



Thiago Medaglia: Lei 12.973 trouxe problemas para empresas em insolvência

Muitas foram as novidades trazidas pela Medida Provisória 627, de novembro de 2013 (MP 627/2013). Sua edição foi seguida de uma série de polêmicas entre contribuintes, sendo que essas discussões acabaram por invadir o Congresso Nacional. Prova disso são as 513 propostas de emenda, apresentadas por diversos parlamentares, que propunham tanto a mudança significativa de muitas das prescrições então contidas na MP 627/2013, como a inclusão de diversos novos mandamentos, das mais variadas naturezas, diga-se de passagem.

Dentre essas propostas de emenda, merece destaque aquela que deu origem ao atual artigo 109 da Lei 12.973/2014, diploma fruto da conversão da referida Medida Provisória. Em resumo, esse dispositivo permite a “livre” utilização de prejuízos fiscais para reduzir o ganho de capital registrado na venda de bens ou direitos, ou de qualquer ato que enseje a realização de ganho de capital, por pessoas jurídicas que se encontrem inativas desde 2009, ou que estejam em regime de liquidação ordinária, judicial ou falência. Significa dizer que o prejuízo fiscal poderá ser consumido integralmente, não sendo aplicada a trava de 30% do lucro real prevista na Lei 9.065/1995.

Embora o objetivo do artigo 109 seja nobre e muito bem-vindo, fica claro que a inexatidão da redação encontrada na nova legislação trará inúmeros problemas às empresas em situação de insolvência ou pré-insolvência. Isso porque a nova legislação não tratou de forma expressa a possibilidade de utilização desse “benefício” por empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

A atual limitação do uso do prejuízo fiscal foi trazida pela Lei 9.065/1995, fruto da conversão da Medida Provisória 998/1995. Esses diplomas alteraram a legislação anteriormente vigente, que estabelecia um prazo máximo de quatro anos à utilização do prejuízo fiscal. Na época, muito se criticava a existência desse limite temporal, pois não necessariamente as empresas conseguiam consumir o prejuízo em tão curto prazo. Assim sendo, tal limitação ofenderia ao princípio da continuidade da empresa, fazendo com que, em alguns casos, existisse tributação onde não havia renda.

A nova disciplina trazida pela Lei 9.065/1995 pôs fim a esse limite. Em contrapartida, ela criou a vulgarmente chamada “trava dos 30%”, onde somente esse percentual do lucro real era passível de compensação face ao prejuízo fiscal. Assim, afastou-se a argumentação de ofensa ao princípio da continuidade da empresa, eis que o prejuízo poderia ser indefinidamente carregado (internacionalmente conhecido como “*tax losses carryforward*”).

Por outro lado, a exposição de motivos da Medida Provisória 998/1995 revelava um objetivo de natureza arrecadatória no novo regramento, sendo expressamente afirmado que “a limitação de 30% garante uma parcela expressiva da arrecadação, sem retirar do contribuinte o direito de compensar”. Uma nova rodada de discussões foi iniciada, sendo que por muito tempo perdurou, na jurisprudência administrativa, o entendimento de o prejuízo fiscal poderia ser utilizado nas hipóteses de liquidação da pessoa jurídica (e.g., incorporação).



Ao afastar a trava dos 30%, a Lei 12.973/2014 deu um grande passo, no sentido de evitar a tributação de contribuintes que caminham à extinção e não auferem renda por um tempo considerável. Por outro lado, ao silenciar quanto à possibilidade desse “benefício” ser utilizado por empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, a Lei 12.973/2014 acaba por pecar por omissão.

Se ambas as modalidades de recuperação visam permitir que uma empresa volte a gerar frutos, é inegável que a carga tributária não poderia representar um empecilho a essa recuperação. Contudo, a prática conta outra história.

É internacionalmente conhecido como “*haircut*” o perdão parcial de dívidas acordado pelos credores de empresas em situação de insolvência, de forma a permitir que essa sociedade volte a operar. Na linguagem popular, é preferível perdoar uma parte do que não receber nada. Muitas das maiores recuperações realizadas em território nacional previam um *haircut* considerável, sendo que em alguns casos, determinados credores concordaram em abrir mão de mais de 85% dos seus recebíveis em face da empresa recuperanda, ao passo que o remanescente seria pago de forma parcelada por mais de uma década, com uma enorme carência.

Ocorre que por absoluto e inaceitável silêncio da legislação fiscal, uma interpretação descontextualizada do regramento vigente poderia levar à conclusão de que o *haircut* estaria sujeito a uma carga tributária de 34% a título de IRPJ e CSLL (e em alguns casos de até 43,25%, quando consideradas as contribuições ao PIS e a COFINS), sendo somente permitida a compensação de 30% desse valor.

Na situação acima descrita, em que os credores concordaram com um *haircut* de 85%, esse numerário estaria sujeito a uma carga tributária de 34%, que equivaleria a 28,9% da dívida da empresa. Em outros termos, os credores concordariam em receber 15% do valor da dívida a prazo, enquanto ao governo caberia o dobro disso à vista.

Por essa razão, a Lei 12.973/2014 perdeu uma excelente oportunidade de tornar expressa a permissão à utilização “ilimitada” do prejuízo fiscal às empresas em recuperação judicial e extrajudicial, de uma vez por todas. Não se trata de um “benefício” à empresa recuperanda; mas tão somente o reconhecimento de que não cabe a uma empresa em dificuldades a tarefa de financiar o Estado, tributando o que ainda não é renda. Assim é que, por uma interpretação contextual da Constituição e da legislação infraconstitucional, se mostra lógico que o racional estampado na Lei 12.973/2014 deveria ser também aplicado à recuperação judicial e extrajudicial.

Vale aqui lembrar que a legislação que disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência expressamente previu a possibilidade da criação de uma modalidade de parcelamento em condições mais vantajosas às empresas em situação de insolvência. Infelizmente, essa possibilidade nunca saiu do papel, e as empresas em dificuldade encontram no poder público o seu mais voraz credor.

Date Created

31/05/2014