



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2361146 - SP (2023/0153044-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : HEALTH SOLUTIONS COMERCIO E SERVICOS LTDA
OUTRO NOME : HEALTH SOLUTIONS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI ME
ADVOGADOS : AMAURI SILVA TORRES - PR019895
FERNANDA CAROLINA SCHLOGEL DE FREITAS - PR063584
ROLAND DOS SANTOS OMENA - PR084778
VANESSA CRISTINA MILKIEWICZ OLIVEIRA - PR112142
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DANIEL CASTILLO REIGADA - SP198396
INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. QUESTÃO DIRIMIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM COM ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem dirimiu a questão referente à aplicabilidade da LC 190/2022 à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de dispositivos da Constituição Federal.
2. Muito embora tenha sido citado dispositivo infraconstitucional, a matéria foi dirimida sob enfoque eminentemente constitucional. Descabe, pois, ao STJ examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF.
3. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/12/2023 a 18/12/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 18 de dezembro de 2023.

Ministro Herman Benjamin

Relator

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.361.146 - SP
(2023/0153044-9)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : HEALTH SOLUTIONS COMERCIO E SERVICOS LTDA
OUTRO NOME : HEALTH SOLUTIONS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI
ME
ADVOGADOS : AMAURI SILVA TORRES - PR019895
FERNANDA CAROLINA SCHLOGEL DE FREITAS -
PR063584
ROLAND DOS SANTOS OMENA - PR084778
VANESSA CRISTINA MILKIEWICZ OLIVEIRA -
PR112142
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DANIEL CASTILLO REIGADA - SP198396
INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Interno interposto de decisão monocrática (fls. 318-320, e-STJ) que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

A agravante alega:

Diversamente do que consta no entendimento exarado pelo Ilmo. Presidente, o caso em comento não trata de “matéria sob enfoque eminentemente constitucional”, muito pelo contrário, aqui o discute é a negativa de vigência ao que prevê o art. 3º da Lei Complementar 190/2022. Formou-se na jurisprudência do STF entendimento segundo o qual o recurso extraordinário só seria admissível se, para apreciar a norma constitucional supostamente violada, o julgador não tivesse de passar pela análise de lei infraconstitucional.

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à Turma.

É o **relatório**.

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.361.146 - SP
(2023/0153044-9)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : HEALTH SOLUTIONS COMERCIO E SERVICOS LTDA
OUTRO NOME : HEALTH SOLUTIONS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI
ME
ADVOGADOS : AMAURI SILVA TORRES - PR019895
FERNANDA CAROLINA SCHLOGEL DE FREITAS -
PR063584
ROLAND DOS SANTOS OMENA - PR084778
VANESSA CRISTINA MILKIEWICZ OLIVEIRA -
PR112142
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DANIEL CASTILLO REIGADA - SP198396
INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. QUESTÃO DIRIMIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM COM ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem dirimiu a questão referente à aplicabilidade da LC 190/2022 à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de dispositivos da Constituição Federal.
2. Muito embora tenha sido citado dispositivo infraconstitucional, a matéria foi dirimida sob enfoque eminentemente constitucional. Descabe, pois, ao STJ examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF.
3. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 10.11.2023.

A irresignação não merece prosperar.

Conforme consignado na decisão agravada, Verifico que, muito embora tenha sido citado dispositivo infraconstitucional, a matéria foi dirimida sob enfoque eminentemente constitucional. É o que se extrai de trecho do julgado:

O DIFAL (Diferencial de Alíquota) foi criado pela EC nº 87/2015 para compensar a questão da tributação de produtos que transitam entre Estados.

Com a edição da Emenda, os Estados passaram a instituir a cobrança, que foi objeto de questionamentos perante o STF, que, com o tema nº 1.093, decidiu:Tema 1.093: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”

Houve, inclusive, modulação no julgamento de uma ADI correlata, aplicando seus efeitos a partir de 2022 (caso não fosse editada lei complementar).

Assim, a partir de tal decisão, foi aprovado o convênio CONFAZ nº 236/21 e foi feito o projeto da lei complementar. Por sua vez, o Estado de São Paulo editou a Lei Estadual nº 17.470/2021, que instituiu o DIFAL no âmbito de sua atribuição.

Ocorre, no entanto, que a Lei Complementar Federal, apesar de votada pelo Congresso em 2021, só foi sancionada pelo Presidente em 2022, e se converteu na LCF nº 190/2022. Daí a argumentação da contribuinte no sentido de que tem direito líquido e certo a não ser tributada pelo ICMS-DIFAL no Estado de São Paulo, pela aplicação do princípio da anterioridade anual e nonagesimal.

Não prospera, porém, tal argumentação, pois como o próprio STF já se pronunciou, há distinção entre lei instituidora do tributo e lei que veicula normas gerais do tributo.

O ICMS, e consequentemente o DIFAL (diferencial de alíquota), é tributo estadual, cabendo ao Estado fazer a instituição do tributo. Nos termos do ordenamento constitucional, os princípios da anterioridade e da nonagesimal devem ser observados em relação às normas instituidoras do tributo e não em relação à norma que veicula normas gerais.

Aliás, o STF no julgamento do tema nº 1.094, em caso análogo, entendeu que era necessária a edição de lei complementar no âmbito federal, veiculando normas gerais, para autorizar a cobrança pelos Estados, e, assim, firmou a posição de que a lei estadual está com a eficácia

suspensa até a edição da lei federal, observando-se o princípio da anterioridade e nonagesimal em relação à lei estadual instituidora e não em relação à lei complementar federal, que traça normas gerais.

(...)

Sendo assim, não pode ser acolhida a tese de violação do princípio da anterioridade e anualidade, por conta da edição da lei complementar federal, que traçou normas gerais, em 2022.

A União não tem competência tributária para instituir ou majorar ICMS, que é tributo estadual (art. 155, II da CF). Assim, apenas com relação à lei estadual se exige a observância do princípio do art. 150, III, “b” da CF. No caso em pauta, a lei estadual é de 2021, o que torna a cobrança do DIFAL regular em relação aos princípios da anterioridade e nonagesimal. Note-se que nas ações em que se discute a constitucionalidade do DIFAL, ajuizadas perante o STF e sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes (ADIs 7066, 7070 e 7075), por decisão de 18/02/2022, não foi deferida a liminar.

Portanto, sem que se note ofensa ao princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b”, é possível a cobrança do DIFAL ainda no exercício de 2022.

Descabe, pois, a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. DIFAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. MATÉRIA ANALISADA NA ORIGEM À LUZ DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No recurso especial a parte apontou, além da divergência jurisprudencial, violação do art. 3º da Lei Complementar n. 190/22, argumentando-se que deve ser reconhecida a aplicação das anterioridades nonagesimal e anual, afastando-se, consequentemente, a exigência de DIFAL de ICMS.

2. Da leitura do aresto combatido verifica-se que a aplicabilidade da LC n. 190/22 foi examinada pela Corte local à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de dispositivos da Constituição Federal.

3. Dirimida a questão, na instância ordinária, com fundamentação exclusivamente constitucional, ainda que tenha sido feita menção à legislação federal, compete ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte (art. 102 da CRFB/88).

4. Agravo interno não provido.(AgInt no REsp n. 2.049.476/CE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023.)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes, não há prover o

Superior Tribunal de Justiça

Agravo que contra ela se insurge.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 2.361.146 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2023/0153044-9

Número de Origem:

10283314420228260053 20220000908429

Sessão Virtual de 12/12/2023 a 18/12/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HEALTH SOLUTIONS COMERCIO E SERVICOS LTDA

OUTRO NOME : HEALTH SOLUTIONS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI ME

ADVOGADOS : AMAURI SILVA TORRES - PR019895

FERNANDA CAROLINA SCHLOGEL DE FREITAS - PR063584

ROLAND DOS SANTOS OMENA - PR084778

VANESSA CRISTINA MILKIEWICZ OLIVEIRA - PR112142

AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : DANIEL CASTILLO REIGADA - SP198396

INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : HEALTH SOLUTIONS COMERCIO E SERVICOS LTDA

OUTRO NOME : HEALTH SOLUTIONS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI ME

ADVOGADOS : AMAURI SILVA TORRES - PR019895

FERNANDA CAROLINA SCHLOGEL DE FREITAS - PR063584

ROLAND DOS SANTOS OMENA - PR084778

VANESSA CRISTINA MILKIEWICZ OLIVEIRA - PR112142

AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : DANIEL CASTILLO REIGADA - SP198396

INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/12/2023 a 18/12/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 19 de dezembro de 2023