



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000342313

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2154196-54.2024.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. e agravada ASSOBRV - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES VOLKSWAGEN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) E NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

GRAVA BRAZIL

Relator

Assinatura Eletrônica

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2154196-54.2024.8.26.0000

AGRAVANTE: VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

AGRAVADA: ASSOBRV - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES VOLKSWAGEN

COMARCA: SÃO BERNARDO DO CAMPO

JUIZ PROLATOR: RODRIGO GORGA CAMPOS

Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Decisão que deferiu a produção de prova documental e pericial contábil. Inconformismo da requerida VOLKSWAGEN. Não acolhimento. Recurso que discute o preenchimento dos requisitos para a produção de provas, a utilidade e a adequação do procedimento, e temas correlatos. Interpretação sistemática do art. 382, § 4º, do CPC, com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso que é cabível consoante entendimento do STJ (REsp 2.037.088/SP, REsp 2.043.440/RJ, AgInt no AREsp 1.948.594/MG). Quanto à questão de fundo, os esclarecimentos da requerente na inicial justificam satisfatoriamente a necessidade e a utilidade da produção antecipada da prova, estabelecem com precisão os fatos sobre os quais a prova recairá, e afastam a alegação de caráter emulativo, de modo que está caracterizado o interesse de agir (art. 382, do CPC). Discussão sobre ônus da prova que deverá ser feita em eventual ação futura. Qualificação jurídica dos valores apurados na perícia, existência de ato ilícito ou enriquecimento sem causa são questões de eventual ação futura. Metodologia da perícia que não é objeto da decisão agravada e, portanto, discussão a esse respeito não comporta conhecimento. Prova que já recairá sobre valores de PIS e COFINS anteriores a agosto/2008, de modo que não há o que alterar a esse respeito. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO Nº 39485

1. Trata-se de agravo de instrumento em face de

decisão proferida em ação de produção antecipada de provas ajuizada por ASSOBRV – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES VOLKSWAGEN ("ASSOBRV") em face de VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA. ("VOLKSWAGEN").

A decisão agravada manteve a decisão de fls. 1450/1451 que, sem ouvir a parte requerida, deferiu a produção antecipada da prova documental e pericial, e apontou que os honorários periciais serão adiantados pela requerente (art. 95 do CPC).

Inconformada, recorre a Volkswagen, pretendendo: **(i)** efeito suspensivo, para suspender a produção da prova pericial até o julgamento deste recurso; no mérito, **(ii)** o indeferimento da prova documental e pericial requerida pela ASSOBRV, e **(iii)** a extinção da ação de produção antecipada de provas.

De início, a Volkswagen sustenta o cabimento deste recurso com base nos REsp n. 2.037.088/SP, REsp n. 2.043.440/RJ, e REsp n. 1.948.594/MG, do STJ, os quais possuem o entendimento de que o art. 382, § 4º, do CPC, não comporta interpretação literal, sob pena de ofensa ao contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal.

Além disso, também aponta que o recurso é cabível em razão da inutilidade de apreciação futura da

discussão sobre o cabimento da prova pericial, sendo a hipótese do Tema 988, do STJ (taxatividade mitigada).

Quanto à questão de fundo, sustenta que a produção antecipada de provas não tem fundamento no inciso II, do art. 381, do CPC, já que não há possibilidade de autocomposição entre as partes.

A esse respeito, destaca que "A ASSOBRABV sabe, há pelo menos 5 anos, que a posição formal da VOLKSWAGEN é a de que 'não há que se falar sobre o direito da rede sobre qualquer proveito econômico' relativo à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. É o que demonstram as notificações extrajudiciais e atas de reuniões realizadas entre as partes entre os anos de 2017 e 2023, juntadas pela VOLKSWAGEN na produção antecipada de provas (doc. 1, fls. 1.538/1.563)." (fls. 11).

Também diz que "A própria ação indenizatória ajuizada pela ASSOBRABV contra a VOLKSWAGEN para discutir valores posteriores a agosto de 2008, julgada improcedente em 25.1.2024 (doc. 5), reforça (i) a ausência de possibilidade de autocomposição no caso e, portanto, o nítido caráter contencioso da medida ajuizada, incompatível, contudo, com a sua própria natureza; e (ii) a ausência de qualquer direito da ASSOBRABV sobre parcelas de PIS e COFINS pagas pela montadora" (fls. 11).

Além disso, aponta que a medida não tem fundamento no inciso III, do art. 381, do CPC, porque, em realidade, a ASSOBRABV não busca prévio conhecimento dos fatos para justificar ou afastar o ajuizamento de eventual ação

indenizatória.

A esse respeito, destaca que, ao longo de sua inicial, "a ASSOBRABV afirmou (e não questionou) que a VOLKSWAGEN teria deixado de repassar às concessionárias quantias que teriam sido pagas por elas. Parte de seu pedido, inclusive, é para que sejam apurados 'os valores que devem ser indenizados pela Volkswagen às distribuidoras associadas à ASSOBRABV,' como se já houvesse obrigação da VOLKSWAGEN para tanto. As alegações da ASSOBRABV demonstram que ela tem uma certeza sobre o suposto ato ilícito praticado pela VOLKSWAGEN, e não uma dúvida" (fls. 12).

Sustenta que a ASSOBRABV não tem interesse processual verdadeiro em produção antecipada de provas, "uma vez que o objeto da prova almejada é, justamente, precisar se houve ou não redução do preço dos veículos após exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS - o que a ASSOBRABV já afirma não ter havido" (fls. 12). Diz que a ASSOBRABV pretende tratar, em procedimento que não admite defesa ou recurso, de matéria que demandaria fase de conhecimento e dilação probatória sob o crivo do contraditório.

Alega que a "A jurisprudência é categórica ao rechaçar a produção antecipada de provas quando (i) a perícia está atrelada à questão eminentemente de mérito; (ii) a parte já tem conhecimento dos fatos e possui outros elementos de prova; (iii) está descaracterizado o caráter não contencioso da medida; e (iv) mostra-se inviável a autocomposição" (fls. 13).

Especificamente quanto à prova documental, a Volkswagen sustenta que não tem dever de guarda dos documentos pretendidos, emitidos há mais de 16 anos. Isso porque o prazo de armazenamento de documentos fiscais é de 5 anos, contados da data de sua emissão, inclusive para pretensões de natureza cível.

Sustenta que o juízo de origem está equivocado ao supor que, pelo fato de a Volkswagen ter impetrado o MS n. 0005412-97.2008.4.03.6114 em face do Fisco, ela mantém a guarda de documentos relativos aos tributos questionados, ainda que ultrapassado o prazo de cinco anos.

Isso porque os valores discutidos no referido mandado de segurança são posteriores a 2008 e, por isso, não são objeto da produção antecipada de prova; além de já terem sido questionados pela ASSOBRV em ação indenizatória (Processo n. 1028586-84.2023.8.26.0564).

Ainda, sustenta que é desnecessário e inútil o fornecimento de tais documentos, porque são de amplo acesso das concessionárias e, conseqüentemente, da própria ASSOBRV, já que são as concessionárias que recebem e pagam as notas fiscais de compra e venda de peças e veículos novos emitidos pelas Volkswagen, nas quais há a indicação, a título informativo, dos valores de PIS e COFINS.

Da mesma forma, é desnecessário e inútil o

fornecimento de eventuais ações judiciais que discutiram a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS em favor da Volkswagen, por se tratarem de documentos públicos e de amplo acesso a terceiros.

No tocante à prova pericial, alega que ela é desnecessária para atestar se ocorreu ou não repasse indevido de valores que podem ser apurados pelas notas fiscais emitidas pelas próprias concessionárias associadas da ASSOBRV.

Além disso, alega que não faz sentido apurar supostos danos sem antes reconhecer a existência de um ilícito, o que só poderá ser feito em ação de conhecimento.

Diz que a ASSOBRV busca indevidamente inverter o ônus da prova em procedimento que não cabe defesa ou recurso para conferir liquidez a um direito que não foi apurado, e reforça sua alegação com base no fato de que, na petição inicial da ação indenizatória, a "ASSOBRV ressaltou que [...] eventual valor devido às suas associadas deveria ser apurado apenas em fase de liquidação de sentença, justamente para que fosse examinada antes a existência do suposto ato ilícito imputado à VOLKSWAGEN" (fls. 19). Sustenta que a prova pericial possui caráter emulativo.

Subsidiariamente, a Volkswagen requer que eventual produção de prova documental se restrinja "ao fornecimento de cópias de procedimentos judiciais e/ou administrativos

envolvendo a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS em período anterior a agosto de 2008, sobretudo considerando que não há obrigação legal de a montadora guardar documentos fiscais por período superior a cinco anos. [...]. Em relação à prova pericial, a VOLKSWAGEN pede que, caso mantida, a análise contábil (a) seja realizada por amostragem; (b) restrinja-se às notas fiscais emitidas pela VOLKSWAGEN quando da venda de veículos e peças aos concessionários de sua rede; e (iii) seja restrita à apuração do eventual repasse do PIS e da COFINS às concessionárias de veículos, de modo a se impossibilitar que a ASSOBRAV quantifique um suposto dano, sem ter reconhecida a suposta conduta tida por ilegal (que somente poderá ser apurada em eventual ação de conhecimento)" (fls. 20).

O recurso foi processado com efeito suspensivo.

A contraminuta foi juntada a fls. 2134/2160.

A r. decisão agravada e a prova da intimação encontram-se a fls. 1943/1949, 1975/1977 e 1979 dos autos de origem. O preparo foi recolhido (fls. 2.006/2.007).

É o relatório do necessário.

2. De início, o art. 382, § 4º, do CPC, não deve ser interpretado de forma literal, mas, sim, à luz da sistemática dos demais dispositivos sobre a produção antecipada de prova, e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No contexto, a respeito do cabimento de recursos na produção antecipada de provas, o STJ já se manifestou no

sentido de que:

"[...] 3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão." (REsp 2.037.088/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ªT, j. em 07.03.2023).

"[...] 2. A melhor interpretação do dispositivo [art. 382, § 4º, do CPC] é aquela que não veda em absoluto a resistência à decisão que defere a produção antecipada de provas, admitindo-se o afastamento da limitação de recorribilidade na hipótese em que a parte em face da qual é deferida a produção de provas pretende questionar a própria presença dos requisitos que autorizam a propositura da referida ação. [...]" (REsp 2.043.440/RJ, Rel. Min. Isabel Gallotti, 4ªT., j. em 29.11.2023).

"[...] 2. No âmbito da ação cautelar de produção

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

antecipada de provas, as impugnações deduzidas pelo requerido devem compatibilizar-se com o rito procedimental, limitando-se às questões de ordem pública como a legitimidade, interesse de agir, cabimento da medida e de eventual contraprova, e temas correlatos. Não se haverá, todavia, de admitir o contraditório amplo, antecipando a controvérsia jurídica de ulterior procedimento judicial para solução do litígio, que se espera seja evitado com resultado da prova. [...] (AgInt no AREsp 1.948.594/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4ªT., j. em 29.11.2023).

No caso, este recurso questiona o preenchimento dos requisitos para a produção antecipada de provas, a utilidade e a adequação do referido procedimento (interesse de agir), e temas correlatos, razões pelas quais se enquadra nas hipóteses em que merece conhecimento.

3. Quanto à questão de fundo, a decisão agravada foi proferida com o seguinte teor:

"DECIDO.

Os artigos 381 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 admitem a produção antecipada de prova, a ser ajuizada como ação autônoma, em que a parte objetiva o acesso à documentação relacionada ao direito alegado.

[...]

A autora demonstra as razões que justificam o pedido.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pretende a Associação apurar e delimitar os valores supostamente pagos indevidamente em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS nos produtos comercializados pela montadora. Argumenta que, no julgamento do RE 574.706/PR, o C.STF estabeleceu que o '*ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*'. Tanto que a ré obteve decisões favoráveis na esfera tributária, não só pela não incidência como também pela repetição do indébito. Entende que os associados, contribuintes de fato, é que na verdade suportaram o ônus financeiro do tributo, por meio do repasse na cadeia produtiva. Assim, por meio dos documentos e da prova pericial pretende apurar eventual proveito obtido pela Volkswagen e quantificar eventual ressarcimento devido às distribuidoras.

Observo que o pedido objeto destes autos não se confunde como discutido na ação registrada sob n. 1028586-84.2023.8.26.0564, que se refere ao período após 2008, abrangido pelo Mandado de Segurança interposto pela montadora. Nesta ação busca-se apurar valores relativos à competência que antecede agosto de 2008, já discutidos na esfera administrativa, devendo, contudo, ser delimitado pelo prazo prescricional tributário¹ e pelas concessionárias ativas no referido período, as quais integraram o aludido procedimento administrativo.

Anoto que, embora a ação indenizatória (n.

¹ Considerada a data base agosto de 2008, de forma retroativa.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1028586-84.2023.8.26.0564) tenha sido julgada improcedente, não se operou o trânsito em julgado. Outrossim, há julgados em sentido contrário, a indicar que, em tese, o pedido da autora é juridicamente possível.

Demais disso, como é cediço, a finalidade precípua da presente ação é resguardar a prova de interesse das partes. Por tal motivo, a sentença na produção antecipada de prova ostenta caráter meramente homologatório, restringindo-se ao reconhecimento da adequação dos elementos obtidos para produzirem efeitos na condição de prova judicial.

[...]

Posto isto, mantenho a decisão de págs. 1450/1451 que deferiu a produção antecipada da prova pericial contábil pleiteada, anotando que os honorários periciais serão adiantados pela requerente (art. 95 do CPC).

Cumpra-se, devendo a montadora apresentar os documentos indicados nos itens a.1 e a.2 (págs. 10/11), observado o prazo prescricional tributário, considerada a data base agosto de 2008 e limitada às concessionárias ativas no período, que integraram os procedimentos administrativos junto ao Fisco." (fls. 1943/1949, destaque não original).

A decisão a fls. 1450/1451 de origem, mencionada na decisão agravada, por sua vez, possui o

seguinte teor:

"[...] Admite-se o pedido de exibição de documento sob o rito da produção antecipada de provas (STJ, AgInt no AREsp 165478/SP). Além disso, o requerente demonstra que a prova é necessária para viabilizar 'a existência e os exatos valores não contemplados pelo MS de 2008, referentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS de que a Volkswagen foi ressarcida, mas, ainda assim, repassou indevidamente às distribuidoras' (pág.10) (art. 381, inc. II e III, do CPC).

Destarte, DEFIRO a produção antecipada da prova pericial contábil pleiteada. Para tanto, nomeio o perito CARLOS ROBERTO LORENZ ALBIERI.

.Nesses termos, CITE-SE o réu para apresentar, no prazo de 15 dias, os seguintes documentos: 'a.1) procedimentos administrativos ou processos judiciais de qualquer sorte que culminaram em compensação, repetição tributária ou outra medida de ressarcimento em favor da Volkswagen, referente a indébitos provenientes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes nas operações de vendas de peças e veículos realizadas pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, matriz ou filiais, para as distribuidoras associadas à ASSOBRV durante o período anterior a agosto de 2008, não contemplado pelo mandado de segurança nº 0005412-97.2008.4.03.6114; a.2) notas fiscais e planilhas de notas fiscais (em formato '.Xml', 'pdf' e afins), relativas a

operações de vendas de peças e veículos realizadas pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, matriz ou filiais, para as distribuidoras associadas à ASSOBRV durante o período anterior a agosto de 2008, com a respectiva discriminação dos valores do PIS e da COFINS encartados em cada uma das notas fiscais relativas a cada operação' (págs. 10/11).".

3.1. De início, as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas (art. 381, do CPC) tratam da perspectiva de quem *requer* a prova.

Daí porque o fato de a agravante (requerida) não ter interesse em autocomposição com a agravada (hipótese do inciso II, do art. 381, do CPC) não interfere na análise do cabimento da produção da prova.

Além disso, a agravada esclareceu que pretende realizar provas para apurar *se há, quais seriam, e quando* a agravante obteve restituição de valores do fisco a título de PIS e COFINS calculados com o ICMS na base de cálculo, incidentes em produtos comercializados antes de 2008. Com essas informações em mãos, irá avaliar se é conveniente ajuizar ação judicial para recuperar esses valores.

Ainda, diversamente do que a agravante sustenta, a agravada não tem acesso a procedimentos administrativos eventualmente propostos pela agravante em face do fisco e,

pelo que se compreende da "Ata de Reunião" realizada pelas partes em 18.08.2008 (fls. 2501/2505), há fortes indícios de que a agravante propôs algum procedimento para recuperar os valores de PIS e COFINS calculados com o ICMS na base de cálculo e anteriores a agosto/2008.

A propósito, o conhecimento a respeito de eventuais valores recuperados por ela independe da discussão sobre se ela praticou ato ilícito causando dano, ou se enriqueceu sem causa às custas dos associados da agravada.

Inclusive, eventuais discussões sobre a qualificação jurídica dos valores apurados pela prova pericial contábil, e sobre eventual dever de indenizar e/ou de ressarcir os membros da agravada, deverá ser objeto de demanda própria, se a agravada entender pertinente ajuizá-la à luz das informações obtidas.

Enfim, os esclarecimentos da agravada justificam satisfatoriamente a necessidade e a utilidade da produção antecipada da prova, estabelecem com precisão os fatos sobre os quais a prova recairá, e afastam a alegação de caráter emulativo, de modo que está caracterizado o interesse de agir (art. 382, do CPC).

No tocante à alegação de que a agravada pretende inverter ônus da prova em procedimento que não

cabe defesa ou recurso, ela não tem cabimento.

É que na produção antecipada de prova não há que se falar em "ônus da prova", pois o ônus da prova é técnica de julgamento para resolver conflitos, e a produção de prova não possui caráter contencioso.

Quanto à inexistência de dever de guarda dos documentos pretendidos pela agravada², de fato, por serem documentos fiscais anteriores a 2008, a agravante não tem dever de guardá-los, assim como as concessionárias membros das ASSOBRAS também não possuem.

Contudo, é certo que algumas notas fiscais a agravante ainda guarda, já que em seus pedidos subsidiários faz menção³ a elas, o que reforça a pertinência da prova documental.

Além disso, na hipótese de existirem procedimentos administrativos fiscais cujo conteúdo leve à conclusão de que a agravante oculta os documentos fiscais nesta produção antecipada de provas, ela poderá responder

² "a.2) notas fiscais e planilhas de notas fiscais (em formato ".xml", "pdf" e afins), relativas a operações de vendas de peças e veículos realizadas pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, matriz ou filiais, para as distribuidoras associadas à ASSOBRAS durante o período anterior a agosto de 2008, com a respectiva discriminação dos valores do PIS e da COFINS encartados em cada uma das notas fiscais relativas a cada operação." (fls. 1450 de origem).

³ Menciona sobre as notas fiscais nos trechos "(b) restrinja-se às notas fiscais emitidas pela VOLKSWAGEN quando da venda de veículos e peças aos concessionários de sua rede;" (fls. 20) e "(ii) análise, por amostragem, das notas fiscais de vendas estabelecidas com a rede de concessionários, para verificar apenas se há o suposto repasse do PIS/COFINS." (fls. 22).

por litigância de má-fé (arts. 79 e 80, do CPC).

Ante o exposto, fica mantida a produção da prova documental e da pericial contábil.

3.2. Com relação aos pedidos subsidiários da agravante (fls. 20 e 23), esses também não procedem.

É que a metodologia a ser adotada pela perícia não foi objeto da decisão agravada e, por isso, o pedido para que a prova pericial seja "realizada por amostragem" (item 'a', a fls. 20, e item 'ii', a fls. 22) não merece conhecimento.

Por fim, tanto na inicial da produção antecipada de provas, quanto na decisão agravada e na decisão a fls. 1450/1451 de origem (mencionada pela decisão agravada), já está claro que o objeto de prova é somente os valores eventualmente restituídos pela agravante a título de PIS e COFINS calculados com o ICMS na base de cálculo, referentes ao período anterior a agosto/2008.

4. Em conclusão, é o caso de manter a decisão agravada.

5. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

DES. GRAVA BRAZIL - Relator