

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 VISTA

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vista): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, que requer a declaração de inconstitucionalidade 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 impugnados estabelecem que pessoas jurídicas em débito não garantido com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição no prazo legal, ficam impedidas de distribuir bonificações a seus acionistas e de dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios, quotistas, diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos. A inobservância dessas vedações importa em multa equivalente a 50% das quantias distribuídas ou pagas indevidamente, imposta tanto à pessoa jurídica quanto aos beneficiários das importâncias, limitada, em cada caso, a 50% do valor total do débito não garantido. Confira-se o teor integral dos preceitos:

Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964

Art. 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em

ADI 5161 / DF

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: (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% das quantias distribuídas ou pagas indevidamente;

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

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% 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).

O CFOAB sustenta que os dispositivos violam os arts. 1º, IV; 5º, LIV e LVII; e 170, todos da Constituição Federal. Em síntese, a entidade requerente afirma que a proibição de distribuição de lucros e bonificações, aplicável enquanto a pessoa jurídica mantiver débito não garantido com a Fazenda Pública, constitui sanção política — meio coercitivo indireto e desproporcional para exigir o pagamento de tributos

ADI 5161 / DF

sem observância do devido processo legal. A proibição seria inconstitucional também porque se aplica quando a validade do crédito ainda pode ser contestada, ou seja, antes mesmo que o contribuinte tenha tido oportunidade de discutir a legitimidade da exigência fiscal.

A Presidência da República prestou informações em defesa da constitucionalidade dos preceitos, argumentando, em síntese: (i) a lei vigora há muitos anos, sem demonstração de *periculum in mora*; (ii) o direito à livre iniciativa não é absoluto e admite restrições em prol de outros valores constitucionais; (iii) a proibição não interfere no exercício da atividade econômica em si, mas apenas na remuneração dos sócios; (iv) a medida é proporcional ao objetivo de garantir o crédito fiscal; e (v) o contribuinte dispõe de mecanismos de impugnação e de suspensão da exigibilidade, tanto na via administrativa quanto na judicial (doc. 16).

O Senado Federal, em suas informações, levantou, preliminarmente, questão relativa à legitimidade *ad causam* do CFOAB, por entender que a entidade, ao postular em favor de interesses empresariais, militaria contra o princípio da justiça social. No mérito, sustentou que a livre iniciativa não é valor absoluto e que a restrição imposta pela legislação é proporcional (doc. 22).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido. Argumentou que a vedação configura mecanismo legítimo de proteção do crédito fiscal, nos termos do art. 183 do Código Tributário Nacional - CTN; que o contribuinte é devidamente cientificado das suas dívidas fiscais e dispõe de meios para contestar o lançamento e obter a suspensão da exigibilidade; e que os créditos tributários gozam de presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 204 do CTN:

Administrativo. Artigos 32 da Lei nº 4.357/64 e 52 da Lei nº 8.212/91. Vedação do pagamento de remuneração e da

ADI 5161 / DF

distribuição de lucros aos acionistas e quotistas de empresas que possuam débitos tributários ou previdenciários. Proteção do crédito fiscal. Observância dos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência. Inexistência de obstáculo ao exercício da atividade econômica pela empresa inadimplente. Ausência de violação aos artigos 1º, inciso IV; 5º, incisos LIV e LVII; e 170, todos da Carta da República. Manifestação pela improcedência do pedido formulado pelo requerente. (doc. 24, p. 1).

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, em parecer assim ementado:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32 DA LEI 4.357/1964 E ART. 52 DA LEI 8.212/1991. VEDAÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS, DIVIDENDOS E BONIFICAÇÕES A SÓCIOS E ACIONISTAS, QUANDO A EMPRESA ESTIVER EM DÉBITO PARA COM A FAZENDA PÚBLICA. 1. O princípio da livre iniciativa não é absoluto, sendo lícito ao Estado intervir na atividade econômica, dentro de certos limites, e condicioná-la ao bem-estar coletivo. 2. Proibição de distribuir lucros, dividendos e bonificações a sócios e acionistas, quando a empresa estiver em débito para com a fazenda pública, não constitui ofensa ao princípio da livre iniciativa, pois não obstrui o livre exercício da atividade empresarial, nem constitui sanção política. 3. Parecer por improcedência do pedido. (doc. 25, p. 1).

Iniciado o julgamento na Sessão Virtual de 1/8/2025 a 8/8/2025, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pela **procedência parcial do pedido**, conferindo 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

ADI 5161 / DF

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.** A tese proposta pelo Relator ficou assim redigida:

"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."

Para sustentar sua conclusão, o Ministro Relator reconheceu que a proibição tem finalidade constitucionalmente legítima — a de evitar a dilapidação do patrimônio do devedor em detrimento da arrecadação — e que a medida é adequada para proteger o erário contra comportamentos que objetivam frustrar o pagamento de obrigações tributárias. Concluiu, no entanto, que a penalidade é desnecessária e desproporcional quando o devedor reservou bens suficientes para satisfazer o crédito — em analogia com o art. 185 do CTN, que presume fraudulenta a alienação de bens pelo devedor com dívida inscrita que não reservou patrimônio suficiente para o pagamento —, pois, nessa hipótese, não haveria dano real ou potencial ao Estado.

Na Sessão Virtual de 24/10/2025 a 4/11/2025, o Ministro Flávio Dino inaugurou a divergência e votou pela improcedência total do pedido. Para Sua Excelência, os dispositivos não configuram sanção política porque não inviabilizam o exercício da atividade econômica — vedam apenas a distribuição de resultados aos sócios e acionistas. Destacou que

ADI 5161 / DF

a multa se limita a 50% do valor do débito e que os preceitos convivem no ordenamento há mais de duas décadas sem produzir o efeito paralisador que caracteriza as hipóteses reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal como sanções políticas. Pontuou que, uma vez garantido o débito, a multa não incide, o que demonstra que a norma não obriga o pagamento imediato, apenas a prestação de garantia.

Em continuação, na Sessão Virtual de 27/2/2026 a 6/3/2026, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator, acrescentando que a exigência de garantia para crédito fiscal ainda não inscrito em dívida ativa pode configurar meio coercitivo indireto desproporcional, e que a solução do Ministro Luís Roberto Barroso preserva o funcionamento normal das empresas enquanto atende à necessidade de proteção dos interesses da Fazenda. Na oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Ministro Flávio Dino pela improcedência do pedido. Ainda naquela Sessão Virtual, pedi vistas dos autos para melhor examinar a controvérsia.

Passo ao voto.

Cuida-se de saber se os arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 violam a Constituição Federal ao proibir, sob pena de multa, que pessoas jurídicas em débito não garantido com a União distribuam lucros e bonificações a sócios, acionistas, diretores e demais membros de órgãos dirigentes.

Os votos proferidos até agora apresentam duas posições: de um lado, a procedência parcial, com a imposição de requisito que o Relator extrai por analogia com o art. 185 do CTN; de outro, a improcedência total, com a declaração da constitucionalidade dos dispositivos.

Com o devido respeito aos posicionamentos que me antecederam,

ADI 5161 / DF

não me filio a nenhuma dessas correntes. Entendo que os preceitos legais são constitucionais, mas somente quando aplicados dentro dos limites que o próprio Sistema Tributário estabelece para a constituição definitiva e a exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido, a multa prevista no art. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 somente pode ser aplicada quando: (i) **o débito tributário estiver inscrito em dívida ativa da União**, o que pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário por lançamento de ofício regularmente notificado ao contribuinte ou por declaração constitutiva; (ii) **não estiver presente qualquer das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN**; e (iii) **o débito não estiver garantido** nos termos do art. 9º da Lei nº 6.830/1980. As razões que sustentam esse entendimento serão desenvolvidas adiante.

De início, comungo do entendimento do Ministro Relator de que a finalidade dos dispositivos é constitucionalmente legítima. O art. 32 da Lei nº 4.357/1964 e o art. 52 da Lei nº 8.212/1991 visam a evitar que a pessoa jurídica devedora esvazie seu patrimônio em favor de sócios e acionistas, frustrando a satisfação de obrigações tributárias exigíveis. Protege-se, com isso, a arrecadação e a isonomia entre os contribuintes que honram suas obrigações e aqueles que delas se esquivam.

Não subscrevo, contudo, respeitosamente, o critério que o Ministro Relator adota como parâmetro da multa: a ausência de reserva, pelo devedor, de bens ou rendas suficientes ao pagamento da dívida inscrita. O requisito não está no texto dos dispositivos impugnados, não encontra apoio nas normas que regem a situação e, ainda que se admitisse, seria de difícil aplicação na prática.

O critério apoia-se em analogia com o art. 185 do CTN, que presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens por devedor com dívida

ADI 5161 / DF

inscrita, ressalvada a reserva de patrimônio suficiente ao pagamento. Esse preceito, porém, cuida de situação diversa: torna ineficaz perante a Fazenda um ato de disposição patrimonial, e a ressalva da reserva de bens serve a apurar se a alienação lesou o credor. A multa do art. 32 não recai sobre alienação, e sim sobre a distribuição de lucros enquanto pende débito inscrito, exigível e não garantido. A analogia é desnecessária, pois os próprios dispositivos já indicam quando a distribuição se torna lícita — quando o débito é garantido. O Relator substitui essa condição, posta na lei, por outra, importada de regime concebido para fim diverso.

Há, além disso, um problema conceitual na interpretação conferida aos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991. Ao falar em “débito não garantido”, entendo que a expressão deve ser interpretada conforme seu sentido técnico do direito tributário. Nesse sentido, o texto legal remete ao crédito tributário definitivamente constituído e inscrito em dívida ativa da União e as modalidades de garantia do art. 9º da Lei nº 6.830/1980. O traço comum é vincular juridicamente um bem ao crédito, retirando-o da livre disposição do devedor e dando à Fazenda Pública, detentora de título executivo extrajudicial, meio certo de satisfação.

No entanto, a simples titularidade de patrimônio não produz esse efeito, pois bens podem ser alienados ou onerados a qualquer tempo. A reserva de que cogita o Relator, apurada pela comparação entre o ativo do devedor e o valor da dívida, nada vincula, não impede a alienação e não acrescenta à posição da Fazenda Pública enquanto credora. Não é, portanto, a garantia prevista no texto da lei.

Acresce uma dificuldade de ordem prática. A lei não prevê ato de reserva, registro ou método de avaliação que permita à administração verificar se o devedor separou bens bastantes para a dívida; e a suficiência aferida no momento da distribuição pode desaparecer até a

ADI 5161 / DF

execução, meses depois. Dificilmente a Fazenda demonstraria, mais tarde, a insuficiência do patrimônio ao tempo da distribuição, e a penalidade restaria, na prática, inaplicável. Diante disso, em vez de preservar a norma, a interpretação conforme à Constituição Federal proposta pelo Relator reduz sobremaneira o seu campo de incidência.

Com a mesma deferência, não acompanho a corrente inaugurada pelo Ministro Flávio Dino, no sentido da improcedência integral do pedido. Sua Excelência tem razão ao afirmar que a vedação de distribuição de lucros, em si, não paralisa a atividade econômica da empresa e que a penalidade convive há décadas no ordenamento sem efeitos deletérios. Essas considerações são pertinentes para afastar a tese de inconstitucionalidade total dos dispositivos. De fato, a hipótese não se amolda aos paradigmas clássicos de sanção política reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias e a proibição de aquisição de estampilhas como meios coercitivos de cobrança de tributos (Súmulas 70, 323 e 547 do STF), pois a vedação em exame não embaraça o exercício da atividade econômica em si.

No entanto, respeitosamente, o entendimento pela improcedência total da ação deixa de considerar a extensão que a aplicação administrativa dos preceitos questionados tem assumido e que, em certas hipóteses, ultrapassa os limites constitucionais. Com efeito, a aplicação concreta do art. 32 da Lei nº 4.357/1964 e do art. 52 da Lei nº 8.212/1991, tal como prevista na legislação tributária e documentada pela jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, revela hipóteses que vão além do que a lei, bem interpretada, autoriza, o que justifica a interpretação conforme à Constituição Federal aqui proposta.

Os arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 condicionam

ADI 5161 / DF

a aplicação da multa à circunstância de a pessoa jurídica estar "em débito, não garantido, para com a União". Conforme expus acima, essa expressão deve ser interpretada com base no sentido técnico conferido pelo direito tributário, assim entendido o **crédito tributário definitivamente constituído e inscrito em dívida ativa da União**. Ocorre que, na prática, a questão de quando, exatamente, a pessoa jurídica se encontra "em débito" gerou, no plano administrativo, relevante controvérsia jurisprudencial. Em linhas gerais, três correntes se formaram na jurisprudência do CARF.

A primeira, mais restritiva, exige que o crédito tributário esteja inscrito em dívida ativa da União e que tenha sido ajuizada execução fiscal não garantida pelo contribuinte. Essa corrente, de que é exemplo o Acórdão nº 2402-006.858, entende que a multa regulamentar "**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**".

A segunda corrente dispensa a inscrição em dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal, mas exige que o crédito esteja **definitivamente constituído**: por lançamento de ofício notificado ao contribuinte, decisão administrativa final e irrecurável ou por declaração constitutiva apresentada pelo próprio contribuinte (nos termos da Súmula 436/STJ¹). Essa posição foi adotada, entre outros, no Acórdão nº 1004-000.334, que definiu "débito não garantido", para os fins do art. 32 da Lei nº 4.357/1964, como "**crédito tributário definitivamente constituído, independentemente da sua inscrição em dívida ativa ou execução, que não esteja, no momento da distribuição, com a sua exigibilidade suspensa**".

¹ Súmula 436/STJ: A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

ADI 5161 / DF

A terceira corrente, a mais ampla, considera suficiente para configurar o "estar em débito" a **mera provisão contábil de débitos de contribuições previdenciárias não recolhidas**. Essa corrente é amparada pelo art. 263, VI, § 2º, da IN RFB 2.110/2022². O Acórdão nº 9202-011.452 consolidou esse entendimento na Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, afirmando que "**considera-se 'estar em débito', para fins do disposto no artigo 52 da Lei 8.212/91, dentre outras circunstâncias, o provisionamento contábil de contribuições destinadas à seguridade social sem o correspondente recolhimento**". É essa terceira corrente que, na minha compreensão, revela a aplicação inconstitucional dos preceitos e justifica a interpretação conforme à Constituição Federal.

A provisão contábil de contribuições previdenciárias é registro que a empresa lança no passivo quando reconhece, pelo regime de competência, a existência de uma obrigação tributária cujo pagamento ainda não foi realizado. Esse registro segue as normas contábeis e reflete, com fidelidade, a situação econômica da empresa. No entanto, a fidelidade aos procedimentos contábeis não se traduz automaticamente em constituição de crédito tributário.

Conforme prevê o art. 142 do CTN, **o crédito tributário somente se constitui com o lançamento, ato privativo da autoridade administrativa que verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, quando couber, propõe a aplicação de penalidade**. Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação — como as contribuições previdenciárias —, o sujeito passivo antecipa o pagamento

² IN RFB nº 2.110/2022, art. 263, § 2º: "§ 2º Consideram-se débitos, para fins das multas previstas nos incisos V e VI do caput, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, os constituídos mediante Notificação de Lançamento e Auto de Infração transitados em julgado na fase administrativa e LDC inscrito em dívida ativa, os valores lançados em documentos de natureza declaratória não recolhidos e a provisão contábil de contribuições sociais previdenciárias não recolhidas."

ADI 5161 / DF

e a autoridade homologa; somente com a declaração do contribuinte que confessa a dívida é que o crédito se considera constituído sem necessidade de lançamento formal, conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 436/STJ).

A provisão contábil, isoladamente, não é lançamento, não é declaração constitutiva e não configura confissão de dívida. É escrituração interna da empresa, sem eficácia tributária própria. Nesse sentido, a Fazenda Pública não pode cobrar o que está apenas provisionado. O crédito tributário somente assume a condição de exigível a partir do respectivo lançamento de ofício pela autoridade fiscal competente ou da declaração do débito pelo próprio contribuinte. Diante disso, na minha compreensão, o contribuinte não pode ser penalizado com base em uma *estimativa contábil* que ainda não foi transformada em crédito tributário líquido, certo e exigível.

O Parecer PGFN/CAT nº 1265/2006, elaborado pela Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, abordou essa questão ao revisar o alcance do art. 32 da Lei nº 4.357/1964. A PGFN concluiu que a multa pressupõe débito regularmente lançado (art. 142 do CTN) e exigível, não alcançando o contribuinte cuja exigibilidade esteja suspensa na forma do art. 151 do CTN:

17. O assunto já foi no passado objeto de manifestação desta Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Trata-se de entendimento exteriorizado no Parecer PGFN/CAT nº 136/2005, quando se respondeu a consulta formulada pela Secretaria do Tesouro Nacional, a propósito de alteração no art. 32 da Lei nº 4.357, de 1964, por força do comando da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004. A *quaestio* então ainda se desenhava em âmbito de vedação de distribuição de bonificações a acionistas,

bem como de distribuição de lucros, a par do lançamento de multas, na hipótese de pulverização de valores, pendentes débitos para com a Fazenda Pública.

18. Escreveu-se que a proibição da distribuição de bonificações e de lucros por empresas devedoras do fisco e da previdência é orientação consagrada em nosso Direito (...). Em passo marcadamente conclusivo, anotou-se então que

A expressão débito, como escrita no caput do art. 37 [sic] 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.

19. É entendimento exegético consolidado que o débito para com o fisco obstaculiza a livre distribuição de benesses, por parte da pessoa artificial devedora. E ainda, o sentido de débito suporta nuances circunstanciais, a exemplo de suspensão, a propósito da realização fática das instâncias vislumbradas no art. 151 do CTN. O portador de certidão positiva com efeitos de negativa é devedor que se beneficia da suspensão da exigência, dado que o direito brasileiro não consagra a odiosa cláusula do *solve et repete*. (grifei)

No mesmo parecer, a PGFN explicitou que o conceito de "débito" depende, por anterioridade lógica, do próprio conceito de crédito tributário, o qual, por sua vez, somente se aperfeiçoa com a regular constituição — seja pelo lançamento de ofício notificado ao sujeito passivo, seja pela confissão do contribuinte, a exemplo das declarações em DCTF. Daí ter assentado que é a regular constituição do crédito, e não o mero procedimento de aferição de valores, que justifica as limitações à distribuição de lucros e bonificações, de sorte que, ausente tal constituição formal, inexistente crédito tributário oponível ao sujeito passivo e, por consequência, não há "débito" no sentido empregado pela norma impugnada:

21. No entanto, insista-se, todos os pontos aqui indicados, e em especial adesão à Nota Técnica Cosit em apreço, exigem fundamentação na correta compreensão de crédito tributário. Em outras palavras, é a inteligência do art. 142 do Código Tributário Nacional que ilustra eventuais apreensões, dado que, ainda mais importante do que o alcance da suspensão da exigibilidade [do] crédito, seria o próprio sentido de crédito, por questão de ordem lógica, *ex nihilo nihil*.

22. O crédito exige lançamento, isto é, o implemento de procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo, e sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. É a dicção do art. 142 do CTN. A par das modalidades convencionais de lançamento, por homologação, por declaração ou de ofício, a pragmática tem também constatado a prestabilidade das confissões de débito, especialmente por conta do uso das DCTFs, Declarações de Contribuições e Tributos Federais.

23. 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, por parte das pessoas jurídicas que a Nota Técnica Cosit sob comento alcança. Há produção pretoriana que ilustra todos os contornos da concepção de lançamento, e consequentemente de créditos, travada com mecanismos de suspensão de exigibilidade.

(...)

26. Conclui-se, pelo abono ao conteúdo da Nota Técnica Cosit nº 2, de 2006, no que o referido texto de norma complementar vincula efeitos restritivos à interpretação do art. 32 da Lei nº 4.357, de 1964, a crédito devidamente constituído, e efetivamente devido, ou também confessado, respeitando-se, sempre, o contraditório e demais prescrições constitucionais e legais que acenam para com relação entre fisco e contribuinte marcada pelos parâmetros da mais absoluta legalidade. (grifei)

Como se vê, a própria PGFN vinculou as restrições do art. 32 da Lei nº 4.357/1964 ao crédito devidamente constituído e efetivamente devido — ou confessado pelo contribuinte —, sempre em respeito ao contraditório e ao princípio da legalidade.

Orientação semelhante foi defendida pelo Procurador-Geral da República em seu parecer ofertado nos autos, ao abordar a *mens legis* quanto ao que se considera “débito” para fins de aplicação da penalidade: “O contribuinte somente pode ser considerado em débito quando, constituído o crédito tributário por lançamento, não esteja com exigibilidade suspensa, por qualquer das causas previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional, ou garantido por penhora em execução fiscal (art. 206 do CTN)”, de sorte que “somente débito tributário líquido, certo e exigível impede a empresa de distribuir lucros, bonificações e dividendos a sócios e acionistas” (doc. 25, p. 6-7).

ADI 5161 / DF

Assim, fica afastada, na minha compreensão, qualquer pretensão de incidir a multa com base na simples provisão contábil, que traduz mera estimativa de valores e não se confunde com a constituição do crédito tributário exigida pelo art. 142 do CTN.

A aplicação da multa com fundamento em provisão contábil esbarra, ainda, no devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição). Penalizar o contribuinte em até 50% de uma dívida que ele não confessou, ou que a Fazenda ainda não constituiu formalmente, e que por isso ele tampouco pode impugnar, subverte a sequência que o próprio Sistema Tributário para resguardar o contribuinte: primeiro se constitui o crédito, abrindo ao sujeito passivo a oportunidade de discuti-lo; só depois se cogita de exigi-lo ou de sancionar a conduta do devedor.

Essa mesma lógica subjaz, aliás, à defesa da constitucionalidade dos dispositivos apresentada pelo Advogado-Geral da União nos autos:

Ademais, os créditos tributários não-impugnados gozam de presunção de certeza e legitimidade, nos termos do artigo 204 do Código Tributário Nacional. Desse modo, a proibição de distribuição de bonificações e de lucros visa a garantir a quitação desses valores. Tem-se, portanto, duas situações distintas: se o contribuinte não impugnar o crédito constituído, este permanecerá com sua presunção de certeza. Se impugná-lo e lograr êxito, seja na suspensão de sua exigibilidade, seja na sua desconstituição, o contribuinte poderá exercer plenamente a sua defesa, valendo-se do exercício do contraditório dentro de um devido processo legal. Tem-se a observância do devido processo legal, ainda, se a pretensão do contribuinte for rechaçada dentro dos meios legalmente previstos, hipótese em que subsistirá o crédito fiscal, tornando-se válida a proibição prevista nas normas atacadas. (doc. 24, p. 9-10).

ADI 5161 / DF

A esse fundamento soma-se uma incoerência interna à norma. O § 2º do art. 32 limita a multa a 50% do "valor total do débito não garantido", teto que pressupõe débito quantificado com exatidão. A provisão contábil, estimativa por definição, pode divergir, para mais ou para menos, do que o Fisco venha a apurar. Dimensionar a penalidade a partir desse valor provisório é calculá-la sobre base que talvez não corresponda ao débito real, em tensão com a legalidade que rege o direito tributário. O próprio preceito que comina a multa, portanto, supõe crédito já apurado, certo, líquido e exigível, e não um lançamento de balanço.

Por essas razões, a multa dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 não pode incidir sobre débito apenas provisionado. Seja pelo conceito de crédito tributário do art. 142 do CTN, seja pela leitura que dele fez a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, seja pelas exigências do devido processo, chega-se sempre ao mesmo lugar: sem crédito regularmente constituído, pelo lançamento notificado ou pela declaração do contribuinte, não há o "débito" a que as normas se referem, e a vedação não tem sobre o que recair.

Afastada a aplicação da multa com base na mera provisão contábil, restam as duas outras correntes formadas no CARF quanto ao momento em que a penalidade pode incidir: a que se contenta com a constituição definitiva do crédito tributário, ainda em cobrança administrativa, e a que exige a inscrição em dívida ativa da União e o ajuizamento da execução fiscal. A interpretação que proponho situa-se entre ambas.

Entendo necessária a inscrição do débito em dívida ativa da União, mas desnecessário o ajuizamento da execução fiscal. A inscrição, nos termos dos arts. 201 e subsequentes do CTN, é o ato pelo qual o crédito tributário regularmente constituído se formaliza como executável, esgotada a cobrança administrativa. É também o momento em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exerce o controle de legalidade

ADI 5161 / DF

do título (Decreto-Lei nº 147/1967) e dele extrai a Certidão de Dívida Ativa, documento que goza de presunção de certeza e liquidez (art. 204 do CTN) e constitui título executivo extrajudicial (art. 784, IX, do CPC).

Reforça esse entendimento uma razão de coerência sistemática: a multa do art. 32 só incide sobre débito não garantido, e a garantia, nas formas admitidas pelo direito tributário e processual, pressupõe a Certidão de Dívida Ativa a que o instrumento se vincula. É o que dispõe o art. 9º da Lei nº 6.830/1980:

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: [...]

Sem inscrição, portanto, sequer há como cogitar da garantia cuja ausência é pressuposto da penalidade. Antes dela, aliás, o contribuinte não dispõe de instrumento formal para garantir o débito, de modo que aplicar a multa no intervalo que separa a constituição definitiva da inscrição significaria puni-lo por não adotar providência que o ordenamento ainda não lhe faculta.

A exigência de inscrição, todavia, não se confunde com a de ajuizamento da execução fiscal. No Tema 237 (REsp 1.123.669), o Superior Tribunal de Justiça admitiu que o contribuinte ofereça garantia antecipada, antes mesmo de proposta a execução, para obter certidão positiva com efeitos de negativa. O precedente afasta a objeção da petição inicial (doc. 2, p. 12) de que o contribuinte permaneceria, por tempo indeterminado, à mercê da iniciativa processual da PGFN: inscrito o débito, pode ele garanti-lo voluntariamente e, desde logo, afastar a vedação dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991

A solução confere, ainda, maior segurança jurídica. A inscrição é

ADI 5161 / DF

marco objetivo, formalmente documentado e comunicado ao sujeito passivo, a partir do qual o contribuinte conhece o valor do crédito, o órgão credor e os meios de que dispõe para regularizar sua situação, na via administrativa ou na judicial. A restrição ao direito de distribuir resultados — que não é direito menor, por integrar o exercício regular da atividade empresarial e refletir a propriedade dos sócios sobre os frutos do capital — passa, assim, por dois filtros sucessivos: a constituição definitiva, pelo lançamento ou pela declaração do contribuinte, e o controle de legalidade próprio do ato de inscrição. Esse duplo filtro reduz o risco de a penalidade alcançar crédito indevido ou impreciso e assegura ao contribuinte os meios de defesa que entender cabíveis.

Ademais, os pressupostos que identifico extraem-se do próprio arcabouço dogmático a que pertencem os arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991. "Débito" corresponde ao crédito constituído pelo lançamento ou pela declaração do contribuinte (art. 142 do CTN e Súmula 436/STJ); "não garantido", às formas de garantia do art. 9º da Lei nº 6.830/1980; a inscrição em dívida ativa decorre da função que lhe atribui o art. 201 do CTN e da presunção de certeza e liquidez do art. 204; e a suspensão da exigibilidade obedece ao art. 151 do mesmo Código.

Lidos à luz desses conceitos, que lhes são pressupostos, os dispositivos impugnados admitem interpretação conforme à Constituição, para assentar que a penalidade de multa incide somente quando o direito tributário reconhece uma obrigação certa, exigível e que comporte garantia. Para chegar a esse resultado e, assim, conservar a *ratio* dos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991, não é necessário recorrer à analogia com o art. 185 do CTN. A analogia, além de dispensável, agregaria ao texto legal requisito que ele não contém, de difícil verificação prática e que, ao fim, esvaziaria o âmbito de aplicação dos preceitos que se pretende preservar.

ADI 5161 / DF

Presentes cumulativamente esses pressupostos, isto é, crédito definitivamente constituído e inscrito, exigibilidade não suspensa e ausência de garantia, a distribuição de lucros pelo devedor traduz opção deliberada de remunerar sócios com recursos que deveriam destinar-se ao pagamento ou à garantia da dívida. O risco para a arrecadação é, então, concreto, pois o patrimônio da pessoa jurídica reduz-se em favor dos sócios enquanto a Fazenda aguarda a satisfação do crédito.

Situação diversa ocorre quando o fundamento é a simples provisão contábil, quando a exigibilidade está suspensa, ou quando o lançamento sequer foi notificado. Nessas hipóteses, a multa incide sem que a Fazenda demonstre obrigação líquida, certa e exigível, e por isso não encontra amparo no texto do art. 32 da Lei nº 4.357/1964, nos conceitos de direito tributário que o dispositivo pressupõe, nem nas garantias constitucionais do contribuinte.

Pelas razões expostas, reputo constitucionais os arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991. A vedação que estabelecem não traduz sanção política nem coerção indireta desproporcional, mas o condicionamento do exercício de um direito societário à regularidade fiscal, dentro dos marcos delimitados pelo próprio Sistema Tributário. Entendo inconstitucional, porém, a amplitude que a aplicação administrativa lhes tem emprestado, ao exigir a multa em situações nas quais inexistente crédito tributário líquido, certo e exigível.

Posto isso, respeitosamente, divergindo, em parte, dos Ministros que me antecederam, julgo parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal aos arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991 e assentar que a imposição da multa pela distribuição de bonificações ou de participação nos lucros é constitucional quando, cumulativamente:

ADI 5161 / DF

(i) o crédito tributário estiver inscrito em dívida ativa da União, após constituição definitiva por lançamento regularmente notificado ao contribuinte ou por declaração por ele apresentada;

(ii) a exigibilidade do crédito não estiver suspensa por qualquer das causas do art. 151 do Código Tributário Nacional; e

(iii) o débito não estiver garantido nos termos do art. 9º da Lei nº 6.830/1980.

Fica afastada, por conseguinte, qualquer interpretação em sentido diverso, inclusive a veiculada no art. 263, § 2º, da Instrução Normativa RFB nº 2.110/2022, no que admite a provisão contábil como configuradora do débito apto a deflagrar a penalidade.

Proponho a seguinte tese de julgamento:

"São constitucionais os arts. 32 da Lei nº 4.357/1964 e 52 da Lei nº 8.212/1991, interpretados conforme à Constituição Federal para que a multa pela distribuição de bonificações ou de participação nos lucros somente incida quando, cumulativamente: (i) o crédito tributário estiver definitivamente constituído e inscrito em dívida ativa da União; (ii) a exigibilidade do crédito tributário não estiver suspensa por qualquer das causas previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional; e (iii) o débito não estiver garantido por qualquer das modalidades previstas no art. 9º da Lei nº 6.830/1980."

É como voto.