

Sahade e Azambuja: Difal do ICMS no ramo da construção civil

03/08/2022

No ramo da construção civil, a incidência ou não do diferencial de alíquota interestadual (Difal), a título de tributação do ICMS, está em grande debate já há mais de uma década.



O Difal pode ser definido como a diferença de alíquota

do ICMS que tem por objetivo tornar mais justa a arrecadação entre os estados. Antigamente, o ICMS ficava no estado onde a empresa que venderia o produto estava localizada, ou seja, gerava arrecadação apenas no estado de origem da mercadoria.

A discussão acerca da incidência ou não do Difal decorre do fato de as empresas dedicadas à atividade de construção civil, em regra, não se caracterizarem como contribuintes do ICMS, mas sim do tributo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Assim, após diversas discussões sobre o tema, ainda em 2009, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser vedado aos Estados cobrarem das construtoras o pagamento do Difal do ICMS (REsp nº 1.135.489-AL e Súmula 432 do STJ).

Por outro lado, em 2015, o Poder Legislativo trouxe um novo capítulo sobre essa matéria após a aprovação da Emenda Constitucional nº 87 de 2015. Essa emenda à Constituição Federal alterou a redação de alguns relevantes artigos que se referem ao imposto e possibilitou o pagamento do Difal aos contribuintes diretos ou não do ICMS (incisos VII e VIII do §2º do artigo 155 da Constituição da República de 1988).

Dessa forma, após essa alteração legislativa, os Fiscos Estaduais começaram novamente a exigir a cobrança do Difal do ICMS ao ramo da Construção Civil.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 5469 de 2021, decidiu que, mesmo após tal Emenda Constitucional, os Estados não podem exigir o Difal do ICMS, em razão da necessidade de haver uma Lei Complementar regulamentando o assunto (artigo 146, I e III, a e b; e artigo 155, §2º, XII, a, b, c, d e i, todos da CF/88). Por outro lado, o STF também



determinou que essa decisão só começaria a produzir efeito no dia 1º de janeiro de 2022.

Em consequência a essa última decisão, o Poder Legislativo regulamentou a cobrança do Difal do ICMS por meio da edição da Lei Complementar nº 190, publicada em 5 de janeiro de 2022.

Todavia, essa lei estabeleceu que os seus efeitos se originariam no prazo de 90 dias, contados da data de sua publicação, conforme seu artigo 3º. Assim sendo, definiu-se como termo inicial de vigência dessa lei a data de 5 de abril de 2022. Compreensão essa também defendida pelos Estados, em razão de alegarem que não se trata de instituição ou majoração de um novo tributo.

Por outro lado, conforme exigência constitucional do artigo 150, III, "b" da CF/1988, os contribuintes divergem desse posicionamento, sob o fundamento de que há também a necessidade de respeito ao princípio da anterioridade anual. Em outras palavras, ao se estipular tributo a novos contribuintes, é necessário que se aguarde o exercício do ano seguinte ao da publicação da lei.

Dessa maneira, os contribuintes afirmam que a produção de efeitos da Lei Complementar nº 190 de 2022 deveria ser apenas a partir de 1º de janeiro de 2023 e não ainda neste ano.

Em razão dessa nova divergência, conclui-se que esse tema ainda está longe de ser finalizado. Inclusive, destaca-se que já houve ajuizamento de uma ação ao STF (ADI 7066), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar 190/22, que aduz sobre o termo inicial dos efeitos de tal norma.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-ago-03/sahadee-azambuja-difal-icms-ramo-construcao-civil/>