

Priscila Secani: Feliz Difal 2023: estamos só no começo

08/01/2022

Desta vez, não houve a instituição do tributo no apagar das luzes. Sim, algumas alterações bem relevantes vieram, como adicional de Cofins-Importação, desoneração, Tipi, mas a sanção/veto e publicação do Projeto de Lei Complementar nº 32/2021, que trata do diferencial de alíquotas, ficou para este ano.



Isso significa que já na primeira semana do ano foram

desenhadas as possíveis discussões sobre o assunto que, com certeza, vai render muito contencioso, auto de infração, mandado de segurança. Nenhuma novidade, vez que os entes públicos figuram como os maiores litigantes no Brasil.

Ainda em 2021, enquanto o PL tramitava nas casas do Congresso Nacional, diversos estados já regulamentavam o Difal. Era a tentativa de aplicá-lo (ou render discussões sobre sua aplicação) a partir de 1º/1/2022. Nesse ponto, o próprio PL é expresso em aplicar o artigo 150, inciso III, alínea "c", da Constituição do Federal, que determina a observância da anterioridade nonagesimal, o que é um tiro no pé.

Os estados só esqueceram de se organizar direitinho (basicamente, contar prazo) e enviar o projeto de lei para a Presidência da República de forma que a sanção ou veto ocorresse ainda em 2021. Não fazendo isso, correram o risco de o PL não ter sua publicação em 2021, o que realmente aconteceu, e a instituição do Difal deve se submeter à anterioridade anual do artigo 150, inciso III, alínea "b", da CF.

Ao decidir sobre a inconstitucionalidade do Convênio Confaz que previa as regras do Difal nas remessas para consumidor final, o STF categoricamente determinou ser imprescindível lei complementar para sua instituição e fixou a seguinte tese: *"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"*.

A corte determinou que fossem aplicados os artigos 146, incisos I e III, e 155, §2º, inciso XII, ambos da Constituição Federal, uma vez que as disposições contidas na Lei Kandir não continham os critérios necessários à cobrança do Difal e o Convênio Confaz não poderia suprir essa ausência.

Ou seja, não havia condição de existência para o Difal, pois seus critérios quantitativos e qualitativos mínimos, a regra matriz de incidência, sequer existiam em lei complementar ou na própria Carta Constitucional.

A decisão do STF foi expressa em mencionar que a EC nº 87/2015 não exauriu a regra matriz do Difal, tornando imprescindível a lei complementar, destacando-se que no RE objeto do julgamento houve a declaração de inconstitucionalidade por afronta ao artigo 155, §2º, inciso XII, alíneas "a", "b", "c", "d" e "i", da CF, que determina a necessidade de lei complementar especificamente para a definição da regra matriz do ICMS.

Nesse aspecto, o PL, publicado em 5 de janeiro de 2022 como Lei Complementar nº 190/2022, prevê quem são os sujeitos ativos e passivos, base de cálculo, alíquota, todos os aspectos necessários para a cobrança, o que afasta as alegações dos estados de que não se trata de instituição ou aumento, em uma tentativa de afastar a aplicação da anterioridade anual de maneira descabida.

Além disso, a LC nº 190/2022 ainda menciona a observância à anterioridade nonagesimal para que os efeitos da LC nº 190/2022 sejam vigentes após 90 dias da publicação, o que reforça exatamente a aplicação da anterioridade anual.

Não há qualquer previsão de exceção do ICMS à anterioridade — qualquer que seja — e o dispositivo de aplicação da anterioridade nonagesimal determina que a anterioridade anual seja observada conjuntamente, e ambas se aplicam à instituição ou ao aumento de imposto. Não faz sentido querer aplicar expressamente a nonagesimal, que contém as mesmas exigências da anual e nenhuma outra condição, sem aplicar a anual, e esse foi o tiro no pé ao se colocar esse dispositivo.

Vale lembrar também que a nonagesimal foi criada posteriormente visando a evitar que a legislação que normalmente era alterada entre o Natal e o Ano Novo tivesse efeitos a partir de 1º de janeiro, praticamente imediato, evitando surpresas ao contribuinte.

Vale lembrar também que o PL foi originalmente proposto pelo senador Cid Gomes, do estado do Ceará, em março de 2021, logo após a decisão do STF que declarou inconstitucional a cobrança do Difal sem lei complementar, ou seja, as casas tiveram tempo hábil para a tramitação do PL e acabaram por deixar para o último momento.

É inegável que os estados do Norte/Nordeste/Centro-Oeste, que sempre levantaram a discussão do diferencial de alíquota desde os protocolos até a EC 87/2015, serão os grandes prejudicados, perdendo uma receita relevante.

Por outro lado, não é a ideia discutir as razões da não ocorrência da sanção ou veto presidencial ainda em 2021, considerando que o Planalto recebeu o projeto de lei no dia 17 de dezembro e

poderia fazê-lo entre os dias 20 e 31, de modo que somente a anterioridade nonagesimal tivesse de ser respeitada, tendo em vista que a anterioridade anual sequer seria objeto de discussão.

Diversos estados já manifestaram a ideia de desrespeitar a anterioridade, alguns até mesmo a nonagesimal, o que levará a discussão para o âmbito judicial, aumentando o contencioso tributário de forma incalculável.

E, mais uma vez, o STF terá de se manifestar e, nesse caso, será apenas para repetir o que já determinou ao declarar a inconstitucionalidade do Convênio Confaz, que deve ser aplicada à anterioridade anual, pois inexistiam critérios mínimos da exigência do tributo, sob pena de tornar sua própria decisão de 2021 e a determinação de necessidade da lei complementar questionáveis, e estamos só no começo.

Referências bibliográficas

Constituição Federal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Decisão STF: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446939/false>.

Projeto de Lei: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/plp-32-2021>.

Lei Complementar nº 190/2022: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp190.htm.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jan-08/priscila-secani-feliz-difal-2023-estamos-comeco/>