

Opinião: Nova inclusão do Difal de ICMS na pauta do STF

31/10/2022

Após uma longa espera para os contribuintes, a inclusão da discussão sobre a constitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquotas (Difal) de ICMS, através das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) 7066, 7070 e 7078, na pauta de julgamento virtual do Supremo Tribunal Federal, e a suspensão do julgamento em razão do pedido de vista do ministro Dias Toffoli, uma nova esperança: a discussão foi incluída, mais uma vez, na lista de julgamento do STF, com início no próximo dia 4/11 e encerramento em 11/11.



A controvérsia teve início em 2015, especificamente

com a publicação da Emenda Constitucional 87/2015, que instituiu nova sistemática de recolhimento do ICMS-Difal, determinando, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte de ICMS, a cobrança da diferença entre a alíquota interna desse imposto e a alíquota do Estado de destino.

A partir de então, os contribuintes se insurgiram questionando a ausência de Lei Complementar para dar efetividade à hipótese de exigência do Difal indicado na Constituição, artigo 155, §2º, VII e VIII, tendo em vista que inúmeros estados e o Distrito Federal instituíram a cobrança do Difal mediante legislações próprias, sem o amparo constitucional que exige lei complementar para as regras gerais.

Em janeiro de 2021, o STF concluiu o julgamento do RE nº 1.287.019 (Tema STF nº 1.093) sob a sistemática de repercussão geral, em que restou fixada, pela maioria dos votos, 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 fim de proteger os cofres públicos estaduais, a Suprema Corte decidiu modular os efeitos para afastar a exigência do diferencial de alíquota de ICMS apenas no exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, ou seja, a decisão acerca da inconstitucionalidade da

cobrança passaria a produzir efeitos apenas em 1º de janeiro de 2022, ressalvadas aquelas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento.

Em 5 de janeiro de 2022 foi publicada a Lei Complementar n. 190, alterando a Lei Kandir (LC 87/96), regulamentando a cobrança do Difal nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Iniciou-se, então, novo contencioso tributário judicial, questionando o artigo 3º da LC, que prevê:

“Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.”[1]

Nesse cenário, espera-se que sejam julgadas três ADIs nas quais se discute necessidade de observância ao princípio da anterioridade anual e nonagesimal:

- A ADI 7066, proposta pela Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos, (ABIMAQ), representando os contribuintes, que defende a necessidade de observância também do princípio da anterioridade anual, de modo que o ICMS-Difal seja exigido apenas a partir de 1º de janeiro de 2023; e
- As ADI 7070 e 7078, propostas pelos Governadores dos Estados de Alagoas e do Ceará, respectivamente, que buscam garantir a cobrança do diferencial de alíquotas desde a publicação da Lei Complementar nº 190/2022 sem necessidade de observância da anterioridade nonagesimal, ou seja, desde janeiro de 2022, sob o fundamento de que referida lei apenas definiu uma sistemática de distribuição e adequação do ICMS em operações interestaduais que já era praticado pelos Estados, o que não configura novo tributo ou aumento de tributo.

Os pedidos liminares formulados foram indeferidos: na ADI 7066, o relator entendeu que não houve instituição ou majoração de tributo que justificasse a observância aos princípios da anterioridade nonagesimal e anual; nas ADIs 7070 e 7078, sob o fundamento de inexistência de perigo da demora do pedido formulado.

Em paralelo, enquanto aguardam o julgamento das ADIs pelo Supremo, os contribuintes passaram a se socorrer dos Tribunais de Justiça Estaduais, pleiteando sejam observados os princípios da anterioridade anual e nonagesimal e, consequentemente, a cobrança do Difal apenas a partir de 1 de janeiro de 2023. O cenário também é incerto: diversas liminares foram concedidas, mas com suspensão de seus efeitos, em razão de decisão por parte da presidência dos Tribunais.

Após serem incluídas na pauta de julgamento do STF no fim do mês de setembro, o Ministro Relator do julgamento dos casos, Alexandre de Moraes, proferiu voto privilegiando o Fisco. Ele entendeu que é constitucional a cobrança do DIFAL de ICMS em 2022, eis que, no seu entendimento, a Lei Complementar nº 190/2022 não instituiu ou aumentou tributo, razão pela qual não precisaria respeitar as anterioridades nonagesimal e de exercício.

Em seu voto, o ministro ainda acolheu o pedido dos estados do Ceará e de Alagoas, em nome do Fisco, para declarar a inconstitucionalidade da parcela do artigo 3º da Lei Complementar 190/2022 que prevê a observância do artigo 150, inciso III, alínea “c” da Constituição, o qual dispõe expressamente pelo respeito à anterioridade nonagesimal e, indiretamente, a observância à anterioridade anual.

Como se sabe, no curso do prazo para disponibilização dos votos e fim do julgamento, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, o que deve ser enxergado como uma nova oportunidade para que sejam prestigiados os direitos fundamentais dos contribuintes, por meio dos princípios constitucionais da anterioridade nonagesimal e de exercício.

Essa, inclusive, é a grande esperança para os contribuintes. Em decisões anteriores do ministro Toffoli, é nítido o caráter de protecionismo aos princípios constitucionais, privilegiando os direitos deles decorrentes, principalmente os direitos fundamentais dos contribuintes[2].

Com a reinclusão das ADI na lista de julgamento do Supremo, mais uma vez os contribuintes esperam que, finalmente, a controvérsia seja solucionada e, além disso, a seu favor.

Considerando o impacto financeiro para contribuintes e estados/Distrito Federal, nos parece que a decisão do STF é indispensável para a segurança jurídica e planejamento da iniciativa privada quanto aos custos da tributação do ano corrente e eventual restituição dos valores que foram pagos pela inobservância do princípio da anterioridade, seja nonagesimal ou de exercício.

Ademais, nos parece que a inclusão, agora pela segunda vez, em plenário virtual, impossibilitando o acompanhamento dos debates, além de eventuais e necessárias intervenções por parte dos advogados e Procurador Geral da República, representa redução efetiva do princípio do devido processo legal, além da construção falha de precedente relevante para a construção da jurisprudência do Supremo quanto aos princípios constitucionais tributários relacionados à limitação do poder de tributar.

Os contribuintes permanecem apreensivos, especialmente porque em situação similar, no julgamento do ICMS Importação (RE nº 1.221.330/SP) em que se discutia mesma questão jurídica: ausência de lei complementar para instituição de tributo previsto na Constituição Federal e os efeitos da lei complementar publicada, frente a legislação individual de cada estado/Distrito Federal, os ministros decidiram no que a publicação da Lei Complementar proporciona a ativação imediata dos efeitos das leis estaduais e do Distrito Federal, sem a necessidade de observância à anterioridade anual ou nonagesimal.

Enquanto permanece a apreensão quanto ao voto do ministro Dias Toffoli, que pelo perfil das decisões pretéritas poderá alcançar um voto médio de forma a garantir o equilíbrio entre contribuintes e fisco, os contribuintes ficam à mercê da discricionariedade dos tribunais de Justiça, que não havendo determinação de sobrestamento dos processos, continuam a produzir jurisprudência em diversos sentidos, enquanto almejam que o Supremo, com o voto do Ministro Dias Toffoli e a Presidência da ministra Rosa Weber, reaviva a preservação dos princípios constitucionais tributários, notadamente o princípio da anterioridade, tanto de exercício quanto a nonagesimal e, concluindo o julgamento de forma definitiva.