



Juízo: 6ª Vara da Fazenda Pública - Porto Alegre

Processo: 9010080-75.2018.8.21.0001

Tipo de Ação: DIREITO TRIBUTÁRIO :: ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Autor: C.A. DONIDA – EIRELI

Réu: Estado do Rio Grande do Sul

Local e Data: Porto Alegre, 17 de janeiro de 2022

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória, com pedido de tutela de urgência, proposta por **C.A. DONIDA - EIRELI** contra o **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, através da qual objetiva a anulação do Termo de Exclusão do Simples Nacional n. 234/14 e do Auto de Lançamento n. 29261430, que constituiu crédito tributário de ICMS referente ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2013, no valor de R\$ 1.350.676,31, acrescido de multa qualificada (120%) e juros.

A parte autora informou que foi excluída do Simples Nacional, com efeitos a serem produzidos a partir de 01/01/2009, sob os fundamentos de: a) falta de comunicação obrigatória por ter auferido receita bruta superior ao limite do art. 3º, II, da LC 123/2006; b) falta de comunicação obrigatória pelo exercício de atividade vedada ao enquadramento no Simples; c) constituição de empresa em nome de interposta pessoa, aplicando-se o art. 29, IV, da LC 123/2006. Consequentemente, foi lançado crédito tributário referente ao período posterior à exclusão do Simples. Disse que o ato administrativo foi fundamentado na existência de grupo econômico entre a Autora e a empresa Top Marcas e Franquias Ltda, chamado, pela fiscalização, de Grupo Tevah, em estratégia criada pelos sócios da THV Comércio do Vestuário Ltda. com o intuito de reduzir o recolhimento de tributos. De acordo com a fiscalização, os sócios da THV: a) constituíram, por interpostas pessoas, a empresa Top Marcas e Franquias, que adquiriu a marca Tevah em 28/11/2006 e, desde então, administra e controla as empresas franqueadas e cobra os royalties cabíveis; b) constituíram, por interposta pessoa, a empresa C. A. Donida, ora autora, para industrializar os produtos da marca Tevah, enquadrando esta pessoa jurídica no Simples Nacional e aproveitando-se do diferimento do ICMS em operações supostamente simuladas de industrialização por encomenda; c) terceirizaram todas as lojas próprias do Grupo Tevah, baixando as suas filiais e iniciando um sistema de franquias. Em apertada síntese, a autora sustentou que é administrada única e exclusivamente pelo seu sócio Carlos Aurélio Donida, sem sofrer qualquer ingerência da THV, da Top Marcas e Franquias ou de qualquer dos membros da família Tevah. Além disso, apontou excesso do crédito tributário lançado, na medida em que a fiscalização tributária desconsiderou todas as operações realizadas pela Autora, como se só houvesse operações com o “Grupo Tevah”, não abateu os recolhimentos de ICMS realizados no regime do Simples e aplicou multa confiscatória. Liminarmente, requereu a concessão da tutela provisória para o fim de suspender a exigibilidade do Auto de Lançamento nº 29261430, nos termos do art. 151, inciso V, do Código Tributário Nacional; suspender a tramitação das Execuções Fiscais nº 001/1.16.0095339-6 e nº 001/1.11.0222007-9; determinar a imediata reinclusão da Autora no Simples Nacional; determinar a exclusão do seu nome do SERASA e dos demais cadastros de inadimplentes em razão desta dívida. Por fim, postulou a procedência do pedido para anular o Termo de Exclusão do Simples Nacional n. 234/14 e o Auto de Lançamento n.



29261430 ou, subsidiariamente, reconhecer o excesso de cobrança, determinando a) a exclusão da base de cálculo das operações de industrialização por encomenda realizadas para terceiros que não o “Grupo Tevah”, b) o abatimento dos valores já recolhidos de ICMS, no regime do Simples Nacional, e c) a redução da multa de 120% sobre o valor do tributo.

O pedido de gratuidade da justiça foi indeferido. Frente à ausência do recolhimento das custas iniciais, foi determinado o cancelamento da distribuição do processo.

Inconformada, a parte autora interpôs agravo de instrumento, o qual foi recebido com efeito suspensivo e deferimento da gratuidade da justiça.

A tutela provisória foi indeferida. A autora interpôs agravo de instrumento em face da decisão, contudo, o recurso foi desprovido.

Citado, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou contestação. Em suma, defendeu a participação da autora no Grupo Econômico Tevah, ratificando as conclusões do Auto de Lançamento. Indicou que para fins de limites de enquadramento no Simples Nacional, devem ser somados os faturamentos das três empresas que compõe o grupo econômico. Afirmou, segundo demonstrado na peça fiscal, que o faturamento do Grupo Tevah alcançou R\$ 6.485.514,60, ao passo que o limite para inclusão e manutenção no Simples Nacional era de R\$ 2.400.000,00 no exercício de 2008 (base para 2009), razão pela qual a autora não poderia estar enquadrada no Simples Nacional. Finalmente, aduziu que não merece reparos o auto de lançamento fiscal, inclusive quanto à aplicação da multa qualificada. Nesses termos, pugnou pela improcedência dos pedidos.

A autora apresentou réplica.

Instadas as partes sobre o interesse na produção de provas, a autora requereu a produção de prova pericial e testemunhal.

Em decisão de mérito, o Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo de instrumento, com a revogação da tutela antecipada recursal que havia deferido a gratuidade de justiça.

Foi autorizado o parcelamento das custas iniciais em três prestações mensais sucessivas. Foi, ainda, deferido o pedido de prova pericial contábil.

Após a apresentação do laudo principal e complementar, as partes apresentaram memoriais.

O Ministério Público, em parecer, manifestou-se pela não intervenção.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, releva notar que permanece pendente de apreciação o pedido da autora de oitiva de duas testemunhas (fls. 1964/1965).

Diante da inexistência de prejuízo às partes, na medida em que eventual impugnação somente poderia ser apresentada em preliminar de Recurso de Apelação, indefiro o



requerimento, em preliminar de sentença, pois não se mostra imprescindível ao deslinde do feito.

Dito isso, passo ao exame do mérito, destacando que a pretensão da parte autora pode ser sucintamente delineada pelo interesse em ver reconhecida a nulidade do Termo de Exclusão do Simples Nacional n. 234/14 e do Auto de Lançamento n. 29261430.

Pois bem. Em ação de fiscalização e de investigação promovida pela Receita Estadual e pelo Ministério Público Estadual, através da denominada "Operação Dominó", foi constatada a constituição de empresas mediante a utilização de **interpostas pessoas**, todas integrantes de um **grupo econômico de fato** criado com a finalidade de usufruir, indevidamente, do regime de tributação pela sistemática do Simples Nacional e do benefício do diferimento do ICMS, para reduzir o imposto devido ao Estado do Rio Grande do Sul.

De acordo com o auto de lançamento, as empresas C.A. DONIDA EIRELI, TOP MARCAS E FRANQUIAS LTDA. e THV COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA **formam o "Grupo TEVAH"**, administrado pelos sócios Israel Marins Tevah, Eduardo Tevah e Daniel Tevah.

Com efeito, o minucioso trabalho dos agentes fiscais demonstra a estratégia criada pelos sócios da THV Comércio do Vestuário Ltda, para reduzir, mediante simulação, o imposto devido ao erário, através do desmembramento da sociedade em outras duas empresas, constituídas por interpostas pessoas, *"supostamente vendendo a marca e criando um sistema de franquias"*, enquanto permaneceram exercendo o controle do grupo.

A estratégia foi estampada nas considerações iniciais do auto de lançamento, *in verbis* (fl. 1830):

"Os responsáveis pelo Grupo Tevah, com o intuito de minimizar o recolhimento de tributos, [sic] adotou estratégias que compreenderam:

- a) a constituição da empresa TOP MARCAS E FRANQUIAS LTDA., CNPJ nº 085669049 /0001-71 e CGC/TE nº 096/3168460 para administrar, controlar as empresas franqueadas e cobrar os royalties de produtos da marca Tevah;**
- b) constituição da empresa C A DONIDA EIRELI, CNPJ nº 08491267/0001-34 e CGC/TE nº 096/3168460 para industrializar os produtos da marca Tevah;**
- c) terceirização de todas as lojas próprias do Grupo Tevah para novas empresas em um sistema de franquias;**
- d) a simulação de transações comerciais entre as diversas empresas do grupo Tevah;**
- e) controle gerencial, burocrático e financeiro de todas as atividades das empresas criadas, através de implantação normas e sistemas em todas as lojas do Grupo;**
- f) emissão formal de documentos fiscais entre as diversas lojas da rede Tevah;"** (grifei)

A respeito da formação de grupo de econômico, estabelece a Lei n. 6.404/76, em seu art. 265, que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Há, contudo, que se distinguir os grupos de direito dos grupos de fato. Por oportuno, transcrevo as lições de FÁBIO ULHOA COELHO ¹ a respeito das espécies:



"A LSA [Lei das Sociedades Anônimas] disciplina apenas a figura do grupo de direito, com essa nomenclatura (art. 265 a 277 - Capítulo XXI). O chamado grupo de fato é disciplinado sob a perspectiva das ligações societárias entre controladora e controlada e entre investidora e coligada (arts. 243 a 264 - Capítulo XX). O que diferencia o grupo de direito do grupo de fato, é a existência, somente no primeiro, de obrigações contraídas pelas sociedades 'agrupadas' consistentes em 'combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos' ou 'participar de atividades ou empreendimentos comuns'. O instrumento negocial que constituem tais obrigações é a convenção de grupo, negócio jurídico-societário que deve ser arquivado no Registro Público de Empresas e publicado".

No caso, o Auto de Lançamento e as provas dos autos demonstram a formação de grupo econômico de fato, pelo agrupamento de empresas coordenadas, em relação de subordinação, sob a mesma direção/administração, para um objetivo econômico comum.

Destaca-se, resumidamente, alguns dos fatores identificados no extenso Auto de Lançamento, de 71 laudas, que justificam a participação da C.A. DONIDA no Grupo Tevah (fls. 1846/1848):

- a) Carlos Aurélio Donida foi funcionário da empresa THV COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA entre 18/06/1990 e 28/01/2007, e a autora foi constituída nesse período, em 06/12/2006;
- b) a partir de janeiro de 2007, funcionários demitidos da THV foram admitidos pela C.A. DONIDA;
- c) a C.A. DONIDA locou da empresa THV toda a estrutura de sua fábrica - máquinas industriais, equipamentos de informática, ar condicionados, escadas, estantes, relógio ponto, móveis -, pelo módico valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) **anuais**;
- d) o contrato de locação do imóvel em que opera a empresa C.A. DONIDA tem como avalistas os Srs. Israel Tevah e Eduardo Tevah;
- e) simulação de operações por conta e ordem de terceiro;
- f) e-mails trocados entre as empresas revelam que, apesar de parecerem empresas distintas, a sociedade TOP MARCAS e empresa C.A. DONIDA, em muitos momentos, tem suas operações confundidas;
- g) ingerência direta na C.A. DONIDA, principalmente pelo Presidente e pelo Diretor Comercial da TOP MARCAS, mandando, por exemplo, modificar, controlar e informar custos de produção (não só de mão-de-obra, como se fosse de fato mero prestador de serviços, mas também custo de matéria prima); estudar alternativas para melhoria da qualidade dos produtos e informar franqueados sobre lançamento de produtos (cuja responsabilidade seria da TOP MARCAS), além das ordens de cunho pessoal, como produzir roupas para uso próprio dos controladores e proceder no consertos de calha e da piscina da residência de membro da família Tevah.

Apesar da defesa apresentada pela parte autora, as provas que instruem o auto de lançamento - que não se limitam às supracitadas - demonstram que sócios Israel Marins Tevah, Eduardo Tevah e Daniel Tevah constituíram a empresa C.A. DONIDA, por meio de interposta pessoa, para realizar a industrialização das mercadorias, com objetivo de fracionamento do faturamento das receitas, e conseqüente redução da carga tributária.

A demandante afirma que *"os e-mails citados pela fiscalização tributária, que foram trocados entre os sócios da THV e Carlos Aurélio Donida, demonstram, no máximo, que a*



família Tevah controlava a Top Marcas e Franquias, definindo quais produtos deveriam ser encomendados a Autora e disponibilizados para as franquias" (fl. 21).

Todavia, verifica-se que a relação dos sócios da THV com a Autora encontra-se além do controle de padrões de marca e de qualidade dos procedimentos corriqueiros do ramo de confecções, como argumentou. A corroborar o exposto, destaca-se outro excerto da peça fiscal que demonstra que Carlos Aurélio Donida não atuava como empresário individual independente, mas como empregado subordinado aos sócios da THV, atendendo, inclusive, demandas de cunho pessoal dos seus superiores mesmo após seu desligamento dessa empresa (fl. 1875):

*"- em e-mails extraídos do arquivo **"TOP.dbx"**, localizado no DVD denominado "Meu Disco", objeto de apreensão na sede da empresa CA DONIDA e identificado como "Backup Maq. C. A.", pode-se verificar que, apesar de figurar como proprietário da empresa que presta serviços de industrialização dos produtos TEVAH, **CARLOS AURELIO DONIDA se porta perante à família como mero empregado**, recebendo ordens inclusive para fazer serviços de cunho pessoal aos mesmos.*

- 28/05/2007: após tratar sobre assunto PV's, ISRAEL diz para AURELIO que "a piscina continua sem esquentar, apenas 22... e tudo ligado". Sobre a piscina, ver e-mail de 05/03/2008 onde empresa HIDROBOMBAS trata com AURELIO sobre seu conserto;

- 21/08/2007: ISRAEL pede que AURELIO faça para ele uma camisa social branca, tamanho 44, gola alta;

- 04/10/2007: ISRAEL diz a AURELIO que existe um vazamento na calha, que gostaria da opinião dele e que era para falar com o MARCIANO [funcionário da TEVAH Matriz];

- 24/10/2007: EDUARDO pede para AURELIO fazer três trajes para ele, dando referência e explicando que com três botões e duas aberturas, e para tentar fazer sem prova;

- 24/01/2008: AURELIO ao receber confirmação da realização da 1ª Reunião de Planejamento das Franquias Tevah, pergunta a VALDIMIR qual o tema e se é necessário o seu comparecimento. VALDIMIR responde que irá verificar com o Diretor Comercial e mais tarde responde que "o Diretor Comercial disse que você não precisa ir";

- 27/02/2008 a 05/03/2008: a empresa HIDROBOMBAS solicita a AURELIO que envie dados para nota fiscal e dia e horário para a instalação de bomba para a piscina do Sr. ISRAEL. AURELIO pede instruções para LUZIA [funcionária, possível secretária de ISRAEL]. Ela responde que ISRAEL pediu para que AURELIO trate deste assunto, pois está a par de todas as informações. Quanto ao pagamento, a ADRIANA [possivelmente ADRIANA TEVAH, a esposa de VALDIMIR PORTZ MACHADO e funcionária da THV] estaria autorizada a fazer o cheque, só esperando orientação de AURELIO sobre o momento: imediatamente ou após a instalação."

O fato de existirem e-mails trocados entre Carlos Aurélio e seus clientes não afasta a conclusão de que suas atividades eram coordenada pela família Tevah. Há outros documentos demonstrando que os responsáveis pelo Grupo Tevah, cientes da possibilidade de fiscalização, buscavam ocultar sua participação nos negócios, orientando que os e-mails trocados fossem excluídos e que os interlocutores não deveriam mencionar os seus nomes nas mensagens, somente os cargos que ocupavam.

Nesses termos, constatada a constituição de empresa em nome de interposta pessoa, impositiva a exclusão, de ofício, da Autora do Simples Nacional, como determina o art. 29, inciso IV, da Lei Complementar n. 123/2006:



Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (...) IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Releva notar que o art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006 fixou o faturamento permitido para as micro empresas e empresas de pequeno porte enquadradas no Simples Nacional, sendo que a extrapolação desse limite de faturamento é causa obrigatória de exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional, nos termos do art. 30, inciso IV, da mesma Lei.

Nesse sentido:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

Logo, acertada a exclusão da Autora do regime simplificado de tributação também pela falta de comunicação obrigatória, por ter auferido receita bruta superior ao limite do art. 3º, inciso II, da Lei Complementar n. 123/2006, na medida em que o faturamento do Grupo Tevah, no exercício de 2008, alcançou R\$ 6.485.514,60, ao passo que o limite para inclusão e manutenção no Simples Nacional era, na época, de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Não obstante a manutenção da exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, impõe-se o acolhimento da tese subsidiária apresentada, a respeito da necessidade de redução do crédito tributário lançado, em razão: **a)** da descaracterização de todas as industrializações por encomenda realizadas (operação com diferimento de ICMS), independentemente de ser destinada ao “Grupo Tevah” ou a terceiros; **b)** da desconsideração de todos os valores já recolhidos pela Autora no Simples Nacional; **c)** da aplicação de multa confiscatória.

Compulsando os autos verifica-se que a fiscalização tributária reconheceu que a Autora possuía relações comerciais com outras empresas, indicando que *“no estabelecimento C.A. Donida também houve operações de compra e venda (não somente a simulada prestação de serviços [de industrialização])”* (fl. 1883). O réu confirmou nestes autos que a Autora não operava exclusivamente com a TEVAH.

A perícia, por sua vez, concluiu que 17,63% do total das operações de saída da autora, dentre as quais há industrializações por encomenda ², foram destinadas a clientes não relacionados no Auto de Lançamento como franquias do Grupo Tevah. No entanto, **a fiscalização desconsiderou todas as industrializações por encomenda realizadas pela Autora no período, “independente do destinatário, conforme relacionado no quadro 03 e 04 do item 9.1 da peça fiscal.”**



Desse modo, assiste razão à parte autora ao indicar a necessidade de redução do crédito tributário lançado, pois as operações de industrialização por encomenda dos demais clientes da Autora, não envolvidos nas prestações de serviço simuladas entre as empresas do grupo econômico e as franqueadas, foram indevidamente descaracterizadas pelo réu.

Além disso, a perícia confirmou que o réu não considerou os valores recolhidos pela autora a título de ICMS na sistemática do Simples Nacional. Desse modo, entendo que o imposto deve ser abatido do total devido, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado do Rio Grande do Sul.

Finalmente, a legalidade da imposição de multa no percentual de 120% sobre o valor do tributo está prevista no inciso III, do art. 9º da Lei nº 6.537/73, cuja redação estava vigente à época do fato gerador e lançamento:

"Art. 9º. Às infrações tributárias materiais serão cominadas as seguintes multas:

[...]

III - de 120% do valor do tributo devido, se qualificadas."

Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a fixação da multa em patamar superior a 100% do valor do tributo configura confisco, em afronta ao disposto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, conforme destacado pelo Des. José Aquino Flores de Camargo, da Vigésima Primeira Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 70070704275, em 23.11.2016:

" (...). Agora, no que tange à fixação da multa em percentual de 120% sobre o valor do tributo, praticada pela Fazenda Pública com base no art. 9º, III, da Lei Estadual n. 6.537 /733, tenho que procede a inconformidade da embargante, tal como decidiu a magistrada a quo.

Isso porque o STF já declarou o caráter confiscatório da multa prevista na legislação estadual, quando supera 100% do valor do tributo, como dá mostra a decisão proferida no RE 657372 AgR/RS:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA FISCAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

Precedentes. II – Agravo regimental improvido. (RE 657372 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013) (...)." – grifei.

Desta forma, a multa qualificada deve ser limitada ao patamar de 100% sobre o valor atualizado do tributo, interpretando a norma na forma prescrita pelo art. 112, inciso IV, do CTN.

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos, forte no art. 487, inciso I, do CPC, para determinar ao réu que exclua do crédito tributário lançado as operações de industrialização por encomenda dos demais clientes da Autora, não envolvidos nas prestações de serviço simuladas entre as empresas do grupo econômico e as franqueadas; amortize os valores já recolhidos pela autora a título de ICMS na



sistemática do Simples Nacional e reduza a multa para o patamar não confiscatório de 100%, nos termos da fundamentação supra.

Diante da sucumbência recíproca, condeno o Estado do Rio Grande do Sul ao reembolso de metade das despesas processuais (custas e honorários periciais) e ao pagamento dos honorários advocatícios sobre o montante reduzido do Auto de Lançamento (proveito econômico obtido). A parte autora arcará com o pagamento de honorários advocatícios em favor da PGE sobre o valor final do Auto de Lançamento. Em ambos os casos, o percentual será definido após a liquidação da sentença, em conformidade com o art. 85, § 4º, inc. II, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Ministério Público.

Interposta apelação, intime-se o recorrido para, querendo, apresentar contrarrazões. Após, remetam-se o feito ao e. Tribunal de Justiça.

Transitado em julgado, dê-se baixa.

Diligências legais.

1. Ulhoa, C. F. **Lei das Sociedades Anônimas Comentada**. Grupo GEN, 2021. 9786559640683. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640683/>. Acesso em: 14 Dec 2021, p. 1340.

2 Planilha discriminada às fls. 2631/2633.

Porto Alegre, 17 de janeiro de 2022

Dra. Marialice Camargo Bianchi - Juíza de Direito



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCUMENTO ASSINADO POR

Marialice Camargo Bianchi

DATA

17/01/2022 14h57min



Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme Lei Federal nº 11.419/2006 de 19/12/2006, art. 1º, parágrafo 2º, inciso III.

Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na internet, o endereço <https://www.tjrs.jus.br/verificadocs> e digite o seguinte

número verificador: 0001368425080

