



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1588532 - SP (2019/0283942-2)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : REUNIDOS AUTO POSTO LTDA
ADVOGADO : PÉRISSON LOPES DE ANDRADE - SP192291
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELISA VIEIRA LOPEZ - SP301792

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INATACADO. IRRESIGNAÇÃO DEFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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, sessão de 09/03/2016).

2. É incabível o agravo em recurso especial para impugnar a parte da decisão a quo que negou seguimento ao apelo raro com fundamento no art. 1.030, I, "b", do CPC/2015.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, porquanto julgamento desfavorável ao interesse da parte não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

4. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial a quo.

5. O recurso especial não se presta para o reexame do contexto fático-probatório delineado no acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

Ministro GURGEL DE FARIA

Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo interno manejado por REUNIDOS AUTO POSTO LTDA. contra decisão por mim proferida, constante das e-STJ fls. 1.388/1.394, em que conheci parcialmente do agravo para conhecer parcialmente de recurso especial que discute a validade de processo administrativo tributário que culminou no lançamento de ICMS por omissão de receitas e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Nas suas razões (e-STJ fls. 1.398/1.416), a agravante sustenta que, diversamente do assentado na decisão impugnada: (i) não é o caso de aplicação da Súmula 283 do STF, porque o fundamento utilizado no acórdão recorrido para afastar a alegada nulidade por cerceamento do direito de defesa, referente à aplicação da preclusão consumativa, foi combatido no capítulo do apelo raro que suscitou ofensa aos arts. 130, 333, I e II, 334, II e III, 515, § 4º, do CPC/1973; (ii) o acórdão recorrido é nulo, por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, pois, diferente no nele consignado, houve a apresentação de provas no processo administrativo, as quais, todavia, não foram objeto de manifestação pela Corte *a quo*; (iii) não incide o óbice da Súmula 7 do STJ na espécie, visto que a pretensão recursal não é a de que o STJ examine as provas juntadas aos autos, "mas que reconhecesse que as Cortes ordinárias não poderiam se furtar a tal análise"; (iv) é possível conhecer da apontada afronta ao art. 6º da LC n. 105/2001, haja vista que não discute a legalidade da quebra de sigilo prevista nesse dispositivo, mas a sua indevida aplicação no caso concreto.

Sem impugnação, conforme certificado à e-STJ fl. 1.421.

É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.588.532 - SP (2019/0283942-2)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : REUNIDOS AUTO POSTO LTDA
ADVOGADO : PÉRISSON LOPES DE ANDRADE - SP192291
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELISA VIEIRA LOPEZ - SP301792

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INATACADO. IRRESIGNAÇÃO DEFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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, sessão de 09/03/2016).
2. É incabível o agravo em recurso especial para impugnar a parte da decisão *a quo* que negou seguimento ao apelo raro com fundamento no art. 1.030, I, "b", do CPC/2015.
3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, porquanto julgamento desfavorável ao interesse da parte não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
4. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial *a quo*.
5. O recurso especial não se presta para o reexame do contexto fático-probatório delineado no acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 7 do STJ.
6. Agravo interno desprovido.

VOTO

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

De início, registro que a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ, segundo o qual “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”.

Feita essa consideração, constato que os argumentos ora deduzidos já foram suficientemente analisados e desacolhidos quando proferi a decisão ora impugnada, razão por que a mantenho pelos seus próprios fundamentos.

A parte da decisão *a quo* que negou seguimento ao recurso especial com fundamento no art. 1.030, I, "b", do CPC/2015 desafia recurso próprio e, por isso, não pode ser objeto de revisão pela via do agravo em recurso especial, sendo, portanto, inviável o exame de eventual ofensa ao dispositivo legal que respalda a alegação referentes à (i)legitimidade, *in concreto*, da utilização pelo fisco das informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito (art. 6º da LC 105/2001).

Com efeito, o agravo interno previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015 é a sede própria para se demonstrar eventual falha na aplicação de tese firmada no paradigma repetitivo em face da realidade do processo.

Dito isso, passo ao exame dos óbices de admissibilidade que justificaram a inadmissão do apelo raro em relação às demais questões.

Na origem, cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pela recorrente com o objetivo anular auto de infração que constituiu créditos de ICMS por omissão de receita.

O magistrado de primeiro grau, reconhecendo a nulidade do procedimento administrativo fiscal, julgou procedente o pedido.

Na sequência, o TJ/SP, por maioria de votos, deu provimento à apelação, vindo a reformar a sentença, com a seguinte motivação:

Alega a autora que fora autuada em ação fiscal intitulada "Operação Cartão Vermelho", amparo constitucional na identificação dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, na conformidade do artigo 145, § 1º, da CF/88., sob a alegação de que a autora teria efetuado vendas sem pagamento dos tributos, o que foi constatado pela comparação entre o movimento do posto e as informações de operadora de cartões de crédito e débito.

Assim, sustenta que as máquinas dessa operadora não funcionaram no posto em questão, mas em outro do mesmo grupo, porque o primeiro estava com as atividades paralisadas para reforma de grande proporção, com troca dos tanques de combustíveis. Sustenta que a movimentação dos cartões é compatível com o movimento do posto em que a máquina foi utilizada e essa questão não foi objeto de decisão no processo administrativo.

Também, as informações remetidas pela administradora de cartão de crédito e débito, que levaram à lavratura do AIIM em discussão, não refletem a real movimentação de vendas do apelado que, desde o ano de 2007, cedeu as máquinas da administradora para uso exclusivo no Auto Posto Itaipu Ltda., também de propriedade dos mesmos sócios do apelado, e requereu à Redecar a alteração do domicílio bancário dessas máquinas, o que não foi prontamente atendido pela administradora, além disso, o apelado deixou de operar por mais de 06 (seis) meses (entre 13.01.2009 e 01.09.2009) em razão de reforma realizada em seu estabelecimento, para a manutenção da segurança e qualidade de sua estrutura, o que ratifica a alegação de que não houve movimentação com vendas nesse estabelecimento autuado.

A contribuinte, alega que foi penalizada nos moldes da "operação cartão

vermelho", da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com base em prova ilícita, obtida sem a devida observância do seu direito a garantia constitucional de sua intimidade e do sigilo bancário, bem como sem o devido procedimento legal administrativo.

Ora, não há como negar ao poder público a sua missão de investigar e fiscalizar, impedindo-o de alcançar a verdade acerca dos negócios transacionais por empresas que por qualquer motivo, não efetuaram o devido recolhimento do imposto sobre as transações.

O fisco computou as operações realizadas com cartões de crédito/débito e deduziu as operações registradas no Livro Registro de Saídas/GIAs, apurando uma diferença de lançamento. A autora foi notificada para demonstrar e comprovar os valores das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito. Não há qualquer notícia de que documentos tenham sido apresentados pela autora à autoridade fiscal, apenas menciona da reforma do posto e da utilização das máquinas da administradora para uso exclusivo no Auto Posto Itaipu Ltda, também de propriedade dos mesmos sócios.

Assim, a autora foi autuada por ter informado durante o exercício de 2009 vendas em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

A Lei Estadual 12.294/06 impôs às administradoras de cartões a obrigação de apresentar ao Fisco Paulista, mensalmente, os arquivos digitais referentes aos recebimentos dos estabelecimentos credenciados para operar com cartões de crédito e débito, bem como a Lei Estadual 12.186/06 que condicionou o ingresso ou permanência no regime simplificado à autorização do contribuinte para que as operadoras de cartão de crédito ou débito informassem o movimento financeiro do contribuinte.

A Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, dispõe em seu art. 6º:

[...]

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR, emitiu voto (Ministra Ellen Gracie):

[...]

A autora informa que recebeu notificação, na qual constava que a Secretaria da Fazenda teve acesso às informações sobre pagamentos realizados em favor do contribuinte através de cartões de crédito e débito, e que solicitava esclarecimentos da recorrida.

O contribuinte não apresentou relatórios e/ou documentos comprobatórios, portanto, não havendo qualquer ajuste a ser feito no movimento das operações de cartões informado pelas empresas administradoras. Como prova do movimento de cartões de cada estabelecimento da empresa, foi juntada arquivos eletrônicos entregues pelas empresas administradoras.

A autuação fiscal se deu em razão da empresa ter ocultado receitas à tributação, pois os valores informados pelas administradoras confirmam que a atuada efetuou vendas de mercadorias no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, superiores às declaradas ao fisco, portanto, os elementos financeiros colhidos pelo fisco são suficientes para comprovar a infração.

Também, não trouxe aos autos provas aos autos, de que a diferença apurada tratava-se de vendas realizadas pelo outro estabelecimento, nem a efetiva transferência das máquinas, ou a efetiva transferência pela administradora de cartão de crédito e de débito.

Assim, tem-se que os agentes fiscais, no caso, apenas deram cumprimento às determinações legais, observando o princípio da legalidade estrita que norteia a administração pública.

Diante do exposto, tem-se que foi regular a autuação da autora, que foi autuada por não ter prestado os esclarecimentos quanto a diferença apurada.

[...]

Importante destacar, que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, de forma que somente devem ser anulados quando ilidida tal presunção.

Superior Tribunal de Justiça

A autora também não apresentou documentação capaz de ilidir tal presunção, assim, é certo que não estão presentes os vícios apontados pela autora, devendo ser mantido o auto de infração e imposição de multa.

Assim, de rigor a reforma da r. sentença, para a improcedência da ação, invertendo os ônus da sucumbência.

Irresignada, a empresa opôs embargos de declaração para que, diante da modificação da sentença que julgou procedente o pedido de forma antecipada, o órgão julgador se manifestasse sobre a necessidade de reabertura da instrução processual, a fim de permitir a prova pericial postulada nos autos com a finalidade de demonstrar as operações com cartões de crédito e débito consideradas pelo fisco não representariam receitas de vendas por elas realizadas.

No julgamento dos aclaratórios, o colegiado local, por unanimidade, assim decidiu:

A questão da produção de prova pericial pleiteada em primeira instância não comporta conhecimento nesta oportunidade, considerando que a matéria não fora objeto de irresignação, no momento oportuno, razão pela qual encontra-se acobertada pelo manto da preclusão consumativa.

Assim, o recurso de embargos declaratórios apresentados pelo autor não merece ser conhecido, considerando que a questão deveria ter sido ventilada na prolatação da r. sentença *a quo* e deixando o requerente de apresentá-la no momento oportuno sujeitou-se à preclusão consumativa do ato, não comportando apreciação nesta sede recursal.

Prosseguindo na tramitação do feito, a contribuinte opôs embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto vencido que reconhecia a nulidade do procedimento administrativo, tal como fez a sentença, oportunidade em que, subsidiariamente, requereu que a modificação da sentença importe em sua nulidade, "possibilitando o prosseguimento do feito com a produção da prova requerida em primeira instância para fins de análise do mérito da discussão".

O recurso foi improvido. Eis a fundamentação adotada:

Conheço os embargos infringentes, nos limites da divergência, mas, respeitado o entendimento diverso, entendo seja o caso de rejeitá-los, mantendo a solução do v. acórdão embargado, pelos fundamentos apontados no voto vencedor do eminente Des. Danilo Panizza, relator designado.

A discussão está centrada na autuação da embargada pelo Fisco, após serem cruzadas as informações obtidas nas administradoras de cartão de crédito e de débito com as declarações de débito do ICMS à Secretaria da Fazenda, sem procedimento administrativo prévio ou autorização judicial para se obter aqueles dados das administradoras de cartão, no âmbito da fiscalização.

Com efeito, verifica-se que a regularidade do AIIM e a exigibilidade do débito nela apurado, referente à diferença de movimentação tributável, conforme apuração decorrente de levantamento fiscal pelo confronto com as operações de cartões de crédito e débito, realizadas legalmente, com lastro no art. 75, X, da Lei nº 6.374/89 (com alteração dada pela Lei nº 12.294/06) e na Portaria CAT-87/2006, observando-se, ainda, que não foi elidida a presunção de legalidade do ato administrativo, não havendo ofensa ao sigilo bancário.

Outrossim, como bem destacou o Des. Danilo Panizza em seu voto vencedor:

"A autora foi notificada para demonstrar e comprovar os valores das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito. Não há qualquer notícia de que documentos tenham sido apresentados pela autora à autoridade fiscal, apenas menciona da reforma do posto e da utilização das máquinas da administradora

para uso exclusivo no auto Posto Itaipu Ltda, também de propriedade dos mesmos sócios".

Por outro lado, não se deve confundir quebra com transferência de sigilo do Banco ao Fisco, em mero quadro de cruzamento genérico de dados, o que, viabiliza a fiscalização tributária (que é de interesse público) sem risco de ofender à tutela de não publicidade (ou sigilo) da vida econômica e financeira do contribuinte (que é de interesse privado).

Destaque-se que, o que está em foco, no caso, é mero cm cruzamento de dados destinado ao controle fiscal do comerciante, e não devassa em extratos de titulares de cartão de crédito ou contas correntes bancárias. Em outras palavras, o sigilo dos titulares de cartão de crédito e de débito consta protegido, sem exposição pública alguma e, ainda, sem elemento algum que os prejudique.

O ponto de confronto, pois, foi direcionado ao comerciante, não aos titulares dos cartões de crédito e de débito, que, em nada foram atingidos com outra forma de fiscalização, lembrando, ainda, que as informações disponibilizadas pelas empresas administradoras de cartões ao Fisco são realizadas no âmbito da denominada "Operação Cartão Vermelho", globalizadas e sem indicação do nome do titular do cartão ou de seu usuário. E, para o comerciante, o cartão de crédito e de débito atua como mero veículo de pagamento, e não como veículo de crédito ou de saque, que aponte operação na esfera de tutela do sigilo bancário ou e o equivalente.

Logo, mera via de fomento do controle fiscal, sem quebra de sigilo propriamente dito, que afasta a incidência do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e do art. 5º, XII, da CF. Daí, pois, porque fora do quadro de incidência, também é irrelevante a inconstitucionalidade declarada pelo órgão Especial do art. 2º do Decreto Estadual nº 54.240/2009 e do art. 6º da Lei Complementar Federal nº 105/2001 (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0018375-30.2015.8.26.0000, rel. Des. Borelli Thomaz, j. 01/07/2015), observando, inclusive, que este julgado em nada se reporta as informações globalizadas por administradora de cartões de crédito e de débito, sem indicação do titular do cartão, no âmbito da "Operação Cartão Vermelho" (suporte fático deste caso).

[...] Assim, penso que a razão está disposta nos votos vencedores do v. acórdão embargado, e, por consequência, os presentes embargos infringentes não merecem, respeitado o entendimento diverso, prosperar.

Opostos novos embargos de declaração, esses foram rejeitados sem acréscimo de fundamentação.

Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal *a quo*, no acórdão impugnado, aprecia fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, ainda que em sentido contrário à pretensão recursal.

Feita essa consideração, verifico que, no presente caso, não há falar em negativa de prestação jurisdicional no acórdão que julgou os embargos infringentes, visto que a fundamentação nele empregada foi clara ao assentar a compreensão de que, diversamente do entendimento alcançado no voto vencido, o processo administrativo não seria nulo por falta de exame das alegações e provas apresentadas pela contribuinte, visto que houve regular notificação para a demonstração e comprovação os valores da operações realizadas mediante cartões de crédito e débito, a qual não teria sido devidamente atendida pela empresa, que teria deixado de apresentar documentos que provasse as suas alegações.

A propósito, eventual equívoco na compreensão das provas produzidas não caracteriza vício de integração (*error in procedendo*), a infirmar a validade do julgado, mas erro de julgamento (*error in judicando*), insuscetível de revisão pela via dos embargos de declaração, e, por conseguinte, de declaração de nulidade do acórdão embargado por suposta

ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

Também não há falar em omissão quanto ao pedido subsidiário para que fosse reaberta a instrução processual, a fim de possibilitar a produção de provas.

Como já historiado acima, essa pretensão foi deduzida nos embargos de declaração opostos em face do julgamento da apelação, sendo que, bem ou mal, o órgão julgador, por unanimidade, não a conheceu em razão da preclusão consumativa.

Frise-se que esse fundamento não foi especificamente impugnado nas razões do recurso especial, o que releva a deficiência da irresignação recursal, nos termos da Súmula 283 do STF.

Em respeito aos argumentos despendidos nesse agravo interno, acresço que o trecho do recurso especial transcrito pela agravante nem sequer identifica o fundamento referente à preclusão consumativa, estando evidente a ausência de sua específica impugnação.

Destaco, ainda, que, cuidando-se de questão julgada à unanimidade de votos, por lógica, não há divergência a ensejar a interposição dos embargos de infringência, motivo pelo qual seria mesmo impertinente qualquer consideração a esse respeito quando do seu julgamento.

Ratifico a pertinência da aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 7 do STJ, pois a revisão da conclusão a que chegou a Corte *a quo* sobre a falta de apresentação de provas no processo administrativo suficientes para justificar os valores das operações informadas pelas administradoras de cartões de débito e, por conseguinte, afastar a presunção de que configurariam vendas omitidas pela contribuinte pressupõe claro reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável no âmbito do recurso especial.

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, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no AREsp 1.588.532 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2019/0283942-2

Número de Origem:

00105322020138260053 105322020138260053 572/2013 5722013

Sessão Virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : REUNIDOS AUTO POSTO LTDA

ADVOGADO : PÉRISSON LOPES DE ANDRADE - SP192291

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : ELISA VIEIRA LOPEZ - SP301792

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - ATOS ADMINISTRATIVOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : REUNIDOS AUTO POSTO LTDA

ADVOGADO : PÉRISSON LOPES DE ANDRADE - SP192291

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ELISA VIEIRA LOPEZ - SP301792

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/09/2022 a 26/09/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 27 de setembro de 2022