



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Cotia

FORO DE COTIA

VARA CRIMINAL

AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA - SP - CEP 06717-100

SENTENÇA

Processo nº: **0012848-68.2011.8.26.0152 - Ação Penal - Procedimento**

Sumário

Indiciado: **Lo Yuan Sheng**

CONCLUSÃO

Em 11 de junho de 2014, faço os presentes autos conclusos ao MM. Juiz de Direito, Dr. Sergio Augusto Duarte Moreira. Eu, Camila Isis da Silva Carlos, Assistente Judiciário, subscrovo.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Sergio Augusto Duarte Moreira

Vistos.

A defesa apresentada (fls. 298/317) invoca a hipótese de absolvição sumária elencada no artigo 397, inciso III do Código de Processo Penal em razão da atipicidade dos fatos, assim reconhecido pelo próprio Agente Fiscal de Rendas (fls. 85), em resposta aos quesitos formulados pelo membro do Ministério Público (fls. 60/62).

É o caso de acolhimento da preliminar arguida.

O crime contra a ordem tributária é reconhecido quando fica demonstrado, de forma inequívoca, que o agente, através de quaisquer das condutas especificadas na lei, não recolheu o imposto devido ou recolheu valor a menor.

Com efeito, imputa-se ao acusado a conduta de “fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”.

Narra a denúncia que o acusado teria, de forma indevida, creditado valores referentes ao imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS), sem apresentar, para tanto, documentos idôneos que comprovassem a ocorrência das transações que ensejaram o crédito.

Verifico que a conduta narrada na denúncia foi objeto de denúncia anterior (fls. 02/03). Entretanto, a ação penal teve seu andamento truncado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de Cotia
 FORO DE COTIA
 VARA CRIMINAL
 AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA - SP - CEP 06717-100

por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 197/207), uma vez que a inicial acusatória foi principiada antes da constituição definitiva do crédito, na fase administrativa.

Após, veio àqueles autos a notícia do julgamento definitivo do AIIM 2126646-3 (fls. 237) motivador da demanda, com a consequente inscrição do débito em dívida ativa.

Com a determinação anterior de trancamento da ação penal, foram extraídas cópias de todo o processado e os autos foram arquivados. A presente denúncia foi oferecida.

Imputa-se ao acusado o delito previsto no art. 1º, inciso II da Lei 8.137/90. Ocorre que o AIIM nº 2126646-3 foi lavrado porque os documentos fiscais que geraram crédito tributário ao acusado, foram emitidos por empresas declaradas inidôneas pela autoridade fiscal, de forma que referidos créditos foram tidos por indevidos.

Forçoso ressaltar que a declaração de inidoneidade, emergida da 'ficha resumo' elaborada por inspetores fiscais, data de abril de 2001 (fls. 77 e 81) sendo, portanto, posterior às operações mercantis realizadas pelo acusado e que são objeto do auto de infração e imposição de multa em tela.

O fato de o Fisco reconhecer que determinada empresa é inidônea não fundamenta o reconhecimento de que o aproveitamento, por terceiro, de nota fiscal emitida por aquela empresa, demonstre ação dolosa.

O Direito Penal não pode agir com conjecturas. A imputação exige a inequívoca demonstração do dolo, pois, caso contrário, seria o reconhecimento do direito penal objetivo.

A inidoneidade das empresas que emitiram nota fiscal ao acusado foi declarada anos depois das transações comerciais realizadas, que foram objeto de autuação.

Não se pode deduzir deste fato que o acusado tinha



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Cotia

FORO DE COTIA

VARA CRIMINAL

AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA - SP - CEP 06717-100

conhecimento da inidoneidade daquelas empresas e que agiu de maneira consciente. Efetivamente, somente existindo prova segura de que o réu agiu dolosamente é que se torna possível a imputação.

De outra forma, não serve o Direito Penal como instrumento intimidatório do Fisco para obter o crédito fiscal. Para tanto, devem ser utilizados pela Administração Pública os instrumentos legais que possui.

Ademais, é do Fisco a responsabilidade pela fiscalização da idoneidade dos contratantes, não se podendo cobrar que o comprador fiscalize os atos e o comportamento do vendedor sem que haja a obrigação legal para tanto.

Ao reverso, ao adquirente compete apenas, no momento da celebração do negócio jurídico, exigir a documentação pertinente à assunção de regularidade do alienante e, posteriormente ao perfazimento da transação comercial, cumprir o objeto da obrigação.

Importante trazer à colação o que diz a jurisprudência bandeirante, atenta a casos que tais, muito embora os julgados fujam à seara do direito penal, o atingem diretamente:

ANULATÓRIA ICMS - Auto de Infração e Imposição de Penalidade - Creditamento irregular - Empresa considerada inidônea pelo Fisco - Notas fiscais emitidas constando endereço onde não havia empresa instalada - Irrelevância para realização do direito ao creditamento do ICMS pelo contribuinte - Boa-fé verificada - Precedentes jurisprudenciais - Apelação provida. (Apelação Cível nº 9105721-12.2005.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 26/09/11).

Também o posicionamento do C. STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 2009/0161110-5, de relatoria do Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento 21/08/2012, publicação 29/08/2012:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DECLARAÇÃO DE

0012848-68.2011.8.26.0152 - lauda 3



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Cotia

FORO DE COTIA

VARA CRIMINAL

AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA - SP - CEP 06717-100

INIDONEIDADE. NOTAS FISCAIS. RETROATIVIDADE.

INEXISTÊNCIA DE PROVA DAS OPERAÇÕES. SÚMULA 7/STJ. 1.

Discute-se o direito de aproveitamento de créditos gerados pela entrada de mercadorias no caso em que os documentos fiscais da vendedora foram posteriormente declarados inidôneos pela autoridade fiscal. 2.

De acordo com a jurisprudência do STJ, "o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação" (REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008). 3. *Na espécie, contudo, o acórdão verificou que não havia prova da concretude das operações mercantis, afirmando que "a autora não comprovou a entrada de qualquer mercadoria em seu estabelecimento" e "também nada provou acerca de negócio efetivamente realizado" concluindo que "sua boa-fé, cuja constatação dependeria, ao menos, da presença de indícios de que as mercadorias descritas nas notas fiscais de fls. 46 e segs. entraram, efetivamente, no estabelecimento da contribuinte" (e-STJ fls. 613-619).*

4. Rever o conteúdo fático-probatório para apurar se estão comprovadas as operações mercantis implicaria atividade estranha aos fins do recurso especial, o que não se admite, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp 91.004/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/02/2012 e AgRg no Ag 1239942/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011. 5. *Agravo regimental não provido.*

E ainda, nesse sentido abalizada doutrina:

Se, porém, as notas fiscais forem inidôneas ou incompletas,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Cotia

FORO DE COTIA

VARA CRIMINAL

AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA - SP - CEP 06717-100

*nem assim o contribuinte pode ser prejudicado. E isto apesar do disposto no art. 23 da Lei Complementar 87/1996, que já tivemos a oportunidade de criticar (Capítulo V, item 9, supra). Com efeito, não há por que impedir o contribuinte de desfrutar, por inteiro, do princípio da não-cumulatividade do ICMS se: a) as operações ou as prestações ocorreram regularmente; b) os fornecedores, por ocasião da prática dos negócios jurídicos pertinentes, estavam inscritos no Cadastro Geral dos Contribuintes; c) as mercadorias foram fornecidas ou os serviços prestados; d) os documentos emitidos apresentavam aparência de regularidade; e e) todos agiram de boa-fé. (Roque Antônio Carrazza, *ICMS*, Malheiros, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, pág. 449).*

Atento ao caso dos autos, o agente fiscal de rendas que respondeu aos quesitos formulados pelo Ministério Público, esclareceu que a conduta verificada pelos agentes fazendários não se amoldam às condutas previstas na Lei nº 8.137/90, de natureza penal (fls. 69/70 e fls. 85), de sorte que não há ilícito penal a ser verificado nesta ação.

A certeza acerca do dolo do agente em crimes tributários emana da natureza e forma da infração cometida, bem como das circunstâncias que envolvem o ilícito. Não é o caso dos autos. Se infração houve, é de natureza administrativa e na seara adequada deverá ser acossada.

Ante o exposto e considerando o que mais que dos autos consta, acolho a preliminar arguida e ABSOLVO SUMARIAMENTE o réu **Lo Yuan Sheng**, qualificado nos autos, por incurso no art. 1º, inciso II c.c. art. 11, ambos da Lei 8.137/90, com fundamento no artigo 397, III do Código de Processo Penal.

Promovam-se as comunicações e anotações necessárias e, após, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

P. R. I. Ciéncia ao MP.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de Cotia
FORO DE COTIA
VARA CRIMINAL
AVENIDA PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO, 1806, COTIA -
SP - CEP 06717-100

Cotia, 11 de junho de 2014.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**