



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

22ª Câmara Cível

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5007811-97.2020.8.21.0022/RS

TIPO DE AÇÃO: Dívida Ativa

RELATOR: DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO DA SILVA

APELANTE: SANTA VITORIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVAVEIS S.A.
(EMBARGANTE)

APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (EMBARGADO)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. VENDA DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL IDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE SUBTERFÚGIOS PELA EMPRESA VENDEDORA (PAVSOLO CONSTRUTORA LTDA.) PARA DIMINUIR A CARGA TRIBUTÁRIA DA OPERAÇÃO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMBARGANTE SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A, DESTINATÁRIA DOS BENS, NÃO CONFIGURADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”. EMPRESA QUE, TENDO AGIDO DE BOA-FÉ, NÃO CONCORREU DE QUALQUER FORMA PARA OS PREJUÍZOS SUPORTADOS PELO ESTADO, TAMPOUCO OBTVEU QUALQUER BENEFÍCIO FINANCEIRO COM A APURAÇÃO DO ICMS A MENOR, NÃO POSSUINDO, OUTROSSIM, "INTERESSE COMUM" NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUIU O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL (ART. 124 DO CTN).

IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA PESSOA JURÍDICA SANTA VITÓRIA DO PALMAR III PELO TRIBUTO QUE DEIXOU DE SER OPORTUNAMENTE RECOLHIDO PELO VENDEDOR INFRATOR (PAVSOLO), COM

QUEM AQUELA SEQUER MANTINHA RELAÇÃO CONTRATUAL DIRETA. PRODUTOS QUE, EM VERDADE, FORAM ADQUIRIDOS MEDIANTE SUBCONTRATAÇÃO PELA CONSTRUTORA REDRAM LTDA., ESSA SIM CONTRATADA PELA EMBARGANTE PARA A CONSTRUÇÃO DO COMPLEXO EÓLICO MANGUEIRA-MIRIM. MERO FATURAMENTO DIRETO DAS NOTAS FISCAIS PELA SANTA VITÓRIA DO PALMAR III QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA A SUA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELA DÍVIDA, MORMENTE PORQUE CUMPRIA À REDRAM A OBRIGAÇÃO DE FORNECER, DIRETAMENTE OU MEDIANTE SUBCONTRATAÇÃO, TODOS OS MATERIAIS A SEREM EMPREGADOS NA OBRA ("UT" CLÁUSULA SEXTA DO ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES).

SENTENÇA REFORMADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS PROCEDENTES. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. REDEFINIÇÃO.

RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de maio de 2022.

RELATÓRIO

De saída, reporto-me ao relatório do parecer ministerial lançado nesta instância, que assim sumariou a espécie, "in verbis":

"Trata-se de apelação cível, interposta por SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A., de sentença (evento 42) que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal ajuizada pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Em razões (evento 49), a apelante, alega a nulidade da autuação fiscal e da CDA, por ausência de fundamentação da responsabilidade tributária, pois baseados em dois contratos em que não é parte, sequer fazendo parte do processo administrativo fiscal (Evento 35). Refere que a decisão administrativa trouxe nova fundamentação jurídica e inovou ao tentar estabelecer ligação entre a apelante e a empresa Redram Construtora Ltda. Afirma que sua responsabilização ocorreu em face da alegação de que tinha conhecimento das supostas irregularidades praticadas pela empresa Pavsolo, sem qualquer prova de que haveria 'interesse comum' na ocorrência do fato gerador. Acrescenta que os dois contratos apresentados pela Pavsolo não são de seu conhecimento, pois realizados entre aquela empresa e terceiras pessoas. O fisco refere que: a) o produto que a Pavsolo comercializa (rachão e brita), seria originário de seu estabelecimento em Capão do Leão e não do estabelecimento localizado no Chuí; b) que o fornecimento dos materiais ocorria sob 'Cláusula CIF', sendo sua, portanto, a responsabilidade pelo transporte do material; do contrato que a Pavsolo firmou com a empresa Redram. A venda teria sido, também, com cláusula CIF, com origem em Pelotas e não no Chuí. A apelante afirma não compreender os fatos constantes no auto de lançamento e termos da autuação. Requer a exclusão ou redução da multa por violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo confiscatória e o provimento do recurso.

Foram juntadas contrarrazões (evento 52)."

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Adianto que estou votando por provê-lo, na esteira dos judiciosos termos do parecer lançado pela ilustre Procuradora de Justiça Heid Ourique Campos, aos quais me reporto e transcrevo adiante, a fim de bem contextualizar a questão controvertida e evitar desnecessária tautologia, "in litteris":

"A embargante conta que tem como atividade principal a geração de energia elétrica, como produtora independente, mediante exploração específica do Parque Eólico Aura Mangueira XI. Para a consecução dessa atividade, contratou a implantação completa das obras civis do Complexo Eólico Mangueira-Mirim, sob regime de empreitada integral, a preço global, com o fornecimento de todas as infraestruturas, bens e serviços necessários para

*colocar o empreendimento em condições operacionais, exceto os expressamente excluídos no Contrato de Empreitada Integral, a Preço Global, de Obras Civis com a empresa **REDRAM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA**. Essa empresa subcontratou a **PAVSOLO CONSTRUTORA LTDA**. Refere que, de acordo com a cláusula 6.10 do contrato, houve faturamento direto à embargante de mercadorias remetidas pela Pavsolo, o que não retira a responsabilidade da Construtora Redram pelos fornecimentos de materiais para a obra civil, nem alteração do Preço Global, pois os pagamentos realizados aos subfornecedores são abatidos dos pagamentos mensais previstos em contrato. Dessa forma, não tem conhecimento dos termos contratuais firmados entre a Redram e a subfornecedora Pavsolo.*

Apesar disso, após verificação na escrita fiscal da empresa PAVSOLO (Evento 1, PROCADM8, Página 4), o fisco efetuou lançamento no valor de R\$ 257.911,18 (ICMS, juros e multa), contra aquela empresa e contra a apelante (como devedora solidária), referente às NF 8564 e 9664, sob alegação de que a devedora principal teria comercializado mercadorias destinadas à apelante, pois emitiu Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, em complementação ao valor real da negociação, sem tributação.

Dessa forma, e segundo o fisco, para diminuir a carga tributária, a Pavsolo emitiu notas de venda, por valor inferior ao praticado, e Conhecimentos de Transporte, para complementar o valor da venda, sem tributação. O fisco, ainda refere que não houve prestação de serviço de transportes seja para a Redram seja para as demais empresas. Teria ocorrido emissão fraudulenta desses documentos, com o fim de diminuir o valor relativo ao ICMS incidente sobre as operações, o que diminuiria os custos da empresa Redram, o que seria de interesse da apelante.

A sentença (Evento 42, SENT1, Página 3) refere:

A malícia das empresas negociantes resta demonstrada pela forma da documentação do negócio, pois para uma compra de saibro no valor de R\$ 43.151,47, fizeram destacar o valor de R\$ 172.605,90 como conhecimento de transporte e, para uma compra de rachão II no valor de 157.106,88, o valor de R\$ 628.427,52 de frete. Como a legislação de pertinência exige, em casos como o em exame, que se considere o valor do transporte no preço da venda, o destaque do ICMS deveria ter sido realizado não sob R\$ 43.151,47 e R\$ 157.106,88, mas sim sobre R\$ 215.757,37 e R\$ 785.534,40, respectivamente.

Pois bem, pela análise dos documentos juntados, tem-se como certa a atuação irregular da empresa Pavsolo Construtora Ltda, pois, comprovadamente emitiu documentação para acobertar operação em que era desnecessária a emissão (art. 13, II, do Livro I, do RICMS), já que era a própria vendedora da mercadoria, o que tornou a documentação inidônea.

De seu lado, o fisco baseia a inclusão da apelante no lançamento, como devedora solidária, com supedâneo no art. 124, I e II do CTN, art. 8º da Lei nº 8.820/89, bem como no disposto no art. 13, IV do Livro I, do RICMS, que dispõem:

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. (Grifou-se)

Lei nº 8.820/89:

Art. 8º -Respondem solidariamente com o sujeito passivo pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:
(...)

II - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou terceiros a ela vinculados;
(...)

V - as empresas e os empreiteiros e subempreiteiros de construção civil, obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares e complementares, e os condomínios e os incorporadores, em relação às mercadorias que fornecerem para obras a seu cargo ou que nelas as empreguem, ou que para esse fim adquiram, em desacordo com a legislação tributária; (Grifou-se)

Livro I, do RICMS/RS:

Seção I
Da Responsabilidade de Terceiros
Art. 13 -São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:
(...)

IV - o contribuinte que tenha recebido mercadoria desacompanhada de documento fiscal idôneo; (grifou-se)

Primeiramente, é necessário verificar qual o verdadeiro sentido da expressão 'interesse comum' referido no art. 124 do CTN e Lei 8.820/89, a autorizar a solidariedade em questão.

Segundo Hugo de Brito Machado:

(...) Uma coisa é terem duas ou mais pessoas interesse na situação. Outra é terem duas ou mais pessoas interesse comum na situação. Comprador e vendedor têm interesse na compra e venda, mas não se trata de interesse

comum e sim de interesses contrapostos.

.....
O interesse comum, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Referindo: Depois de explicar que o interesse pode ser moral, ou econômico, De Plácido e Silva registra:

'Daí se forma, por isso, a especialização do interesse moral e do interesse econômico, que se identificam na formação do interesse jurídico.

O moral decorre dos direitos à vida, à liberdade, ao sossego, ao bem-estar, à honra, à fama. O econômico estrutura-se toda vez que a coisa ou fato, calcado em um bem material, ou mesmo em um direito ou bem intelectual, possa ser convertido ou transformado em valor pecuniário. E se diz jurídico quanto, um ou outro, se apresentam legítimos, de modo a autorizar a pessoa a defendê-los, segundo as regras do Direito. Nessa razão, o interesse jurídico é o interesse juridicamente ou legalmente protegido, porque se exhibe legítimo, positivo, certo, atual e inequívoco.

Sobre a solidariedade, Leandro Paulsen refere:

O art. 124 do CTN diz que são solidariamente obrigadas 'as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal' (art.124, I) e deixa ao legislador ordinário estabelecer outros casos de solidariedade (art. 124, II). Têm interesse comum aqueles que figuram conjuntamente como contribuintes. É o caso, por exemplo, dos coproprietários de um imóvel relativamente ao IPTU ou à taxa de recolhimento de lixo. A solidariedade que venha a ser estabelecida pelo legislador ordinário pressupõe que a própria condição de devedor tenha suporte legal suficiente. O art. 124, II, do CTN não autoriza o legislador a criar, a título de solidariedade, novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN. Conforme ensina MISABEL DERZI, a solidariedade não é 'forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo'.

Também sobre o mesmo tema, a seguinte aresto do STJ:

REsp 884845 / SC RECURSO ESPECIAL 2006/0206565-4
Relator Ministro LUIZ FUX (1122)
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 05/02/2009
Data da Publicação/Fonte DJe 18/02/2009

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. **SOLIDARIEDADE**. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC INOCORRÊNCIA. 1. *A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.*

2. *A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regramatriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: "Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço."*

6. *Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, verbis: "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."*

7. *Conquanto a expressão "interesse comum" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.*

8. *Segundo doutrina abalizada, in verbis: "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagonicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220)*

9. *Destarte, a situação que evidencia a solidariedade,*

quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible.

10. "Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008).

11. In casu, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora.

12. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A.

A apelante, em sua defesa na esfera administrativa, afirma (Evento 1, PROCADM11, Página 22) que a prova da inexistência de seu interesse econômico é o Contrato de Empreitada Integral, a Preço Global, de Obras Civis, firmado com a Redram, que reza na cláusula 6 (Evento 1, CONTR15, Página 1):

6. DO PREÇO GLOBAL E DAS CONDIÇÕES DE FATURAMENTO E DE PAGAMENTO.

6.1. Pela prestação dos serviços objeto do presente contrato, o CONTRATADO receberá um Preço Global de R\$ 116.321.774,77 (cento e dezesseis milhões, trezentos e vinte e um mil, setecentos e setenta e quatro reais e setenta e sete centavos).

6.1.1 Ainda que não esteja disposto nos Anexos deste Contrato de forma expressa, estão incluídos no Preço Global todos os custos diretos (materiais, mão-de-obra, mobilização e desmobilização, todos os custos

decorrentes de riscos e contingências, inclusive quanto às condições locais, instalação/configuração, administração, encargos sociais, trabalhistas e tributários, etc.) e indiretos (taxas, seguros, tributos, despesas e taxas alfandegárias, despesas operacionais de transporte (fretes nacionais e internacionais), transporte de materiais, produtos e pessoas e respectivos seguros, embalagens, armazenagens, hospedagens, estadias, passagens aéreas, rodoviárias, deslocamentos, alimentação, equipamentos, ferramentas, bens consumíveis etc.), bem como qualquer insumo que possa influir sobre o mesmo, não sendo admitidas, a qualquer título, a cobrança de valores adicionais, desde que mantidos o escopo e o prazo inicialmente previstos.

6.1.2. Também já estão incluídos no Preço Global todos os valores relativos a tributos, (taxas, contribuições, impostos, conforme a natureza da operação), encargos, inclusive trabalhistas, previdenciários e fundiários (FGTS) que nela possam incidir, em especial, os seguros por acidente de trabalho e da contribuição previdenciária devido ao INSS relativa aos serviços contratados, sendo de responsabilidade do CONTRATADO o pagamento de todos e quaisquer encargos e tributos não retidos em fonte. Não obstante, as CONTRATANTES descontarão dos pagamentos devidos ao CONTRATADO os valores relativos a tributos, taxas e contribuições relacionados aos serviços contratados que a lei determine sejam por elas, CONTRATANTES, retidos em fonte e posteriormente recolhidos.”
(...)

Mediante autorização prévia, emitida por escrito, será admitido o faturamento direto às CONTRATANTES de haveres devidos a subfornecedores do CONTRATADO, cujos valores serão deduzidos do Preço Global, desde que observadas às seguintes condições:” (sem grifos no original)

De fato, o contrato demonstra que a recorrente não teria interesse econômico na fraude cometida pela empresa subcontratada pela Redram Construtora de Obras Ltda, pois, diante da natureza do contrato firmado com esta última, não faria diferença qual o preço cobrado pela subcontratada.

Ademais, trata-se de posições contrapostas, vez que a apelante e a Pavsolo não se encontram no mesmo polo da relação jurídica, como aliás, a recorrente vem afirmando ao longo, tanto do processo administrativo, como deste feito.

Veja-se a decisão do STJ, em situação semelhante:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA VENDEDORA. NÃO RECOLHIMENTO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INAPLICABILIDADE. 1. "O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se,

- ainda, o dispositivo no regimento interno do tribunal respectivo" (art. 1.042, § 5º, do CPC).
2. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).
3. "Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (CTN).
4. Hipótese em que o acórdão recorrido, com base nesse dispositivo legal, reconheceu a responsabilidade objetiva da empresa adquirente pelo pagamento de ICMS não recolhido pela empresa vendedora que realizou a operação mediante indevida emissão de nota fiscal pela sistemática do Simples Nacional, a qual não contém o destaque do imposto.
5. O "interesse comum" de que trata o preceito em destaque refere-se às pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação, no caso, a venda da mercadoria, sendo certo que esse interesse não se confunde com a vontade oposta manifestada pelo adquirente, que não é a de vender, mas sim de comprar a coisa.
6. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1.148.444/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, decidiu que "o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação".
7. In casu, essa razão de decidir, mutatis mutandis, pode ser aplicada ao presente caso, pois, se o adquirente de boa-fé tem o direito de creditar o imposto oriundo de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, com maior razão não pode ser responsabilizado pelo tributo que deixou de ser oportunamente recolhido pelo vendedor infrator.
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 1198146/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 18/12/2018)

Por todos esses motivos, conclui-se que a solidariedade, em face da fraude constatada, no máximo, poderia alcançar a contratante (Rendram) a quem interessaria o abatimento nos custos, mas não a apelante que pagaria pela obra o preço fixo acordado, unicamente, na ordem de 116.321.774,77 (cento e dezesseis milhões, trezentos e vinte e um mil, setecentos e setenta e quatro reais e setenta e sete centavos)."

De efeito.

Detidamente analisada a legislação aplicável ao caso – em especial os arts. 124 do CTN, 8º, II e V, da Lei Estadual nº 8.820/89, e 13, IV, do Livro I do RICMS/RS –, reputo inviável responsabilizar a embargante SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A, de forma solidária, pela inidoneidade dos documentos fiscais relativos a mercadorias adquiridas pela empresa REDRAM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA. junto à pessoa jurídica PAVSOLO CONSTRUTORA LTDA. (devedora principal).

Da documentação coligida aos autos infere-se que, a despeito das discrepâncias apontadas no Auto de Lançamento do Evento 6, OUT7, p. 14-21, do que resultou suposto recolhimento a menor do ICMS devido para a hipótese, a embargante/executada SANTA VITÓRIA DO PALMAR III não concorreu de qualquer forma para os prejuízos suportados pelo Estado, não possuindo, outrossim, "interesse comum" na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal (CTN, art. 124).

Vale dizer, não há no feito prova de que a parte teve participação nas noticiadas irregularidades ou delas se beneficiou.

Segundo destacado na petição inicial destes embargos, a empresa SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A, cuja atividade principal é a geração de energia elétrica, mediante exploração específica do Parque Eólico Aura Mangueira XI, contratou com a REDRAM a implantação completa das obras de construção civil do Complexo Eólico Mangueira-Mirim, sob o regime de empreitada integral, a preço global.

Nos termos do avençado entre as partes, a REDRAM ficou responsável "*por todos os fornecimentos necessários à execução da obra civil*" (sic - Evento 1, INIC1, p.14), tendo, nessa condição, subcontratado a PAVSOLO (sujeito passivo principal da autuação em análise).

E, com base em permissivo constante na cláusula sexta do contrato firmado entre SANTA VITÓRIA DO PALMAR III e REDRAM, acima transcrita, houve o faturamento direto àquela de mercadorias remetidas pela subcontratada PAVSOLO, dando azo à sua responsabilização solidária por irregularidades constatadas pelo Fisco nas notas fiscais apresentadas por essa última.

Ocorre que, como bem frisou o parecer ministerial supracitado, aludido faturamento direto não é capaz de ensejar, no presente caso, a alteração da responsabilidade da construtora REDRAM pelos fornecimentos de materiais para a realização da obra contratada, muito menos a responsabilização da ora apelante SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A.

Ora, consoante previsto no contrato (Cláusula 6.10), o fato de haver faturamento direto à embargante não acarretou nenhuma alteração no preço global a ser pago à REDRAM, de sorte que não se pode falar em qualquer

benefício obtido pela SANTA VITÓRIA DO PALMAR III em virtude das irregularidades imputadas à PAVSOLO quanto ao recolhimento do ICMS.

Aliás, na Cláusula 6.10.1 da avença há expressa previsão de que a contratada REDRAM é quem assumiria toda e qualquer responsabilidade decorrente dos pagamentos efetuados pela embargante SANTA VITÓRIA DO PALMAR III, valores esses devidamente deduzidos da parcela mensal devida à REDRAM.

Ou seja, ainda que a embargante tenha faturado diretamente as notas fiscais relativas a mercadorias entregues pela PAVSOLO, das idoneidades constatadas pelo Poder Público não lhe adveio qualquer benefício financeiro.

Mais do que isso, da prova encartada aos autos denota-se que a SANTA VITÓRIA DO PALMAR III não teve qualquer participação na subcontratação da PAVSOLO pela REDRAM, sequer tomando conhecimento dos valores avençados, prazos e demais condições do negócio. Tratam-se, a SANTA VITÓRIA DO PALMAR III e a PAVSOLO, de empresas ocupantes de polos distintos relativamente à situação jurídica ensejadora da exação, no caso, a venda de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea.

Nos dizeres da exordial, pois, *"a responsabilidade integral pelos serviços e fornecimentos, inclusive quanto às especificações técnicas e à qualidade dos materiais, é da REDRAM (vide cláusula 4.1.1 do Contrato), e os valores dos materiais e dos impostos incidentes nas aquisições, quaisquer que sejam, não implicam alteração no 'Preço Global' estabelecido no Contrato (vide cláusula 6.1.2 do Contrato).*

Em outros termos, os valores pagos diretamente pela Embargante aos subcontratados, quaisquer que fossem, não lhe trariam qualquer prejuízo ou benefício algum, vez que seriam deduzidos do montante a pagar para a REDRAM ('Preço Global')." (Evento 1, INIC1, p. 14).

De igual forma, inexistente no feito prova de que a SANTA VITÓRIA DO PALMAR III tenha concorrido com a utilização de subterfúgios para diminuir a carga tributária devida nas operações narradas pela fiscalização fazendária, até mesmo porque, como já antes referido, tal não implicaria alteração no preço global devido à REDRAM.

O fato de o produto comercializado pela PAVSOLO ter origem no seu estabelecimento localizado em Capão do Leão (e não no Chuí, como constou das NFs), ou de o fornecimento ter se dado sob a "cláusula CIF" (*cost, insurance and freight*), em atenção ao que foi pactuado entre a REDRAM e a PAVSOLO - irregularidades essas que deram azo à constituição do crédito tributário em liça -, são circunstâncias que, a bem da verdade, refogem ao conhecimento da embargante, por integrarem e derivarem de contrato de que essa não é parte.

Ademais, é de ver que a efetiva destinatária das mercadorias (adquirente direta) sequer era a SANTA VITÓRIA DO PALMAR III, mas a própria REDRAM, que as adquiriu da PAVSOLO a fim de empregá-las na execução do contrato envolvendo a construção do Complexo Eólico Mangueira-Mirim, por si realizada.

Daí a conclusão, então, que não havia "interesse comum" (interesse jurídico) da embargante na situação configuradora da suposta evasão fiscal, tampouco houve participação ou beneficiamento dessa no concernente aos apontados prejuízos causados ao erário, agindo ela de boa-fé.

Assim, conquanto o art. 13, IV, do Livro I do RICMS/RS disponha ser responsável *"pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais (...) o contribuinte que tenha recebido mercadoria desacompanhada de documento fiscal idôneo"*, tenho que, na espécie, tal norma deve ser interpretada à luz do entendimento sufragado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do já mencionado AREsp 1.198.146/SP, no sentido que, se o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria cuja nota fiscal posteriormente seja declarada inidônea pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade (Tema 272/STJ), com maior razão não deve esse ser responsabilizado pelo tributo que deixou de ser oportunamente recolhido pelo vendedor infrator diante de irregularidades na documentação fiscal por esse emitida (no caso, a PAVSOLO).

Ainda, o regramento contido no RICMS/RS deve levar em conta o disposto nos arts. 5º da LC nº 87/96 e 5º da Lei Estadual nº 8.820/89, a preceituarem que a *"Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo"*.

A propósito, reproduzo o seguinte excerto da ementa do acórdão proferido por esta Corte no julgamento do AI nº 70075403832, de relatoria da em. Desembargadora Marilene Bonzanini: *"O art. 128 do CTN e o art. 5º da LC 87/96 (Lei Kandir) permitem que o legislador ordinário atribua a terceira pessoa a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, desde que sua conduta concorra para o não recolhimento do tributo."*¹.

Portanto, tendo em vista que, no caso em comento, os supostos fatos descritos no AL fustigado, ensejadores da constituição do crédito de ICMS sob cobrança na execução fiscal, foram extraídos de contratos apresentados pela PAVSOLO, decorrentes de operações contratadas diretamente pela REDRAM - sem intermédio da SANTA VITÓRIA DO PALMAR III -, o reconhecimento da ilegitimidade passiva "ad causam" dessa última é medida que se impõe, afastando-se a responsabilização solidária a si atribuída, até mesmo porque, como visto, a autuação não se deu pela ausência de nota fiscal ou inidoneidade

perceptível de plano, mas sim em virtude de questões outras que não eram de sua responsabilidade apurar.

Nesse sentido, colaciono julgado deste Tribunal aplicável à espécie, **mutatis mutandis**:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS E ICMS-ST. OPERAÇÃO COM GADO VACUM. AUTUAÇÃO DA AQUIRENTE POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO INDEFERIDA NA ORIGEM. DEFERIMENTO. Estando o comprador de boa-fé e havendo a exibição da nota fiscal nas operações com carnes e outros produtos comestíveis de gado vacum, não pode ser responsabilizado por suposta omissão do Frigorífico na obtenção de prazo para o pagamento do tributo, já que a verificação da idoneidade da substituição tributária incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN. Veja-se que do próprio Auto de Lançamento consta que a empresa fornecedora gozou do Regime Especial de pagamento previsto no mencionado art. 50, Livro I, do RICMS/RS até 31-01-2015. E, das Notas Fiscais de compra de carne acostadas), se extrai que nelas constava a indicação de que o recolhimento do ICMS seria apurado no mês subsequente. Frise-se que a autuação da agravante/impetrante não se deu pela ausência de nota fiscal ou manifesta inidoneidade do documento fiscal, mas, sim, porque o Fisco veio a apurar que a empresa vendedora realizou a comercialização de carne sem gozar de prazo para pagamento do ICMS, o que não é de sua responsabilidade apurar. Na verdade, considerando que a empresa vendedora emitiu a nota fiscal e nela indicou, nos dados adicionais, que a apuração do ICMS se dava no mês subsequente, em juízo de cognição sumária, tem-se por caracterizada a boa-fé da agravante, decorrente da aparência de legalidade da documentação elaborada pela empresa vendedora da carne. E, dessa forma, resta caracterizada hipótese de incidência do REsp nº 1148444/MG, TEMA 272/STJ, que trata da boa-fé do adquirente em relação a notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 70080110133, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 27-03-2019)

Por derradeiro, de salientar apenas que, como enfatizou a sentença recorrida, "no que diz com a eventual coincidência do quadro societário da empresa embargante com a empresa Redram, bem como a natureza dos contratos firmados entre elas ou entre a Redram e a Pavsolo, tenho que se mostra impertinente e alheias para o julgamento da presente ação" (sic).

Dispositivo:

Ante o exposto, **voto por dar provimento ao apelo**, para reformar a sentença hostilizada e julgar procedentes os embargos à execução fiscal opostos por SANTA VITÓRIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVÁVEIS S/A, ao efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para responder pela dívida tributária sob cobrança na ação executiva tombada sob o nº 5003707-62.2020.8.21.0022/RS, excluindo-a do polo passivo do feito. Por conseguinte, vão redefinidos os ônus da sucumbência. Em atenção ao entendimento firmado pela 1ª Turma Cível deste Tribunal no julgamento do IRDR nº 70070020896, isento o Estado embargado do pagamento das custas processuais, ressalvadas as de reembolso. Ainda, condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Documento assinado eletronicamente por **MIGUEL ANGELO DA SILVA, Desembargador Relator**, em 13/5/2022, às 10:5:4, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20001773032v33** e o código CRC **bac7483a**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MIGUEL ANGELO DA SILVA

Data e Hora: 13/5/2022, às 10:5:4

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUBSTITUÍDO. RECEBIMENTO DE MERCADORIA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONCORRÊNCIA PARA O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ NO RESP. 931.727/RS. - As obrigações do contribuinte e do responsável surgem em dois momentos distintos e sucessivos: o primeiro, da realização do fato gerador, que faz nascer a obrigação tributária em face do contribuinte (e excepcionalmente do substituto, como no caso); o segundo, decorrente de outro fato jurídico, que materializa umas das hipóteses legais de deslocamento da responsabilidade para o terceiro responsável. - O art. 128 do CTN e o art. 5º da LC 87/96 (Lei Kandir) permitem que o legislador ordinário atribua a terceira pessoa a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, desde que sua conduta concorra para o não recolhimento do tributo. Em estrita observância aos dispositivos legais acima referidos, o art. 8º da Lei Estadual nº 8.820/89 estabelece a responsabilidade solidária do "contribuinte substituído que receber mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária previsto no Capítulo VII, em desacordo com a legislação tributária". - Na espécie, as agravantes receberam a mercadoria em desacordo com a legislação tributária, em especial, porque deixaram de exigir a sua via da Guia de Arrecadação, 3ª via da GNRE ou cópia do comprovante de pagamento. Não se trata, portanto, de responsabilização pelo mero inadimplemento da substituta, mas em virtude de terem as agravantes concorrido diretamente para o não recolhimento do ICMS. Precedentes. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.(Agravado de Instrumento, Nº 70075403832, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 14-12-2017)

5007811-97.2020.8.21.0022

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO TELEPRESENCIAL DE 12/05/2022

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5007811-97.2020.8.21.0022/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO DA SILVA

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA

PROCURADOR(A): ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

SUSTENTAÇÃO ORAL: IASMINE POHREN POR SANTA VITORIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVAVEIS S.A.

APELANTE: SANTA VITORIA DO PALMAR III ENERGIAS RENOVAVEIS S.A.
(EMBARGANTE)

ADVOGADO: IASMINE POHREN (OAB PR049851)

ADVOGADO: MIGUEL HILÚ NETO (OAB PR021733)

APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (EMBARGADO)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Telepresencial do dia 12/05/2022, na sequência 17, disponibilizada no DE de 03/05/2022.

Certifico que a 22ª Câmara Cível, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 22ª CÂMARA CÍVEL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO APELO.

RELATOR DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO DA SILVA

VOTANTE: DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO DA SILVA

VOTANTE: DESEMBARGADORA MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA

VOTANTE: DESEMBARGADORA MARILENE BONZANINI

ARTUR SANTIAGO DAMAZIO
Secretário