

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****1ª VARA CRIMINAL****RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min****SENTENÇA**

Processo Digital nº: **0002510-15.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Ação Penal - Procedimento Ordinário - Crimes contra a Ordem Tributária**
 Autor: **Justiça Pública**
 Réu: **Gilberto Gilmar Gianini**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Antonio Benedito Morello**

VISTOS

GILBERTO GILMAR GIANINI (R. G. 14.803.298-9), com dados qualificativos nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 1º, inciso IV (por seis vezes), da Lei 8.137/90, c. c. o artigo 71 do Código Penal, porque nos meses de maio a agosto de 2012, nas instalações da empresa Inbracel Indústria Brasileira de Centrifugação Ltda., localizada na Avenida Doutor Heitor José Reali (antiga Av. Perimetral), s/nº, bairro Jardim Nova São Carlos, neste município e comarca, como sócio-administrador da pessoa jurídica durante o período dos fatos, reduziu tributo (ICMS), de modo continuado, utilizando as notas fiscais relacionadas no demonstrativo 01, cuja emissão é atribuída a empresa Plenitude Comércio atacadista de Resinas e Elastômeros Ltda, anexadas ao arquivo digital contido na mídia de fls. 07, documentos esses que sabia serem falsos, dos quais se valeu para fraudar a fiscalização tributária inserindo, no Livro de Registro de Entradas exigido pela lei fiscal os valores destacados do imposto nas mencionadas notas fiscais, que foram indevidamente aproveitados por ele sob a forma de créditos, como indicado no demonstrativo de fls. 08 do arquivo digital de fls. 7, no valor total de R\$ 393.010,55, nos temos do item I.1 do auto de infração nº 4.036.616-3 (fls. 08/10). Da mesma forma e no mesmo local, nos meses de janeiro e fevereiro de 2013, utilizou as notas fiscais relacionadas no demonstrativo 02, cuja emissão é atribuída a empresa Art Plastic Comércio Atacadista de Papel e Papelão e Derivados Ltda, anexadas ao arquivo


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CRIMINAL
RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

digital contido na mídia de fls. 07, documentos esses que sabia serem falsos, dos quais se valeu para fraudar a fiscalização tributária inserindo, no Livro de Registro de Entradas exigido pela lei fiscal os valores destacados do imposto nas mencionadas notas fiscais, que foram indevidamente aproveitados por ele sob a forma de créditos, como indicado no demonstrativo de fls. 10 do arquivo digital de fls. 7, no valor total de R\$ 114.764,76, nos termos do item I.2 do auto de infração nº 4.036.627-3 (fls. 08/10).

Recebida a denúncia (fls. 106), o réu foi citado (fls. 143) e respondeu a acusação através de defensor constituído (fls. 117/134). Na instrução foram ouvidas três testemunhas de acusação (fls. 198/200 e duas de defesa (fls. 236/237 e 265), sendo o réu interrogado (fls. 266/267). Em alegações finais o dr. Promotor de Justiça opinou pela condenação, nos termos da denúncia (fls. 271/277)). A defesa pugnou pela absolvição sustentando atipicidade da conduta por ausência de dolo, como também insuficiência de provas, porque a empresa do réu realizou as pesquisas quando das negociações com as empresas citadas na denúncia fez as consultas e elas estavam em situação regular perante o fisco, sendo que a inidoneidade foi declarada bem depois das compras efetivadas, tendo agindo de boa fé, pleiteando, subsidiariamente, em caso de condenação, pela aplicação da pena mínima e substitutiva (fls. 281/290).

É o relatório.

D E C I D O.

Imputou-se ao réu o delito previsto no artigo 1º, inciso IV, da Lei 8.137/90, que diz: “elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documentos que sabia ou deva saber falso ou inexato”, por ter adquirido produtos das empresas Plenitude Comércio Atacadista de Resinas e Elastômeros Ltda. e Art Plastic Comércio Atacadista de Papel e Papelão e Derivados Ltda., creditando-se do ICMS das transações, cujas empresas foram posteriormente declaradas inidôneas pelo Fisco Estadual.

A prova acusatória se limita ao trabalho fiscal de reconhecimento da inidoneidade das empresas citadas e em data posterior às


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CRIMINAL
RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

negociações feitas pela empresa do réu Inbracel Indústria Brasileira de Centrifugação Ltda – ME.

A prova oral produzida pela acusação se limitou à oitiva de três fiscais que simplesmente procederam à lavratura do auto de infração, feito de forma eletrônica e sem comparecer à empresa, com um deles indo até a firma para entregar a notificação. Nenhum deles participou do procedimento que reconheceu a inidoneidade das empresas Plenitude e Art Plastic.

O réu comprovou que quando das compras realizadas dessas empresas promoveu consulta junto ao SINTEGRA, verificando que elas estavam devidamente cadastradas e habilitadas a operar, ou seja, em situação regular perante o fisco (fls. 167/170 e 186/196). Não era razoável exigir que ele fosse além e atuasse como agente do fisco, investigando se negociava com empresa idônea.

A nulidade das inscrições das empresas Art Plastic e Plenitude, pelo fisco, ocorreu, respectivamente, em 12/11/2013 e 18/03/2013, conforme relatórios de fls. 175/179 e 182/188. Portanto, em data posterior às transações cujas notas fiscais foram depois declaradas inidôneas. Assim, quando das negociações, não havia ainda a expressa declaração de inexistência de tais empresas, o que torna as compras feitas pela firma do réu presumivelmente lícitas.

Para a caracterização do delito aqui em julgamento é necessário demonstrar que o sujeito passivo, ao utilizar documento fiscal que depois foi reputado falso ou inexato, “saiba ou deva saber” de tais situações. Caso contrário a sua boa-fé deve ser reconhecida ou mesmo presumida, situação que compromete o dolo exigido pelo tipo penal em julgamento.

Assim, tenho que as declarações de inidoneidade das empresas citadas, realizadas pelo Fisco, às quais foi atribuída eficácia retroativa, não podem atingir o réu para efeitos penais.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CRIMINAL
RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Não há nos autos prova indubitosa, sequer indícios ou suspeitas, de que o réu-contribuinte tinha ciência da condição espúria das pessoas jurídicas com as quais transacionou antes do pronunciamento oficial da inidoneidade delas, especialmente levando em conta que o mesmo comprovou ter feito as consultas junto ao cadastro das mesmas perante a Secretaria da Fazenda Estadual.

Mesmo que a inidoneidade seja preexistente à sua declaração formal, o que não se nega, impossível admitir que as consequências dela venham prejudicar terceiros, especialmente quando não se prova que estes tinham conhecimento da situação irregular. Por conseguinte, a eficácia retroativa que o Fisco reconhece não pode prevalecer.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: "TRIBUÁRIO. CREDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ. A jurisprudência desta Corte de Justiça, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 8/2008, firmou-se no sentido de que o "comerciante que adquire mercadorias, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido, posteriormente declarada inidônea, é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136 do CTN), sendo certo que o ato declarações da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (REsp 1.148.444/MG, rel. min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 14.4.2010, DJe 27.04.2010). Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido" (AGRg no AREsp n. 91004/SP, 2ª Turma Rel. m in. Humberto MARTINS, J. 16/02/2012).

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo vem trilhando no mesmo caminho, a saber:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CRIMINAL
RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

“Apelação. Crime de sonegação fiscal. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Quadro probatório insuficiente para ensejar a edição de um provimento condenatório. Imputação consistente em creditar-se indevidamente de ICMS através de notas fiscais falsas (que não correspondem a negócios jurídicos efetivamente realizados). Dados probatório que não descortinam, de forma clara, o dolo do acusado. Absolvição que se impõe em razão do princípio “in dubio pro reo”. Apelo provido.” (2ª Câmara Criminal Extraordinária., Relator Laerte Marrone, comarca de São Paulo, data do julgamento: 09/03/2015, data de registro: 10/03/2015).

“Crime contra a ordem tributária – Conjunto probatório que não se mostra suficiente à condenação – Declaração de inidoneidade de fornecedores posterior à operação questionada nos autos – Inexistência de prova do elemento anímico do agente – Absolvição necessária, em respeito ao Princípio do Estado de Inocência – Recurso provido” (Apelação nº 0021625-57.2010.8.26.0320, Comarca de Limeira, rel. Des. Marcelo Gordo, acórdão de 6/8/15).

Portanto, o ônus de provar a sonegação é do órgão acusatório, sendo insuficiente fundamentar a denúncia no simples fato das empresas vendedoras das mercadorias, cujas notas fiscais foram aproveitadas, teve declarada em data posterior a sua inexistência ou irregularidade. As operações ocorridas devem ser tidas como lícitas até prova em contrário, que deveria ter acontecido na espécie em julgamento, o que não aconteceu, porque nenhuma investigação aprofundada foi realizada com objetivo de se constatar que a empresa do réu agiu de má-fé, utilizando-se apenas de notas falsas para cometer sonegação. Não se pode admitir, em casos assim, responsabilidade criminal objetiva ou por presunção.

Assim, não há nos autos prova bastante para impor ao réu uma condenação, porquanto há dúvidas sobre a presença do elemento subjetivo do crime, sendo melhor a proclamação do “non liquet” para não incorrer numa possível injustiça.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

1ª VARA CRIMINAL

RUA CONDE DO PINHAL, 2061, São Carlos - SP - CEP 13560-648

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE A DENÚNCIA e absolvo o réu com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

P. R. I. C.

São Carlos, 20 de fevereiro 2017.

ANTONIO BENEDITO MORELLO
JUIZ DE DIREITO

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