



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2110381 - RS (2023/0415000-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : OSMAR NICOLINI COMERCIO E DISTRIBUICAO S.A.
ADVOGADO : FABIANA TENTARDINI - RS049929
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. BASES DE CÁLCULO. VENDA DE CIGARROS E CIGARRILHAS. ACÓRDÃO RECORRIDO PELA INEXISTÊNCIA DE BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. DISTINÇÃO ENTRE A SITUAÇÃO ANALISADA E A APRECIADA PELO STF NO RE 596.832/RJ (TEMA 228). FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. ARTIGO DE LEI FEDERAL TIDO POR VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. INADMISSIBILIDADE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Após reconhecer a repercussão geral do tema, o Supremo Tribunal Federal - STF, no RE 596.832/RJ, definiu tese segundo a qual é devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins pagas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida.

3. No caso dos autos, o órgão julgador *a quo*, diferenciando a situação analisada no precedente vinculante do STF daquela descrita na causa de pedir pela parte autora, concluiu não ter ocorrido pagamento a maior, na medida em que é pré-definida a base de cálculo das contribuições, nas operações de venda de

cigarro e cigarrilhas, mas não presumida. No contexto, o conhecimento do recurso encontra óbice nas Súmulas 282 e 283 do STF, pois, ao tempo em que se nota ausência de impugnação ao fundamento em que se apoia o acórdão recorrido, percebe-se não estar prequestionado o inc. III do art. 927 do CPC/2015, uma vez considerada a distinção (não impugnada).

4. Agravo interno não provido.

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 17/09/2024 a 23/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 23 de setembro de 2024.

Ministro Benedito Gonçalves
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2110381 - RS (2023/0415000-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : OSMAR NICOLINI COMERCIO E DISTRIBUICAO S.A.
ADVOGADO : FABIANA TENTARDINI - RS049929
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. BASES DE CÁLCULO. VENDA DE CIGARROS E CIGARRILHAS. ACÓRDÃO RECORRIDO PELA INEXISTÊNCIA DE BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. DISTINÇÃO ENTRE A SITUAÇÃO ANALISADA E A APRECIADA PELO STF NO RE 596.832/RJ (TEMA 228). FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. ARTIGO DE LEI FEDERAL TIDO POR VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. INADMISSIBILIDADE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Após reconhecer a repercussão geral do tema, o Supremo Tribunal Federal - STF, no RE 596.832/RJ, definiu tese segundo a qual é devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins pagas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida.

3. No caso dos autos, o órgão julgador *a quo*, diferenciando a situação analisada no precedente vinculante do STF daquela descrita na causa de pedir pela parte autora, concluiu não ter ocorrido pagamento a maior, na medida em que é pré-definida a base de cálculo das contribuições, nas operações de venda de

cigarro e cigarrilhas, mas não presumida. No contexto, o conhecimento do recurso encontra óbice nas Súmulas 282 e 283 do STF, pois, ao tempo em que se nota ausência de impugnação ao fundamento em que se apoia o acórdão recorrido, percebe-se não estar prequestionado o inc. III do art. 927 do CPC/2015, uma vez considerada a distinção (não impugnada).

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(Relator): Trata-se de agravo interno interposto por OSMAR NICOLINI COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA contra decisão que, ao conhecer do agravo, com apoio em entendimento jurisprudencial e nas Súmulas 211 do STJ e 282 e 283 do STF, não conheceu de recurso especial em que discute o direito à repetição de indébito dos valores referentes à contribuição ao PIS e da COFINS, recolhidos no regime de substituição tributária, na hipótese em que a base de cálculo presumida é superior ao valor da operação de venda de cigarros e cigarrilhas ao consumidor final.

A parte agravante não concorda com os óbices sumulares ao conhecimento do recurso e sustenta, em síntese (fls. 311/318):

Equivoca-se o julgado, pois os dispositivos da legislação infraconstitucional apontados como violados foram, expressa ou implicitamente, prequestionados nas instâncias ordinárias. O Recurso Especial invoca a violação ao artigo 927, III, do CPC e ao artigo 165 do CTN que foram assim enfrentados (validados ou refutados) pelo acórdão recorrido [...] Diferentemente do que entendeu a decisão monocrática agravada, o Recurso Especial encontra-se hígido, coerente, claro e objetivo quanto à violação dos artigos indicados no apelo nobre, bem como a impugnação específica ao fundamento de que os valores resultantes (obtidos pela multiplicação do preço fixado para a venda do cigarro no varejo, multiplicado por 291,69 e 3,42 respectivamente, conforme determina o artigo 62 da Lei 11.196/2005), aplicados como base de cálculo para as referidas contribuições, superam excessivamente os montantes efetivos das operações destinadas aos consumidores finais. [...]

Trata-se de pessoa jurídica de direito privado que, dentre suas atividades econômicas exploradas, está o comércio de produtos de fumo,

submetidos à sistemática da substituição tributária do PIS e da COFINS [...] nesse regime as bases de cálculos do PIS e da COFINS são os valores obtidos pela multiplicação do preço fixado para a venda do cigarro no varejo, multiplicado por 291,69 e 3,42 respectivamente, conforme determina o artigo 62 da Lei 11.196/2005. Os valores resultantes, aplicados como base de cálculo para as referidas contribuições, superam excessivamente os montantes efetivos das operações destinadas aos consumidores finais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu a matéria, ao julgar o RE 596.832 (Tema 228), com repercussão geral reconhecida, cujo acórdão foi publicado em 21/10/2020, o qual definiu a seguinte tese: É devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins pagas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida”.

Sem impugnação pela parte agravada (fl. 326).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(Relator): Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Após nova análise processual, verifica-se que a conclusão da decisão agravada deve mantida, pois, tal como nela consignado, há artigo de lei federal não prequestionado e não houve impugnação ao fundamento adotado pelo órgão julgador *a quo* para negar o direito à restituição as referidas contribuições.

A propósito, vejamos, desde logo e no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 168/174):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 596.832, em regime de repercussão geral, fixou atese do Tema nº 228: "É devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social - PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins recolhidas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida".

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, um posto de gasolina,

que recolhia contribuições ao PIS e COFINS na condição de substituído tributário sobre as operações de venda de combustíveis, postulava a restituição de valores recolhidos a maior nas operações em que a base de cálculo presumida, utilizada para o pagamento dos tributos, era superior à efetiva.

Tratava-se, portanto, da hipótese de substituição tributária das contribuições ao PIS e da COFINS relativa às operações da cadeia econômica de combustíveis, técnica fiscal extinta pela MP nº 1.991-15/2000, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º/07/2000.

No caso dos autos, a situação é distinta.

O contribuinte é comerciante varejista que realiza a venda de cigarros e está sujeito, por isto, ao recolhimento das contribuições ao PIS e da COFINS na condição de substituído, na forma prevista pelos art. 3º da LC nº 70/91 e art. 5º da Lei nº 9.715/98, in verbis:

[...]

A partir da Lei nº 11.196/2005, foram modificados os percentuais de multiplicação a que se referem os art. 3º da LC nº 70/91 e art. 5º da Lei nº 9.715/98, nos seguintes termos:

[...]

Como se observa, a técnica de tributação das operações de comércio de cigarros e de cigarrilhas prevê a apuração da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS mediante a multiplicação do preço fixado para a venda no varejo por um percentual previsto em lei.

Não há, neste caso, base de cálculo presumida, mas base de cálculo pré-determinada, majorada de forma intencional pelo legislador mediante a multiplicação do preço de venda por percentuais fixos, no exercício da função extrafiscal dos tributos, notadamente em razão do objeto tributado (cigarros).

Cabe destacar que os preços dos cigarros são controlados e os fabricantes são obrigados a comunicar à Receita Federal os preços de venda no varejo, que devem ser praticados e divulgados ao consumidor mediante tabela informativa, conforme estabelece o art. 220 do Decreto nº 7.212/10.

Dessa forma, os substituídos tributários (comerciantes varejistas) devem vender o produto de acordo com o exato preço de venda fixado na tabela expedida pelo fabricante, que constitui o elemento material para a apuração da base de cálculo das contribuições.

Se o comerciante varejista realizar a venda do produto por preço inferior ao que consta da tabela obrigatória de preços, atua em desconformidade com a legislação de regência e fica sujeito, inclusive, às penalidades nela previstas.

Como mencionado, não se trata de hipótese de base de cálculo presumida que não se confirma, como ocorria com a venda de combustíveis, objeto do Tema nº 228, mas de base de cálculo pré-determinada, que não pode ser alterada a critério do consumidor, seja pela comercialização de produto sem valor inferior ao previsto na tabela obrigatória de preços, seja pela exclusão do fator de multiplicação.

Por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, nada foi acrescido à fundamentação (fls. 197/199).

Pois bem.

O art. 165 do Código Tributário Nacional - CTN trata do direito à restituição do tributo quando o contribuinte o recolhe a maior. A respeito, como se observa do acórdão recorrido, o órgão julgador *a quo* concluiu não ter ocorrido pagamento a maior, na medida em que é pré-definida a base de cálculo das contribuições, nas operações de venda de cigarro e cigarrilhas, mas não presumida. E, como afirmado na decisão monocrática, não houve impugnação a esse fundamento, razão pela qual a Súmula 283 do STF é mesmo óbice ao conhecimento do recurso.

Quanto ao inc. III do art. 927 do Código de Processo Civil – CPC/2015, não está prequestionado. Isso porque o órgão julgador *a quo* diferenciou a situação analisada no precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal daquela descrita na causa de pedir pela parte autora (exatamente o fundamento não impugnado). Assim, considerado fundamento de distinção entre as situações, a Súmula 282 do STF é também óbice ao conhecimento do especial, tendo em vista o acórdão recorrido não se manifestar a respeito da hipótese em que é necessária a observância dos acórdãos proferidos em recurso extraordinário.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no REsp 2.110.381 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2023/0415000-3

Número de Origem:
50027013520224047110

Sessão Virtual de 17/09/2024 a 23/09/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : OSMAR NICOLINI COMERCIO E DISTRIBUICAO S.A.

ADVOGADO : FABIANA TENTARDINI - RS049929

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS -
COFINS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : OSMAR NICOLINI COMERCIO E DISTRIBUICAO S.A.

ADVOGADO : FABIANA TENTARDINI - RS049929

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 17/09/2024 a 23/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 23 de setembro de 2024