

Klein: O direito das empresas quanto ao recolhimento do Difal

Em sessão realizada no dia 24/2/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.287.019, que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS (Difal) no âmbito das vendas de mercadorias e das prestações de serviços interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto seria inválida enquanto não fosse editada lei complementar a



O julgamento deu origem ao Tema 1.093, com a seguinte

tese de repercussão geral: *"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"*.

De acordo com a Emenda Constitucional nº 87/2015, nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, localizado em outra unidade federada, será adotada a alíquota interestadual e caberá ao estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual, ficando autorizada, portanto, a instituição da cobrança do Difal.

Contudo, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, somente a lei complementar pode estabelecer os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos, a exemplo do ICMS e do seu diferencial de alíquota.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a cobrança do Difal nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS não poderia ser realizada pelos estados e pelo Distrito Federal antes da edição da respectiva lei complementar, com a fixação dos seus elementos gerais.

Até então, os estados e o Distrito Federal vinham efetuando a exigência com base na disciplina do Convênio ICMS nº 93/2015, ato normativo que foi considerado inconstitucional pelo Plenário, por violar reserva de lei complementar.

Ademais, houve a modulação dos efeitos do julgamento, ficando decidido que o entendimento adotado incidiria apenas a partir de 1º de janeiro de 2022, com a ressalva do direito dos contribuintes com ações judiciais já em curso e das empresas optantes pelo Simples Nacional, tendo em vista a suspensão da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015 desde a data da concessão de medida cautelar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.464, que se deu em fevereiro de 2016.

Para suprir a omissão legislativa, no dia 5 de janeiro foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, contendo a regulamentação da cobrança do ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

No artigo 3º do diploma legal, ficou determinado que a produção dos seus efeitos se implementará após decorridos 90 dias da data em que publicado, com a observância do princípio do artigo 150, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, ou seja, da anterioridade nonagesimal.

Ocorre que o ICMS é imposto que se submete também ao princípio da anterioridade anual ou de exercício, previsto no artigo 150, inciso III, alínea "b", da Carta Magna, segundo o qual é vedada a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu.

Com efeito, o ICMS não foi contemplado pelo constituinte entre as exceções ao princípio em referência, não podendo o legislador complementar extrapolar tal limitação constitucional ao poder de tributar.

Portanto, a cobrança do Difal já no ano de 2022 é notoriamente inconstitucional, podendo a exigência ser efetuada validamente pelos Estados e pelo Distrito Federal tão somente a partir de 1º de janeiro de 2023.

Destaca-se que o direito de não recolher o Difal em 2022 também aproveita às empresas do Simples Nacional, pois o Tema 517 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade da cobrança da diferença de alíquota do ICMS apenas nas compras/aquisições interestaduais feitas pelos optantes, tratando-se de situação distinta da venda/remessa por empresas desse regime de tributação, a qual é objeto do Tema 1.093.

Dada a cogência das normas legais que não tenham sido suspensas pelo Judiciário, os contribuintes devem agir de forma preventiva, ingressando com medida judicial para coibir a inevitável cobrança do Difal, que terá como termo inicial o dia 4 de abril de 2022, conforme determinado pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 190/2022.

Date Created

08/01/2022