

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.161 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SEM GARANTIA. PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE BONIFICAÇÕES E LUCROS SOB PENA DE MULTA. SANÇÃO POLÍTICA. DESPROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 32 da Lei nº 4.357/1964, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.051/2004 e, por arrastamento, contra o art. 52 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, que impõem penalidades a pessoas jurídicas que distribuam bonificações ou lucros, estando em débito não garantido com a União.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber

se os dispositivos legais questionados configuram sanção política como forma de exigir o pagamento do tributo, com violação do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade das sanções políticas, entendidas como as medidas coercitivas indiretas e desproporcionais adotadas pela Fazenda Pública com o intuito de compelir o adimplemento de obrigações tributárias. Súmulas 70, 323 e 547/STF.

4. *Legitimidade constitucional do fim e adequação.* Em juízo de proporcionalidade, verifica-se que a proibição de distribuição de importâncias com a aplicação de multa visa a impedir que o sujeito passivo, titular de débito tributário exigível, dilapide o seu patrimônio, sobretudo em favor dos seus sócios, acionistas e diretores, de forma a frustrar a satisfação das obrigações tributárias. Protegem-se, assim, a arrecadação tributária e os princípios da igualdade tributária e da livre concorrência.

5. *Desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito.* Por outro lado, a distribuição de importâncias aos sócios, acionistas e diretores se enquadra na condução regular de sociedades empresárias. A não prestação de garantia não configura em si um

comportamento fraudulento, nem um indicativo claro de que não haverá o adimplemento futuro. Assim, embora a medida em questão seja adequada, trata-se de penalidade desnecessária ou excessiva.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Pedido julgado parcialmente procedente, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991, para determinar que a penalidade de multa, em razão de distribuição de bonificações e lucro a sócios, acionistas e diretores, pela pessoa jurídica, com crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa e exigível, somente se aplica na hipótese de não terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Tese de julgamento: “Na hipótese de terem sido reservados bens e rendas suficientes ao total pagamento da dívida, é desproporcional a proibição, sob pena de multa, de distribuição de bonificações e lucro a sócios, acionistas e diretores, pela pessoa jurídica que possua crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa e exigível”.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 1º, IV; 5º, LIV e LVII; 103, 170, ; Lei nº 4.357/1964, art. 32; Lei nº 8.212/1991, art. 52.

ADI 5161 / DF

Jurisprudência relevante citada: ADI 5.135 (2016), Rel. Min. Luís Roberto Barroso; REsp 1.115.136 (2012), Rel. Min. Castro Meira; REsp 1.141.990 (2010), Rel. Min. Luiz Fux; Súmulas nº 70, 323 e 547/STF.

I - QUESTÃO PRELIMINAR

1. De acordo com o art. 103 da Constituição e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB detém legitimidade universal para deflagrar processos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, estando dispensado da demonstração da pertinência temática[1]. Ademais, a eventual improcedência dos fundamentos desenvolvidos pelo requerente não interfere na sua legitimidade processual ativa, mas sim no não acolhimento dos pedidos veiculados na petição inicial. Por essas razões, é patente a legitimidade da entidade para a propositura do presente feito. Conheço, portanto, desta ação direta de inconstitucionalidade e passo à análise do mérito.

II - MÉRITO

2. No caso em questão, examina-se a constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 4.357/1964, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.051/2004 e, por arrastamento, do art. 52 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Os dispositivos legais questionados determinam que as pessoas jurídicas que possuam débito tributário não garantido perante a União não poderão distribuir lucros e bonificações aos acionistas, sócios, diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos, sob pena de imposição de multa de 50% da importância distribuída, observado o limite máximo de 50% do débito

ADI 5161 / DF

tributário. Confira-se o teor da legislação impugnada:

Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964

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)

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

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 (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II – aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

ADI 5161 / DF

I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

3. Em interpretação dos referidos dispositivos, na Nota Técnica nº 2, de 01 de fevereiro de 2006, da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), a Receita Federal (i) afirmou que “est[ar] em débito [...] com a União” significa que houve o surgimento da obrigação tributária, o que ocorre quando verificados na realidade os elementos necessários e suficientes para a configuração do fato gerador. Ou seja: a aplicação das regras em questão, na hipótese de retenção na fonte, independe da constituição do crédito tributário, por meio de lançamento e de notificação do sujeito passivo, já que o lançamento, nessa concepção, é “um simples ato declaratório de ocorrência do fato gerador”. O art. 32 da Lei nº 4.357/1964 se aplica desde a “falta de recolhimento do imposto”. Na Solução de Consulta COSIT nº 570, de 20 de dezembro de 2017, contudo, esclareceu que “a regular constituição do crédito, e não mero procedimento de aferição de valores, seria a instância justificadora de limitações à distribuição de bônus e de demais valores”; (ii) argumentou, ainda, que, na eventualidade de o crédito respectivo estar com a exigibilidade suspensa (independentemente da causa de suspensão - cf. art. 151 do CTN), não se aplica a proibição em debate.

4. Esse entendimento também foi encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.115.136, sob a relatoria do Min. Castro Meira (Segunda Turma, j. em 27.03.2012). Defendeu-se, nessa oportunidade, que “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”. Isso porque, “se não é dado ao Fisco cobrar crédito fiscal cuja exigibilidade esteja suspensa, não há também fundamento para [...]

ADI 5161 / DF

impor restrições de qualquer ordem ao contribuinte nes[s]a hipótese”.

5. Nessa linha, confira-se a conclusão da Solução de Consulta COSIT nº 570/2017:

“[A] expressão débito, como escrita no caput do art. 37 da Lei nº 4.357, de 1964, identifica os valores regularmente apurados em favor do fisco, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional. Consequentemente, depende de lançamento efetivado, a ser eventual e hipoteticamente obstaculizado pelas normas indicativas de suspensão de exigibilidade, nos termos do art. 151 do mesmo Código Tributário Nacional. É que, se o contribuinte é devedor, se há débito, em contrapartida, por vínculo lógico, o Estado detém crédito. É credor, sic et simpliciter. Por essa razão, a distribuição de lucros, de bonificações e de dividendos, exige certidão positiva com efeitos de negativa, por força do art. 151 combinado com o art. 205, ambos do Código Tributário Nacional”.

6. Na Solução de Consulta COSIT nº 30, de 27 de março de 2018, por sua vez, a Receita Federal ressaltou que o art. 32 da Lei nº 4.537/1964 não se aplica à distribuição de dividendos perpetrada no âmbito das sociedades anônimas, em razão de veto do Chefe do Poder Executivo, sob o argumento de que “a ingerência do Fisco em assuntos da economia interna das empresas deve ficar restrita aos casos excepcionais”, pelo que “deverão ser excluídos os casos de distribuição de dividendos e de pagamentos por serviços prestados pelos dirigentes das empresas”. Enfatize-se que, de acordo com a Solução de Consulta COSIT nº 570/2017, a proporcionalidade das regras em discussão se ampara no fato de que não se torna nula a distribuição de valores, apenas se aplica uma multa. “Assim sendo, o[s] dispositivo[s] em questão não impõe[m] o próprio pagamento do tributo pelo contribuinte, mas

ADI 5161 / DF

somente o oferecimento de garantia para os débitos fiscais cuja exigibilidade não tenha sido suspensa, sendo o sujeito passivo instado a adotar postura responsável na gestão financeira, com reserva de recursos ou garantia para satisfação do crédito tributário, antes de distribuir lucros. À nitidez, garantir débito fiscal não significa pagá-lo, donde se conclui não haver, na hipótese, coação para pagamento de tributo. A exigência de garantia, criada de forma razoável e proporcional, apenas para débitos fiscais exigíveis, isto é, que não têm exigibilidade suspensa, não ofende o devido processo legal.”

II.1. CONFIGURAÇÃO DA SANÇÃO POLÍTICA EM FUNÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE

7. Em diversas ocasiões, este Supremo Tribunal Federal manifestou o entendimento de que são inconstitucionais as chamadas *sanções políticas*, entendidas como as medidas coercitivas indiretas adotadas pela Fazenda Pública com o intuito de compelir o adimplemento de obrigações tributárias. O fundamento da Corte é o de que os gravames empregados são **desproporcionais** – mais especificamente, **desnecessários** e/ou **desproporcionais em sentido estrito** – frente às alternativas menos restritivas aos direitos fundamentais e diante da ponderação das normas constitucionais conflitantes. Para consolidar tal compreensão, foram editadas Súmulas desta Suprema Corte, que assim dispõem:

Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Súmula nº 70, de 13 de dezembro de 1963)

Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Súmula nº 323, de 13 de dezembro de 1963)

Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache

ADI 5161 / DF

mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Súmula nº 547, de 3 de dezembro de 1969)

8. Reitere-se que a configuração de uma sanção política não exige somente a utilização de medidas coercitivas indiretas pela Fazenda Pública com o intuito de compelir o adimplemento das obrigações tributárias, mas também a desproporcionalidade do gravame. Protege-se, desse modo, o devido processo legal, que faculta aos sujeitos passivos a possibilidade de discutir a validade dos créditos fiscais, via processo administrativo ou judicial, além de se concretizar, usualmente, os direitos ao livre exercício de atividade econômica e de propriedade. Não por outra razão, na ADI 5.135, sob a minha relatoria (j. em 09.11.2016), consignei o que se segue:

“Esta Corte possui entendimento há muito consolidado no sentido da inconstitucionalidade do emprego, pelo Poder Público, das denominadas sanções políticas, morais ou indiretas, i.e., de meios não arrecadatórios, gravosos e desproporcionais de coerção estatal com o objetivo de forçar o contribuinte a pagar os tributos devidos. A jurisprudência histórica do Supremo sobre o tema foi expressa nas Súmulas nº 70, 323 e 547, editadas anteriormente à Constituição de 1988, que julgaram inadmissíveis, como meios coercitivos para cobrança de tributos, (i) a interdição de estabelecimento, (ii) a apreensão de mercadorias, e (iii) a proibição de aquisição de estampilhas dos impostos e de despacho de mercadorias nas alfândegas.

Já durante a vigência da Constituição Federal, há inúmeros julgados que consideraram inconstitucionais medidas oblíquas de arrecadação tributária, na linha de referidas súmulas. A título exemplificativo, cite-se: (i) a proibição da impressão de notas fiscais em bloco por contribuinte inadimplente, obrigando-o à expedição de nota fiscal avulsa, negócio a negócio (RE 413.782, Rel. Min. Marco Aurélio); (ii) o

condicionamento da prática de atos da vida civil e empresarial (e.g., transferência de domicílio para o exterior e registro de atos societários) à quitação de débitos (ADI 173, Rel. Min. Joaquim Barbosa); e (iii) a subordinação do pagamento de precatórios à comprovação da ausência de débitos inscritos em dívida ativa (ADI 3453, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Analisando-se a jurisprudência deste STF sobre o tema, é possível concluir que não basta que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada uma sanção política. Exige-se, além disso, que tais restrições sejam reprovadas no exame de proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, tem-se definido as sanções políticas como “restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita” (RE 374.981, Rel. Min. Celso de Mello).

Essa leitura é confirmada por diversos precedentes que tratam do tema. No RE 413.782, o Ministro Cezar Peluso destacou que o princípio constitucional que subjaz às Súmulas nº 70, 323 e 547 é justamente o “princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional com força coercitiva, para obter o adimplemento do tributo”. Nesse mesmo julgado, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a definição de uma determinada medida como sanção política é “uma questão de proporcionalidade mais do que uma questão tributária”. No mesmo sentido, a ementa do AgR no RE 370.212, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, enuncia que “[e]sta Corte firmou uma série de precedentes fundados, entre outros pontos, no direito constitucional ao exercício de atividade econômica lícita e de livre concorrência, que impedem a adoção de medidas constritivas desproporcionais e indiretas destinadas a dar efetividade à arrecadação tributária

ADI 5161 / DF

(sanções políticas)”. Igualmente, na ADI 173, o Ministro Joaquim Barbosa destacou que “[p]ara ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável”.

9. Tal entendimento a respeito das sanções políticas amolda-se com perfeição aos atuais princípios de interpretação constitucional. Como se tem afirmado, os direitos fundamentais não são absolutos, admitindo-se eventuais restrições para a proteção de outros bens e interesses constitucionais. A validade constitucional de tais limitações estará, porém, condicionada à observância de determinados limites formais e materiais (os chamados limites dos limites), dentre os quais se destacam: (i) o princípio da reserva legal, (ii) o princípio da proporcionalidade, e (iii) a preservação do núcleo essencial dos direitos restringidos.

10. Note-se que a proibição de distribuição de importâncias pelas pessoas jurídicas com a aplicação de multa visa a impedir que o sujeito passivo, titular de débito tributário exigível, dilapide o seu patrimônio, sobretudo em favor dos seus sócios, acionistas e diretores, de forma a frustrar a satisfação da obrigação tributária respectiva. Esse fim é **constitucionalmente legítimo**, e a medida é adequada a proteger a arrecadação tributária frente a comportamentos que almejam obstaculizar o pagamento de tributos, concretizando a igualdade tributária e a livre concorrência.

11. A preocupação que acompanha as regras dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 não é nova no Sistema Tributário Nacional. Destaco, nesse sentido, o art. 185 do CTN, segundo o qual a alienação ou a oneração de bens pelo sujeito passivo, que possui débito inscrito em dívida ativa, considera-se *fraudulenta*, salvo na hipótese de o devedor haver reservado bens suficientes para efetuar o pagamento

ADI 5161 / DF

integral da referida dívida. Essa prescrição consubstancia uma garantia do crédito tributário de inoponibilidade das operações em face da autoridade fiscal, que pode perseguir os bens que se encontrem na titularidade de terceiros, quando alienados ou onerados pelos sujeitos passivos. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.141.990, sob a relatoria do Min. Luiz Fux (j. em 10.11.2010), examinado sob a sistemática de recurso repetitivo (Tema 290), defendeu que se trata de presunção de fraude à execução com “caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*”. O adquirente dos bens, assim, não pode suscitar a boa-fé para afastar a aplicação da regra.

12. No caso dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991, de maneira diversa, constata-se que ao sujeito passivo apenas é permitido realizar a distribuição de importâncias, se garantido o crédito tributário, sob pena de imposição de multa de até 50% do valor deste último. Reitero que não desconheço a gravidade do comportamento de pessoas jurídicas que se valem da distribuição de valores aos sócios, acionistas e diretores para impedir o adimplemento de obrigações tributárias. No entanto, as regras ora impugnadas afiguram-se, na minha concepção, **desnecessárias ou excessivas**, considerando-se a promoção do fim arrecadatório e a restrição que ensejam no devido processo legal e na livre condução de atividades econômicas. A distribuição de importâncias aos sócios, acionistas e diretores se enquadra na regular condução das sociedades empresárias, de igual modo que a não prestação de garantias não configura em si um comportamento fraudulento nem um indicativo claro de que não haverá o adimplemento futuro do débito.

13. Destaquem-se, ainda, dois elementos das regras dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991: (i) aplica-se a proibição, em princípio, desde a constituição do crédito respectivo, afastando-se diante de causas de suspensão da exigibilidade; (ii) a configuração do ilícito e a imposição da multa independem de o devedor haver reservado

ADI 5161 / DF

bens suficientes para efetuar o pagamento integral da dívida. Para tanto, basta que não tenha sido prestada garantia. Considerando-se tais elementos, não há como afastar a **desproporcionalidade** da vedação em questão, dada a sua **desnecessidade** e **desproporcionalidade em sentido estrito**.

14. Essa circunstância resta clara quando se verifica que, na eventualidade de o devedor haver reservado bens suficientes para adimplir com a obrigação, inexistente um dano real ou potencial ao Estado. Ao mesmo tempo, a relevância constitucional da proteção do erário público e dos princípios da igualdade tributária e da livre concorrência, frente a comportamentos que objetivam esvair os meios de satisfação dos créditos respectivos legitimam a **interpretação conforme a Constituição** dos dispositivos impugnados. Isso para explicitar que **o devedor deve “est[ar] em débito” por crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa e exigível**. Ademais, **impede-se a configuração do ilícito na hipótese de o devedor haver reservado valores suficientes para adimplir com a obrigação**.

III - CONCLUSÃO

15. Por todo o exposto, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade e julgo **parcialmente procedente** o pedido, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991, para determinar que a penalidade de multa, em razão de distribuição de bonificações e lucro a sócios, acionistas e diretores, pela pessoa jurídica, com crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa e exigível, somente se aplica na hipótese de não terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

16. Proponho a seguinte tese de julgamento: *“Na hipótese de*

ADI 5161 / DF

terem sido reservados bens e rendas suficientes ao total pagamento da dívida, é desproporcional a proibição, sob pena de multa, de distribuição de bonificações e lucro a sócios, acionistas e diretores, pela pessoa jurídica, com crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa e exigível”.

17. É como voto.

Nota:

[1] “12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vido art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado [...]”. (ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015).