



COVID-19: ASPECTO CRIMINAL TRIBUTÁRIO

**silverio
e vianna** advocacia
criminal

Por Alessandro Silverio

Advogado criminalista

Há uma relação histórica de antagonismo entre direito penal e liberdade. Mais do que isso, não existe discurso liberal que possa se sustentar em um estado cuja política criminal seja de cunho expansionista.

Em verdade, os que afiançam a cruzada expansionista deixam de observar que o direito penal de uma nação deve ser, independentemente da ideologia dominante, contido e limitado. Afinal, cada espaço ocupado pelo direito punitivo é um espaço de liberdade perdido. Não é a toa que todos os regimes totalitários, tanto os de direita quanto aqueles de esquerda, sempre se valeram deste ramo do direito para criminalizar o comportamento de seus opositores.

silverio
e vianna advocacia
criminal

Em nosso país, desde a redemocratização, esta tensão entre direito penal e liberdade nunca restou tão evidente como nos dias de hoje. Dois são os fatores que a evidenciam: (a) a forma com que os órgãos de criminalização, compreendendo a dinâmica da pós-modernidade, passaram a se comunicar com a população; (b) a deflagração da Operação Lava Jato e de suas múltiplas fases.

Para cooptar a opinião pública, os adeptos do expansionismo penal, integrantes dos mais variados órgãos de criminalização, a partir da disseminação constante de informações, passaram a revelar à população, já vítima de uma crise econômica sem precedentes, práticas políticas capazes de colocar em xeque, segundo a ótica dos expansionistas, o sistema democrático vigente.

Como consequência do apoio maciço de boa parte da população, paulatinamente, o direito penal foi se expandindo, ora relativizando-se conceitos dogmáticos, ora relativizando-se cláusulas constitucionais pétreas. Tudo em nome do combate à corrupção e do interesse comum. Aliás, é sempre o interesse comum, desde a Idade Média, o mote utilizado pelos agentes de criminalização para justificar toda pretensão expansionista do poder punitivo do estado¹.

Contudo, não são raras às vezes em que aqueles que empunham a bandeira do discurso expansionista passam a ser alvos diretos dos efeitos deste discurso. A história da humanidade é repleta de exemplos.

¹ Muitos pseudos liberais brasileiros se valem do bem comum como argumento capaz de justificar tanto o avanço do poder punitivo estatal, assim como os abusos identificados nas operações de combate à corrupção. Como se em um estado democrático os fins pudessem justificar os meios.

E foi justamente seguindo essa onda expansionista do poder punitivo estatal que o Supremo Tribunal Federal, em meados de dezembro do ano passado, a partir de argumentos metajurídicos, sempre eles, deliberou no sentido de criminalizar o comportamento da pessoa física (representante da pessoa jurídica) que deixa de recolher o ICMS devido².

Segundo um dos Ministros que votaram pela criminalização da inadimplência tributária **“A sonegação fiscal é muito mais grave do que a corrupção do ponto de vista econômico: retira muito mais dinheiro de políticas públicas em setores como saúde, educação, segurança pública, saneamento básico e habitação”**³.

²Embora a decisão do Supremo diga respeito ao ICMS, tributo sabidamente estadual, nada impede a extensão desta interpretação para a criminalização do inadimplemento dos tributos federais e municipais, uma vez que a *ratio essendi* da decisão também se aplica a todo e qualquer tributo.

³ <https://www.conjur.com.br/2019-dez-11/alexandre-segue-barroso-criminaliza-divida-icms-declarado>.

Afora a utilização do bem comum como argumento apto a justificar a expansão penal, é de se concluir que essa decisão do Supremo afetará certamente muitos daqueles que até não muito tempo atrás referendavam tal ideário penal.

Pior do que isso, três meses após essa decisão, o mundo se viu exposto a uma crise epidemiológica que trará consequências econômicas catastróficas. Parece certo que a capacidade arrecadatória do estado brasileiro (União, Estados e Municípios) será comprometida, devendo aumentar exponencialmente a inadimplência tributária.

“Muitos pseudos liberais brasileiros se valem do bem comum como argumento capaz de justificar tanto o avanço do poder punitivo estatal, assim como os abusos identificados nas operações de combate à corrupção. Como se em um estado democrático os fins pudessem justificar os meios”

Resta saber, assim, como o judiciário brasileiro, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, irá reagir diante de tal cenário. Será que aplicará de forma irrefletida a orientação jurisprudencial sufragada pela suprema corte brasileira às vésperas do natal? Ou será que o judiciário refluirá, passando a limitar o alcance desta decisão?

A verdade é que em matéria criminal tributária sempre se discutiu a tese de inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que o contribuinte, diante de uma situação de dificuldade financeira, deixava de recolher o(s) tributo(s) devido(s)⁴.

⁴ São tantos. E continuam a sê-lo.

Nada obstante, a verdade é que nossos tribunais, mesmo nesses casos, invertendo a presunção de inocência e o ônus da prova, sempre transferiram ao acusado, à defesa, o dever de provar, acima de qualquer dúvida razoável, a situação de extrema dificuldade financeira alegada para justificar o não recolhimento do tributo. Logo, passaram a ser raros os casos em que referida tese veio a ser acatada por nossas Cortes de justiça.

Registre-se que nossas Cortes, nos crimes contra a ordem tributária, sempre se revelaram demasiadamente rigorosas na interpretação do direito, sendo certo que essa postura de exigir do contribuinte a prova plena da extrema dificuldade financeira que, segundo sua defesa, justificava a inadimplência fiscal, impõe ao cidadão determinados ônus que a ordem constitucional vigente, na seara processual penal, jamais lhe impôs.

Faz-se essa afirmação porque na ordem constitucional o fato criminoso deve ser provado, acima de qualquer dúvida razoável, pela acusação. Significa dizer: não cabe a defesa fazer prova da tese defensiva por ela suscitada.

Para além desta situação, a ordem constitucional vigente determina que o acusado deve ser absolvido caso haja dúvida razoável a respeito do fato criminoso.

A decorrência das premissas constitucionais acima aventadas permite à defesa adotar duas posturas no *iter* processual: (a) uma neutra, desinteressada em produzir prova que lhe seja favorável; (b) uma ativa, trazendo ao processo a prova que corrobora sua versão para os fatos.

Saliente-se que mesmo optando pela postura neutra, ainda assim, o acusado poderá ser absolvido ao término da instrução, pois o ônus de provar, acima de qualquer dúvida razoável, que o fato criminoso efetivamente ocorreu pertence à acusação. De mais a mais, caso opte por uma postura ativa, ainda assim a prova produzida pela defesa não necessita ser plena, insofismável, acima de qualquer dúvida razoável. Para o édito absolutório basta a dúvida razoável.

No caso dos crimes tributários, tais premissas constitucionais, se aplicadas corretamente, levariam à absolvição do contribuinte caso a prova existente nos autos fosse dúbia em relação à dificuldade financeira que, segundo sua defesa, justificara o inadimplemento do tributo.

Esta solução jurídica seria muito diversa da postura que tem sido adotada por nossos tribunais em relação à matéria. A propósito, talvez deva ser este o momento adequado – diante do cenário de crise – para nossas cortes de justiça repensarem o posicionamento jurisprudencial já consolidado no tocante à inexigibilidade de conduta diversa em casos criminais tributários.

Nesse particular aspecto, ousa-se dizer que a história imporá aos nossos tribunais e à própria sociedade uma reaproximação ao direito penal mínimo, ao direito penal e processual penal constitucionalmente vigente.

EQUIPE SILVERIO E VIANNA

Alessandro Silverio

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Doutor em Direito Penal pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).
Especialista em Advocacia Criminal pela Universidade Candido Mendes.
Curso Singolo em Diritto Penale i Procedura Penale em Università degli Studi Di Urbino/IT.
Professor do curso de Direito Penal da Universidade Positivo desde 2002.
Professor das escolas da Magistratura Federal e Estadual até 2010.
alessandro@silverioevianna.com.br

Sylvio Lourenço da Silveira Filho

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR.
Mestre em Direito pela UFPR.
Professor de Processo Penal no Curso de Direito da Universidade Positivo e de diversos cursos de pós-graduação.
Autor do livro “Introdução ao Direito Processual Penal”, segunda edição, publicado pela Editora Empório do Direito e coautor dos livros “Para um Processo Penal Democrático” e “Medidas Compensatórias da Demora Jurisdicional”, ambos em parceria com Alexandre Morais da Rosa e publicados pela Editora Lumen Juris.
sylvio@silverioevianna.com.br

Bruno Augusto Gonçalves Vianna

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.
Especialista em Processo pela PUC/SP.
Especialista em Advocacia Criminal pela Universidade Candido Mendes.
Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.
Membro da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM).
Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
bruno@silverioevianna.com.br

Maria Augusta Oliveira de Souza Marçal

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC.
Coordenadora da Especialização em Advocacia Criminal da Universidade Positivo.
Professora de Processo Penal da Universidade Positivo.
Professora de Processo Penal da Unifacear até 2019.
maugusta@silverioevianna.com.br

**silverio
e vianna** advocacia
criminal