

## Opinião: Deve haver excludente de culpabilidade em crime fiscal

Diante da crise econômica mundial causada pela Covid-19, muito se tem questionado a respeito de quais ações legítimas e legais podem ser adotadas por empresas impactadas pela crise, a fim de diminuir-se-



Muito embora a questão seja de extrema relevância, não

houve, até o momento, pronunciamento concreto, especificamente no tocante à esfera criminal, pelo Poder Judiciário ou pelo Legislativo a respeito do assunto.

No entanto, pode-se analisar a questão a partir de decisões proferidas pelo Poder Judiciário em situações anteriores semelhantes à presente. Vejamos.

A incerteza quanto aos efeitos futuros e a magnitude dos problemas econômicos decorrentes da pandemia assolam o mercado internacional e nacional, e ensejam instabilidade globalizada.

Nesse contexto, suplicam os empresários por soluções econômico-financeiras com a adoção de medidas legítimas capazes de permitir sobrevivência durante a crise instalada, de modo a garantir ao menos a existência de suas empresas e atividades comerciais, ainda que em condições extremamente diversas daquelas anteriormente observadas.

No entanto, como sói ocorrer em situações adversas, diante da omissão estatal, é possível que ocorram práticas de atos comissivos e omissivos, contrários à legislação, mas não abusivos, pois adotados com o fim de diminuir os graves impactos econômicos ou mesmo garantir a sobrevivência e continuidade de empresas e suas atividades comerciais.

É o caso, por exemplo, de empresas que deixam de adimplir com suas obrigações tributárias, notadamente com o recolhimento de tributos devidos, seja em decorrência de operações realizadas, produtos importados ou industrializados, seja em decorrência de faturamento ou folha de pagamento.

O não recolhimento de tributos pode ser conduta tipificada na esfera criminal, sendo enquadrada nos delitos previstos na Lei nº. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Verifica-se na referida lei a criminalização de condutas que visem à supressão ou redução de tributos, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante condutas específicas, tais como: I) omitir informações às autoridades fazendárias; II) não recolher, no prazo legal, tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; e III) omitir declarações sobre renda para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, entre outras. A pena para quem as pratica pode variar entre seis meses a cinco anos de reclusão e multa.

Muitos são os casos de pessoas físicas ou jurídicas que ajuízam medidas para obtenção de tutela diferenciada a permitir em sede liminar o não recolhimento do tributo. Todavia, estas não têm efeito definitivo ou satisfativo, pois dependem de pronunciamento final e apenas suspendem os efeitos moratórios. Porém, a esfera tributária, a manutenção do dever de pagar o imposto, nesta hipótese de calamidade e ausência de opção, não se confunde com a penal.

A grande questão em torno da prática de tais condutas é se há algum meio apto a excluir a ocorrência de crime de quem as pratica, porquanto perpetradas exclusivamente em razão da crise causada pela Covid-19.

A resposta é positiva. É que o Direito Penal não se presta a punir uma pessoa que não enxerga opção de agir conforme o Direito. Isso porque a intenção deste ramo do direito, ao criminalizar determinadas condutas, é o de passar uma mensagem social para que não as cometam. Agora, se um sujeito não tem outra opção que não a de cometer uma conduta criminalizada, se não há como agir conforme o Direito, não há razão para sua criminalização.

Trata-se da aplicação do que se chama, na dogmática penal, de *inexigibilidade de conduta diversa*, causa excludente de culpabilidade (reprovabilidade). Tal causa significa, justamente, que não haveria como se exigir do agente qualquer outra conduta a não ser aquela praticada; por este motivo, a ele não poderá ser aplicada a pena prevista para o delito.

Se observarmos decisões anteriores proferidas pelo Poder Judiciário em casos cujas empresas praticaram condutas amoldadas na lei supracitadas em razão de precária situação financeira, como o não recolhimento de tributos, verificaremos uma posição jurisprudencial consolidada pela exclusão da culpabilidade para os agentes que demonstrarem ter infringido a norma por ausência de qualquer outra possibilidade de escolha, a não ser a inadimplência tributária, para assegurar a existência do negócio.

É como se o juízo pensasse: "No seu lugar, teria feito a mesma coisa".

A aplicabilidade do conceito limita-se à efetiva comprovação da contemporaneidade da ação do agente à crise financeira à qual está submetido. Não basta, portanto, a demonstração de perspectiva incerta de futura impossibilidade de cumprimento das obrigações tributárias, mas, sim, a certeza da existência concreta de grave situação econômico-financeira que impossibilita a adoção de medida diversa. A mera presunção não é apta à exclusão do crime, necessária a existência de provas concretas e contundentes da situação pela qual o agente está adstrito.

Necessário demonstrar que, por questões econômicas suportadas pela empresa, o não recolhimento do

tributo se mostrava a única medida apta a manter o funcionamento do estabelecimento. Comprovar, dessa forma, que, caso assim não procedesse, a quebra do negócio seria fato certo e concreto, com a falência e extinção definitiva da pessoa jurídica, o que causaria a demissão em massa de funcionários, prejudicial à sociedade e à ordem econômica.

Ainda, como meio de subsidiar as alegações, caberá ao contribuinte, a título de exemplo, demonstrar cabalmente ter direcionado seu caixa ao pagamento de despesas essenciais, como salário de empregados, pagamento de fornecedores, aluguel, entre outros, em detrimento ao adimplemento das obrigações tributárias junto ao Fisco.

Do mesmo modo, de relevância inegável será demonstrar que a ausência de recolhimento não é prática rotineira, adotada de forma deliberada, mas decorrente exclusivamente em razão da grave situação financeira.

Diante disso, analisando-se o cenário mundial econômico atual, é possível afirmar que seria de fato prudente a aplicabilidade, pelo Poder Judiciário, da excludente de culpabilidade aos agentes cuja conduta não se amolde ao quanto permitido pela legislação pátria, independentemente de provimento na esfera tributária, mas que não tenham vislumbrado, de fato, qualquer outra possibilidade de ação em meio à pandemia causada pela Covid-19.

Em grande parte dos casos, verificar-se-á que o não recolhimento se deu essencialmente em razão da necessidade de proteção da atividade comercial, manutenção de empregos e geração de renda no presente crítico momento econômico.

Por fim, não é demais recordar que o pagamento do tributo a qualquer tempo enseja a extinção da punibilidade do crime fiscal; bem como seu parcelamento (formalizado antes do recebimento da denúncia) suspende a persecução criminal, extinguindo-a com o integral pagamento.

Aguardemos, nessa conjuntura, uma posição contundente e eficaz do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, tendo como basilar fundamental o grave momento social e econômico ao qual está o mundo submetido.

**Date Created**

05/05/2020