



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2075045 - DF (2022/0048054-0)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : CS3 MARMORES E GRANITOS LTDA
ADVOGADOS : ATILIO GIRO MEZADRE - ES010221
HENRIQUE DA CUNHA TAVARES - ES010159
MARCELO PEPPE DINIZ - ES014928
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO - DF022017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DIFAL. IMPUTAÇÃO AO FORNECEDOR DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO DIFAL NAS VENDAS DE INSUMOS A CONSTRUTORA CIVIL LOCALIZADA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO NEGADO.

1. Relativamente ao recolhimento do DIFAL (diferencial de alíquota) do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadoria e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) pelo alienante das mercadorias na hipótese em que o adquirente é empresa de construção civil que adquire mercadorias em Estado diverso para aplicação em obra própria, o Tribunal de origem afastou a pretensão autoral fundamentado na interpretação do art. 155, § 2º, VIII, *b*, da Constituição Federal. Possuindo o acórdão recorrido fundamento eminentemente constitucional, revela-se descabida sua revisão pela via do recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102 da Constituição Federal.

2. Agrado interno a que se nega provimento.

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 28/05/2024 a 03/06/2024, 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 Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 03 de junho de 2024.

MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2075045 - DF (2022/0048054-0)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : CS3 MARMORES E GRANITOS LTDA
ADVOGADOS : ATILIO GIRO MEZADRE - ES010221
HENRIQUE DA CUNHA TAVARES - ES010159
MARCELO PEPPE DINIZ - ES014928
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO - DF022017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DIFAL. IMPUTAÇÃO AO FORNECEDOR DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO DIFAL NAS VENDAS DE INSUMOS A CONSTRUTORA CIVIL LOCALIZADA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO NEGADO.

1. Relativamente ao recolhimento do DIFAL (diferencial de alíquota) do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadoria e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) pelo alienante das mercadorias na hipótese em que o adquirente é empresa de construção civil que adquire mercadorias em Estado diverso para aplicação em obra própria, o Tribunal de origem afastou a pretensão autoral fundamentado na interpretação do art. 155, § 2º, VIII, *b*, da Constituição Federal. Possuindo o acórdão recorrido fundamento eminentemente constitucional, revela-se descabida sua revisão pela via do recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102 da Constituição Federal.

2. Agrado interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agrado interno interposto por CS3 MARMORES E GRANITOS LTDA contra a decisão de relatoria do Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região) de fls. 358/365.

A parte agravante insurge-se contra o ponto do acórdão recorrido

que concluiu não ser a construtora contribuinte do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadoria e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), razão pela qual caberia o lançamento do diferencial de alíquota (DIFAL) do ICMS em desfavor da parte ora recorrente, de acordo com o disposto no inciso VII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, mesmo em se tratando de insumos utilizados na prestação de serviços de construção civil.

Assevera que, embora a decisão de inadmissão do recurso especial na origem tenha citado a tese firmada pela sistemática do recurso repetitivo (Tema 261/STJ), manteve a exigência de DIFAL do ICMS na venda para construtora civil, mesmo tendo ela adquirido as mercadorias para utilização em obras próprias, contrariando, portanto, o entendimento consolidado nesta Corte Superior.

Impugnação apresentada às fls. 383/387.

É o relatório.

VOTO

Não obstante as alegações da parte agravante, razão não lhe assiste, ainda que por fundamentos diversos daqueles apresentados na decisão agravada.

Nas razões do recurso especial, a ora agravante não questionou o afastamento da cobrança de diferencial de alíquota de ICMS das empresas de construção civil que adquirem mercadorias em Estado diverso para aplicação em obra própria, matéria já decidida pela Primeira Seção no julgamento do Recurso Especial 1.135.489/AL sob a sistemática do recurso representativo da controvérsia (Tema 261/STJ).

A controvérsia trazida ao exame desta Corte Superior cinge-se apenas à imputação ao fornecedor da responsabilidade pelo pagamento do DIFAL nas vendas de insumos à construtora civil.

Em suas razões recursais, a parte recorrente defende que (fl. 217):

Em se tratando de vendas de bens para construtora civil para serem usados como insumos em suas obras não há falar em incidência de ICMS, tampouco, de diferencial de alíquota a ser recolhido pelo alienante das mercadorias, por não se tratar a adquirente de contribuinte do imposto ou consumidora final das mercadorias, que integrarão o serviço prestado.

No caso em questão, embora a parte recorrente tenha indicado nas razões do recurso especial violação de dispositivo de lei federal, é incabível o recurso especial pois interposto contra acórdão com fundamento eminentemente constitucional.

O Tribunal de origem afastou a pretensão autoral fundamentado na interpretação do art. 155, § 2º, VIII, *b*, da Constituição Federal, nestes termos (fls. 153/158):

Inicialmente, cumpre destacar que a cobrança do Diferencial de Alíquota - DIFAL/ICMS - é perfeitamente válida e foi feita com base na Lei Distrital 5.546/2015, que repete as disposições da própria Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96.

Com efeito, o DIFAL resulta da diferença entre alíquotas cobradas entre os Estados-Membros que participaram da transação comercial, de forma a garantir ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha nacional do ICMS, não se tratando de hipótese de bitributação ou previsão de novo fato gerador para o mesmo imposto, mas de complementação do ICMS.

Nas vendas de mercadorias e prestações de serviços a consumidores finais não contribuintes localizados em Estados distintos, o Estado de origem receberá o valor equivalente à alíquota interestadual mais um percentual do diferencial de alíquota, conforme consta no art. 99 da ADCT[1], devendo o restante ser pago ao Estado de destino, incumbindo ao remetente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual quando o destinatário não for contribuinte do imposto, conforme prevê o art. 155, § 2.º, VIII, *b*, da CF, senão veja-se:

[...]

Ocorre que o referido tributo não poderá ser cobrado nos casos de serviços prestados pelas empresas de construção civil, porquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento ao julgar o Resp 1.135.489/AL, sob o rito do Recurso Repetitivo, de que tais empresas, ao adquirirem, e outros Estados, materiais a serem empregados como insumos para atividade fim, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário. Confira-se:

[...]

No mesmo sentido, a súmula 432 do colendo STJ dispõe que: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”.

Seguindo o mesmo entendimento, confira-se precedente do STF:

[...]

Hugo de Brito Machado[2], lecionando sobre o tema, explica:

A empresa que realiza a construção civil não pratica o consumo, mas o insumo dos bens que adquire para emprego em suas obras. Em

síntese, na atividade de construção civil não incide o ICMS, mas apenas o ISS, não havendo lugar, portanto, para a cobrança do diferencial de alíquotas.

No caso em apreço, restou comprovado que a apelada, sediada em outra Unidade da Federação (remetente), forneceu materiais à empresa MARTIN E MEIRELES CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA (destinatária), inscrita como contribuinte do ISS no Distrito Federal, sob o nº 0752315200100, conforme documento de ID 23673487. Ao exercer atos de construção civil, a empresa destinatária se enquadra no conceito de contribuinte de imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISS), não do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS), não podendo ser compelida ao recolhimento do DIFAL.

Ressalte-se que, ao contrário do alegado pela apelada, ainda que a empresa destinatária possua inscrição no Cadastro de Contribuintes, este fato, por si só, não tem o condão de lhe imputar a responsabilidade do referido tributo, visto que a inscrição é mera formalidade. Para melhor elucidar a questão, transcreva-se trecho do voto paradigma do eminente Desembargador Teófilo Caetano, no bojo do acórdão de n. 638.567, proferido por esta 1ª Turma Cível:

[...]

Noutro giro, a apelante (empresa remetente) deve ser responsabilizada pelo recolhimento do ICMS em sua Unidade da Federação, correspondente à tarifa interestadual, bem como pelo tributo no Estado destinatário, correspondente ao DIFAL, hipótese que se subsume ao inciso VIII do §2º do art. 155 da CF/1988.

Nesse ponto, esclarece a doutrina de Ricardo Alexandre que:

O legislador constituinte, atento a essa realidade, antecipou-se ao problema e identificou os responsáveis pelo recolhimento do imposto no inciso VII do §2º do art. 155 da CF/1988. Segundo essa norma, se o consumidor final destinatário da mercadoria ou serviço proveniente de outro Estado for contribuinte do imposto, a ele próprio caberá o recolhimento do tributo; no entanto, se o consumidor final não for contribuinte, o recolhimento ficará a cargo do remetente[5]. (grifo nosso).

Acerca do tema, confirmam-se precedentes deste Tribunal:

[...]

In casu, como a construtora não é contribuinte do ICMS, a apelante será responsável pelo pagamento da diferença entre alíquotas do seu Estado e a do (Estado) do comprador/destinatário. Portanto, correta a cobrança da DIFAL-ICMS-ST, demonstrada por meio dos documentos acostados aos IDs 23673489 e 23673489. (Destques originais.)

Dessa forma, é forçoso reconhecer que, possuindo o acórdão recorrido fundamento eminentemente constitucional, revela-se descabida sua revisão pela via do recurso especial, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), prevista no art. 102 da Constituição Federal.

O exame do alcance e dos limites de tese jurídica fixada pelo STF demanda a interpretação de preceitos e dispositivos constitucionais, providência essa de competência exclusiva da Suprema Corte.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. FORMA DE CÁLCULO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS VERSUS ICMS A RECOLHER NA COMPETÊNCIA. **ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.** AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. O Tribunal de origem apenas interpretou o precedente do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral para aplicá-lo ao caso concreto, razão pela qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça dirimir a controvérsia em sede de Recurso Especial no pertinente à interpretação constitucional do referido RE 574.706 RG/PR, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102 da Constituição Federal.

3. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.578.077/SP, Ministro Manoel Erhardt –Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021, DJe de 29/4/2021 – sem destaque no original.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO MILITAR. FILHA. REQUISITOS DO ART. 7º DA LEI 3.765/60 C/C LEI 8.216/91. ALEGADA OMISSÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL QUE, EM TESE, TERIA RECEBIDO INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DAQUELA FIRMADA POR OUTROS TRIBUNAIS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF, APLICADA POR ANALOGIA. **IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.**

[...]

V. Do exame do julgado combatido e das razões recursais, verifica-se que a solução da controvérsia possui enfoque eminentemente constitucional. Dessa forma, compete ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, no mérito, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014; AgRg no RESp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA

TURMA, DJe de 03/12/2014).

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.377.313/CE, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 26/4/2017 – sem destaque no original.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 2.075.045 / DF
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2022/0048054-0

Número de Origem:

07055553320208070018 7055553320208070018

Sessão Virtual de 28/05/2024 a 03/06/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CS3 MARMORES E GRANITOS LTDA
ADVOGADOS : ATILIO GIRO MEZADRE - ES010221
HENRIQUE DA CUNHA TAVARES - ES010159
MARCELO PEPPE DINIZ - ES014928
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO - DF022017
ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CS3 MARMORES E GRANITOS LTDA
ADVOGADOS : ATILIO GIRO MEZADRE - ES010221
HENRIQUE DA CUNHA TAVARES - ES010159
MARCELO PEPPE DINIZ - ES014928
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO - DF022017

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/05/2024 a 03/06/2024, 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 Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 03 de junho de 2024