

RESPONDEREI CRIMINALMENTE SE NÃO PAGAR OS IMPOSTOS DURANTE A CRISE GERADA PELA PANDEMIA?

*Autor: Gabriel Domingues**

Nestas breves linhas, traremos um elemento a mais para essa discussão, que já foi objeto de outro artigo na 4ª edição desta Newsletter especial sobre os reflexos jurídicos no Coronavírus.

Naquela oportunidade, questionamos se um empresário que deixa de recolher ICMS, em virtude da atual situação de pandemia, considerando ainda a economia enfraquecida e com baixíssimo faturamento, poderia agir de outra maneira que não essa para sustentar o seu negócio após a crise que nos assola.

Concluimos que, ao analisar o caso concreto e não se vislumbrando outra opção que não aquela de não recolher os tributos, poderíamos, sim, vislumbrar a hipótese da excludente de culpabilidade da inexigibilidade da conduta diversa, considerando, ainda, a função social que a empresa exerce.

Devemos informar, contudo, que não há critérios definidos por lei para que se configure a inexigibilidade da conduta diversa. Desta forma, acabamos mergulhando nas turvas águas da subjetividade do julgador. Por isso, não há uma resposta definida sobre quais hipóteses o Juiz deverá considerar para reconhecer, no caso concreto, que não havia outra atitude a ser tomada que não aquela de deixar de recolher tributos.

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo entendeu, no âmbito da discussão tributária, que não merecia provimento um recurso que pleiteava a prorrogação do vencimento de tributos e parcelamentos estaduais, pelo prazo de 180 dias ou até o final do estado de calamidade pública.⁷

Na decisão, o Desembargador Sergio Coimbra Schmidt, da 7ª Câmara de Direito Público, entendeu que a moratória só poderia ser concedida por lei, *“lei esta cuja proposição submete-se aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, a vista das múltiplas obrigações que se lhe impõem a lei ou, ainda, circunstâncias extraordinárias e imponderáveis, como a hodiernamente presenciada”*.

Olhando tal decisão sob a ótica penal, entendemos: o tribunal não está dando aval para que as empresas deixem de recolher os tributos nas datas devidas, de modo que, caso acionada na Justiça, provavelmente não serão aceitos argumentos que pleiteiem a anulação de juros e correção em virtude do atraso no pagamento. Assim, se não há chancela no âmbito tributário, isso significa que haverá também crime? Não necessariamente.

Neste ponto, destaque-se um posicionamento que se vê com certa frequência em decisões nos mais variados tribunais e até mesmo nas cortes superiores. Um posicionamento que pode corroborar para que parte daquela subjetividade que mencionamos acima seja mitigada.

⁷ <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60932>

Em casos concretos, observamos em diversas decisões o seguinte critério: para que o Juiz reconheça que o empresário não poderia de fato adotar outra conduta que não o recolhimento de tributos naquela situação específica, não bastava demonstrar a gravidade da situação financeira da empresa, ele teria que demonstrar que suportou prejuízos pessoais na tentativa de arcar com suas obrigações.

Nos autos do Recurso Especial n. 184099/PR extraímos o seguinte excerto, um tanto elucidativo:

“Compulsando os autos, percebemos que Iara, em seu interrogatório, atestou a ausência de decréscimo no seu patrimônio pessoal no período dos fatos delituosos. Assim também atestou Paulo, que referiu inclusive a compra de uma casa na praia e a valorização do patrimônio da empresa. Evidente que o réu Paulo priorizou outros pagamentos em detrimento das contribuições previdenciárias de seus empregados”.

Em outro julgado, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Região Sul), também se extrai o trecho:

*“1. Admite-se como causa excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, as graves dificuldades financeiras enfrentadas pela pessoa jurídica para adimplir com a **obrigação tributária, com a afetação do patrimônio empresarial e pessoal do réu, com a constrição de seus bens, desde que comprovados tais fatos nos autos.** 2. **Estando plenamente demonstrada pela prova colhida nos autos, deve ser acolhida a causa excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, com a absolvição do réu pelos crimes de apropriação indébita previdenciária e contra a ordem tributária, na forma do disposto no art. 386, inc. VI, do CPP, consoante concluiu o voto vencido, o qual deve prevalecer.** 3. Embargos infringentes e de nulidade acolhidos.”*

Em 2018, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, posicionou-se nos autos do Recurso Extraordinário 1090953/SC:

“Para configurar a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é necessário que as graves dificuldades financeiras alegadas estejam sobejamente comprovadas documentalmente a ponto de terem afetado não só a empresa, mas também o patrimônio pessoal do denunciado.”

Portanto, depreende-se de tais decisões que o fato de os sócios da empresa demonstrarem documentalmente que perceberam prejuízos patrimoniais de ordem pessoal corroboraram para o entendimento da configuração da inexigibilidade de conduta diversa.

Trata-se, como falamos, de um elemento que vem sendo considerado para o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa em diversos julgados sobre casos de apropriação indébita.

Necessário pontuar, contudo, que nenhuma das decisões apresentadas foi prolatada diante de um contexto como o que vivemos neste momento.

Assim, por considerar o contexto da pandemia, em que, na maioria dos casos, a dificuldade financeira de uma companhia sequer estará necessariamente atrelada a uma má gestão dos recursos, exigir eventuais prejuízos de ordem pessoal de seus sócios para o reconhecimento da excludente de ilicitude não nos parece ser o caminho correto.

***Gabriel Domingues**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

in