

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.489/23/2ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.001160124-11

Impugnação: 40.010147124-31, 40.010147127-68 (Coob.), 40.010147126-87 (Coob.), 40.010147125-04 (Coob.), 40.010147129-20 (Coob.), 40.010147128-49 (Coob.)

Impugnante: Óptica Kika Ltda
IE: 367148184.00-20
Alípio Rodrigues Padilha Neto (Coob.)
CPF: 020.773.706-10
Fernando Costa Reis Padilha (Coob.)
CPF: 823.605.886-72
Marcello Costa Reis Padilha (Coob.)
CPF: 840.860.416-34
Marina Costa Reis Padilha (Coob.)
CPF: 012.479.076-35
Raquel Costa Reis Padilha (Coob.)
CPF: 029.002.616-43

Proc. S. Passivo: Ivo Roberto Barros da Cunha/Outro(s)

Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

ATO/NEGÓCIO JURÍDICO - DESCONSIDERAÇÃO - COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA - REDE DE LOJAS. Constatado, mediante análise de documentos e provas juntados aos autos, que a Autuada, de fato, é parte de uma rede de lojas, sendo formalmente inscrita junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS no regime simplificado do Simples Nacional, com a finalidade de se eximir do pagamento efetivamente devido sob o regime de recolhimento Débito/Crédito. Os diversos elementos dos autos, em especial o “Relatório de Investigação”, confirmam a unicidade dos estabelecimentos, sendo, assim, desnecessário o procedimento de desconsideração do negócio jurídico em face do disposto no § 7º do art. 83 do RPTA. Os documentos e relatórios trazidos pela Defesa não alcançam elidir o lançamento, sendo legítimo o procedimento de recomposição da conta gráfica dos estabelecimentos, e as exigências do ICMS apurado e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou

estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a inclusão das pessoas físicas, partícipes do grupo Kika, no polo passivo do lançamento, em face das disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre ação fiscal desenvolvida no denominado “Grupo Kika”, na qual constatou-se que tal grupo foi fraudulentamente dividido em diversos estabelecimentos comerciais, enquadrados indevidamente no regime de recolhimento simplificado do Simples Nacional, recolhendo, assim, valores significativamente menores de ICMS, relativamente aos devidos ao estado de Minas Gerais.

A Fiscalização apurou que a Autuada, entre 01/02/16 e 31/03/18, recolheu ICMS a menor, tendo em vista sua indevida permanência no regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), em face da constatação de que, desde o exercício de 2013, a receita bruta total anual do grupo informal a que pertence foi superior ao limite legalmente previsto para o enquadramento naquela sistemática de tributação.

Com a perda dos benefícios concedidos, foi feita a recomposição da conta gráfica da empresa ora autuada, pelo regime de Débito e Crédito, a partir do exercício de 2016, conforme demonstrado em Relatório Fiscal anexo ao presente Auto de Infração, e exigido o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo da autuação, na condição de coobrigados, uma vez que, com seus atos ou omissões concorreram para o não-recolhimento da totalidade do tributo devido pela Autuada, conforme previsto no inciso XII do art. 21, da Lei nº 6.763/75, os integrantes da Família Padilha, sócios-administradores das empresas, a saber: Alípio Rodrigues Padilha Neto, Marcello Costa Reis Padilha, Fernando Costa Reis Padilha, Marina Costa Reis Padilha e Raquel Costa Reis Padilha.

Foi emitido o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, recebido pela Impugnante e Coobrigados.

Inconformadas, a Autuada e sócio-administrador, ora Coobrigado, apresentam, tempestivamente, Impugnação anexada aos presentes autos (fls. 158/172), contrária ao lançamento do crédito tributário.

Também irrisignados, os outros Coobrigados apresentam, tempestivamente, Impugnação (fls. 365/379).

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 396/399.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 414/421, destacando ainda erros nas exigências fiscais.

A Fiscalização promove nova reformulação do lançamento às fls. 436/445.

Aberta vista, a Impugnante também adita a impugnação, fls. 459/472.

A Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal de fls. 473/489.

Em sessão de 05/03/20, a 1ª Câmara de Julgamento exara despacho interlocutório para que a Impugnante traga documentos que comprovem suas alegações (fls. 501).

Em resposta, a Impugnante anexa aos autos os documentos de fls. 508/1209, em especial o denominado “Relatório de Consultoria”.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 1211/1221. Na oportunidade, o Fisco promove o desmembramento do PTA, desentranhando do PTA original o Termo de Exclusão do Simples Nacional, e lavrando um novo PTA, da série 16, com o citado Termo de Exclusão (fls. 1224/1225).

Aberta vista para a Impugnante, que requer a declaração de nulidade absoluta do desmembramento do PTA, “*com a determinação de regularização processual de forma imediata*” (fls. 1227/1230).

A Fiscalização manifesta-se em sequência, fls. 1231/1241, *pedindo ao final que “seja julgado procedente o procedimento de desmembramento efetuado pelo Fisco (...)”*

A 2ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência para que a Fiscalização se manifeste de forma mais detalhada em relação aos documentos apresentados pelos Impugnantes, em atendimento ao Despacho Interlocutório exarado pela 1ª Câmara, fls. 1246.

Considerando que houve a reabertura da instrução para manifestação pela Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, os Impugnantes apresentam documentação suplementar que é juntada aos autos às fls. 1248/1458.

Por fim, a Fiscalização, às fls. 1459/1469, apresenta manifestação final, requerendo a procedência parcial do lançamento, nos termos reformulados.

DECISÃO

Das Preliminares

Mencionando o Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF), os Coobrigados advogam cerceamento de defesa e requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, pela inexistência de sua lavratura em face das pessoas físicas deles.

Entretanto, tal fato não implica a nulidade pleiteada, haja vista que, nos termos da legislação transcrita, o AIAF foi lavrado correta e tempestivamente para a empresa, pessoa jurídica objeto da ação fiscal.

E, a partir dessa ação fiscal, regularmente iniciada, e do ilícito apurado, é que se constatou também a responsabilidade pessoal das pessoas físicas, envolvidas na infração, razão de inclusão dos seus nomes no polo passivo da autuação.

Induidoso que os Autuados compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Ademais, em duas oportunidades, a Câmara de Julgamento possibilitou manifestação e juntada de documentos por parte da Defesa, o que propiciou elementos bastantes de convencimento dos julgadores.

Portanto, o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Autuados todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Lado outro, os Coobrigados também questionam a validade do Auto de Infração, por falta de obediência do art. 83 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Questionam, nesse sentido, o fato de que a Fiscalização não efetuou a desconsideração do negócio jurídico, principalmente em relação a pessoa dos Coobrigados, terceiros na relação.

Mais uma vez, sem razão os Impugnantes.

Primeiro, destaca-se o fato de que os Autuados, não obstante terem sido nomeados “Coobrigados”, não são terceiros na relação, mas sim, são todos sujeitos passivos do lançamento, solidários.

A respeito, prevê o Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

Tendo presente a disciplina legal de regência do instituto da solidariedade no Código Tributário Nacional, notadamente no tocante aos seus efeitos (de que trata o art. 125 do CTN), sabe-se que cada um dos codevedores solidários responde pela

integralidade do crédito tributário, sendo dado ao sujeito ativo da obrigação exigir a totalidade do referido crédito de qualquer deles, indistintamente e sem benefício de ordem.

Embora seja dado ao legislador dispor de modo diverso, conforme se depreende da ressalva constante na parte inicial do *caput* do art. 125 do CTN, é sabido que tal faculdade não foi exercida na legislação do estado de Minas Gerais, fato este que remete a disciplina normativa do instituto da solidariedade, para efeitos da legislação mineira, aos preceitos constantes do retrocitado art. 125 do CTN.

Em outras palavras, relativamente a um lançamento (Auto de Infração) em que se exige determinado montante de crédito tributário, não se admite, à luz das disposições do CTN, que seja tratado distintamente sujeito passivo, uma vez que as noções de “totalidade” e “integralidade” são ínsitas ao conceito jurídico de solidariedade.

Confira-se, a propósito, a lição de De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Forense, Rio de Janeiro, v. 4, pag. 265-266), *in verbis*:

No sentido jurídico, a solidariedade, igualmente, configura a consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação, a fim de que **somente se possa cumprir por inteiro, ou in solidum.**

Por essa razão, juridicamente, a solidariedade vem assinalar o modo de ser de um direito, ou de uma obrigação, que **não podem ser fracionados e devem ser sempre considerados em sua totalidade.**

(Grifou-se)

Ainda em sede doutrinária, a propósito dos comentários ao instituto da solidariedade tributária instituída pelo CTN, preleciona Luciano Amaro (Direito tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 15ª edição, pag. 314), no mesmo sentido:

Cuida-se aí da solidariedade passiva, ou seja, de situações em que duas ou mais pessoas podem apresentar-se na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, obrigando-se cada uma pela dívida tributária inteira. (Grifou-se)

Deste entendimento também não discrepa a jurisprudência dominante, conforme se pode verificar no excerto abaixo transcrito do ERESp 446.955/SC, julgado pela 1ª Seção do STJ – relator Min. Luiz Fux:

O ARTIGO 124, DO CODEX TRIBUTÁRIO, AO TRATAR DA SOLIDARIEDADE NA SEARA TRIBUTÁRIA, FIXA QUE A MESMA NÃO COMPORTA BENEFÍCIO DE ORDEM (PARÁGRAFO ÚNICO) QUANDO SE ESTABELEÇA ENTRE AS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL (INCISO I) E ENTRE AS PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS POR LEI (INCISO II), O QUE IMPORTA EM EVIDENTE TAUTOLOGIA, UMA VEZ QUE A

INAPLICABILIDADE DO BENEFICIUM EXCUSATIONIS DECORRE DA ESSÊNCIA DO INSTITUTO EM TELA. DEVERAS, NA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA, DESSUME-SE A UNICIDADE DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEU PÓLO PASSIVO, AUTORIZANDO A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA A DIRECIONAR-SE CONTRA QUALQUER DOS CO-OBRIGADOS (CONTRIBUINTES ENTRE SI, RESPONSÁVEIS ENTRE SI, OU CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL). NESTES CASOS, QUALQUER UM DOS SUJEITOS PASSIVOS ELENCADOS NA NORMA RESPONDEM IN TOTUM ET TOTALITER PELA DÍVIDA INTEGRAL. (GRIFOU-SE)

Do exposto, a norma legal de desconconsideração do art. 83 do RPTA, voltada para o negócio jurídico da empresa, afeta diretamente a todos os sujeitos passivos, não restando possível o pleito dos Impugnantes.

E, em sendo assim, cabe analisar se houve qualquer vício formal no lançamento, vício esse que, se for o caso, aplicar-se-ia seus efeitos a todos os autuados solidários.

Insta transcrever o dispositivo em questão:

RPTA/08

Art. 83. São passíveis de desconconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconconsideração de ato ou negócio jurídico levar-se-á em conta, entre outros aspectos, a ocorrência de falta de propósito negocial ou abuso de forma jurídica.

§ 2º A opção dos envolvidos pela forma mais complexa ou mais onerosa para a prática de determinado ato ou negócio jurídico são situações exemplificativas de falta de propósito negocial.

§ 3º Considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico oculto.

§ 4º Para efeitos de desconconsideração do ato ou negócio jurídico, o Auditor Fiscal da Receita Estadual, deverá:

I - nos termos deste artigo, intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos e apresentar provas que julgar necessárias, no prazo de 20 (vinte) dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico sujeitos à desconconsideração.

II - promover o lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 84, com exigência do tributo devido e da multa de revalidação cabível, se, após a análise dos esclarecimentos e provas prestados, concluir pela desconconsideração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º O tributo exigido nos termos do inciso II do § 4º poderá ser quitado ou parcelado até o termo final do prazo para a impugnação, acrescido apenas de juros e multa de mora.

§ 6º A multa de revalidação não exigida nos termos do §5º será integralmente restabelecida nas seguintes hipóteses:

- I - discussão judicial do crédito tributário;
- II - descumprimento do parcelamento.

§ 7º O procedimento disposto no §4º não se aplica a atos e negócios jurídicos em que se comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

§ 8º O disposto no § 5º não se aplica quando constatada, em ação fiscal, a prática da mesma conduta, que tenha levado à desconsideração do ato ou negócio jurídico pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, no período de cinco anos contados da data em que houver sido efetuado o pagamento ou a declaração de revelia, ou contados da data da decisão desfavorável irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à conduta anterior.

Como alegado, o Fisco não efetuou o procedimento de desconsideração os atos ou negócios jurídicos da empresa, apesar de ter mencionado a ocorrência do Auto de Infração nesses termos.

Entretanto, tal fato não obsta o lançamento em questão, haja vista que o procedimento não se aplica a atos e negócios jurídicos em que se comprova a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 7º do art. 83, transcrito.

Veja-se que toda a gênese do lançamento, constante do relatório fiscal, é de que as empresas, de um mesmo grupo, *“foi fraudulentamente dividido em diversos estabelecimentos comerciais, (...). Dessa forma, tais empresas, enquadradas indevidamente no Simples Nacional, vêm recolhendo valores significativamente menores de ICMS (...).”* (grifou-se).

Conclui-se que, em relação à desconsideração do ato ou negócio jurídico, o procedimento executado pela Fiscalização foi consubstanciado na ocorrência da simulação, acrescida de dolo, da fraude intencionada em subtrair tributo, nos moldes do disposto no parágrafo único do art. 205 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 205. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pelo Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica a atos e negócios jurídicos em que se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, os quais serão objeto de procedimento distinto.

Por fim, o desmembramento do Termo de Exclusão do Simples Nacional também não constitui vício de forma a invalidar o Auto de Infração.

A Delegacia Fiscal de Juiz de Fora promoveu o desmembramento do presente PTA série 01 (Auto de Infração relativo ao crédito tributário e Termo de Exclusão do Simples Nacional), criando um novo PTA série 16 somente para o Termo de Exclusão do Simples Nacional, por entender ser o correto, e para seguir os trâmites legais processuais, independentes entre si.

Importante que se constou do novo PTA toda a documentação necessária para a defesa, não obstante já fosse de conhecimento dos Impugnantes.

Destaca-se o fato de que o lançamento constitui atividade privativa da Fiscalização, cabendo ao Conselho de Contribuintes revisar o lançamento à luz da legislação tributária, fato esse que possibilita à Delegacia Fiscal de Juiz de Fora promover atos administrativos nos lançamentos de sua responsabilidade.

Não obstante, verifica-se que, neste caso, nenhuma “inovação” sobreveio com a separação dos procedimentos, pois os atos, *de per si*, continuam sendo os mesmos, tanto em suas motivações, quanto em seus efeitos.

Ademais, foi concedido à Defesa novo prazo regulamentar para Impugnação ao PTA série 16, ratificando o pleno exercício do contraditório.

Portanto, os PTAs contêm os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA.

E, repita-se, foram concedidos aos Autuados todos os prazos legalmente previstos para apresentarem as suas defesas, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre ação fiscal desenvolvida no denominado “Grupo Kika”, na qual constatou-se que tal grupo foi fraudulentamente dividido em diversos estabelecimentos comerciais, enquadrados indevidamente no regime de recolhimento simplificado do Simples Nacional, recolhendo, assim, valores significativamente menores de ICMS, relativamente aos devidos ao estado de Minas Gerais.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização apurou que a Autuada, entre 01/02/16 e 31/03/18, recolheu ICMS a menor, tendo em vista sua indevida permanência no regime do Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), em face da constatação de que, desde o exercício de 2013, a receita bruta total anual do grupo informal a que pertence foi superior ao limite legalmente previsto para o enquadramento naquela sistemática de tributação.

Com a perda dos benefícios concedidos, foi feita a recomposição da conta gráfica da empresa ora autuada, pelo regime de Débito e Crédito, a partir do exercício de 2016, conforme demonstrado em Relatório Fiscal anexo ao presente Auto de Infração, e exigido o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo da autuação, na condição de coobrigados, uma vez que, com seus atos ou omissões concorreram para o não-recolhimento da totalidade do tributo devido pela Autuada, conforme previsto no inciso XII do art. 21, da Lei nº 6.763/75, os integrantes da Família Padilha, sócios-administradores das empresas, a saber: Alípio Rodrigues Padilha Neto, Marcello Costa Reis Padilha, Fernando Costa Reis Padilha, Marina Costa Reis Padilha e Raquel Costa Reis Padilha.

A Impugnante contesta a conclusão fiscal pela existência do grupo familiar, defendendo a distinção das empresas envolvidas.

Nesse sentido, informa que os filhos de Alípio Rodrigues Padilha Neto resolveram, quando maiores, constituir seus próprios negócios, sem a participação do pai.

Diz que, considerando que o segmento de comércio de óculos é muito competitivo, os descendentes do patriarca Alípio Neto resolveram adotar uma marca única, ou franquia, de forma a aproveitar o reconhecimento regional do nome “Kika” e, sem qualquer participação paterna, criaram um nome fantasia intitulado “Óticas Kika”.

Menciona que a rede de lojas “Óticas Kika” é independente da Rede “Kika Colorida”, que continua sob o comando do patriarca da família, inclusive com diferenciação de cores e padrões nos logotipos.

Em relação às duas lojas situadas no município de Governador Valadares, sustenta que os sócios Fábio, Maria Lúcia e Taise não são “laranjas” ou “testa-de-ferro”, mas sócios fáticos, sendo que o Fisco trabalhou com hipóteses ou suspeitas para tal conclusão.

Não obstante os argumentos dos Impugnantes, cabe razão ao Fisco. Há todos os elementos que deram origem ao presente Auto de Infração, esclarecidos, em minúcias, no conclusivo documento denominado “Relatório Apuração– Grupo Kika Colorida”, de autoria da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, constante dos autos. Tal relatório consubstancia o *modus operandi* da fraude praticada pelo Grupo, do qual a Autuada é apenas um dos partícipes.

Insta, por crucial, transcrever da manifestação fiscal os elementos e informações adicionais do relatório que propiciam o convencimento da fraude perpetrada.

O **Grupo Kika Colorida** possui, atualmente, doze lojas físicas nas cidades de Juiz de Fora e Governador

Valadares, em Minas Gerais, e também no município de Petrópolis-RJ.

Os negócios do grupo iniciaram em Governador Valadares, em 1981, com a abertura da empresa **KIKA COLORIDA LTDA**, com a atividade de comércio varejista de artigos fotográficos e para filmagem, tendo como sócios **Alípio Rodrigues Padilha Neto** e **Luis Carlos Trindade**. No mesmo mês de setembro, **Alípio** e sua ex-esposa, **Maria da Glória Costa Reis Padilha**, fundam a empresa **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA**, com a mesma atividade e com sede na Rua Marechal Deodoro, 565, Centro, Juiz de Fora. No decorrer do quadro temporal, outras empresas foram criadas e encerradas, (...).

Mister salientar a composição societária das empresas atuais, denotando a estrutura familiar existente:

Alípio Rodrigues Padilha Neto

Marcello Costa Reis Padilha (filho)

Fernando Costa Reis Padilha (filho)

Marina Costa Reis Padilha (filha)

Raquel Costa Reis Padilha (filha)

Maria Lucia Teixeira Guerra (esposa de Fabio T Guerra)

Thaise Teixeira Guerra (filha de Maria Lucia)

Importante observar que este movimento de abertura/encerramento de atividades de empresas do grupo segue a lógica de funcionamento de um grupo único, pois:

- A filial 3 (CNPJ: 17.033.150/0003-66) muda de endereço para uma sala na Rua Halfeld 651/905, e no seu antigo endereço, na Rua Marechal Deodoro, 461, loja 84, passa a existir **OPTICA KIKA MARECHAL**;

- A filial 8 (CNPJ: 17033150/0009-51) muda seu endereço para a Rua Halfeld, 805, loja 3, e no seu antigo endereço, na Av. Rio Branco, 2375, passa a existir a **OPTICA KIKA RIO BRANCO**;

- A filial 7 (CNPJ: 17033150/0010-95) muda-se para uma sala localizada na Av. Presidente Itamar Franco, 3840/1307. E o seu antigo endereço, na Galeria João Beraldo, 763, loja 01, passa a ser o endereço da recém-criada **OPTICA KIKA JOA BERBALDO EIRELE**.

Ou seja, empresas são transferidas para salas de diminuto tamanho, sem acesso do público, para que o

endereço seja “liberado” para a constituição de novas filiais.

A logomarca Kika foi mantida, com diferenciação somente nas cores de layout. As lojas exclusivamente óticas assumiram um fundo azul, enquanto as restantes mantem o logotipo colorido. A letra K, estilizada, é mantida em ambos os casos.

O Grupo possui um *site* unificado (Grupo Kika Colorida) com o endereço de domínio www.oticaskika.com.br. O titular do domínio é Marcelo Costa Reis Padilha (filho de Alípio). Nesta página, inclusive, constam informações que refletem a realidade, ou seja, com a localização e telefones de todas as lojas do grupo (...).

Nas redes sociais, a página da Kika Colorida se apresenta como tendo mais de 35 anos de tradição, com uma rede de 16 lojas em Juiz de Fora, Petrópolis e Gov. Valadares, nesse total incluídas três Óticas Kika Premium.

Todos estes fatos já indicam a existência de um grupo unificado. Na ocasião da Operação “Armação” (realizada em 21/11/2017), verificou-se que as empresas do grupo mantêm em seus estabelecimentos mercadorias e documentos de outras lojas, além de relatórios que incluem dados de todas as lojas do grupo. Todo o material documental foi devidamente apreendido por meio de AAD específico, a saber:

Na loja localizada na Rua Halfeld, 799, Centro, Juiz de Fora/MG, onde se acha estabelecida formalmente a empresa **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA**, matriz, foram encontrados e apreendidos, em cópias, por meio do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 301, dentre outros: Planilha com relação de todas as lojas do grupo; Quadros de horários de trabalho dos funcionários de outras lojas; Demonstrativo de estoque em 29/04/2017 de todas as lojas do grupo; Notas fiscais de entrada (compras), item 5 do AAD nº 301, referentes ao mês de setembro de 2017, oriundas de diversos fornecedores e destinadas à empresas do grupo;

Na loja localizada na Galeria João Beraldo, 763, loja 1, Centro, Juiz de Fora/MG, onde se acha estabelecida formalmente a empresa **OPTICA KIKA JOA BERALDO EIRELE - EPP**, foram encontrados e apreendidos, em cópias, por meio do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 363, dentre outros: Livro de registro de receitas de ótica da firma **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA, filial 7**, IE 367.370.961.0070; Livro de

registro de receitas de ótica da firma **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA, filial 3**, IE 367.370.961.0363; Livro de registro de receitas de ótica da firma **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA, filial 8**, IE 367.370.961.0851; várias mercadorias e respectivos DANFES destinados a outras empresas do grupo;

No endereço Av. Pres. Itamar Franco, 3840, sala 1307 - Cascatinha, Juiz de Fora/MG, local para onde teria se mudado e estabelecido da filial 7 da **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA** (I.E.: 367.370961.07-70, CNPJ: 17.033.150/0010-95), os agentes do Fisco encontraram uma sala comercial fechada, necessitando ser arrombada, por chaveiro, para cumprimento do mandado judicial. A sala estava sendo “emprestada” a um vizinho, não tendo qualquer relação com o Grupo;

No endereço Rua Halfeld, 651, sala 905, Centro, Juiz de Fora/MG, local para onde teria se mudado a filial 3 da **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA** (I.E.:367.370961.03-63 - CNPJ:17.033.150/0003-66), os agentes do fisco não encontraram nenhuma empresa estabelecida. Não havia mercadorias, funcionários ou qualquer outro elemento que pudesse associar com uma loja do Grupo Kika Colorida.

Acessando-se o SPED da filial 7 da **KIKA COLORIDA CINE FOTO LTDA**, verificou-se que houve, em 21/02/2017, uma operação de “venda”, envolvendo a emissão de 4 (quatro) NFEs, de grande quantidade de mercadorias (30 páginas), destinada à **OPTICA KIKA JOA BERALDO EIRELE**. Essas emissões tiveram uma característica comum que denota, de fato, uma transferência contábil de estoque, e não uma venda: foi dado um desconto de 90% sobre o valor dos produtos, em todas as NFEs e, conseqüentemente, também na base de cálculo do ICMS. Seguiram-se a esta operação, nos dias 23/02/17, 30/03/17, 31/03/17 e 7/04/17, outras remessas de mercadorias, com as mesmas características, e descontos de 90% no dia 23/02/17 e de 89% nos demais.

Vislumbra-se claramente a robustez das provas apreendidas e detectadas. As empresas são interdependentes entre si, compartilhando arquivos de controle de funcionários, recebendo mercadorias para posterior transferência para as lojas do grupo, unificando o setor de lentes e mesmo simulando uma transferência de estoque de mercadorias como uma venda. Destacamos também a simulação de transferência de outras empresas para endereços

efetivamente não utilizados, com o intuito puro e simples de promover uma sucessão empresarial disfarçada. Todas as empresas do grupo formam, indiscutivelmente, o mesmo negócio empresarial. (...)

(...)

A alegação de que Fábio Barbosa Guerra, Maria Lúcia Teixeira Guerra e Taise Teixeira Guerra não são “laranjas” ou “testa-de-ferro”, mas, sócios fáticos de empresas situadas em Governador Valadares não se sustenta. Maria Lucia e Taise gerenciam as lojas situadas naquele município. Na página do Facebook de **Maria Lúcia Teixeira Guerra** esta aparece como “trabalha na empresa Kika Colorida”. Já na página do Facebook de Taise Teixeira Guerra consta a informação “gerente na empresa Kika Colorida”. Não existem referências às expressões “dona” ou “proprietária”, conforme se observa nas telas anexadas à folha 25 dos autos. Outrossim, documentos referentes a estas empresas de Governador Valadares foram apreendidos em lojas situadas em Juiz de Fora, denotando mais uma vez o caráter de unicidade destas empresas. Em verdade, existe uma única empresa que atua no comércio varejista de artigos eletrônicos, óticos, fotográficos e para filmagem e instrumentos musicais, com 14 (quatorze) estabelecimentos comerciais ativos em Juiz de Fora, Governador Valadares e Petrópolis. (...).

Os Impugnantes procuram defender que a estreita relação entre as empresas se dá em face de serem os sócios parentes, não obstante distintas as empresas.

Entretanto, esse argumento não se sustenta à vista também da estreita relação com as empresas do grupo também sediadas em Governador Valadares que, não obstante terem sócios sem qualquer laço consanguíneo, são representados neste Conselho de Contribuintes pelo mesmo advogado.

Saliente-se que as primeiras impugnações apresentadas das lojas autuadas, tanto de Juiz de Fora como de Governador Valadares, assinadas pelos sócios, representantes legais das empresas, parentes ou não, possuem o mesmo texto, mesmo padrão tipográfico, mesma forma de apresentação, sendo, assim, incontestes que foram redigidas pela mesma pessoa.

Logo, não restam dúvidas de que Maria Lúcia Teixeira Guerra e Taise Teixeira Guerra não são as sócias efetivas, mas sim, a família Padilha, como apontado pela Fiscalização.

A Impugnante junta ao PTA o “Relatório de Consultoria”, acompanhado de documentos, mencionados por ela como “*comprobatórios de que a empresa possui processos, gestão e operações de forma autônoma*”, não integrando nenhum tipo ou forma de grupo econômico.”

No entanto, como bem destaca o Fisco, “*Não é pelo fato de possuir conta bancária jurídica, pedidos para fornecedores em seu nome, notas fiscais de fornecedores, boletos bancários figurando como sacado/pagador, cheques emitidos e assinados pelo titular da conta bancária, contador regularmente autorizado, e livros contábeis, que o tornam independente e autônomo, sem vínculo com terceiros*”.

Significa dizer, é plausível e coerente que a fraude perpetrada, que se busca não ser descoberta, passa por uma escrita oficial, preparada para não se deixar indícios oficiais da interligação das firmas. Daí, todos os atos formais serem praticados separadamente porque é isso que se quer aparentar.

Mais uma vez, insta transcrever a análise perspicaz e criteriosa do Fisco:

Verificou-se que não existe concorrência entre as lojas, somente simulação. Na realidade, existe uma perfeita consonância de interesses entre os Impugnantes. Basta ver as provas colacionadas aos autos. Não se preocupam em nenhum momento com o princípio basilar da economia de mercado, tão propalada pela iniciativa privada que é a livre concorrência, a disputa pelo cliente, a luta pelo menor preço entre si.

Ao contrário, atuam e agrupam-se para tudo que lhes interessa, mascarando os resultados junto ao Estado, dividindo o faturamento então declarado, em diversas inscrições ditas independentes, com toda a escrituração fiscal, contábil e financeira separadas para ludibriar o Tesouro Estadual. Não fosse assim, os contribuintes não conseguiriam ser enquadrados como ME, como assim estavam.

Entretanto, perante a sociedade regional aparecem como grupo forte e confiável de lojas que vai garantir ao consumidor o melhor da linha de produtos e serviços que oferecem e utilizam-se do poderoso nome da rede de lojas para atender a esse intento.

Reitera-se, pois, que há provas bastantes que a Contribuinte faz parte de uma rede informal de lojas de venda de produtos no comércio varejista de artigos eletrônicos, óticos, fotográficos e para filmagem e instrumentos musicais. Ou seja, um conglomerado de lojas que formam uma só pessoa jurídica e que pertencem a um grupo de pessoas físicas.

Lado outro, aponta a Autuada erros no trabalho fiscal, oriundos de não ter considerado pagamentos de antecipação de ICMS advindo da diferença entre alíquota interna e a interestadual na aquisição de mercadorias interestaduais e não ter sido efetuada transferência de saldo credor. Também, menciona retificação do PGDAS não considerada pelo Fisco.

Assim é que o Fisco, nos termos do art. 149 do CTN e considerando o disposto no art. 120 do RPTA, procedeu à Rerratificação da peça fiscal para alteração do Crédito Tributário, deduzindo valores pagos a título de antecipação do ICMS.

Destaca-se que os valores reclamados pela Contribuinte que não foram considerados pela Fiscalização, referem-se a valores recolhidos em códigos diferentes do relativo a “Antecipações do ICMS” (código de receita 0326-9), consoante consulta no Sistema “Auditor Eletrônico – SIARE (DAE/GNRE por CNPJ) – Período de Referência”.

Verifica-se, também, que nas reformulações do crédito tributário observou-se, quando foi o caso, o saldo credor porventura existente para aproveitamento na apuração (D/C) do mês seguinte.

Conclui-se, portanto, que, com as reformulações do crédito tributário, o procedimento fiscal está devidamente amparado na legislação que rege a matéria.

Quanto à responsabilização dos Coobrigados, a mesma se dá por força de sua participação direta no empreendimento, sua forma de atuação e poder de gerência, uma vez que, com seus atos ou omissões concorreram diretamente para o não-recolhimento da totalidade do tributo devido pela Autuada, nos termos do disposto no art. 21, § 2º, inciso II e inciso XII, da Lei nº 6.763/75, c/c art. 135 do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzidos:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte;

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

O art. 135, incisos II e III do CTN tem o mesmo alcance do § 2º descrito anteriormente, e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

Cumprе salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Ademais não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Induvidoso, no caso, que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pelas empresas do mesmo grupo, como amplamente comprovado pelos diversos elementos dos autos, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão deles no polo passivo da obrigação tributária.

Ou seja, constatada a unicidade das empresas, correta a inclusão dos sócios gerentes de todas as empresas no polo passivo de todos os PTA.

Finalmente, consta-se que matéria idêntica a estes autos, inclusive com a responsabilização ora imputada a pessoas físicas integrantes de grupo de lojas, já foi

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

objeto de julgamento neste Conselho de Contribuintes, tendo sido também aprovado, conforme Acórdão nº 24.011/22/1ª.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 436/445. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que o julgava improcedente. Pelos Impugnantes Óptica Kika Joa Beraldo Ltda, Alípio Rodrigues Padilha Neto e Fernando Costa Reis Padilha, sustentou oralmente o Dr. Ivo Roberto Barros da Cunha e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Wertson Brasil de Souza.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2023.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------------|---|---------------|
| Acórdão: | 23.489/23/2ª | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 01.001160124-11 | |
| Impugnação: | 40.010147124-31, 40.010147127-68 (Coob.), 40.010147126-87 (Coob.), 40.010147125-04 (Coob.), 40.010147129-20 (Coob.), 40.010147128-49 (Coob.) | |
| Impugnante: | Óptica Kika Ltda IE: 367148184.00-20 Alípio Rodrigues Padilha Neto (Coob.) CPF: 020.773.706-10 Fernando Costa Reis Padilha (Coob.) CPF: 823.605.886-72 Marcello Costa Reis Padilha (Coob.) CPF: 840.860.416-34 Marina Costa Reis Padilha (Coob.) CPF: 012.479.076-35 Raquel Costa Reis Padilha (Coob.) CPF: 029.002.616-43 | |
| Proc. S. Passivo: | Ivo Roberto Barros da Cunha/Outro(s) | |
| Origem: | DF/Juiz de Fora - 1 | |

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Os casos envolvendo as empresas autuadas trata, basicamente, da descaracterização do regime simplificado de tributação por enxergar o Fisco a existência de grupo econômico entre as unidades autuadas.

Por consequência disso, há exigências de imposto e corolários afetos a essa situação, inclusive com aplicação de penalidades de revalidação e isolada.

Sendo sucinto na acusação apurada e informada aqui, se vê, também de forma sucinta neste voto, as peças e argumentos que levaram o Fisco ao mister de diagnosticar como “grupo econômico” e desqualificar os regimes simplificados.

Nesse sentido, a Fiscalização enumera o fato de que os sócios das empresas autuadas são de uma mesma família (pai, filhos e estes últimos irmãos); a mesma logo “Kika” similar; site salientando tratar-se de “grupo”; mesmo contador e advogado; relatos da operação “armação” no MP.

Com tais argumentos e “provas”, defende o Fisco tratar-se de grupo econômico, repita-se.

“Data vênia”, a pecha de grupo econômico, tal qual lançado no levantamento fiscal prescinde de elementos, ainda que marginais, que evidenciam existir UMA IDÊNTICA DIREÇÃO, ainda que personalidades jurídicas distintas; mesmo CONTROLE e ADMINISTRAÇÃO CONJUNTA.

Há circunstâncias no feito fiscal em análise que são inevitáveis, pois, os sócios são da mesma família (!); conhecem as mesmas pessoas; cresceram juntas, ou seja, todos os caracteres defendidos pelo Fisco a justificar a pecha de “grupo econômico” são essencialmente COMUNS a quem é da mesma família, até porque, estamos falando de empresas localizadas em cidades do interior do Estado que dão um tempero muito maior a justificar esta semelhança e apego à nomenclatura, site, advogado e etc, porém, não há nos autos qualquer demonstração de que a administração seja conjunta, com mesma administração e controle.

Este sim o ponto a justificar, dentro de uma mesma família a pecha de grupo e não o resto (o que justificaria “grupo econômico em caso tal seria a mesma direção e controle, compartilhamento de despesas e lucro), pois, como dito, são todos parentes de primeiro grau (pai, filho e irmãos). Isso por si só, licença “concessa”, não é elemento a caracterizar grupo econômico e é, ao mesmo tempo, elemento a justificar tudo o que ocorre dentro de uma família no interior.

Nesse sentido, vejo que em casos “familiares”, é imprescindível a demonstração técnica de mesma administração e mesmo controle, assim como haver empregados similares e compartilhados, despesas compartilhadas e claro, os dividendos (lucros) serem compartilhados e terem a mesma destinação. Nada disso há aqui.

Ao contrário, o processo não identifica que as despesas de uma empresa são compartilhadas por outra. Assim como não demonstra que um empregado supra a deficiência de outra ou até mesmo não existe nos autos que as despesas e contas correntes são compartilhadas.

Nem há nos autos a demonstração de que o provento (dividendos) de uma unidade seja dirigido a outra unidade.

Enfim, o feito fiscal, “permissa vênia”, prescinde de elementos técnicos e não de elementos presumíveis e presentes em entes de uma mesma família de forma elementar.

Tudo o que o Fisco sustenta é elementar entre entes de uma mesma família, porém, para configurar a pecha de grupo econômico é fundamental a demonstração do que já foi citado aqui e prestigiado até mesmo nas instâncias judiciais, qual seja, mesma administração e controle; empregados compartilhados; dividendos compartilhados e etc. Nada disso há nos autos, reitera-se.

Chama a atenção nos autos em combate, o fato de que houve até denúncia contra a empresa que não “deu” em nada, perante os foros judiciais. E o Fisco se vale, também, dessa denúncia que não procedeu como instrumento a justificar o tal “grupo econômico”.

Pelo exposto, e pedindo vênia às opiniões e votos divergentes, julgo os lançamentos improcedentes.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2023.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

CCMIG