

A PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS, DIVIDENDOS E BONIFICAÇÕES POR EMPRESAS EM DÉBITO PERANTE A UNIÃO FEDERAL E A SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA – UMA ANÁLISE DAS LEIS N^os 4.357/64, 8.212/91 E 11.051/04

ANDRÉ MENDES MOREIRA¹

Doutorando em Direito Econômico e Financeiro na USP
Mestre em Direito Tributário pela UFMG
Membro da ABRADT, da ABDF e da IFA
Professor Universitário
Advogado

Sumário: 1. Intróito. 2. Resenha legislativa das penalidades aplicáveis pela distribuição de lucros, dividendos e bonificações por empresa em débito com o Fisco. 3. O conceito de “débito” à luz das Leis n^os 4.357/64 e 8.212/914. 4. A *mens legis* dos dispositivos em análise: normas anti-evasivas, que devem ser compreendidas sob a ótica do art. 185 do CTN e da razoabilidade. 5. Da obrigatoriedade da distribuição de dividendos à luz do art. 202 da Lei n^o 6.404/76. Ilegitimidade do art. 52, I da Lei n^o 8.212/91 na parte em que proíbe a distribuição de dividendos pelas sociedades anônimas. 6. Conclusões.

1. Intróito

Acentuaram-se, nos últimos tempos, os debates acerca da possibilidade de aplicação de multa à pessoa jurídica que distribui lucros, bonificações ou dividendos a seus sócios, diretores ou acionistas, estando em débito perante a Receita Federal ou o Instituto Nacional do Seguro Social (atualmente, Secretaria da Receita Previdenciária).

A razão das discussões foi o advento da Lei n^o 11.051/04, que, dentre outras medidas, modificou a redação do art. 32 da Lei n^o 4.357/64, o qual trouxe a primeira autorização em nosso ordenamento jurídico para penalização das empresas nas hipóteses mencionadas *supra*.

O objetivo do presente trabalho é, inicialmente, delinear a evolução legislativa das normas que cominam sanções às pessoas jurídicas quando estas, estando em débito perante a União ou INSS, distribuem parte de seus lucros, avaliando, outrossim, o alcance e a legitimidade dessas disposições, bem co-

¹ MOREIRA, André Mendes. *A proibição de distribuição de lucros, dividendos e bonificações por empresas em débito perante a União Federal e a Secretaria da Receita Previdenciária – uma análise das leis n^os 4.357/64, 8.212/91 e 11.051/04*. COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). Contribuições para Seguridade Social. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 88-110.

mo o conceito legal de “débito em aberto” para fins de aplicação das penalidades.

Nessa linha, este artigo é estruturado em três partes: primeiramente, são analisadas – comparativamente – as disposições das Leis nºs 4.357/64, 8.212/91 e 11.051/04, que curam da matéria ora trazida a baila; em segundo lugar, o conceito de débito em aberto (perante a União e o INSS) é delineado; por derradeiro, são tecidas considerações acerca das hipóteses em que é possível a aplicação das penalidades *sub examine*, trazendo, ao fim e ao cabo, nossas conclusões sobre a questão.

Confira-se.

2. Resenha legislativa das penalidades aplicáveis pela distribuição de lucros, dividendos e bonificações por empresa em débito com o Fisco

O primeiro dispositivo de lei que autorizou a penalização do contribuinte pela distribuição de lucros e bonificações enquanto em débito para com a União Federal ou suas autarquias de previdência e assistência social (haja vista que, à época, ainda não existia o INSS) foi o art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que ostentava a seguinte redação:

“Art. 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

- a) distribuir ...(vetado)... quaisquer bonificações a seus acionistas;
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;
- c) (vetado).

Parágrafo único. A desobediência ao disposto neste artigo importa em multa, reajustável na forma do art. 7º, que será imposta:

- a) às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem ...(vetado)... bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias que houverem pago indevidamente;
- b) aos diretores e demais membros da administração superior que houverem recebido as importâncias devidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) destas importâncias.”

Da leitura do artigo, infere-se que a proibição se restringia à distribuição de *bonificações* aos acionistas e de *lucros* aos sócios-cotistas ou dirigentes. Não havia qualquer vedação no dispositivo à distribuição de *dividendos* pelas sociedades anônimas, instituto diverso da bonificação².

² Os dividendos correspondem à distribuição, em espécie, de parte dos lucros aos acionistas da empresa; já a bonificação consiste na “distribuição gratuita de novas ações aos acionistas,

Tal fato (a não proibição da distribuição de dividendos pelo dispositivo em análise) é confirmado pela mensagem de veto presidencial ao art. 32 acima transcrito, de acordo com a qual “a ingerência do Fisco em assuntos da economia interna das empresas deve ficar restrita a casos excepcionais, evitando-se que os poderes de controle destinados a garantir a pontualidade no pagamento dos tributos e contribuições sejam transformados em elementos de perturbação da vida normal das empresas, que são os núcleos propulsores do desenvolvimento nacional”, e, em se tratando de dividendos, a sua exclusão do dispositivo precitado se torna ainda mais aconselhável, haja vista que os acionistas minoritários “ficariam prejudicados por erros de uma administração que, em geral, não teriam forças para substituir”.

Por outro lado, às demais sociedades (que não as S/As) vedava-se a distribuição de lucros aos seus sócios-cotistas, assim como (e neste ponto a lei não diferenciava entre as espécies societárias, abarcando a totalidade daquelas existentes, fossem ou não S/As) aos diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos da empresa, quando existente débito em aberto perante a União ou suas autarquias de seguridade social.

A sociedade que descumprisse o comando normativo deveria ser multada em 50% do valor do lucro distribuído aos sócios ou das bonificações pagas aos acionistas. Por outro lado, os diretores e membros da alta administração das empresas que auferissem lucros distribuídos pela sociedade em débito com a União ou suas autarquias de seguridade social eram pessoalmente apenados com multa de 50% no valor dos lucros “indevidamente” auferidos.

Após quase trinta anos de vigência (e pouca aplicação prática) do art. 32 da Lei nº 4.357/64, o legislador outorgou (em outro diploma normativo), ao Instituto Nacional do Seguro Social, o poder-dever de multar o contribuinte que, estando em débito perante a Seguridade Social³, distribísse bonificação ou *dividendo* a acionista, assim como cotas ou lucros a sócio-cotista ou membro da alta administração. Tal medida foi autorizada pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, *in verbis*:

“Art. 52. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido:

I – distribuir bonificação ou dividendo a acionista;

II – dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento.

em função de aumento de capital por incorporação de reservas”. (FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro – Produtos e Serviços*, 15ª ed. Rio de Janeiro: QualityMark, 2002, pp. 445-6).

³ Note-se que a Lei nº 8.212/91 trata somente de débitos previdenciários, não importando, portanto, a existência de débitos em aberto perante a Receita Federal ou outros órgãos e entes da Administração Pública Federal.

Parágrafo único. A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento (...).”

A inovação efetivamente trazida pelo art. 52 da Lei nº 8.212/91, no que tange à regra-matriz de lançamento e exigência da penalidade em análise, foi a inclusão da distribuição de *dividendos* dentre as situações em que a sanção deveria ser aplicada, previsão esta que, como visto anteriormente, inexistia na Lei nº 4.357/64.

Com base na norma em questão, o INSS passou a multar as sociedades anônimas que, estando em débito para com a Seguridade Social, distribuíssem dividendos a seus acionistas. As autuações montavam a valores elevados, muitas vezes superiores ao do próprio débito “em aberto”.

Quase quinze anos depois, aos 29 de dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.051 que, dentre outras modificações no Sistema Tributário Nacional, tratou do tema que ora nos toca, ao modificar a redação do já citado art. 32 da Lei nº 4.357/64:

“Art. 17. O art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 32. (...)

§ 1º. A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta:

I – às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e

II – aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias.

§ 2º. A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.’ (NR)”

Como se depreende do texto normativo, a única modificação trazida pela Lei nº 11.051/04 ao art. 32 da Lei nº 4.357/64 foi o acréscimo de um parágrafo (§2º), o que acarretou a renumeração, como parágrafo primeiro, do antigo parágrafo único. A norma acrescida trouxe uma garantia ao contribuinte, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ao dispor que a multa *in casu* poderia equivaler, no máximo, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica quando da distribuição dos lucros.

Contudo, em que pese ter vindo a bem do contribuinte, o acréscimo do §2º ao art. 32 da Lei nº 4.357/64 reacendeu o debate acerca de sua aplicabilidade e constitucionalidade, o que, inexoravelmente, leva-nos também a analisar o art. 52 da Lei nº 8.212/91 (que, apesar de restrito aos débitos previdenci-

ários, é o único dispositivo existente que limita a distribuição de *dividendos* pelas sociedades anônimas, conflitando com o próprio conceito de dividendo obrigatório da Lei de S/As, como se verá mais a frente).

De fato, na aplicação do art. 52 da Lei nº 8.212/91 (que, ressalte-se, não foi atingido pela restrição da Lei nº 11.051/04, somente aplicável ao art. 32 da Lei nº 4.357/64), têm ocorrido diversos abusos por parte da fiscalização. Um caso paradigmático foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, mesmo sem autorização legal expressa, reduziu a multa aplicada pelo INSS à empresa-ré, que havia distribuído R\$ 1.025.500,00 (um milhão, vinte cinco mil e quinhentos reais) de lucros na época em que possuía um débito de R\$ 73,50 (setenta e três reais e cinquenta centavos) perante o INSS, inscrito em dívida ativa porém não executado. Em razão dessa distribuição de lucros (na concomitância da existência do débito em aberto no valor de R\$ 73,50), a empresa foi multada em absurdos R\$ 512.250,00 (quinhentos e doze mil, duzentos e cinquenta reais), que equivalem a 50% dos lucros distribuídos. O TRF da 5ª Região, contudo, reduziu a multa para 100% do valor do débito em aberto (a penalidade caiu de 512 mil reais para pouco mais de 70 reais...⁴).

Para melhor compreensão da questão, vale conferir o quadro comparativo abaixo, que esclarece a evolução legal dos dispositivos *sub examine* (lembrando que todos cominam multa de 50% do valor dos lucros distribuídos):

Art. 32 da Lei nº 4.357/64	Art. 52 da Lei nº 8.212/91	Art. 17 da Lei nº 11.051/04
Penaliza as sociedades anônimas que distribuírem bonificações aos acionistas ou lucros aos integrantes da alta ad-	Penaliza as sociedades anônimas que distribuírem bonificações ou dividendos aos acionistas ou que pagarem lucros	Limita a penalidade prevista no art. 32 da Lei nº 4.357/64 a 50% do valor total do débito em aberto quando da distribuição

⁴ Vale conferir a ementa do *decisum*:

“TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. SEGURIDADE SOCIAL. DÉBITO. ARTIGO 52 DA LEI Nº 8.212/91. PROIBIÇÃO E FIXAÇÃO DE MULTA CORRESPONDENTE A 50% DO VALOR DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS.

- O valor da dívida da empresa de R\$ 73,50 em janeiro de 1999, em relação à seguridade social, decorrente do não pagamento integral da contribuição incidente sobre a retirada ou pro-labore de sócio-gerente, resultou em débito de R\$ 512.250,00, tendo em vista a distribuição de lucros levada a efeito em 1999 e 2000, em favor dos sócios-gerentes, apesar da proibição legal prevista no art. 52 da Lei nº 8.212/91.

- Excepcionalmente, o Poder Judiciário pode, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva imposta pela Administração Pública, sempre que a sanção implicar em ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou configurar confisco.

- As multas fiscais são acessórias e não podem, nesta condição, ultrapassar o valor dos tributos, vale dizer, aquelas multas superiores a 100% do valor do tributo, podem ser consideradas confiscatórias.” (TRF da 5ª Região, 1ª Turma, AC nº 2002.81.00.009952-5/CE, Relator Des. Federal Convocado PAULO MACHADO CORDEIRO, j. em 21.07.2005, unânime)

De se notar que o aresto transitou em julgado no TRF da 5ª Região, haja vista que – sabiamente – a Procuradoria do INSS não aviou recurso às instâncias superiores.

<p>ministração, estando em débito para com a União ou suas autarquias de previdência e assistência social;</p> <p>Penaliza as demais sociedades e os seus sócios-cotistas e integrantes da alta administração que receberem lucros da empresa, quando esta estiver em débito perante a União ou suas autarquias de previdência e assistência social.</p>	<p>aos integrantes da alta administração, estando em débito perante o INSS;</p> <p>Penaliza as demais sociedades que distribuírem lucros aos seus sócios-cotistas ou aos integrantes da alta administração, estando em débito perante o INSS.</p>	<p>dos lucros.</p>
--	---	--------------------

Em que pesem os diversos argumentos que têm sido invocados contra as normas em tela⁵, a nosso sentir as pedras de toque da discussão são basicamente três, a saber:

- (a) qual o conceito de “débito em aberto” para fins de aplicação das penalidades em análise?
- (b) qual seria o objetivo da multa de 50% prevista nos artigos de lei em questão e quais as hipóteses nas quais seria lícita a sua aplicação?
- (c) mesmo na existência de débito em aberto, poderia a legislação impor óbices à distribuição de dividendos pelas sociedades anônimas, haja vista que as S/As possuem obrigação legal de distribuição anual de dividendos, mormente para resguardar os direitos dos acionistas minoritários?

É o que passamos a analisar.

3. O conceito de “débito” à luz das Leis nºs 4.357/64 e 8.212/91

Para que seja legítima a aplicação da penalidade pela distribuição de lucros, é imperioso – consoante a própria dicção legal – que o contribuinte possua “débito não garantido” (art. 32 da Lei nº 4.357/64) ou simplesmente “débito” (art. 52 da Lei nº 8.212/91) perante os fiscos federal ou previdenciário.

⁵ *Interplures*, tem sido advogada a tese de que o art. 32 da Lei nº 4.357/64 não teria sido recepcionado pela CR/88, sendo, nessa toada, inválida a disposição contida na Lei nº 11.051/04 acerca do mesmo. O dispositivo feriria os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, do *in dubio pro reo* (ou pró-contribuinte) e atentaria contra o direito de propriedade (nessa linha, vide: YAMASHITA, Douglas. *Lucros Distribuídos por Pessoas Jurídicas com Débito não Garantido*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 116. São Paulo: Dialética, mai.-2005, pp. 44-51; CONDÉ, Fabiana Guimarães Dunder. *Inconsistências da Aplicação de Multa, Prevista no artigo 17 da Lei nº 11.051/04, na Distribuição de Lucros, Pagamentos de Bonificações e Remunerações, em havendo Débitos não Garantidos perante a União ou suas Autarquias*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 123. São Paulo: Dialética, jul.-2005, pp. 44-50).

O art. 32 da Lei nº 4.357/64 não foi regulamentado pela SRF, o que tem gerado dúvidas interpretativas (a nosso sentir, sem razão) relativamente ao conceito de “débito não garantido”. Sobre o dispositivo, EDVALDO BRITO⁶ já pontuou:

“(...) Sem lançamento, não há débito da pessoa jurídica, porque não há constituído o crédito correspectivo.

(...)

Logo, a pessoa jurídica somente estará em débito, quando o crédito tributário já tiver sido constituído, pelo lançamento, ou seja, quando esta atividade administrativa tiver sido concluída e quando o sujeito passivo estiver, regularmente, notificado e não o tenha impugnado ou não tenha havido qualquer providência questionando-o, *v.g.*, um recurso de ofício (art. 145 do CTN).

Dessas circunstâncias, entende-se que há um lançamento provisório, vale dizer, aquele que é feito e regularmente notificado ao sujeito passivo, mas por ele impugnável ou passível de recurso de ofício; e um definitivo, vale dizer, aquele contra o qual não há mais discussão, seja voluntária – impugnação feita pelo sujeito passivo –, seja por atividade administrativa de revisão, enquanto não extinto o direito de a Fazenda Pública realizar o lançamento.”

O autor prossegue, agora conceituando débito garantido:

“Se o lançamento é definitivo e, por isso, o crédito encontra-se regular e definitivamente constituído, débito garantido será sempre aquele que, mesmo ainda estando sendo discutido na esfera judicial a ação seja de execução fiscal, na qual já houve penhora de bens do sujeito passivo, o executado, garantindo o juízo (cf. §1º do art. 16 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980); ou se a ação for de iniciativa do contribuinte (sujeito passivo) seja dos tipos anulatória ou declaratória com depósito judicial do montante exigido (cf. item II do art. 151 do CTN, combinado com o §1º do art. 585 do Código de Processo Civil); ou se houver concessão de medida liminar em mandado de segurança ou em outras espécies de ação judicial, incluída, aqui, a tutela antecipada (cf. itens IV e V do art. 151 do CTN).”

E ainda:

“Débito garantido há de ser, sempre, aquele que é objeto de parcelamento porque essa é uma providência que suspende a exigibilidade do crédito tributário, *ex vi* do item VI do art. 151 do CTN.”

⁶ BRITO, Edvaldo. *O Conceito de Débito Não Garantido nos Campos Tributário e Previdenciário*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 119. São Paulo: Dialética, ago.-2005, p. 137.

Ou seja: para EDVALDO BRITO, o art. 32 da Lei nº 4.357/64 refere-se àqueles débitos que, uma vez definitivamente constituídos pelo lançamento, não estejam com a exigibilidade suspensa por qualquer das causas previstas no art. 151 do CTN ou, então, não sejam garantidos por penhora em sede de execução fiscal (art. 206 do CTN).

Já no caso da Lei nº 8.212/91, a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 214/99, além de estipular as regras formais que deverão ser observadas quando da lavratura de auto de infração exigindo a multa pela distribuição de lucros, define “débito”, nos seguintes termos:

“37. O AI lavrado por infração ao artigo 52 da Lei nº 8.212/91 deverá conter a discriminação dos valores das bonificações, dividendos, cotas ou participações nos lucros, com os respectivos períodos em que foram pagos ou atribuídos, ainda que a título de adiantamento, bem como a identificação do débito que constitui impedimento.

37.1. *Considera-se débito para os efeitos do artigo citado: a existência de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD ou AI com decisão administrativa definitiva, a provisão contábil de contribuições não recolhidas, ato declaratório do contribuinte, Termo de Lançamento de Crédito Previdenciário – TLCP emitido e Lançamento de Débito Confessado – LDC inscrito.*” (grifos nossos)

Assim é que a aplicação da penalidade prevista no art. 52 da Lei nº 8.212/91 somente será possível quando o contribuinte possuir débito já lançado com discussão encerrada na esfera administrativa ou então débito confessado (crédito não-contencioso), no qual inexistente processo administrativo (apesar de, neste caso, ser mandatória a prévia notificação do contribuinte acerca da inscrição do débito em dívida ativa).

Contudo, mesmo existindo norma infralegal definindo o conceito de “débito” para os fins da Lei nº 8.212/91, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁷, por sua Segunda Turma, assentou o que se segue:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS OU DIVIDENDOS AOS SÓCIOS. ARTIGO 52, II, DA LEI Nº 8.212/91.

O débito passa a existir no momento em que se configura o fato gerador, desimportando, à regra que impede a distribuição de lucros ou dividendos aos sócios, se houve constituição do crédito por lançamento (art. 52, II da Lei nº 8.212/91). Basta que distribuídas as parcelas após a ocorrência do fato gerador do débito, sem que o mesmo tenha sido regularizado.”

⁷ TRF da 4ª Região, 2ª Turma, AMS nº 1999.71.00.033366-9/RS, Relator Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK, DJ 11.02.2004, pp. 355-6.

A situação definida no aresto supratranscrito é, no mínimo, kafkiana. Se o contribuinte praticou algum pretense fato gerador de contribuição previdenciária e não realizou o pagamento na competência subsequente – ainda que sequer tenha declarado como devida a parcela – toda e qualquer distribuição de lucros, dividendos ou bonificações será punível com multa no valor de 50% da distribuição. O seguinte trecho do voto do Relator confirma que este, efetivamente, foi o entendimento do TRF da 4ª Região acerca do conceito de “débito” para fins de aplicação da penalidade prevista no art. 52, II da Lei nº 8.212/91:

“Cinge-se a controvérsia sobre a necessidade de o débito encontrar-se constituído através do lançamento a fim de que possam ser aplicadas as disposições do artigo 52, II, da Lei nº 8.212/91.

(...)

A sentença objeto de insurgência abordou com precisão a matéria. Entendeu o magistrado que o ‘crédito tributário nasce da obrigação e é conseqüência dela, não há como atrelar o conceito de débito tributário ao de lançamento. Com efeito, o débito tributário não surge apenas com o respectivo lançamento tributário, mas com a própria obrigação tributária. Assim sendo, ao contrário do afirmado pela impetrante, a infração prevista no parágrafo único do art. 52 da Lei 8.212/91 incide desde a existência do débito, uma vez que é anterior à constituição do crédito (realizada através do lançamento tributário).’

Como bem salientou o ilustre representante do Ministério Público Federal:

‘Veja-se que o momento do surgimento do débito tributário é anterior a constituição do crédito tributário, que é realizada pelo lançamento tributário.

A ocorrência do fato gerador, hipótese prevista em lei, que, por sua vez, faz surgir a obrigação tributária, é o momento em que podemos apurar a existência do débito tributário, ainda que não vencido e nem exigível pelo sujeito ativo.’

Desta forma entendo que com acerto foi julgada a matéria, uma vez que a hipótese contemplada pela legislação citada visa impedir que, enquanto devedora da seguridade, a empresa distribua qualquer parcela a título de lucro ou equivalente aos sócios, acionistas, etc. Desimporta, portanto, que inexista, na data de distribuição dos lucros, lançamento, pois tendo ocorrido o fato gerador do débito, este considera-se existente, gerando, assim, impeditivo ao repasse de qualquer participação nos lucros, ao menos até a regularização dos débitos.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, nos termos da fundamentação supra.”

Temos que esta – *data maxima venia* – não é a interpretação adequada do dispositivo em questão.

A nosso sentir, “débito” ou “débito não garantido”, para os fins das Leis nºs 4.357/64 e 8.212/91, deve ser compreendido como o crédito tributário devidamente formalizado pelo lançamento. Contudo, se existente qualquer causa

suspensiva da exigibilidade prevista no art. 151 do CTN (moratória, depósito do montante integral, defesa administrativa, liminar, tutela antecipada e parcelamento) ou, então, garantia do débito em sede de execução fiscal (que regulariza a situação fiscal nos termos do art. 206 do CTN), não haverá débito em aberto e o contribuinte estará apto a realizar, regularmente, a distribuição de seus lucros, dividendos ou bonificações.

Ou seja: compartilhamos da visão de EDVALDO BRITO, exposta *supra*, posto que, se o contribuinte será apenado pela distribuição de lucros face à existência de débito em aberto, é imprescindível que o mesmo possua ciência da existência de tal débito: sem o lançamento, não há que se falar em débito exigível (tirante as hipóteses de créditos não-contenciosos, declarados pela pessoa jurídica e não pagos, que, mesmo assim, devem ser previamente notificados ao contribuinte).

Inadmissível a interpretação carreada pelo TRF da 4ª Região no aresto supratranscrito, pois, a se admitir a mesma, estar-se-ia diante do completo arbítrio estatal, com autorização para punir o contribuinte sem mesmo que este saiba da existência de débito contra si.

Assentadas essas premissas, passemos adiante.

4. A *mens legis* dos dispositivos em análise: normas anti-evasivas, que devem ser compreendidas sob a ótica do art. 185 do CTN e da razoabilidade

O objetivo do art. 32 da Lei nº 4.357/64 e do art. 52 da Lei nº 8.212/91 é evitar a evasão fiscal, posto que se presume fraudulenta a distribuição de lucros quando o contribuinte esteja em débito perante a União Federal ou o INSS/SRP.

Dita vedação de distribuição de lucros, *ab initio*, está em linha com o art. 185 do CTN:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.” (redação dada pela LC nº 118/05)

De fato, o próprio Código Tributário Nacional, visando a resguardar os interesses arrecadatários do Estado, presume fraudulenta a alienação de bens e direitos do contribuinte quando existente débito inscrito em dívida ativa em seu nome. Porém, o mesmo CTN também dispõe, logo após estabelecer a regra mencionada:

“Art. 185. (...).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.” (redação dada pela LC nº 118/05)

Ou seja, se o contribuinte vende bens quando existentes débitos inscritos em dívida ativa em seu nome, presume-se fraudulenta a alienação. Porém, a presunção é *juris tantum*, sendo elidida caso reste patrimônio suficiente para fazer face ao pagamento da dívida tributária.

A posição do CTN é perfeita, não merecendo qualquer reparo, pois ao mesmo tempo que resguarda os interesses da Fazenda Pública (limitando a possibilidade de dilapidação do patrimônio do contribuinte em débito para com o Fisco), protege aqueles que, de forma lícita, continuam a contratar, comprando e vendendo mercadorias e serviços, desde que mantenham em seu patrimônio saldo suficiente para, em caso de necessidade, quitar a obrigação tributária inscrita em dívida ativa.

Sobre o art. 185 do CTN e seu parágrafo único, confirmam-se as lições de SACHA CALMON⁸:

“A presunção no caso é *juris tantum*, admite prova em contrário. A fraude (...) não está em alienar ou começar a alienar. É preciso que da alienação sobrevenha a insolvabilidade do devedor. Antes da inscrição, é livre a alienação de bens pelo devedor. Depois dela, estrito senso, será preciso, cautelarmente, provar o dolo, para increpá-la de fraudulenta (...).”

O mesmo sendeiro é trilhado por PAULO DE BARROS CARVALHO⁹:

“Inscrito o débito tributário pela Fazenda Pública, no livro de registro da dívida ativa, fica estabelecido o marco temporal, após o que qualquer alienação de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito devedor, será presumida como fraudulenta. Este é o teor do art. 185 (...).

A presunção de fraude (...) não é absoluta, segundo acreditamos. Uma série de razões pode ser levantada para demonstrar que independeu da vontade do devedor. Todavia, a prova há de ser rigorosa e contundente. Caso contrário, prevalecerá o aspecto da fraude presumida.”

É a partir dessa ótica que se devem compreender, a nosso sentir, as normas postas no art. 32 da Lei nº 4.357/64 e no art. 52 da Lei nº 8.212/91. Ou seja, a distribuição de lucros e bonificações pelo contribuinte que possui dívida perante a União ou o INSS, assim como a distribuição de dividendos pela S/A com débitos previdenciários em aberto, são garantias ao Fisco para que este

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 881.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 521-2.

não seja prejudicado pela ação dolosa de contribuintes que, por essa via, busquem esvaziar o patrimônio da empresa, deixando-a sem bens suficientes para quitar suas dívidas tributárias.

Assim, a autorização contida nas Leis nºs 4.357/64 e 8.212/91 não é para que todo e qualquer contribuinte que possua débito em aberto perante a União ou o INSS seja apenado com multa de 50% do valor dos dividendos distribuídos. Se inexistente o risco de não recebimento do valor por parte da União ou do INSS, não é caso de presumir-se que a distribuição de lucros foi fraudulenta. Caso contrário, estar-se-ia criando uma presunção *juris et de jure*, ou melhor, verdadeira ficção jurídica (para usar expressão ao gosto de BECKER¹⁰, para quem presunção é assumir verdadeiro aquilo que provavelmente o é, ao passo que ficção seria considerar-se real algo que na maioria das vezes não é).

A proibição da distribuição de lucros, remunerações e dividendos deve, portanto, ser considerada caso a caso. Ora, a Fazenda Pública dispõe de meios altamente eficazes para a cobrança de seus créditos, os quais são revestidos das mais diversas garantias e privilégios. Sobre tais prerrogativas, MISABEL DERZI¹¹ leciona com mestria:

“(...) O CTN estabelece, em favor do crédito tributário, uma série de garantias que compõem todo o Capítulo VI, e que não configuram um rol exaustivo. Tais garantias e privilégios em favor da pessoa pública credora são os mais elevados na ordem jurídica brasileira. (...) A Fazenda Pública é o credor, de longe o mais privilegiado entre os credores privilegiados sustentados por garantias reais.”

Dessarte, a penalização indiscriminada de todo e qualquer contribuinte que distribua lucros estando em débito perante a União ou o INSS tem como escopo, em verdade, constranger a empresa ao pagamento ou parcelamento de débitos federais e previdenciários tão logo se encerre o processo administrativo-tributário (durante o qual vigora a causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário prevista no art. 151, III do CTN), impedindo sua discussão judicial.

Tais penalidades, portanto, *se aplicadas de forma indistinta, sem atenção às especificidades de cada contribuinte e ao direito que estes possuem de recorrer ao Judiciário para buscar a anulação do ato de lançamento* configuram nítido abuso de direito, que se traduz em constrição política e embaraço ao livre exercício de atividade econômica garantido pelo art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, *in verbis*:

¹⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 470.

¹¹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. Atualizado por MISABEL ABREU MACHADO DERZI. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 974.

“Art. 170. (...).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Outrossim, é tradicional o entendimento do STF no sentido de que:

“Súmula 547 do STF. *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*” (grifos nossos)

A atividade empresarial tem por objetivo o auferimento de lucros. Ao se vedar a distribuição dos mesmos àqueles que contribuíram (seja com seu próprio capital, seja com trabalho) para a sua obtenção, está-se impedindo a empresa de realizar a sua verdadeira atividade-fim.

A razoabilidade e proporcionalidade, tão invocadas ultimamente, devem se fazer presentes também aqui, porém com um diferencial: seu fundamento não é somente constitucional, haja vista que o próprio CTN possui norma alusiva às situações nas quais a redução do patrimônio dos contribuintes pode ser considerada lesiva ao erário (portanto, por meio de interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, podemos afirmar, sem medo de errar, que as balizas para aplicação das penalidades por distribuição de lucros previstas nas leis em comento estão, antes de tudo, previstas em nosso próprio Código Tributário).

Assim é que aplicação uniforme da multa pela distribuição de lucros às empresas com débitos em aberto, sem atentar para o fato de que muitas delas, mesmo após a aludida distribuição, permanecerão com patrimônio suficiente para eventual pagamento *a posteriori* da dívida tributária, é não somente antijurídico, mas também peculiarmente perverso.

Outrossim, ainda que o capital social remanescente não seja suficiente para quitação posterior do débito, o contribuinte poderá resguardar seu direito de distribuir os lucros auferidos mediante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (via depósito em dinheiro, liminares ou antecipações de tutela – arts. 151, II, IV e V do CTN) ou pela via da caução judicial (que pode ser prestada em execuções fiscais ou, se inexistentes estas, em mandados de segurança, ações cautelares ou ordinárias aforadas pelo contribuinte).

Ou seja: impedir-se a pessoa jurídica de distribuir lucros quando esta age sem intuito de lesar o Fisco, atuando dentro dos limites da lei, é verdadeira coação para que o contribuinte pague o débito supostamente devido à União ou à SRP.

Nesse sentido – e tratando especificamente do art. 32 da Lei nº 4.357/64 – já se manifestou o TRF da 3ª Região, em decisão monocrática da lavra do

Desembargador Federal CARLOS MUTTA¹² (na qual foi mantida liminar obtida pela OAB/SP contra a aplicação do art. 17 da Lei nº 4.357/64 às sociedades de advogados que, estando em débito perante a SRF ou a SRP, continuassem a distribuir lucros aos seus sócios):

“Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra concessão de liminar, em mandado de segurança coletivo, que afastou a aplicabilidade, em relação às sociedades de advogados e advogados que as integram, da sanção prevista no artigo 17 da Lei nº 11.051/04, que alterou a redação do artigo 32 da Lei nº 4.357/64, sob a forma de multa, imposta pela distribuição de bonificações ou lucros a sócios, por pessoas jurídicas ‘em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição’.

(...)

Na espécie, o artigo 32 da Lei nº 4.357/64, modificado pelo artigo 17 da Lei nº 11.051/04, dispõe que ‘as pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão: a) distribuir quaisquer bonificações a seus acionistas; b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos’.

Tal norma, ao prever a aplicação de multa por distribuição de bonificações e de participações no lucro, por pessoas jurídicas com pendências junto à Fazenda Pública, evidencia forma de coação indireta para a quitação de débitos fiscais e que, por isso mesmo, revela discrepância com princípios relativos ao devido processo legal, conforme reconhecido pela jurisprudência.

(...)

A censura a este comportamento inconstitucional, quando adotado pelo Poder Público em sede tributária, foi registrada, com extrema propriedade, em precisa lição, por HELENILSON CUNHA PONTES (‘O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário’, p. 141/143, item nº 2.3, 2000, Dialética):

‘O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedo-

¹² TRF da 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.019298-0, DJ 05.12.2005, pp. 226-7.

res, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas. O Estado brasileiro, talvez em exemplo único em todo o mundo ocidental, exerce, de forma cada vez mais criativa, o seu poder de estabelecer sanções políticas (ou indiretas), objetivando compelir o sujeito passivo a cumprir o seu dever tributário.’
Ante o exposto, nego a medida postulada.”

Da liminar deferida discordamos apenas no ponto em que o art. 32 da Lei nº 4.357/64 é tido como manifestamente inconstitucional.

Parece-nos que é possível tê-lo como válido, em interpretação conforme a Constituição e dentro das balizas fornecidas pelo CTN, desde que:

- (a) a penalidade não seja imputada às sociedades que, mesmo com débito não garantido, remanesçam com patrimônio suficiente para saldá-lo (em caso de eventual necessidade) após a distribuição dos lucros; e
- (b) a multa seja afastada para as sociedades que, mesmo não possuindo patrimônio suficiente para uma futura quitação do débito tributário, obtenham medidas judiciais suspensivas da exigibilidade do crédito tributário ou prestem, em juízo, garantia real no valor do débito em aberto.

De todo modo, *especificamente com relação ao art. 52, I da Lei nº 8.212/91*, na parte em que proíbe a distribuição de dividendos pelas sociedades anônimas, tem-se que o mesmo é incompatível com o art. 202 da Lei das S/As, *lex specialis* que prevalece sobre a determinação genérica contida no citado dispositivo (como visto no item 2, *supra*, o art. 32 da Lei nº 4.357/64 *não proíbe* a distribuição de dividendos pelas sociedades anônimas em débito para com a União Federal, haja vista que tal medida prejudicaria o direito dos acionistas minoritários).

É conferir.

5. Da obrigatoriedade da distribuição de dividendos à luz do art. 202 da Lei nº 6.404/76. Ilegitimidade do art. 52, I da Lei nº 8.212/91 na parte em que proíbe a distribuição de dividendos pelas sociedades anônimas

Quando uma sociedade anônima apura lucros em seu balanço, é obrigação legal de seus administradores proceder à distribuição dos mesmos, via dividendos, aos acionistas.

Com efeito, o art. 202 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/As) dispõe:

“Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto

ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

I – metade do lucro líquido do exercício (...);
(...)

§ 4º. O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembléia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 (cinco) dias da realização da assembléia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembléia.

§ 5º. Os lucros que deixarem de ser distribuídos nos termos do § 4º serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser pagos como dividendo assim que o permitir a situação financeira da companhia.” (redação dada pela Lei nº 10.303/01)

Com o fito de garantir a perpetuação dos investimentos, e para evitar lesão ao patrimônio dos investidores, a Lei nº 6.404/76 disciplinou o princípio do dividendo obrigatório, segundo o qual estão as sociedades anônimas obrigadas a, havendo lucro, distribuir um percentual deste aos seus acionistas (salvo a situação excepcional prevista nos §§ 4º e 5º do art. 202, que autoriza em caráter extraordinário a não-distribuição do dividendo, desde que comprovada a existência de séria dificuldade financeira que poderia ser agravada pela aludida distribuição). A respeito do tema leciona MARIA THEREZA WERNECK MELLO¹³, *in verbis*:

“O artigo 202 da nova lei das sociedades anônimas introduziu o regime de dividendo mínimo obrigatório segundo o qual a *companhia é obrigada a, havendo lucro líquido no exercício, distribuir parte dele aos acionistas como dividendo. A tal regra chamaríamos ‘princípio da obrigatoriedade de distribuição de dividendos.’*” (grifos nossos)

FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁴, a seu turno, averba:

“O acionista tem (...) direito ao dividendo; não só à distribuição de parte do lucro (dividendo obrigatório), como igualmente ao pagamento do dividendo declarado. Assim, pois, enquanto o direito genérico aos lucros sociais engendra a impugnação de contas e, eventualmente, a pretensão de ver decretada a nulidade de lançamentos aprovados pela assembléia geral, o direito específico ao dividendo como autêntico crédito, que é.”

¹³ *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva e VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Sociedade por Ações – Estudo nº 17*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 1.093.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 151-3.

Corroborando o exposto, MODESTO CARVALHOSA E NILTON LATORRACA¹⁵:

“O direito ao dividendo é inerente à própria natureza contratual da companhia.

(...)

O exposto fim lucrativo da companhia (art. 2º) dá ao acionista o reconhecido direito de participar dos lucros sociais (art. 107). À obrigação da companhia de perseguir um fim lucrativo corresponde o direito do acionista aos lucros da empresa.

E o direito aos lucros é igual ao direito ao dividendo, por isso que dividendo nada mais é que lucro dividido equanimente entre todos os que subscreveram o capital social.”

Por todos, ASSIS TAVARES¹⁶ bem sintetiza a natureza mandatária da distribuição de dividendos pela S/A:

“É fora de toda a dúvida que o direito concreto ao dividendo é um direito intangível, subtraído às deliberações da assembléia geral, como qualquer direito de crédito.

Ao converter-se o direito abstracto ao dividendo em direito concreto, no momento em que a assembléia geral fixa o quantitativo do dividendo anual, a posição do sócio muda radicalmente, dado que, a partir desse momento, fica equiparada á de um credor estranho à sociedade e, uma vez adquirido pelo acionista o direito ao dividendo, este tem para ela caráter irrevogável. Duvida-se, porém, se o direito abstracto ao dividendo, isto é, o direito do sócio a participar nos lucros futuros da sociedade, pertence ou não ao conceito dos direitos individuais do accionista. Parece que a resposta tem de ser afirmativa na medida em que se mantenha o caráter abstracto desse direito. Ou, noutros termos: o accionista não tem um direito individual e inderrogável a determinada participação que não haja sido fixada pela assembléia geral. Mas tem, sem dúvida, um direito individual e inderrogável a não ser excluído totalmente da distribuição dos lucros. A razão disto é que o desejo de obter uma colocação estável e frutífera para o capital é o motivo decisivo que justifica a entrada na sociedade anônima e que, conseqüentemente, *o direito ao dividendo, no seu sentido abstracto, constitui o direito essencial do accionista e de tal importância se reveste que obscurece e faz passar a segundo plano os restantes direitos.*” (grifos nossos)

Como se infere do exposto, a participação nos resultados é verdadeiro direito dos acionistas, razão pela qual não pode o administrador omitir-se de tal

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 693-4.

¹⁶ TAVARES, Assis. *As Sociedades Anônimas*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, p. 126.

obrigação. Se assim o fizer, poderá responder criminal e civilmente, após o devido inquérito administrativo realizado pela Comissão de Valores Mobiliários, consoante o disposto nos arts. 8º e 9º, da Lei nº 6.385/76¹⁷.

Resta clara, dessarte, a obrigatoriedade da distribuição dos dividendos pela sociedade por ações, havendo lucro, posto tratar-se de direito do acionista, daí porque, repise-se, não pode o administrador de tais sociedades omitir-se de tal obrigação, nem pode o legislador opor-lhe embaraços, em nome da coerência interna que deve ter o ordenamento jurídico, não se concebendo que um mesmo ato seja obrigatório numa seara e proibido (ou sancionado) em outra.

In casu, o conflito entre normas é patente: a *lex specialis* – art. 202 da Lei nº 6.404/76 – conflita com a *lex generalis* – art. 52, I da Lei nº 8.212/91. Se a Lei das S/As não previu nenhum requisito para a distribuição de dividendos, os quais elencou como obrigatórios, outra lei não poderá criar óbices a tanto. Nesse conflito prevalece a norma específica, que trata das sociedades anônimas, cuja aplicação não pode ser obstada por norma estranha à Lei das S/As.

Dessarte, a existência de supostos débitos para com a Seguridade Social não pode ser óbice à distribuição de dividendos pela sociedade anônima pois, como tal, esta se sujeita às regras contidas na Lei nº 6.404/76.

De mais a mais, a distribuição de dividendos somente ocorre quando a companhia auferir lucros. Como os débitos referentes às autuações previdenciárias com risco de perda são obrigatoriamente provisionados pela S/A, inexistirá risco de não recebimento de valores pelo INSS/SRP se a sociedade distribuir dividendos. O art. 52 da Lei nº 8.212/91 não possui, portanto, razão de ser para as sociedades anônimas. A situação beira as raias do absurdo pois, caso exista débito em aberto, de duas uma:

¹⁷ Sobre a aplicação de pena ao administrador de S/A que se furta ao dever de distribuição de dividendos, vale conferir a lição de CARVALHOSA e LATORRACA:

“Se dessa fiscalização resultar suspeita de irregularidades não só nas demonstrações financeiras como nas atividades empresariais da companhia, ou na insinceridade ou falsidade do relatório da administração, caberá à Comissão de Valores Mobiliários (art. 9º) instaurar inquérito administrativo, através do qual serão apurados os respectivos atos ilegais.

Se no inquérito administrativo se concluir pela ilegalidade do procedimento dos administradores, seja pela sonegação de lucros, seja pela manipulação de dados e informações objetivando a sua distribuição, poderá a Comissão de Valores Imobiliários, em primeiro lugar, suspender ou mesmo cancelar o registro de companhia aberta (art. 4º). Pode ainda impor aos administradores as penalidades previstas no art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976.

E, finalmente, quando o inquérito concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de valores Mobiliários, oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal – art. 12 da Lei nº 6.385, de 1976.” (CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 699)

- (a) os dividendos deixam de ser distribuídos, violando disposição expressa da Lei de Sociedades Anônimas, incorrendo seus administradores nas penas cíveis e criminais imputadas a tal omissão; ou
- (b) a S/A distribui dividendos, adimplindo com sua obrigação legal e estatutária, e incorrendo, nessa hipótese, na penalidade prevista no art. 52 da Lei nº 8.212/91, a saber: multa de 50% sobre o valor dos dividendos distribuídos.

Como se infere do exposto, a restrição à distribuição de dividendos operada pelo art. 52 da Lei nº 8.212/91 é manifestamente ilegítima, não resistindo ao teste de legalidade pela interpretação sistemática das normas atinentes às sociedades anônimas.

6. Conclusões

À vista do exposto, pode-se concluir que:

- (a) o “débito” que impede a distribuição de lucros, nos termos do art. 32 da Lei nº 4.357/64 e do art. 52 da Lei nº 8.212/91 é aquele lançado, cujo contencioso administrativo tenha se encerrado e que não esteja com a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151) ou garantido por penhora em execução fiscal (CTN, art. 206);
- (b) as normas em análise possuem caráter anti-evasivo, ou seja, visam a evitar que o contribuinte, pela via da distribuição de lucros, dilapide seu patrimônio remanescendo sem bens suficientes para quitação de débito em aberto perante a União ou o INSS;
- (c) mesmo possuindo débito em aberto (não garantido ou sem causa suspensiva da exigibilidade), o contribuinte não poderá ser apenado pela distribuição de lucros, dividendos ou bonificações, desde que, após a aludida distribuição, permaneça com patrimônio suficiente para, caso seja necessário, quitar o débito tributário em questão;
- (d) especificamente no que tange à proibição de distribuição de dividendos pelas S/As – vedada pelo art. 52, I da Lei nº 8.212/91, que se aplica tão-somente quando a empresa possuir débitos em aberto perante o INSS/SRP – temos que a norma é de todo inválida, pois prejudica o direito dos acionistas minoritários e confronta a obrigação legal dos administradores de, em apurando lucro, distribuírem os dividendos em cada exercício.