto é a ocorrência de um acréscimo patrimonial, apurado mediante o ingresso de um elemento novo ao patrimônio do contribuinte, que deve considerar a necessidade de manutenção da fonte produtora e a observância à capacidade contributiva;

(ii) em decorrência dessa definição, tem-se que a limitação da compensação dos prejuízos fiscais ofende o conceito constitucional de renda e ao princípio da capacidade contributiva, dado que a trava resulta na tributação do patrimônio e não de riqueza nova sobre ele acrescido ao longo do período de apuração;

(iii) nem tampouco a existência de limitação da compensação de prejuízos em outras ordens jurídicas, diferentes da nossa, que estão

encimadas por uma Constituição flexível, de conceitos indeterminados e abertos, pode nos direcionar ao desrespeito de nossa própria Carta Magna;

(ii) no caso de extinção da pessoa jurídica, a invalidade da limitação é ainda evidenciada pelo próprio objetivo da norma, eis que o legislador, partindo do pressuposto da continuidade da pessoa jurídica, buscou diferir o direito ao aproveitamento dos prejuízos acumulados, e não o suprimir por completo, como medida para garantir aos cofres públicos valores mínimos de arrecadação dos tributos em cada período. No entanto, na hipótese em questão, processando-se a extinção, a trava de 30% implicaria verdadeira supressão do direito à compensação dos prejuízos fiscais; e

(v) ainda no que concerne ao caso de extinção da pessoa jurídica, a limitação perde legitimidade diante do que dispõe o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/1987, que impossibilita a sociedade sucessora por incorporação, fusão ou cisão de compensar prejuízos fiscais da sucedida, de maneira que, ocorrendo a extinção da pessoa jurídica, haverá verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública.

#### REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto sobre a renda – Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1971, v. 1.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto sobre a Renda. In: *Estudos sobre o Imposto de Renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Regina Helena. *Imposto de renda e capacidade contributiva*. Revista CEJ, Brasília, v. 7, n. 22, p. 25-30, jul./set. 2003.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio: efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FALSITTA, Gaspare. *Manuale di Diritto Tributario: parte speciale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 2010.

HAIG, Robert Murray. The concept of income – economic and legal aspects. In: HAIG, Robert Murray. *The Federal Income Tax*. New York: Columbia University Press, 1921.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de receitas – questões tributárias importantes (uma nova noção de disponibilidade econômica?). In: LOPES, Alexandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.

SANDERS, Thomas Henry; HATFIELD, Henry Rand; MOORE, Underhill. *A statement of accounting principles*. New York: American Institute of Accountants, 1938.

TILBERRY, Henry. *Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Integração entre sociedade e sócios*. Atlas: São Paulo, 1985.