



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1012324-68.2014.8.26.0566**
 Classe - Assunto **Embargos À Execução Fiscal - Nulidade / Inexigibilidade do Título**
 Embargante: **GENÉTICA AVANÇADA COM. IMP. EXP. LTDA. e outros**
 Embargado: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

VISTOS.

GENÉTICA AVANÇADA COM. IMP. EXP. LTDA e Outros, já qualificados nos autos, opuseram Embargos à Execução Fiscal que lhes promove a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando, em síntese, que a empresa embargante tem como objeto social a comercialização de sêmen de embriões e foi autuada, indevidamente, pela não tributação dos botijões de acondicionamento do sêmen bovino, já que a operação seria isenta. Argumenta que a comercialização de sêmen bovino é isenta de tributação de ICMS e, com isso, não poderia o recipiente de acondicionamento do produto ser tributado, uma vez que o acessório, conforme entendimento pacífico, seguiria o principal, sendo o título nulo, pois reflete dívida inexistente.

Alega, ainda, que, mesmo que se entenda pela pertinência da cobrança sobre os botijões, o valor cobrado deve ser revisto, pois é muito superior ao eventualmente devido, por não respeitar a regra de não cumulatividade.

Aduz, também, que houve autuação indevida por suposta violação por crédito indevido de serviços de transporte, cuja saída era resultante de comercialização isenta, já que o sêmen sempre saiu do estabelecimento acompanhado de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

outras mercadorias tributadas, tais como luvas e bainhas e que houve irregularidades no auto de infração, que não respeitou o seu direito de defesa.

Alega, por outro lado, que houve indevida responsabilização dos sócios, que não podem ser mantidos no polo passivo, pois a empresa não foi dissolvida irregularmente, mas apenas alterou o seu endereço, para o Município de São Paulo, tendo a transferência sido registrada no Contrato Social de Empresa.

A embargada apresentou impugnação (fls. 183/199) na qual afirma a lisura da CDA, tendo a conduta infracional sido apurada mediante regular procedimento administrativo, de acordo com o regulamento vigente à época; que, para a caracterização da conduta infracional, não importa que nas operações de saída haja eventualmente a circulação concomitante de mercadorias isentas e de mercadorias tributadas; que a pessoa jurídica não tem legitimidade para pedir a exclusão dos sócios, cuja responsabilidade decorre do encerramento irregular das atividades.

Houve réplica (fls. 245).

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

Julgo os embargos na forma do art. 17, parágrafo único da Lei de Execuções Fiscais c/c art. 355, I do Código de Processo Civil, vez que a prova documental é suficiente à solução da lide.

Insurge-se a autora contra o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 3.019.803, que é revestido de presunção de veracidade ou de legitimidade, apenas elidida em caso da prova da existência de vícios ou irregularidades que comprometam sua validade, aspectos não verificados no caso em tela.

Segundo consta dos autos, a autora foi autuada pelo não recolhimento de ICMS no montante de R\$ 112.680,09 (valor principal de R\$ 73.716,09 e multa de R\$ 38.964), referente a: operações realizadas no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002; falta de pagamento do imposto ao vender botijões utilizados para o acondicionamento de sêmen bovino congelado; insuficiência de pagamento por erro na aplicação de alíquota do imposto, assim como na emissão e escrituração de notas fiscais que deveriam ter sido tributadas; por crédito indevido de imposto alusivo à aquisição de


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

transporte de mercadoria; e por não ter atendido o pedido das autoridades fiscais para exibição de documentos. Por isso, foi lavrado o AIIM, em 21 de junho de 2014, com fundamento nos artigos 52; 56; 58; 66, inciso III; 87; 127, IV, alínea i; 215, alínea b, § 3º, item 4; e 494 do RICMS/2000 (Decreto 45.490/2000), sendo a multa capitulada de acordo com artigo 527, inciso I, alínea c; II, alínea j; IV, alínea j e parágrafos 1º, 8º e 10 do RICMS/2000 (fls. 201-202).

Analisando os autos, verifica-se que a autora não apresentou outros elementos diferentes dos que já apresentara na seara administrativa, faltando-lhe comprovar o atendimento aos comandos legais supracitados. Resta inconcluso se os botijões de sêmen foram cobrados ou não de seus clientes, se retornaram à empresa e foram reutilizados, como foram calculados os impostos nas operações mencionadas, enfim não há elementos comprobatórios nos autos dos fatos constitutivos do seu direito, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Deve, assim, prevalecer o entendimento apurado pelas autoridades tributárias de que, por sua própria natureza comercial, os botijões compõem o produto, ou seja, destinavam-se à revenda, juntamente com o material biológico, sendo, por isso, inaplicável a incidência entre a diferença de crédito e débito do imposto.

De fato, a atividade comercial da autora pressupõe a isenção de ICMS, nos termos do art. 28, Anexo 1, do RICMS/00, mas os recipientes não fazem jus ao tratamento dado pelo art. 82, inciso I, alínea a, do Anexo 1, do RICMS/00, em acessoriedade expressa pelo art. 92 do Código Civil, pois, para que isso pudesse ocorrer, caberia a demonstração de que eles não eram cobrados dos destinatários e de que eram retornáveis. Dessa forma, às mercadorias não era conferida isenção integral, como pretende a embargante, logo tornou-se devedora do imposto alusivo aos botijões utilizados para o acondicionamento de embrião ou sêmen bovino congelado ou resfriado, sendo, por isso, devidamente autuada, nos termos do art. 527, inciso I, alínea c, parágrafos 1º e 10 do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000¹.

Em relação a creditamento que entendia fazer jus, caberia-lhe provar qual relação direta entre as operações de saída isentas e as de aquisição de serviços de transporte de mercadorias, o que não ocorreu.

Razão não lhe assiste, também, em relação à suposta nulidade da autuação referente à escrituração e apuração de documentos fiscais do período por ter sido comunicada de sua regularidade, posto que se trata de simples recebimento de dados, não da correta apuração da tributabilidade e da aplicação da alíquota, conforme determinado pela legislação, ensejando-lhe, pois, a cominação de multa, a qual teve a oportunidade de contestar.

Ressalte-se, inclusive, que, no bojo do procedimento administrativo que ensejou a autuação, foi notificada dos erros de tributabilidade e

¹ Artigo 527 - O descumprimento da obrigação principal ou das obrigações acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços, fica sujeito às seguintes penalidades (Lei 6.374/89, art. 85, com alteração das Leis 9.399/96, art. 1.º, IX, e 10.619/00, arts. 1.º, XXVII a XXIX, 2.º, VIII a XIII, e 3.º, III):

*c) falta de pagamento do imposto nas seguintes hipóteses: **emissão ou escrituração de documento fiscal de operação ou prestação tributada como não tributada ou isenta**, erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração do valor do imposto, desde que, neste caso, o documento tenha sido emitido e escriturado regularmente - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto*

§ 1.º - A aplicação das penalidades será feita sem prejuízo da exigência do imposto em auto de infração e das providências necessárias à instauração da ação penal cabível, inclusive por crime de desobediência.

§ 10 - O valor da multa deverá ser arredondado com desprezo de importância correspondente a fração da unidade monetária.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

escrituração, teve a oportunidade de se defender e oferecer impugnação, bem como, em recurso ordinário (fls. 200-241), de comprovar a regularidade de suas operações, nas condições previstas pela Lei Estadual nº 10.941/01, mas, mesmo assim, não logrou êxito diante da insuficiência de informações e documentos fiscais, bem como das incorreções apuradas por agente fiscal ao analisar o livro *Registro de Saídas*.

Houve, ainda, a perda de doze notas fiscais, que deveria ter sido comunicada ao Fisco, de modo que, conforme preconizado pela Portaria CAT 39/2000, a Declaração de Extravio de Documento e a devida publicidade lhe eximissem de maiores problemas.

Pontue-se que a regulamentação do ICMS foi efetivada pela Lei Estadual nº 6.374/89, a qual, seguindo a sistemática de *lançamento por homologação*, delegou ao próprio contribuinte, conforme expresso no art. 35, o dever de apurar o montante a ser recolhido em prol da autoridade tributária. Dessa forma, cabia à embargante fazer prova clara e efetiva de suas operações, bem como demonstrar a regularidade de suas ações, especialmente quanto ao correto recolhimento dos impostos e emissão das notas fiscais, juntando prova documental pertinente.

Ademais, o Código Tributário Nacional (CTN), pelo artigo 111, é taxativo em relação à literalidade da legislação tributária no tocante à isenção, não havendo qualquer possibilidade de entendimento diverso ou extensivo.

Sendo insuficientes as provas juntadas, as meras alegações não têm o condão de caracterizar qualquer vício e sustentar a pretensão de anulação da autuação.

Nesse sentido, o Egrégio TJSP, reiteradamente, tem decidindo, conforme se verifica a seguir:

CERCEAMENTO DE DEFESA. Julgamento antecipado da lide. Produção desnecessária de provas. Documentos apresentados que bastam para formar o convencimento do magistrado. Preliminar rejeitada. REVELIA. Inocorrência. O AIIM goza de presunção de veracidade e legitimidade que não foi elidida. Observância do art. 345, II, do NCP. TRIBUTÁRIO. ICMS. Pretensão de anular Auto de Infração


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

e Imposição de Multa decorrente da prática de infrações fiscais. Falta de pagamento do imposto comprovada através de levantamento fiscal; não pagamento do tributo na condição de substituta tributária nas operações de serviços de transportes. Infração configurada. Não comprovação de irregularidade na atuação do Fisco. O contribuinte não demonstrou, conforme lhe competia, que não praticou as infrações descritas no AIIM. Observância do art. 373, I, do CPC. Improcedência da ação mantida. MULTA PUNITIVA. Pretensão de anular ou reduzir a multa. Inadmissibilidade. Multa punitiva pelo descumprimento da legislação tributária. Legalidade. Não configuração de confisco. SENTENÇA EXTRA PETITA. Afastamento da Lei Estadual nº 13.918/09 determinada pela r. sentença e não pleiteada pelo réu. A sentença deve se adequar ao pedido. Juros de mora fixados nos termos do AIIM não questionados na petição inicial. Reexame necessário não conhecido. Recurso da autora improvido e recurso da Fazenda do Estado provido.

(Apelação / Reexame Necessário nº 0051599-78.2010.8.26.0114, Relator: Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/05/2016; Data de registro: 16/05/2016) [negritei]

No tocante à inclusão dos sócios no polo passivo da CDA e Execução Fiscal, o STJ firmou entendimento, pela Súmula 435, de que, se a empresa deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicar os órgãos competentes, torna-se legítimo o redirecionamento da execução fiscal para os sócios-gerentes, já que há presunção de dissolução irregular. No caso em apreço verifica-se que o pedido de responsabilização dos sócios ocorreu após ser constatado, em diligência, que o local de operação da empresa estava vazio (fl. 58), do que se depreende, assim, a dissolução irregular. Outrossim, verifica-se, de seus atos constitutivos, que a alteração de endereço ocorreu somente ano de 2011 (fl. 30), portanto, após o momento da autuação, ocorrida em 2004.

Além disso, a questão da ilegitimidade dos sócios já foi apreciada em exceção de pré-executividade, tendo sido afastada e o próprio sócio Auro declarou à senhora Oficiala de Justiça (fls. 94) que a empresa estava fechada, desde o ano de 2010 e não possuía qualquer bem a oferecer à penhora, não havendo nenhum



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

documento que demonstre que ainda esteja exercendo as suas atividades. Nessa trilha, torna-se plenamente justificada a inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – SÓCIOS POSSIBILIDADE. Presunção de dissolução irregular da empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435 do STJ). Responsabilidade dos sócios que surge com o encerramento irregular da empresa ou a prática de infração à lei. Prazo quinquenal da prescrição, para inclusão dos sócios no pólo passivo da ação de execução fiscal, que somente pode ser contado a partir da dissolução irregular da sociedade, eis que é nesse momento que fica caracterizada a hipótese do art. 135, III do CTN.

No caso concreto, entre outros fatores que levaram à desconsideração, foi o fato de a Cooperativa não ter sido dissolvida, mas abaixado suas portas, deixando de funcionar em seu domicílio, sem comunicar os órgãos competentes, conforme se vê da certidão do Oficial de Justiça. Recurso não provido.

(Relator(a): Camargo Pereira; Comarca: Dracena; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/05/2016; Data de registro: 13/05/2016)

Por outro lado, a multa foi corretamente aplicada, visto que a autoridade fiscal aplicou a literalidade do dispositivo legal, ou seja, multa de 50% do valor do imposto, nos termos do art. 527, inciso, "c", não sendo o caso, nesta hipótese, de sua redução.

Além disso, as infrações em que incorreu a embargante têm natureza meramente formal, sendo irrelevante, pois, a existência ou não de dolo por parte do contribuinte ou a imposição de prejuízo ao Erário, nos exatos termos do art. 136, do CTN.

Por todo o exposto, julgo o processo, com resolução do mérito e improcedente o pedido.

Condeno os embargantes a arcar com as custas judiciais e honorários



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

advocatícios que fixo, por equidade, em R\$ 1000,00 (mil reais).

P.R.I.

São Carlos, 31 de maio de 2016.

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