

DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS E ALEI Nº11.051/04

Gilberto de Castro Moreira Junior

Consulta

1. Consultam V. S^{as}. a respeito das disposições contidas na Lei nº 11.051/04 e a questão da distribuição de dividendos aos acionistas. Passamos, a seguir, a fazer nossas considerações acerca do assunto.

2. O art. 17 da Lei nº 11.051 promoveu alterações no art. 32 da Lei nº 4.357/64, introduzindo os §§ 1º e 2º, cuja redação ficou assim definida:

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:

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, (grifamos)

3. Antes da edição da Lei nº 11.051, o art. 32 da Lei nº 4.357 possuía apenas um parágrafo único, determinando que:

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 indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) destas importâncias.

4. Portanto, é de se concluir que, diante das disposições supra-mencionadas, a distribuição de bonificações ou participação nos lucros é impedida, desde que a empresa pagadora encontre-se em débito para com a União Federal e suas autarquias. Caso a empresa pagadora não cumpra esta regra, estará sujeita, juntamente com os diretores e demais membros da administração, ao recolhimento de uma multa de 50% (cinquenta por cento) dos valores indevidamente pagos, sendo que agora limitada a 50% (cinquenta por cento) do débito não garantido.

5. Assim, a única alteração trazida pela Lei nº 11.051/04 foi limitar a multa à quantia de 50% (cinquenta por cento) do débito não garantido para com a União e suas autarquias, no caso de distribuição de bonificações ou participação nos lucros.

6. Para facilitar a compreensão, um exemplo numérico da matéria: um contribuinte possui um débito não garantido para com a União de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e distribuiu bonificação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Antes da vigência da Lei nº 11.051, a penalidade seria de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), isto é, 50% (cinquenta por cento) da quantia distribuída indevidamente. Hoje, no entanto, se isso ocorresse, a penalidade estaria limitada a 50% (cinquenta por cento) do débito não garantido, ou seja, R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

7. Vê-se, desta forma, que tanto a Lei nº 4.357 quanto a Lei nº 11.051 jamais impuseram multa para a distribuição de dividendos e

lucros, mas para a distribuição de bonificações ou participação nos lucros, no caso da pessoa jurídica possuir débitos não garantidos para com a União Federal e suas autarquias.

8. Tanto é assim que, se verificarmos a mensagem de veto do Marechal Humberto Castello Branco, então Presidente da República à época da edição da Lei nº 4.357, veremos que os dividendos não foram contemplados com a penalidade em voga, senão vejamos:

V - no artigo 32, na alínea "a" do mesmo artigo, à expressão "dividendos e". [...]

A filosofia que presidiu a elaboração das normas do artigo 32 reside na preeminência do princípio da pontualidade no pagamento dos tributos e contribuições devidas ao Estado. Ocorre, porém, que tal princípio se afirma de modo mais positivo através das disposições do artigo 7º, as quais obrigam à correção monetária dos débitos fiscais.

A ingerência do Fisco em assuntos da economia interna das empresas deve ficar restrita aos 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 da economia nacional.

Sob essa ordem de idéias, parece aconselhável restringir os casos de intervenção, limitando-os às hipóteses essenciais. Delas *deverão ser excluídos os casos de distribuição de dividendos e de pagamentos por serviços prestados pelo dirigentes das empresas.*

A exclusão dos dividendos torna-se mais aconselhável ainda no caso de acionistas minoritários, que ficam prejudicados por erros de uma administração que, em geral, não teriam forças para substituir. (grifamos)

9. Os dividendos, na realidade, "representam uma destinação do lucro do exercício, dos lucros acumulados ou de reservas de lucros aos acionistas da companhia. [...] As participações nos lucros, por outro lado, têm a natureza de lucros atribuídos a terceiros, não

relativos a investimento de acionistas¹, devendo ser registradas como despesas da empresa. As bonificações são, por sua vez, distribuições gratuitas de novas ações aos acionistas, na proporção da quantidade de ações já possuída por cada um. Esta distribuição de ações tem origem, por exemplo, em razão da incorporação de reservas ou de lucros acumulados ao capital da empresa. Os dividendos, as participações nos lucros e as bonificações são, portanto, institutos totalmente distintos.

10. Fica claro que, em face do exposto acima, a distribuição de dividendos deve ser preservada, já que o Fisco não pode violar o direito de propriedade garantido aos acionistas.

11. Mister destacar, no entanto, que o INSS vem realizando atuações nos casos de pessoas jurídicas, em débito para com aquele órgão, que distribuem dividendos aos seus acionistas.

12. Isto porque o art. 52 da Lei nº 8.212/91 assim determina:

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

I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista; [...]

13. Nesse sentido, destaque-se jurisprudência favorável ao INSS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a seguir transcrita:

ARTIGO 52 DA LEI Nº 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO HÁ. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRESA COM DÉBITOS FISCAIS. MULTA PUNITIVA.

1. *À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido distribuir bonificação ou dividendo a acionista, bem como 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, sujeitando-se à multa, em caso de descumprimento.*

2. Não há ofensa ao princípio da livre iniciativa disposto na Constituição Federal, nem imposição de gravame superior à proibição de não-

1. *Manual de contabilidade das sociedades por ações - FIPACAFI*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 273 e 317.

contratação com o Poder Público, uma vez que se tratam de situações distintas. A um, porque a proibição de contratação com o Poder Público de que trata o artigo 195 da Constituição Federal objetiva evitar que devedor de tributo aufera lucro a partir de contrato com ente público, na prestação de serviço público. A dois, porque a multa aplicada *in casu* constitui penalidade decorrente não do não-pagamento das contribuições previdenciárias devidas, mas do fato do não-pagamento do tributo cumulado com a distribuição de lucro aos sócios nessa circunstância.

3. O escopo do dispositivo é punir, senão coibir, a sonegação de tributo no caso, contribuição previdenciária - quando houver meios para o pagamento e o devedor optar por não fazê-lo, preferindo distribuir lucros, beneficiando seus sócios.

4. Não se pode interpretar a lei de forma a pactuar com o entendimento de que é lícito não pagar o tributo devido ao Estado, permitindo a distribuição de lucro aos sócios. Os valores assim confiados a particulares são subtraídos dos cofres públicos, cuja destinação é de interesse público e da coletividade.

5. Não há *bis in idem* na fixação da multa, tendo em vista que não é possível confundir multa de caráter indenizatório e de caráter punitivo/educativo. A primeira decorre de mora, do pagamento em destempo. A segunda diz respeito a infração administrativa - esse é o caso dos autos.

6. Infringida a regra legal, incide a multa. Seu percentual decorre de lei, tendo por escopo justamente coibir não apenas a sonegação fiscal, mas punir a sonegação agravada pelo fato de que se beneficiaram os sócios dos valores não pagos ao Estado, não podendo o juiz, por critério subjetivo, alterar seu valor. (Apelação Cível nº 20027000088145-PR, DJU 14.01.2004, p. 186, grifamos)

14. Se, portanto, o contribuinte possuir débito junto ao INSS, existe a possibilidade de autuação fiscal em caso de distribuição de dividendos. O mesmo não ocorre em relação aos outros tributos federais, visto que a lei que rege a matéria não previu a punição em relação à distribuição de dividendos.

15. Resta, por fim, analisar o que vem a ser “débito não garantido”. Não há na legislação tributária em vigor um conceito claro,

porém, temos a determinação do art. 151, IV, do CTN, no sentido de que o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário. Em complemento, o art. 206 do mesmo CTN permite a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa para o devedor que possua créditos com a exigibilidade suspensa.

16. Quer nos parecer, portanto, que aqueles débitos incluídos no âmbito do REFIS e do PAES - programas de parcelamento de débitos tributários federais - por estarem com a sua exigibilidade suspensa e não serem exigíveis, não devem ensejar a cobrança de multa em caso de distribuição de lucros e dividendos. Ressalvamos, no entanto, que é necessário aguardar posicionamento dos tribunais superiores a respeito da matéria em questão.