

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA (RELATOR):

1. Em vista dos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981, de 1995, e dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.065, de 1995, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL, no limite anual de 30% (RE nº 591.340-RG/SP, Tema RG nº 117, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/06/2019, p. 03/02/2020).

2. Minha compreensão até aqui era no sentido de que, à falta de previsão legal a respeito da aplicação da mesma regra para os casos de extinção da pessoa jurídica, não haveria razão para excepcioná-la, quando a lei não o faz.

3. Nada obstante, após o aprofundamento do raciocínio que se obtém, no mais das vezes, com a experiência, evolui em meu posicionamento para lado oposto.

4. De início, ressalto que o exame da constitucionalidade dos dispositivos legais das Leis nº 8.981, de 1995, e nº 9.065, de 1995, no que tange à compensação de prejuízos fiscais de pessoa jurídica extinta foi expressamente ressalvado no julgamento do Tema RG nº 117. Como tem pontuado o e. Ministro Edson Fachin nos julgamentos da Segunda Turma, a restrição do tema foi explicitada pelo Plenário desta Suprema Corte quando daquela assentada:

“Com efeito, conforme destacou a ora agravante, o voto do i. Min. Marco Aurélio, relator do RE 591.340, bem delimitou a matéria colocada a julgamento no paradigma ao afirmar que:

‘De início, **destaco a necessidade de delimitar-se o que submetido a julgamento. O recurso cuida, tão somente, da constitucionalidade das restrições previstas nas citadas Leis, presente a continuidade da atividade empresarial, não abrangendo a interpretação dos diplomas legais nas situações em que se observa a extinção de pessoa jurídica. (...)**’

Inclusive, essa questão foi objeto de esclarecimento pelo pelo estão Presidente da Corte, durante o julgamento, nos seguintes termos:

‘O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Antes de tomar o voto da Ministra Rosa Weber, só queria esclarecer, depois de ouvir o Relator, que **não está em jogo a compensação de prejuízos fiscais de empresa extinta**, porque isso foi aduzido da tribuna...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - De fato, não foi submetido ao contraditório. Eu fiz referência ao uma tese subsidiária e não a um debate presente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Essa tese não está em jogo, porque aí fica mais fácil entender que não vai poder compensar prejuízo de uma pessoa que já se extinguiu. Então ela tem que compensar tudo de uma vez só. Mas não é isso que está em jogo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se tivesse que enfrentar esse tema, com maior razão, determinaria a consideração dos prejuízos.”

(RE nº 1.303.153/RJ, Rel. Min. Nunes Marques, voto divergente do Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 03/07/2023, p. 16/08/2023; destaques acrescentados)

5. Superada a questão da (não) aplicação do Tema nº 117 da Repercussão Geral à hipótese, reitero que o caso se situa no âmbito da apuração de prejuízos fiscais experimentados por empresas que, optantes pelo regime do *lucro real*, buscam a posterior compensação de valores com as exações do IRPJ e da CSLL.

6. Por um lado, a aludida legislação admite a compensação, com a restrição, porém, da utilização de técnica fiscal de reposição gradual, eleita pelo legislador para o limite de 30% ao ano.

7. Nada obstante, e como ressalvado pelo Plenário, a controvérsia resolvida pelo Excelso Pretório pressupõe a continuidade da empresa, a qual, somente assim, teria seus prejuízos integralmente compensados, ainda que de modo diferido.

8. Fato é que, sobrevinda a extinção empresarial, deixa de existir a entidade ficcional da pessoa jurídica, apta a recobrar os valores reconhecidamente devidos.

9. Por outro lado, a retenção dos valores diante do encerramento da sociedade empresária geraria enriquecimento sem causa do Fisco, inclusive, por uma subversão da competência tributária do Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro.

10. Para que a renda seja tributável, deve-se pronunciar um acréscimo patrimonial líquido, encontrado somente após o abatimento das despesas a partir do montante da receita, sendo o recorte desta aferição o período de um ano.

11. Ainda que vencido no resultado da tese do Tema RG nº 177, o e. Ministro Marco Aurélio traz importante visão a respeito desse direito (adquirido) à compensação:

“Surge impróprio classificar o direito em jogo como se benefício fiscal fosse. Ao contrário do que declarado pelo Tribunal de origem, **não se está diante de concessão de benesse prevista em lei e suscetível de limitação.**

Verifica-se, sim, a configuração do próprio processo formador da renda da empresa, do qual a despesa e, conseqüentemente, eventuais prejuízos são partes inerentes, impossíveis de ser ignoradas. **Não há como desvincular a despesa de certo ano da renda a ser auferida futuramente. Desconsiderar o investimento efetuado pela sociedade empresária para atingir o lucro posterior é desmembrar elemento indissociáveis.**” (destaques acrescidos).

12. Nesta ordem de ideias e, repito, alterando minha concepção inicial sobre o tema, entendo devida a compensação integral das perdas fiscais da empresa agravante, logo sem a incidência da “trava dos 30%”, sob pena de ofensa à competência tributária das exações do IRPJ e da CSLL, e dos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

13. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para dar provimento ao recurso extraordinário e conceder a segurança de modo a afastar a limitação de compensação a 30% da empresa extinta, afastando-se, no caso concreto, a aplicação dos efeitos dos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981, de 1995, e dos arts. 15 e 16 da Lei nº9.065, de 1995. Deixo de fixar a verba honorária de sucumbência, em conformidade com o enunciado nº 512 da Súmula do STF.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator