



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.052 - RS (2017/0089781-3)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : CINDUMEL INDUSTRIAL DE METAIS E LAMINADOS LTDA
ADVOGADOS : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
LEANDRO SIERRA - SP185017
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. AFASTAMENTO. ÔNUS DA PROVA.

1. Consoante enuncia a Súmula 282 do STF, não se conhece de recurso especial quando não prequestionados os dispositivos tidos por violados.
2. A revisão da conclusão consignada no acórdão recorrido de que a parte autora não logrou comprovar o fato constitutivo do direito invocado demanda necessário reexame de prova, o que é vedado em sede do especial, em face do óbice da Súmula 7 desta Corte.
3. Em ação anulatória, compete ao autor contribuinte produzir prova tendente a afastar a presunção relativa de legitimidade de que goza o auto de infração atacado. Precedentes.
4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 2020 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.052 - RS (2017/0089781-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado por CIDUMEL INDUSTRIAL DE METAIS E LAMINADOS LTDA. contra decisão por mim proferida, constante às e-STJ fls. 318/321, em que conheci do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, por entender não prequestionados os arts. 374, IV, do CPC e 9º do Decreto n. 70.235/1972, necessário o reexame de prova para conhecer da alegada infringência ao art. 373 do CPC e competir à parte autora o ônus de apresentar prova suficiente para afastar a presunção de legitimidade do auto de infração que se busca anular.

Nas suas razões, e-STJ fls. 325/335, a agravante sustenta, em resumo, que: **(a)** os arts. 374, IV, do CPC e 9º do Decreto n. 70.235/1972 estão implicitamente prequestionados, diante da argumentação contida na apelação e do trecho do acórdão recorrido que admite que a empresa também fabrica feixes de mola não destinados ao comércio varejista, hipótese essa que, pela legislação local, não estaria sujeita ao regime da substituição tributária do ICMS; **(b)** diante de seu objeto social, competia ao fisco, quando da autuação, provar que as mercadorias adquiridas pela empresa oriundas de outro estado seriam destinadas ao varejo; **(c)** o exame de sua pretensão recursal não implica reexame, mas reavaliação dos fatos delineados no acórdão, sendo inviável a aplicação da Súmula 7 do STJ.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL apresentou impugnação (e-STJ fls. 340/346).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.052 - RS (2017/0089781-3)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : CINDUMEL INDUSTRIAL DE METAIS E LAMINADOS LTDA
ADVOGADOS : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
LEANDRO SIERRA - SP185017
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. AFASTAMENTO. ÔNUS DA PROVA.

1. Consoante enuncia a Súmula 282 do STF, não se conhece de recurso especial quando não prequestionados os dispositivos tidos por violados.
2. A revisão da conclusão consignada no acórdão recorrido de que a parte autora não logrou comprovar o fato constitutivo do direito invocado demanda necessário reexame de prova, o que é vedado em sede do especial, em face do óbice da Súmula 7 desta Corte.
3. Em ação anulatória, compete ao autor contribuinte produzir prova tendente a afastar a presunção relativa de legitimidade de que goza o auto de infração atacado. Precedentes.
4. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os argumentos ora deduzidos já foram suficientemente analisados e desacolhidos pela decisão agravada, que ora mantenho pelos seus próprios fundamentos.

O recurso especial obstado se origina de ação anulatória de débito fiscal.

Em resumo, defende a recorrente que, consoante a legislação local (art. 182 do RICMS/RS), as operações interestaduais de remessas de autopeças para estabelecimento seu situado no Estado do Rio Grande do Sul não estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS pelo regime de substituição tributária, visto que, segundo o contrato social, a sua atividade principal seria é o comércio varejista, competindo ao fisco produzir prova em sentido contrário.

A pretensão autoral veio a ser desacolhida pela Corte estadual, com a seguinte motivação:

Busca a autora, ora apelante, a anulação dos autos de lançamento nº 0026150379 e 0027585018, com desconstituição dos créditos tributários deles decorrentes.

[...]

A discussão centra-se na verificação de existência ou não de hipótese de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição tributária, o que ensejaria a responsabilidade de empresa autora pela comprovação de pagamento do ICMS no momento da entrada da mercadoria em solo gaúcho. Defende a demandante enquadrar-se nas hipóteses excludentes previstas no art. 182, II e III, do RICMS.

Após impugnação, a autoridade fiscal decidiu mante o auto de lançamento nº 26150379, sob os seguintes fundamentos (fls. 101 a 103):

"(...) Como se percebe da leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos, com fundamento em acordos celebrados entre este Estado e o de São Paulo, os produtos em questão (autopeças) estão sujeitos à substituição tributária interestadual. A substituição tributária não se aplica quando as autopeças foram destinadas a estabelecimento industrial ou destinada a outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista. No mesmo sentido, o art. 35 do Livro III do RICMS, corrobora o entendimento de que sendo o recebedor comércio varejista, a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa sujeita-se ao regime da substituição tributária. Conforme pesquisa nos cadastros desta Secretaria (fls. 39 e 40), a destinatária, Cindumel Indl. de Metais e Laminados Ltda., além da atividade de fabricação de produtos trefilados de metal padronizados (CAE 3 73200000), possui atividade de comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores (CAE 8 13010000) o que, pela legislação antes transcrita (RICMS, Livro III, art. 182, III) não exclui a hipótese de substituição tributária.

Isto posto, no uso da competência delegada pelo Subsecretário da Receita Estadual (Portaria nº 44/2011 – D.O.E. de 05/10/2011), JULGO PROCEDENTE o Auto de Lançamento nº 26150379, para o efeito de MANTER o crédito tributário constituído".

A mesma fundamentação foi utilizada para a manutenção da higidez do AL nº 27585018 (fls. 132 a 134).

Afigura-se correta a conduta do fisco estadual.

[...]

Na forma dos arts. 35, I, "a" e 182, III, parte final, do RICMS, tratando-se de operações interestaduais envolvendo autopeças, não há obrigação tributária no momento da entrada das mercadorias no Estado do Rio Grande do Sul apenas na hipótese de serem destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista.

O inciso II do art. 182 do RICMS, por sua vez, excetua do regime de substituição tributária a hipótese em que o estabelecimento recebedor das mercadorias foi industrial.

[...]

Como se verifica, a empresa fabrica feixes de molas a partir de lâminas metálicas tanto para fins de integração na indústria automotiva - para compor a suspensão dos veículos -, quanto para comercializá-los de forma varejista.

Na última hipótese, a empresa enquadra-se na condição de substituta tributária, exatamente como definido pelo fisco estadual.

A norma tributária exclui da hipótese de antecipação de recolhimento do ICMS apenas os casos de remessa a outro estabelecimento do mesmo titular quando não praticar este comércio varejista. Incumbia à contribuinte, e não ao fisco como pretende, demonstrar tal situação para desconstituir a exação.

[...]

Não há como alcançar o raciocínio da recorrente no sentido de que deve ser considerada apenas a sua atividade principal de "fabricação de produtos de trefilados de metal padronizado", o que afastaria a infração a ela imputada, pois tem também dentre as suas atividades, mesmo que secundárias, a de "comércio a varejo de peças e acessórios".

Não há prova cabal nos autos, o que se configura essencial, em razão das várias atividades praticadas, de que as peças em questão não seriam destinadas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercialização.

O mesmo raciocínio incide em relação à hipótese prevista no art. 182, II, do RICMS, uma vez que não há como presumir que a destinação era para estabelecimento industrial, sendo praticado comércio também pela empresa neste Estado.

Do que se observa, os apontados arts. 374, IV, do CPC e 9º do Decreto 70.235/1972 não foram efetivamente analisados no acórdão recorrido, carecendo o apelo nobre, no ponto, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do STF.

Frise-se que a menção a esses dispositivos no bojo da apelação não dispensa a expressa manifestação do órgão julgador para fins de prequestionamento.

No tocante ao art. 373 do CPC, a Corte estadual, depois de assentar a sua compreensão acerca da legislação local de que as operações interestaduais de transferência de autopeças para estabelecimento de mesmo titular estariam sujeitas ao regime de antecipação de pagamento por substituição tributária quando destinadas ao comércio varejista, e de sopesar os objetivos sociais constantes no contrato social da recorrente, que também contemplariam a atividade de varejo, decidiu que, *in casu*, a empresa autora não logrou comprovar que as mercadorias transferidas não se destinavam à comercialização.

A revisão dessa conclusão pressupõe, logicamente, a revisão do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

Por fim, reitero que, no tocante ao ônus da prova, o julgado estadual deve ser mantido, quer por que compete à parte autora comprovar o fato constitutivo do direito alegado, quer por que o auto de infração que se busca anular goza da presunção relativa de legitimidade inerente aos atos administrativos, a qual somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em sentido contrário.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS. ÔNUS PROBATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE. SÚMULA 568/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, PREJUDICIALIDADE.

[...]

3. A jurisprudência do STJ firma-se no sentido de que, diante da presunção de legalidade e de legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da ação anulatória fazer prova capaz de afastar tal presunção. Precedentes.

[...]

(AgInt no AREsp 894.280/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR. ACÓRDÃO FIRMADO NA INSUFICIÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ART. 535 DO CPC. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

(AgRg no Ag 1.429.168/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 12/06/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 168, 515 535 DO CPC. SÚMULA 284 DO STF. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ÔNUS DA PROVA. PARTICULAR. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

[...]

3. O auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício.

[...] (REsp 1.108.111/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 03/12/2009).

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, tenho que o presente inconformismo não representa interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, a ensejar, por decisão unânime do Colegiado, a multa processual prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0089781-3

AgInt no
AREsp 1.089.052 /
RS

Números Origem: 00352621120178217000 00490773520138210010 01011300269146
02265074820168217000 03572314320168217000 2265074820168217000
352621120178217000 3572314320168217000 490773520138210010 70070163134
70071470371 70072711476

PAUTA: 18/02/2020

JULGADO: 18/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CINDUMEL INDUSTRIAL DE METAIS E LAMINADOS LTDA
ADVOGADOS : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
LEANDRO SIERRA - SP185017
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CINDUMEL INDUSTRIAL DE METAIS E LAMINADOS LTDA
ADVOGADOS : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
LEANDRO SIERRA - SP185017
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.