

Opinião: Difal: oportunidade (inconstitucional) para os estados

30/01/2022

Assunto bastante polêmico atualmente é a questão do diferencial de alíquota (Difal) de ICMS, cuja definição foi prevista no Projeto de Lei Complementar 32/21 e convertido na Lei Complementar nº 190/22, que altera a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.



Entre as principais alterações que a Lei Complementar

nº 190/22 promoveu na Lei Kandir, podemos citar a definição de contribuinte, que será o destinatário do bem ou serviço, se este for contribuinte do ICMS, e o remetente do bem ou serviço, se o destinatário não for contribuinte [1].

Também ficou estabelecido que a competência para a cobrança do tributo será onde ocorrer a efetiva entrada física do bem, na remessa para estados onde o tomador não possui domicílio [2].

Por fim, ficou determinado a criação de um portal eletrônico próprio, a fim de que os estados e o Distrito Federal possam divulgar as informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, nas operações e prestações interestaduais [3].

Importa destacar, de imediato, que o diferencial de alíquota do ICMS é um mecanismo que busca equilibrar a arrecadação do imposto de forma justa entre os estados. Se antes o ICMS era devido apenas dentro do estado de origem do produto ou serviço, com o Difal esse tributo passou a ser dividido entre o estado de origem e o estado de destino [4].

A publicação da Lei Complementar 190 se deu no último dia 4, constando no seu artigo 3º que os efeitos só terão início depois de transcorridos 90 dias da data de sua publicação, conforme determina o artigo 150, III, "c", da Constituição Federal (CF/88).

Ao realizar uma análise mais atenta da Lei Complementar nº 190/22, é nítido que ocorreu criação e aumento de tributo. Dessa forma, quando há instituição ou aumento de tributo, deve ser respeitado o princípio da anterioridade tributária.

Assim, considerando que a publicação só se deu em 2022, faz-se necessário destacar que deve ser observado o princípio da anterioridade, nos termos do que dispõe o artigo 150, III, "b", da CF/88, de modo que o ICMS Difal só pode ser cobrado em 2023.

Nesse sentido, o princípio da anterioridade em xeque neste tema deve ser tido como um direito fundamental do contribuinte, vez que é uma garantia constitucional que busca preservar a segurança jurídica e possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias.

Assim, toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar em maior carga tributária ao contribuinte, deve ter sua eficácia postergada para o ano subsequente à publicação da lei.

Em que pese a flagrante inconstitucionalidade, os estados correram para regulamentar a cobrança do ICMS Difal ainda em 2022. Isso porque, conforme artigo sobre o mesmo assunto [5], os estados não querem deixar de arrecadar aproximadamente R\$ 9,8 bilhões aos cofres públicos.

Considerando que os estados se manifestaram sobre a cobrança, alguns já regulamentaram a exigência para a partir de abril de 2022, como é o caso de São Paulo [6] e Paraná [7], que pretendem cobrar o tributo a partir do dia 1º de abril.

Por sua vez, alguns estados possuem como data de cobrança o dia 1º/1/22, como é o caso de Alagoas [8], Mato Grosso [9], Paraíba [10], Goiás [11], Mato Grosso do Sul [12], Rio de Janeiro [13], Amapá [14], Maranhão [15] e Piauí [16].

Ainda, o estado de Alagoas apresentou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7.070) no Supremo Tribunal Federal, argumentando que a LC 190/22 não deve respeitar o prazo de 90 dias para cobrança, pois não houve criação ou majoração de tributo. Com isso, busca o estado de Alagoas o direito de cobrar o tributo a partir da publicação da LC 190/22 (4/1/22) [17].

Por se tratar de ADI, o STF analisará a questão e os efeitos do julgado terão eficácia *erga omnes*, valendo para todos. Assim, se o pedido do estado de Alagoas for procedente, tal decisão beneficiará todos os demais estados da federação.

Considerando todas as circunstâncias sobre a nova cobrança do ICMS Difal, a Lei Complementar nº 190/22 representa nova tributação, de forma que só pode vir a ser exigida em 2023, conforme dispõe a alínea "b", III, da CF/88.

É certo que os estados não estão preocupados com o contribuinte, pois, segundo eles, é preferível realizar uma cobrança que lá na frente pode ser julgada inconstitucional a deixar de recolher bilhões de reais aos cofres públicos.

Mesmo que em algum momento o STF reconheça o direito do contribuinte, pode haver modulação da decisão, restringindo os efeitos do julgado para determinado período de tempo

ou para certos contribuintes (geralmente aqueles que ajuizaram ações antes do início do julgamento).

Portanto, considerando a possibilidade de cobrança do ICMS Difal ainda em 2022, cabe aos contribuintes adotarem medidas legais e preventivas, a fim de impedir qualquer cobrança ilegal.

[1] Artigo 4º, §2º, da LC 190/22.

[2] Artigo 11, §7º, da LC 190/22.

[3] Artigo 24-A da LC 190/22.

[4] Esta divisão surgiu com a Emenda Constitucional nº 87/15.

[5] <https://www.jota.info/stf/do-supremo/cobranca-do-difal-de-icms-em-2022-stf-14012022>.

[6] São Paulo — Lei nº 17.470/21.

[7] Paraná — Lei nº 20.949/21.

[8] Decreto nº 52991/17 e ADI 7070 no STF.

[9] Convênio ICMS 93/2015; artigo 12 da Lei 10.337/15.

[10] Artigo 16 da Lei 10.507/16.

[11] Artigo 5º da Lei 19.021/15.

[12] Artigo 3º da Lei 4743/15.

[13] Artigo 7º da Lei 7071/15.

[14] Artigo 8º da Lei 1.948/15.

[15] Artigo 2º da Lei 10.326/15.



[16] Lei 7.706/21.

[17] <https://www.conjur.com.br/2022-jan-17/associacao-industrias-questiona-stf-cobranca-difal-2022>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jan-30/opinio-difal-oportunidade-inconstitucional-estados/>