

Considerações acerca do termo “débito não garantido” para fins de incidência da vedação à distribuição de lucros aos sócios de empresas devedoras do Fisco federal prevista na Lei 4.357/1964

Considerations about the term “unsecured debt” determined by the Law 4.357/1964, for purposes of imposing the prohibition on the distribution of profits to the partners of companies that are debtors of the federal tax

Adriene Maria de Miranda Veras*

Artigo recebido em 14/02/2021 e aprovado em 19/05/2021

Resumo

A Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, vedou a distribuição de lucros aos sócios por pessoa jurídica que possui débito perante o Fisco federal, sob pena de imposição de multa equivalente a 50% do valor distribuído, tanto à empresa como aos seus sócios. Ocorre que, para tanto, o débito deve estar “não garantido”, que é aquele definitivamente constituído, que não esteja com a sua exigibilidade suspensa, bem como que não esteja garantido em execução fiscal. Necessário, também, que o Fisco averigüe previamente se há reserva de bens suficientes para arcar com a totalidade dos débitos, para não ferir o parágrafo único do art. 185 do CTN. A vedação à distribuição dos lucros aos sócios de empresa com débitos fiscais, ademais, é questionada por violar os princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da isonomia.

Palavras-chaves: Pessoa jurídica de direito privado. Participação de lucros. Débito tributário não garantido. Execução fiscal. Constitucionalidade.

Abstract

The Law 4,357, of July 16, 1964, prohibited the distribution of profits to partners by a legal entity that has a debt with the federal tax authorities, under penalty of imposition of a fine equivalent to 50% of the amount distributed, both to the company and to the its partners. It so happens that, for this purpose, the debt must be “unsecured”, which is the one definitively constituted, which does not have its enforceability suspended, as well as which is not guaranteed in tax foreclosure. It is also necessary for the tax authorities to investigate in advance whether there is a reserve of assets sufficient to cover all debts, so as not to violate the sole paragraph of art. 185 of the CTN. The prohibition on the distribution of profits to company partners with tax debts, moreover, is questioned for violating the principles of economic freedom, free enterprise and equality.

Keywords: Legal entity of private law. Profit sharing. Unsecured tax debt. Tax enforcement. Constitutionality.

1 Introdução

Ao lado das sociedades anônimas, em que os acionistas têm direito a receber dividendos, a sociedade limitada é um dos tipos empresariais mais adotados, na qual os sócios têm igualmente direito ao lucro na proporção da sua participação no capital social.

O recebimento dos lucros pelos sócios ou dividendos pelos acionistas é o meio pelo qual o empreendedor é recompensado por ter investido o seu capital na empresa, bem como por ter assumido os riscos do empreendimento.

No entanto, como mais um meio de coerção para o recebimento do crédito tributário, a Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a vedação à distribuição de dividendos aos acionistas e

* Advogada. Especialista em direito tributário.

de lucros aos sócios ou dirigentes por pessoas jurídicas que possuem débitos sem garantia para com a União e suas autarquias.

O descumprimento do comando implica a imposição de multa à pessoa jurídica equivalente a 50% dos valores distribuídos, bem como aos seus diretores e membros da administração no mesmo percentual incidente sobre a quantia que receberem.

Além de implicar ingerência indevida na liberdade de iniciativa na contramão da dinâmica empresarial e econômica, a Lei 4.357/1964 não esclarece o alcance do que seria “débito não garantido” para fins de incidência da vedação. Também não há norma regulamentar fazendo tal esclarecimento, o que gera insegurança jurídica.

Basta observar a hipótese de uma pessoa jurídica com débitos exigíveis perante o Fisco, mas que possui bens bastantes para honrar a totalidade das suas dívidas. Inexiste o risco de não recebimento do valor devido pela União, do que se mostra indevida, nessa hipótese, a aplicação da multa de 50% do valor distribuído. No entanto, a legislação não faz qualquer ressalva, deixando a cargo do seu operador interpretar e dar o alcance que lhe convier.

Nesse contexto, o presente artigo analisa o alcance do termo “*débito não garantido*” no contexto do art. 32 da Lei 4.357/1964, bem como tece considerações acerca da constitucionalidade da vedação à distribuição dos lucros tal como prevista atualmente pela legislação, por ofensa aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e da isonomia, bem como ao direito de propriedade com sua função social.

2 Fundamentação

2.1 Diferenciação de distribuição de lucro, dividendo e pró-labore

A sociedade de responsabilidade limitada distribui lucros aos sócios, o que não se confunde com dividendos nem com pró-labore, apesar de todos consistirem em formas de remuneração de sócios das empresas.

É cediço que uma empresa tem como objetivo alcançar a lucratividade e remunerar seus sócios, o que pode ocorrer de duas formas: mediante o recebimento de lucros ou dividendos ou através do pagamento de pró-labore.

Pró-labore é uma expressão de origem latina e significa “pelo trabalho”. Corresponde à remuneração que o sócio recebe pela atividade que desempenha na empresa e é devido a partir do mês em que há a emissão da primeira nota fiscal.

Em outras palavras, o pró-labore é a remuneração dos sócios que efetivamente trabalham na empresa, como se fosse um salário que se pagaria a um administrador contratado.

O pagamento do pró-labore é obrigatório, conforme determina o art. 9º da Instrução Normativa RFB 971, de 13/11/2009. A ver:

Art. 9º Deve contribuir obrigatoriamente na qualidade de contribuinte individual:

XII – desde que receba remuneração decorrente de trabalho na empresa:

- a) o empresário individual e o titular do capital social na empresa individual de responsabilidade limitada, conforme definidos nos arts. 966 e 980-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; (Nova redação dada pela IN RFB nº 1.453/2014)
- b) qualquer sócio nas sociedades em nome coletivo; (Nova redação dada pela IN RFB nº 1.071/2010)
- c) o sócio administrador, o sócio cotista e o administrador não-sócio e não-empregado na sociedade limitada, urbana ou rural, conforme definido na Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil);
- d) o membro de conselho de administração na sociedade anônima ou o diretor não-empregado que, participando ou não do risco econômico do empreendimento, seja eleito por assembléia geral dos acionistas para cargo de direção de sociedade anônima, desde que não mantidas as características inerentes à relação de emprego;
- e) o membro de conselho fiscal de sociedade ou entidade de qualquer natureza; (destacamos).

De outro lado, após serem pagas todas as obrigações da empresa, o que sobra é considerado como lucro, o qual os sócios, quer nela trabalhem ou não, podem distribuir entre si na proporção da sua parcela do capital social ou outro percentual previsto no contrato social.

Observe-se que os lucros devem ser divididos entre todos os sócios a despeito de prestarem ou não serviços para a empresa.

O recebimento dos lucros é a forma de o empreendedor ser recompensado por ter investido o seu capital na empresa, bem como por ter assumido os riscos do empreendimento.

O direito dos sócios à participação dos lucros, quanto à sociedade de responsabilidade limitada, está previsto no art. 1.007 do Código Civil brasileiro, que estipula que o sócio participará dos lucros e perdas na proporção de suas quotas. Porém, a mesma norma permite que haja a estipulação da não distribuição dos ganhos no contrato social da companhia. A ver:

Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas. (destacamos)

No caso das sociedades anônimas, esse lucro auferido pela empresa e que será “dividido” entre os acionistas na forma do seu estatuto denomina-se dividendo.

De acordo com o art. 202 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), havendo omissão dessa informação no respectivo estatuto, as sociedades anônimas têm a obrigatoriedade de destinar, no mínimo, 25% dos resultados aos seus investidores. A ver:

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:

[...]

§ 2º Quando o estatuto for omissivo e a assembléia-geral deliberar alterá-lo para introduzir norma sobre a matéria, o dividendo obrigatório não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado nos termos do inciso I deste artigo. (destacamos)

Destaca-se que sobre a parcela recebida a título de pagamento dos lucros ou dividendos, diferentemente do pró-labore, não incide Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária.

Em suma, tanto o pró-labore como o recebimento de lucros são formas de remuneração do sócio. Porém, enquanto o primeiro decorre do trabalho realizado pelo sócio na sociedade, o segundo é devido a todos os sócios, a despeito de trabalharem ou não na empresa, e advém da respectiva participação no capital nela investido, sendo denominado, nas sociedades anônimas, de dividendos.

2.2 Base legal da vedação à distribuição de lucros por pessoa jurídica com débito sem garantia.

Foi a Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a vedação à distribuição de lucros por pessoa jurídica que possui débito perante o Fisco Federal, mediante o seu art. 32, que tinha 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. (destacamos)

Segundo o dispositivo legal, é vedada a distribuição de bonificações (FORTUNA, 2002, p. 445-446) aos acionistas e de lucros aos sócios ou dirigentes por pessoas jurídicas que possuem débitos sem garantia para com a União e suas autarquias.

O descumprimento do comando implica a imposição de multa à pessoa jurídica equivalente a 50% dos valores distribuídos, bem como aos seus diretores e membros da administração no mesmo percentual incidente sobre a quantia que receberam.

Em 1991, a Lei 8.212 outorgou ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS o poder de multar as pessoas jurídicas que, estando em débito perante a Seguridade Social, promovam a distribuição bonificações aos acionistas e de lucros aos sócios ou dirigentes. A ver:

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.

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, atualizadas na forma prevista no art. 34. (destacamos)

A Lei 11.941, de 2009, alterou a redação do referido artigo para equipará-lo ao art. 32 da Lei 4.357/1964, sendo a seguinte a sua redação atual: “Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei 4.357, de 16 de julho de 1964.”

Em 2004, a Lei 11.051 alterou o art. 32 da Lei 4.357/1964 para lhe acrescentar o § 2º, limitando a multa a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica quando da distribuição dos lucros, que assim ficou:

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;

§ 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.* (destacamos)

Destaca-se que a limitação da multa a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica veio a título de benefício ao contribuinte, pois dele poderia ser exigido o pagamento de multas em valores bastante superiores ao próprio débito para com o Fisco, o que feriria o princípio da razoabilidade.

Em suma, a legislação em vigor não apenas veda, mas também penaliza a pessoa jurídica, bem como seus sócios e dirigentes que distribuírem lucros, possuindo débito em aberto para com o Fisco, impondo a esses o pagamento de multa equivalente a 50% do valor distribuído limitada a 50% do valor total do débito em aberto.

2.3 Abrangência do termo “débito não garantido” para fins de aplicação da vedação à distribuição de lucros

O art. 32 da Lei 4.357/1964 preceitua expressamente a sua aplicação quando o contribuinte possua “*débito não garantido*”. Contudo, não define o alcance da citada expressão. Também não há norma regulamentar fazendo tal esclarecimento, em virtude do que necessária se faz digressão sobre o ponto. Por essa razão, necessária a análise e definição do conteúdo do termo, especialmente para gerar segurança jurídica.

O uso do termo “*garantido*” remete-nos ao art. 9º da Lei 6.830/1980, o qual trata das garantias do crédito tributário.

Segundo o citado artigo, o crédito tributário, em execução judicial, pode ser garantido mediante depósito, fiança bancária, seguro garantia e pela penhora de bens. A ver:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Edvaldo Brito (2005, p. 137) assim explica o conceito de “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).

Do exame do art. 9º da Lei 6.830/1980 e das palavras de Edvaldo Brito (op. cit, 2005), fica claro que o crédito tributário capaz de ser garantido e que, pela sua negativa, leva à vedação da distribuição do lucro, é aquele líquido, certo e, o mais importante, exigível.

Com efeito, sem o devido lançamento, não há falar em débito do contribuinte. E, antes da sua constituição definitiva¹, não há débito líquido, certo e exigível apto de ser cobrado e, por conseguinte, de colocar o contribuinte na situação irregular perante o Fisco.

Não é por outra razão que, antes da constituição definitiva do débito, não há previsão legal para oferecimento de garantia ao débito. Afinal, se não há débito líquido, certo e exigível, e, por conseguinte exequível, não há crédito tributário a ser garantido.

Sobre a exigibilidade do crédito tributário como condição para a sua exequibilidade, a dra. Fabiana Del Padre Tomé (2014) pontuou:

Não se pode confundir exigibilidade com autoexecutoriedade. Esta, diferentemente da exigibilidade, implicaria a possibilidade de a Administração, com seus próprios recursos, impor o cumprimento do comando veiculado pelo ato administrativo. Trata-se de característica que não é verificada no ato de lançamento tributário, sendo imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para proceder à execução da pretensão impositiva.

A exequibilidade surge, portanto, em momento distinto e posterior à exigibilidade do crédito tributário.

Aperfeiçoado o ato de lançamento, devidamente notificado ao particular, ou, sendo o caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, editada a norma individual e concreta pelo contribuinte e comunicada ao órgão público, tem-se a constituição do crédito tributário (existência). Com o vencimento do prazo para pagamento do tributo instaura-se sua exigibilidade. Todavia, o qualificativo da exequibilidade só estará presente quando formado o título executivo, passando a ser suscetível de execução judicial, nos termos da Lei nº 6.830/80.

A exigibilidade do crédito tributário é, portanto, requisito essencial para a aplicação da vedação prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964, na medida em que, enquanto ausente ou suspensa, o crédito não é exequível, em virtude de que não há inadimplência, devendo o contribuinte ser considerado em situação regular perante o Fisco.

Em outras palavras, a suspensão da exigibilidade obsta a cobrança do débito e, com isso, afasta a inadimplência do contribuinte, o qual passa a ser considerado em situação regular, não podendo lhe ser exigido o oferecimento de garantia do débito como condição para realizar a distribuição dos lucros.

¹ Esclareça-se que o crédito tributário definitivamente constituído é aquele declarado e não pago, bem como aquele cujo processo administrativo referente ao seu lançamento finalizou-se na via administrativa.

Na linha de que para a aplicação da vedação prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964 faz-se necessário que os débitos tributários sejam exigíveis e estejam em execução fiscal a fim de que o contribuinte possa garanti-los, é o entendimento exarado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf conforme se verifica das seguintes decisões:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Ano calendário: 2007, 2008

Débitos garantidos. Conceito e alcance. Distribuição de lucros. Multa regulamentar.

1. A multa regulamentar prevista no art. 32 da Lei n. 4.357/1964, em virtude de distribuição de lucros aos sócios, pressupõe que a pessoa jurídica, no momento da distribuição, *tenha débitos sem garantia inscritos em Dívida Ativa da União em execução judicial, sendo incabível nos casos de débitos em cobrança administrativa.*

2. As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, não se confundem com as garantias do art. 183 e ss. do CTN c/c art. 9º da Lei n. 6.830/80. (Acórdão 2402-006.850, Rel. Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, data de julgamento 17/01/2019, destacamos)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Ano calendário: 2010, 2011, 2012

Débitos garantidos. Conceito e alcance. Distribuição de lucros. Multa regulamentar.

A multa regulamentar prevista no art. 32 da Lei n. 4.357/1964, em virtude de distribuição de lucros aos sócios, *pressupõe que a pessoa jurídica, no momento da distribuição, tenha débitos sem garantia inscritos em Dívida Ativa da União em execução judicial, sendo incabível nos casos de débitos em cobrança administrativa.*

Os débitos garantidos previstos art. 32 da Lei n. 4.357/1964 restringem-se àqueles inscritos em Dívida Ativa da União em execução judicial, nos termos da Lei n. 6.830/80 c/c art. 183 e ss. do CTN.

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, não se confundem com as garantias do art. 183 e ss. do CTN c/c art. 9º da Lei n. 6.830/80. (Acórdão 2402-006.857, Rel. Conselheiro Luis Henrique Dias Lima, data de julgamento 16/01/2019, destacamos)

Merece destaque o seguinte trecho do voto do conselheiro Luis Henrique Dias Lima, no Acórdão 2402-006.857, em que expõe que, para fins de incidência da vedação do art. 32 da Lei 4.357/1964, necessário que o contribuinte possua débito sem garantia e que esteja sendo executado judicialmente. Isso pois somente há previsão legal para oferecimento de garantia ao crédito tributário em sede de execução fiscal, em virtude do que tal procedimento não poderia ser exigido do contribuinte:

Como já se viu, o art. 32 da Lei n. 4.357/1964 não conceitua nem define o alcance de “débito garantido”. *Outrossim, também não esclarece os procedimentos a cargo do contribuinte para efetivar tal garantia quando o débito ainda encontrasse em cobrança administrativa e sem execução judicial em curso.*

O Recorrente informa, para os AC 2010 a 2012, a disponibilidade patrimonial da pessoa jurídica devedora, à qual se vincula, em valores superiores aos débitos confessados, atraindo assim o art. 184 do CTN. Tais informações, entretanto, não foram consideradas pela Fiscalização.

De se observar que o CARF é, em sua essência, um tribunal administrativo da cidadania fiscal, do que decorre, quando da análise das questões que lhe são submetidas, a apreciação sistêmica da legislação/normas correlatas ao melhor desfecho do litígio.

Nessa perspectiva, é forçoso concluir que a expressão “débitos garantidos” consignada no art. 32 da Lei n. 4.357/1964 restringe-se aos débitos garantidos inscritos em dívida ativa da União em execução judicial, na forma prevista na Lei n. 6.830/80 c/c art. 183 e ss. do CTN, não abrangendo os débitos em cobrança administrativa.

Coaduna com esse entendimento a vedação imposta pelo STF, nos termos dos Enunciados de Súmula n. 70, 323 e 547, à coação indireta para a cobrança de tributos na esfera administrativa:

Súmula 70

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Desta forma, a imposição da multa prevista no art. 32 da Lei n. 4.357/1964 pressupõe que a pessoa jurídica, no momento em que distribuiu lucros aos sócios, *tenha débitos sem garantia inscritos em Dívida Ativa da União em execução judicial nos termos da Lei n. 6.830/80 c/c art. 183 e ss. do CTN*, sendo incabível nos casos de débitos em cobrança administrativa. (destacamos)

Como se vê, apesar de o raciocínio realizado pelo Carf parecer ser diverso do acima exposto, a conclusão alcançada de que a imposição da multa do art. 32 da Lei 4.357/1964 pressupõe que a pessoa jurídica tenha débitos sem garantia inscritos em dívida ativa e em execução judicial, coincide com a acima exposta no sentido de que o “débito não garantido” deve ser entendido como aquele definitivamente constituído e exigível.

Corroborando o exposto o art. 204 do CTN², segundo o qual é a inscrição do débito em dívida ativa que confere certeza e liquidez ao crédito tributário, que assim seguirá para cobrança em execução fiscal, quando passa a ser oponível ao contribuinte.

Não é por outra razão que não há previsão legal disciplinando o oferecimento de garantia do crédito tributário em momento anterior à sua inscrição em dívida ativa. Como visto, o art. 9º da Lei 6.830/1980 prevê a possibilidade de oferecimento de garantia ao crédito tributário em execução judicial, quando já é líquido, certo e exigível.

A mesma conclusão, isso é, de que o termo “*débito não garantido*” do art. 32 da Lei 4.357/1964 refere-se a aqueles definitivamente constituídos e exigíveis, sendo indevida a aplicação da restrição à distribuição de lucros quando o débito está com sua exigibilidade suspensa, é da Secretaria da Receita Federal, conforme a Solução de Consulta Cosit 570, de 20 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2018, p. 39). A ver:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ementa: *A pessoa jurídica que possui débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, objeto de parcelamento, independentemente da exigência de apresentação de garantia para este, poderá dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios, sendo, portanto, inaplicável, na espécie, a vedação constante do art. 32 da Lei n. 4.357, de 1964, com a redação introduzida pela Lei n. 11.051, de 2004, visto que o parcelamento constitui hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, abrangida no inciso VI do art. 151 do Código Tributário Nacional, instituído pela Lei n. 5.172, de 1966, com redação da Lei Complementar n. 104, de 2001.*

Dispositivos Legais: Lei n. 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), arts. 151 e 155-A; Lei n. 8.212, de 1991, art. 52; Parecer PGFN/CAT n. 1.265, de 2006. (destacamos)

Destaca-se que em sua manifestação, a Secretaria da Receita Federal apoia-se em parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional — Parecer PGFN/CAT 1.265, de 26 de junho de 2006 (BRASIL, 2006) —, no qual expressamente afirma que qualquer uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por si só, afasta a incidência do art. 32 da Lei 4.357/1964:

14. Conclui-se que todos os ângulos que permitem leitura do art. 151 do Código Tributário Nacional suscitam regra cogente. Trata-se de lei complementar, que determina a inexigibilidade de recolhimento tributário, ou de quaisquer outras medidas no interesse da Administração, em face daqueles que são alcançados pela regra, e que detém autorização normativa para obtenção de certidões positivas com efeitos de negativa.

15. A vedação da distribuição de rendimentos prevista no art. 32 da Lei n. 4.357, de 1964, curva-se ao art. 151 do CTN, porque se trata de lei ordinária que genuflete em face de lei complementar, porque se trata de norma pretérita que deve se ajustar a norma superveniente, não obstante trate-se de norma especial, que preferiria norma geral. Necessário que se faça um juízo de adequação temporal, de *aggiornamento*, de modo que o art. 32 da Lei n. 4.357, de 1964, seja lido a partir de regra superior do CTN, cristalizada no art. 151.

16. *Em outras palavras, o caput do art. 32 da Lei n. 4.357, de 1964, refere-se a contribuintes pessoas jurídicas inadimplentes, que não são beneficiárias de moratória, que não depositaram integralmente o valor do débito, que não estejam discutindo administrativamente a questão, que não detenham liminar em mandado de segurança ou em qualquer outro provimento judicial, que não tenham débitos parcelados e que não tenham implementado a penhora que nos d. conta o art. 206 do mesmo CTN.* Amplie-se o rol com pessoas jurídicas beneficiárias de parcelamentos que não demandem garantia, a exemplo do Parcelamento Especial (Paes). (destacamos)

² “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de *certeza e liquidez* e tem o efeito de prova pré-constituída.” (grifo nosso)

Diante das citadas decisões do Carf, da Solução de Consulta da Cosit e do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, pode-se afirmar que há consenso no âmbito da Administração Pública Fazendária de que, para fins de aplicação da vedação prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964, o “débito não garantido” é aquele definitivamente constituído que não esteja com a sua exigibilidade suspensa, bem como que não esteja garantido em execução fiscal, por depósito, fiança bancária, seguro garantia e pela penhora de bens.

A doutrina perfila a mesma conclusão:

A nosso sentir, “débito” ou “débito não garantido”, para os fins das Leis n.ºs 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, a distribuição de seus lucros, dividendos ou bonificações. (MOREIRA, 2007, p. 88-110).

Especificamente com relação à possibilidade de distribuição de lucros pela pessoa jurídica cujos débitos estão com a exigibilidade suspensa porque em parcelamento especial³ para os quais não é exigida prévia garantia do débito, a 2ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.115.136/SC assim decidiu:

Recurso especial. Tributário. Art. 32 da Lei 4.357/65. Pessoa jurídica com “débito não garantido”. Distribuição de lucros e dividendos. *Proibição que não se aplica ao caso de parcelamento.*

1. O artigo 32 da Lei n.º 4.357/65 proíbe as pessoas jurídicas com débitos não garantidos para com o Fisco de distribuírem lucros e dividendos a sócios e acionistas, bem como prevê a aplicação de multa pelo seu descumprimento.
2. Tendo a empresa aderido a parcelamento, a exigibilidade dos seus débitos encontra-se suspensa, nos termos do previsto no artigo 151 do Código Tributário Nacional.
3. O parcelamento não é mera suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Para aderir ao parcelamento, o contribuinte se compromete a: (a) honrar a dívida fracionadamente, com os consectários decorrentes do decurso de prazo; (b) observar todas as imposições legais aplicáveis a esse regime especial de pagamento; (c) renunciar a qualquer direito ou impugnação que possa se contrapor ao crédito tributário; e (d) desistir das ações judiciais em curso e das impugnações e recursos administrativos.
4. O crédito tributário não é garantido apenas “fisicamente”, como ocorre na penhora ou no depósito, mas por outras medidas que lhe assegurem exequibilidade. No caso do parcelamento, a confissão de dívida constitui o crédito eventualmente ainda não lançado, que poderá ser inscrito em dívida ativa e cobrado judicialmente em caso de inadimplemento. Contra o crédito assim constituído e cobrado não caberá, em tese, impugnações de mérito, já que se exige renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Ademais, a dívida objeto do parcelamento é atualizada e sobre ela incidem os encargos da mora, sem qualquer prejuízo de ordem temporal ao Fisco.
5. A pessoa jurídica não pode ser impedida de distribuir lucros e dividendos a sócios e acionistas quando está em situação de regularidade com o fisco, o que ocorre quando cumpridos os termos do parcelamento.
6. Caso o parcelamento seja descumprido, nada impede que, a partir da exclusão do contribuinte desse regime especial de pagamento, seja vedada a distribuição de lucros e dividendos, até que outra garantia seja apresentada ao crédito.
7. Recurso especial não provido. (destacamos)

Merece destaque o seguinte trecho do voto do exmo. sr. ministro Castro Meira que demonstra a razão da decisão:

Nesses termos, “débito garantido” não pode ser interpretado restritivamente a ponto de equivaler a “débito garantido por penhora ou depósito”.

O crédito tributário não é garantido apenas “fisicamente”, como ocorre na penhora ou no depósito, mas por outras medidas que lhe assegurem exequibilidade.

No caso do parcelamento, a confissão de dívida constitui o crédito eventualmente ainda não lançado, que poderá ser inscrito em dívida ativa e cobrado judicialmente em caso de inadimplemento. Contra o crédito assim constituído e cobrado não caberá, em tese, impugnações de mérito, já que se exige renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

³ Refis, Paes, Paex e Pert.

Ademais, a dívida objeto do parcelamento é atualizada e sobre ela incidem os encargos da mora, sem qualquer prejuízo de ordem temporal ao Fisco.

Assim, não há dúvida de que o parcelamento tributário “garante” o crédito parcelado.

Em segundo lugar, como o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, I, do CTN, havendo pagamento regular das parcelas, o contribuinte está em situação de regularidade com a Receita Federal.

Estando em situação regular, não é razoável interpretar a norma a ponto de impedir que a pessoa jurídica distribua lucros e dividendos a sócios e acionistas.

Vale lembrar que o parcelamento tributário pode se estender por anos. E, caso prevaleça a tese fazendária, estaria a empresa obstada de dividir lucros e dividendos por longo período, o que atenta contra a própria razão de existir das pessoas jurídicas, que é a de permitir a divisão da riqueza gerada entre sócios e acionistas.

Por fim, caso o parcelamento seja descumprido, nada impede que, a partir da exclusão do contribuinte desse regime especial de pagamento, seja vedada a distribuição de lucros e dividendos, até que outra garantia seja apresentada ao crédito. (BRASIL, 2012) (destacamos)

Como se vê, o eg. Superior Tribunal de Justiça igualmente concluiu que a pessoa jurídica que possui débitos tributários com a exigibilidade suspensa, independentemente da exigência de apresentação de garantia, pode distribuir lucros. Isso pois a suspensão da exigibilidade do crédito coloca a pessoa jurídica em situação de regularidade com o Fisco, de modo que impedir a distribuição dos lucros configuraria medida irrazoável e atentaria contra a própria razão de existir da pessoa jurídica, que é a de permitir a divisão da riqueza gerada entre sócios.

Destarte, pode-se afirmar que, para fins de incidência da vedação do art. 32 da Lei 4.357/1964, “débito não garantido” é aquele definitivamente constituído que não esteja com a sua exigibilidade suspensa, bem como que não esteja garantido em execução fiscal, por depósito, fiança bancária, seguro garantia e pela penhora de bens.

Em outras palavras: pode distribuir lucros não apenas a pessoa jurídica que não possui qualquer débito perante o Fisco, mas também aquela com situação regular, que possui certidão positiva com efeitos de negativa.

2.4 Questionamento envolvendo o art. 32 da Lei 4.357/1964 – ofensa ao parágrafo único do art. 185 do CTN e ao inciso IV do art. 1º e parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal

O art. 32 da Lei 4.357/1964, como visto, proíbe a distribuição de lucros aos sócios por pessoas jurídicas com “débito não garantido” perante a União e suas autarquias.

O objetivo da norma é claramente o de evitar a evasão fiscal. Afinal, a distribuição de lucros aos sócios por pessoa jurídica enquanto devedora configura fraude contra o Fisco como prevista no art. 185 do CTN, *verbis*:

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.

Vale dizer, a proibição da distribuição de lucros pelo contribuinte que possui dívida em aberto é garantia ao Fisco para que esse não seja prejudicado pela ação dolosa do contribuinte que, por essa via, busque esvaziar o seu patrimônio, ficando sem bens suficientes para honrar seus débitos tributários.

Ocorre que a presunção de fraude é *juris tantum*, podendo ser elidida se restar bens suficientes para o pagamento do total da dívida inscrita, conforme prevê o parágrafo único do próprio art. 185 do CTN, *verbis*:

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.

Nesse passo, considerando, de um lado, que o art. 32 da Lei 4.357/1964 visa coibir fraude contra o Fisco e, de outro, que a presunção de fraude é excluída caso a pessoa jurídica tenha reservado bens suficientes para pagamento total dos seus débitos, concluiu-se que a penalização do contribuinte que distribui lucros aos seus sócios possuindo débitos em aberto não pode ser aplicada indiscriminadamente.

Com efeito, se a pessoa jurídica, para realizar a distribuição dos lucros, reserva bens bastantes para honrar a totalidade das suas dívidas, não haverá fraude, vez que inexistente o risco de não recebimento do valor devido pela União e, por conseguinte, mostra-se indevida, nessa hipótese, a aplicação da multa de 50% do valor distribuído.

Acrescente-se que a penalização indiscriminada de todo e qualquer contribuinte que distribui lucros estando com débito aberto constitui meio de coerção. O contribuinte se vê forçado ao pagamento de seus débitos a fim de que possa distribuir lucros aos seus sócios, o que é vedado pelo Supremo Tribunal Federal, por entendimento inclusive sumulado. A ver:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

A penalização indiscriminada, ademais, causa embaraço ao livre exercício da atividade econômica assegurado pela Constituição Federal no inciso IV do art. 1º e no parágrafo único do art. 170, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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.* (destacamos)

A atividade empresarial tem por objetivo primordial o auferimento de lucros. Logo, ao se vedar a respectiva distribuição aos sócios, se obsta também que a pessoa jurídica realize a razão da sua própria criação, tornando-a desnecessária.

Destarte, a aplicação indiscriminada da penalização prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964 a todo e qualquer contribuinte que distribua lucros aos seus sócios possuindo débito com o Fisco, fere tanto parágrafo único do art. 185 do CTN como o inciso IV do art. 1º e o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal.

2.5 Do entendimento dos tribunais acerca da constitucionalidade do art. 32 da Lei 4.357/1964

A imposição da multa prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964 é questionável frente ao texto constitucional por violação aos princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da isonomia. Nesse passo, vem sendo contestada perante o Poder Judiciário.

A constitucionalidade do referido artigo é, inclusive, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5161, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021).

A mencionada ADI 5161 foi distribuída para a relatoria do exmo. sr. ministro Luís Roberto Barroso e aguarda julgamento pelo Plenário com parecer do Ministério Público Federal pela improcedência do pedido.

No âmbito dos tribunais regionais federais, os TRFs da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Região, ao analisarem casos em que se debateu a validade da vedação à distribuição dos lucros por empresas devedoras do Fisco, posicionaram-se pela constitucionalidade do art. 32 da Lei 4.357/1964 (BRASIL, 2010).

Por sua vez, perfilando entendimento diametralmente oposto, o eg. TRF da 1ª Região, em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade, por sua Corte Especial, concluiu pela inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 4.357/1964, por violar os princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da isonomia. A ver:

Arguição de inconstitucionalidade suscitada por turma em apelação em mandado de segurança. Constitucional, tributário e processual civil. Art. 17 da Lei nº 11.051/2004 (conferindo nova redação ao art. 32 da Lei nº 4.357/1964). 1 - Em sede de apelação, nos autos do MS Coletivo impetrado pela OAB/AM, a 8ª Turma do TRF1 suscitou, em ago/2013, a inconstitucionalidade do art. 17 da Lei nº 11.051/2004, que, conferindo nova redação ao art. 32 da Lei nº 4.357/1964, vedou — sob pena de multa — a distribuição de bonificações/lucros a acionistas, se e quando as respectivas pessoas jurídicas ostentarem débitos tributários, junto à União ou INSS, não garantidos. 2 - A União entende que, estando a empresa com débitos tributários não garantidos, não há sequer falar em “superávit” gerador de suposto lucro (base conceitual para existência de dividendos, bonificações ou lucros). Argumenta, ademais, que interesses particulares não podem prevalecer em detrimento do interesse público arrecadatório. 3 - O MPF/PRR opinou pelo acolhimento deste incidente. 4 - Quanto ao incidente em si, tem-se que se dizer,

de início, que, considerando que ainda não há a manifestação qualificada exigida pelo art. 97 da CRFB/1988, a que alude o Parágrafo único do art. 949 do CPC/2015, é necessária a submissão do tema da suscitada inconstitucionalidade à Corte Especial deste TRF1. 5 - O preceito reputado violador da Carta Maior (art. 32 da Lei nº 4.357/1964, na redação a ele conferida pelo art. 17 da Lei nº 11.051/2004), estipula que, sob pena de multa pecuniária, "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 [...] distribuir [...] quaisquer bonificações a seus acionistas; 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;". 6 - O incidente de inconstitucionalidade foi suscitado, em suma, porque a norma paradigma teria violado os comandos da livre iniciativa e da liberdade econômica (art. 170, "caput e Parágrafo único, ambos da CRFB/1988), assim vazados: "A ordem econômica, fundada na [...] livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]: [...] É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei." 7 - *A razão de ser da norma combatida é claramente privilegiar a arrecadação tributária em detrimento da livre iniciativa e da liberdade econômica, que, se não são, claro, direitos absolutos, contêm — todavia — um núcleo mínimo inegociável, que é o do direito de apropriação privada dos rumos/resultados da empresa, sociedade ou negócios, conforme os conceitos econômicos/contábeis do lucros, receita ou faturamento, atividades que, se tributos geram, conferem ao ente político tributante a faculdade de manejar os inúmeros mecanismos jurídicos (judiciais e administrativos) hábeis à cobrança de tais créditos, dentre os quais avulta, no nível da evidência notória, a usual Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980).* 8 - Em tema de entrechoques entre atividades privadas e pretensões de ingressos tributários, o STF talhou importantes balizas e parâmetros, por meio das *Súmulas* nº 323 ("É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"), nº 547 ("Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais") e nº 70 ("É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"). 9 - Tudo isso porque, conforme "tese de repercussão geral", "É inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos." (STF, RG-ARE 914.045/MG, Rel. Min. Edson Fachin, Julg. Out/2015), eis que tal coerção é "sanção política" (RE Nº 565.048/RS, DJe mai/2014, Min. Marco Aurélio). 10 - Ou, em síntese, tem-se, de ordinário, que "a Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do "substantive due process of Law" (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispoem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição" [...]. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável." (RE nº 550.769/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe abr/2014). 11 - Não viceja a tentativa da *União* de inovar o conceito (econômico, contábil e financeiro) de "lucro", para aludir — em engenhosa tese — que empresas ou sociedades que possuam débitos tributários devem ver deduzidas ou consideradas tais dívidas na formação de tal montante positivo. É que, nas determinações do CTN acerca das regras de "Interpretação e Integração da Legislação Tributária", resta explicitado (art. 109 e 110) que "os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas" e que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado", utilizados no ordenamento jurídico. 12 - Não obstante, em reforço de argumento e compreensão, o STF julgou inconstitucionais (ADI nº 4.425) os §§ 9º e 10 do art. 100 da CRFB/1988, introduzidos pela EC nº 62/2009, que pretenderam impor aos credores de precatórios a obrigação de, antes de percebê-los, se submeterem à prévia compensação de débitos que porventura possuíssem frente ao Poder Público (Fazenda Pública); o Pretório Excelso, dentre outros fundamentos, compreendeu que dita sistemática ofende "a isonomia entre o Poder Público e o particular" (CRFB/1988, art. 5º, caput). 13 - *Os entes tributantes devem, portanto, à caminho da satisfação dos seus créditos, valerem-se dos meios ordinários e tradicionais de cobrança, não se podendo socorrer de "sanções políticas" (coerção indireta) para tanto, tanto menos se subjaz em tal intenção enviesada tentativa de dar ao termo "lucro" uma conformação estranha à sua natural silhueta econômico-contábil, sob o forte estigma da conveniência arbitrária unilateral, afrontosa à CRFB/1988.* 14 - *Tem-se, portanto, por procedente a alegação de inconstitucionalidade suscitada pela Turma (art. 17 da Lei nº 11.051/2004), por violação aos primados da liberdade econômica, da livre iniciativa e da isonomia.* 15 - Incidente acolhido, inconstitucionalidade do preceito declarada. (BRASIL, 2019) (destacamos)

Como se extrai da própria ementa do julgado, o eg. TRF da 1ª Região entendeu que o art. 32 da Lei 4.357/1964, ao obstar a distribuição dos lucros aos sócios por pessoa jurídica com débitos em aberto junto à União e suas autarquias e impor multa, afronta os princípios da livre iniciativa, da liberdade econômica e da isonomia assegurados pela Constituição Federal.

Observou-se que o Fisco deve valer-se dos meios ordinários que tem para a cobrança do débito fiscal, constituindo a vedação à distribuição dos lucros aos sócios verdadeira medida de coerção com ingerência direta na atividade empresarial.

No entanto, trata-se de entendimento isolado entre os tribunais regionais federais. Todos os demais se posicionaram pela constitucionalidade da norma, o que nos antecipa serem relevantes as chances de o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 5161, confirmar a constitucionalidade do art. 32 da Lei 4.357/1964.

3 Conclusão

Do exposto, salta aos olhos a relevância e necessidade de se analisar a vedação à distribuição dos lucros aos sócios de empresas com débitos perante o Fisco federal imposta pelo art. 32 da Lei 4.357/1964, bem como delimitar o conteúdo do termo “*débito não garantido*” para fins de incidência da vedação.

Trata-se de medida notadamente coercitiva com vistas a evitar a evasão fiscal. A legislação não apenas obsta, como também penaliza a pessoa jurídica e seus sócios e dirigentes que distribuam lucros, com a imposição de elevada multa de 50% do valor distribuído. Porém, ao mesmo tempo que configura forma de “incentivo” à regularidade fiscal, ela repele novos investimentos.

Como visto, a constitucionalidade da vedação à distribuição dos lucros aos sócios é questionável, por ofender os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica e, nesse passo, vem sendo analisada pelo Poder Judiciário. Pende de julgamento a ADI 5161 ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal. No âmbito dos tribunais regionais federais, o TRF da 1ª Região, em sede incidente de arguição de inconstitucionalidade, por sua Corte Especial, entendeu que o citado art. 32 da Lei 4.357/1964 viola os princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da isonomia, sendo, por isso, inconstitucional. De outro lado, os demais tribunais regionais federais possuem decisões no sentido da constitucionalidade da norma.

A divergência jurisprudencial, portanto, é manifesta, devendo ser sanada em prol da segurança jurídica. Afinal, não se pode restringir a atividade econômica com base em lei inconstitucional.

Além disso, é igualmente imprescindível a delimitação do conteúdo do termo “*débito não garantido*” do citado art. 32 da Lei 4.357/1964.

Assim, restou demonstrado que o “*débito não garantido*”, para fins de incidência da vedação à distribuição dos lucros, é aquele definitivamente constituído que não esteja com a sua exigibilidade suspensa, bem como que não esteja garantido em execução fiscal, por depósito, fiança bancária, seguro garantia e pela penhora de bens.

Soma-se a isso a conclusão de que a aplicação da penalização prevista no art. 32 da Lei 4.357/1964 deve observar, também, o que prescrevem o parágrafo único do art. 185 do CTN, como o inciso IV do art. 1º e o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, devendo averiguar-se previamente se há reserva de bens suficientes para arcar com a totalidade dos débitos. Isso pois, se a pessoa jurídica possui bens suficientes para arcar com a totalidade da sua dívida, não se sustenta a alegação de que a distribuição dos lucros configuraria forma de evasão fiscal.

4 Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009*. Altera a legislação tributária federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964*. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14357.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2. Turma). Acórdão 2402-006.850. Relator: João Victor Ribeiro Aldinucci, 17 de janeiro de 2019. *Diário Oficial da União*: 14 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2. Turma). Acórdão 2402-006.857. Relator: Luís Henrique Dias Lima, 16 de janeiro de 2019. *Diário Oficial da União*: 31 jan. 2019.

BRASIL. Receita Federal. *Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Receita Federal. Coordenação-Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 570, de 20 de dezembro de 2017. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, p. 39, 2 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 323*. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 547*. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 70*. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRITO, Edvaldo. O conceito de débito não garantido nos campos tributário e previdenciário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 119, ago. 2005.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*, 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.

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 nºs 4.357/84, 8.212/91 e 11.051/04. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *As contribuições para o custeio da seguridade social a cargo das empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 88-110.

TOMÉ, Fabiana. Exigibilidade do crédito tributário: amplitude e efeitos de sua suspensão. *Noeses*, São Paulo, set. 2014. Disponível em: <https://www.noeses.com.br/2014/09/29/exigibilidade-do-credito-tributario-amplitude-e-efeitos-de-sua-suspensao-por-fabiana-del-padre-tome/>. Acesso em: 21 jan. 2021.