

Sergio Cavalheiro: Constitucionalidade da cobrança do Difal

Na última semana, o ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, pediu vistas das três ações discutindo a constitucionalidade da cobrança do Difal (diferencial de alíquota) do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços). Com isso, o julgamento das ADIs 7.066, 7.070 e 7.078 foi



O diferencial de alíquota de ICMS foi instituído via Emenda

Constitucional nº 87/15, com o objetivo de abrandar os efeitos do comércio online sobre a arrecadação deste imposto, tendo em vista que a maioria das empresas de *e-commerce* estava sediada em poucos estados da Federação e o ICMS nas vendas para consumidor final era, portanto, arrecadado apenas por tais estados.

Posteriormente à Emenda Constitucional, nas operações nas quais o adquirente não é contribuinte do ICMS, o Estado de destino dos produtos ou serviços passou a receber parte da arrecadação, via ajuste gradual durante período de transição estabelecido entre 2015 e 2018. No primeiro ano, o Estado de origem ficava com 80% do ICMS e o de destino com 20%. Gradativamente o estado de destino passou a ficar com mais, de tal sorte que, em 2018, 80% competia ao estado de destino e 20% ao de origem. À partir de 2019, o ICMS passou a ficar 100% com o estado destinatário.

Em operações com contribuintes do ICMS, há necessidade de recolhimento de Difal em percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual. Pois bem, em seguida à Emenda Constitucional 87/15, os Estados celebraram o Convênio Confaz 93/2015 objetivando fixar as regras gerais sobre o Difal.

Nada obstante, o STF definiu que havia necessidade de Lei Complementar para regulamentar a cobrança do ICMS-Difal conforme julgamento da ADI 5469 (que reconheceu a inconstitucionalidade das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª daquele Convênio) e, também, do Tema nº 1.093, que firmou tese de repercussão geral no sentido de ser indispensável Lei Complementar para fins de estabelecer regras gerais de cobrança do ICMS-Difal autorizado pela Emenda Constitucional 87/15.

Diante de tal quadro, o Congresso aprovou a Lei Complementar 190/2021 trazendo as regras gerais de tal modalidade de ICMS. Contudo, o Texto Legal apenas foi publicado em 04 de janeiro de 2022, instaurando-se novo debate jurídico sobre a cobrança do tributo.

Estados entenderam que a cobrança já poderia ser feita no exercício de 2022, porque o ICMS-Difal não é tributo novo e já vinha sendo exigido via Convênio Confaz 93/2015 desde 201. Já os contribuintes defenderam a tese de que o Difal apenas poderia passar a ser exigido em 2023, tendo em vista que o artigo 150, III, b e c da Constituição impede a cobrança de tributo do mesmo exercício fiscal de publicação da Lei que o instituiu ou majorou e antes de transcorridos, pelo menos, noventa dias de sua publicação em *Diário Oficial*.

O debate acima foi levado ao STF via ADIs 7.066, 7.070 e 7.078 anteriormente citadas e cujos julgamentos foram suspensos por tempo indeterminado, no último dia 27 de setembro, em razão de pedido de vistas do ministro Dias Tofoli.

Na hipótese do Supremo não concluir o julgamento das referidas ADIs antes do encerramento do ano judiciário de 2022, na prática, teremos os Estado cobrando Difal livre de questionamentos acerca do respeito ao princípio da anterioridade a partir de 2023 e, em paralelo, a continuidade do debate entre estados e contribuintes acerca da constitucionalidade da cobrança dos valores exigidos pelos estados no exercício de 2022.

Date Created

04/10/2022