

Borges e Chaves: Difal: conceito, vigência e impacto

10/03/2022

Em razão da edição da Lei Complementar 190, publicada em 5 de janeiro de 2022, muito tem se falado a respeito do Difal (Diferencial de Alíquota). Mas, em verdade, o que seria? Qual o seu impacto para os contribuintes? Qual a discussão atual acerca da sua vigência?



Para melhor compreensão do termo e da sua natureza

jurídica, faz-se necessário uma breve introdução histórica.

Como se sabe, o ICMS é um imposto de competência estadual que possui como principal hipótese de incidência as operações relativas à circulação de mercadorias. Ou seja, havendo a comercialização de produtos, incide o ICMS.

Pela cultura de como a compra e venda era praticada antigamente (de forma presencial), não havia grandes discussões relativa ao sujeito ativo e, por consequência, a favor de qual ente deveria ser recolhido o ICMS, vez que o imposto era recolhido no estado onde a compra e venda era realizada ao consumidor final.

Contudo, com o crescimento das vendas à distância a consumidores finais, os estados que possuem instalados grandes centros de distribuição de produtos passaram a ter um acréscimo na arrecadação, enquanto outros estados, que são predominantemente consumidores, a arrecadação diminuiu. Haja vista que o ICMS era recolhido integralmente no estado de origem.

A fim de reduzir esse desequilíbrio na arrecadação do ICMS entre os estados, foi editada em 2015 a Emenda Constitucional nº 87 que passou a prever que, nas operações destinadas a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, caberia ao estado destinatário do produto a diferença entre a sua alíquota interna, e a alíquota interestadual. Que nada mais é que o famoso Difal!

Com o intuito de regulamentar de forma imediata essa relevante alteração constitucional, os estados firmaram por meio do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária) o Convênio

ICMS nº 93/2015. E, por diversos anos, foi aplicado o rateio do ICMS mediante as disposições do referido convênio.

Acontece que os contribuintes passaram a questionar a necessidade da edição de uma Lei apta a instituir e dar condição de eficácia ao dispositivo constitucional, tendo em vista que o artigo 146, III, dispõe que compete à Lei Complementar *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, em julgamento conjunto do RE 1287019/DF e da ADI 5469/DF, realizado em 24 de fevereiro de 2021, sob a sistemática de Repercussão Geral, decidiu pela inconstitucionalidade formal da cobrança do Difal via convênio do Confaz, considerando tratar-se de matéria exclusiva de Lei Complementar.

Todavia, modulou os efeitos para que a cobrança se mantivesse da forma como instituída até 31 de dezembro de 2021, possibilitando que o Congresso Nacional institua uma Lei Complementar disciplinando a matéria.

A partir dessa decisão, os estados iniciaram uma força-tarefa junto aos congressistas para que a Lei Complementar fosse elaborada e publicada antes do prazo estabelecido pelo STF, evitando prejuízos em sua arrecadação. Entretanto, inobstante a pressa e o esforço dos interessados, a LCP 190 somente foi publicada em 05 de janeiro de 2022.

O fato da lei ter sido publicada apenas no ano de 2022 tem sido, portanto, motivo de grandes questionamentos entre os contribuintes, surgindo a polêmica se seria necessário observar as regras de anualidade e de anterioridade nonagesimal. A tese invoca as alíneas "a" e "b", do inciso III, do artigo 150, da CF/88, e a regra de vigência prevista no artigo 3º, da Lei Complementar 190/2022.

Com base nesse entendimento, verifica-se que por conta do atraso de 5 dias na publicação da LCP, abriu-se uma discussão para que o Difal somente possa ser exigido a partir de 2023.

Os contribuintes não perderam tempo, e diversas decisões judiciais já estão sendo prolatadas. Algumas reconhecendo a incidência do Difal para o ano de 2023, e outras entendendo pela sua aplicabilidade imediata.

Neste cenário nebuloso, o STF já foi instado a se manifestar acerca da controvérsia. A Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (Abimaq) protocolou uma Adin com o intuito de postergar a cobrança. Já o estado do Alagoas também teve a mesma iniciativa de propor uma Adin, mas com o objetivo de requerer o reconhecimento da cobrança do Difal deste a data da sua publicação, ou seja, 05 de janeiro de 2022.

Importa mencionar que a própria LCP190/2022, em seu artigo 3º, estabelece que a produção dos seus efeitos ocorrerá nos termos do artigo 150, III, c, da CF/88, ou seja, obedecendo à anterioridade nonagesimal. Essa regra da anterioridade nonagesimal serve para evitar a não surpresa e expressamente estabelece que será de cumprimento obrigatório quando determinada Lei instituir ou majorar tributo.



Independentemente da discussão se a LCP 190/2022 está ou não instituindo ou majorando tributo (argumento que tem sido utilizado para afastar a anterioridade), tem-se que o fato dela própria condicionar a produção dos seus efeitos ao atendimento da regra da anterioridade nonagesimal, demonstra que o legislador a reconhece como um instrumento de impacto na vida do contribuinte e, por essa razão, não somente a anterioridade nonagesimal deve ser obedecida, mas, também a do exercício, nos termos do artigo 150, III, *b*, da CF/88, que veda a cobrança de tributos *no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*, o que postergaria a sua vigência apenas para 01 de janeiro de 2023.

Tem-se, portanto, que a matéria é bastante controversa, e provavelmente só será pacificada com a decisão definitiva do STF. Enquanto isso, os contribuintes e os estados continuarão defendendo os seus posicionamentos, em um cenário de completa insegurança jurídica. Aguardemos os próximos capítulos!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-mar-10/borges-chaves-difal-conceito-vigencia-impacto/>