

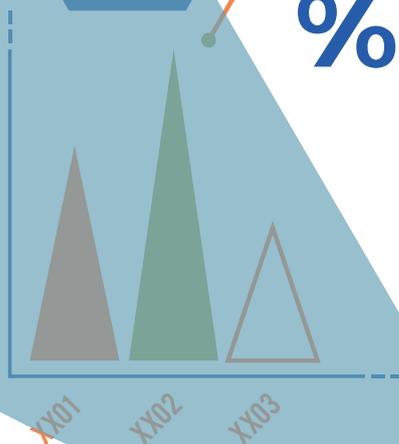
Boletim

 PONTO DE VISTA

Empreendedorismo na advocacia

 EM PAUTA

Difal traz
insegurança jurídica
a contribuintes





Controvérsia sobre Difal promove judicialização

Tributaristas alertam sobre potencial insegurança jurídica.

Não é de hoje que a cobrança do ICMS gera contendas judiciais e muito questionamento por parte de empresas e Estados. Uma mudança legal entre o fim do ano passado e o início de 2022 trouxe um potencial – ainda maior – de insegurança jurídica acerca das exigências do Diferencial de Alíquotas (Difal). A questão mobiliza advogados tributaristas, empresas e Estados e ameaça chegar ao bolso do consumidor, já que o imposto pode impactar no preço final dos produtos em até 5%, segundo a Associação Brasileira de Advocacia Tributária (Abat).

Trata-se da Lei Complementar (LC) nº 190/2022, publicada no dia 5 de janeiro de 2022, que dispõe sobre a cobrança do Difal do ICMS após as alterações da Emenda Constitucional nº 87/2015. Ela se fazia necessária após o posicionamento do Superior Tribunal Federal (STF), em dezembro, na Adin nº 5469-DF, que julgou inconstitucional o Convênio Confaz, que regulamentou o Difal nas operações para não contribuintes. Com a publicação da LC apenas no início de 2022, o maior questionamento é sobre a validade da cobrança já para este exercício financeiro.

Enquanto os Estados defendem que a nova LC deve entrar em vigor 90 dias após sua publicação, contribuintes apontam que ela deve obedecer ao princípio da anterioridade anual previsto na Constituição. Assim, ela não poderia produzir efeitos para o ano de 2022. A controvérsia abre caminho para nova judicialização, alertam os tributaristas.

“Ainda que a própria lei complementar reconheça a observância da anterioridade de 90 dias para as novas cobranças, por ter sido sancionada apenas no ano de 2022, discute-se a aplicação conjunta da anterioridade

ALEXANDRE HERLIN

Advogado, graduado pela USU. Conselheiro da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Professor de Direito Tributário da FGV-RJ. MBA em Direito Empresarial pelo IBMEC-RJ. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Ibet. Associado AASP desde 2021.



Foto: Divulgação

VICTORIA RYPL

Advogada, graduada pela UniCuritiba. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário pela ABDConst e Gestão Contábil e Tributária pela FAE. Associada AASP desde 2020.



Foto: Divulgação

anual, de modo que o tributo só seria exigível a partir do ano de 2023. Entretanto, alguns Estados já dispõem de leis próprias prevendo a cobrança, aliás, em data anterior ao prazo de 90 dias, sob o argumento de que o Convênio nº 236/2021 já teria autorizado a cobrança a partir de 1º de janeiro”, pondera Victoria Rypl.

Entre os Estados, estão São Paulo e Paraná, que se anteciparam e lançaram suas normas para garantir a cobrança antes mesmo de a LC ser editada. "O Estado de São Paulo, por exemplo, explicitou, por meio do Comunicado CAT nº 2/2022, que fará essa cobrança em relação às operações efetuadas a partir de 1º/4/2022. Na prática, a ausência de recolhimento do Difal-ICMS expõe o remetente ao risco de ter as mercadorias retidas na barreira fiscal do Estado de destino", alerta Alexandre Herlin.

Nesse ambiente de insegurança jurídica em que as empresas se encontram, os profissionais recomendam ajuizamentos preventivos.

"Não há definição concreta sobre o momento exato de início da cobrança do Difal, sendo recomendável o ajuizamento de medida judicial específica objetivando o direito de não recolher o tributo, em favor do Estado de destino, durante todo o ano de 2022", sugere Victoria. Posição idêntica à de Herlin: "Sob uma perspectiva conservadora, a melhor alternativa consiste em ajuizar medida judicial questionando a exigência do Difal-ICMS no ano-calendário de 2022 em face dos Estados onde estão localizados os não contribuintes destinatários de operações interestaduais, depositando-se judicialmente os correspondentes valores".

Alterações na Lei Kandir também gera questionamento

A LC nº 190/2022 incluiu dispositivos na Lei Kandir (lei complementar geral do ICMS), tratando das hipóteses de recolhimento do Difal nas operações com consumidor final contribuinte – casos em que a própria empresa realiza a aquisição de itens destinados ao seu uso e consumo/ativo imobilizado e faz o recolhimento do Difal. Apesar de já ser exigido nas operações interestaduais com consumidor final contribuinte do ICMS, mesmo antes da edição da LC nº 190/2022 (com base nas disposições existentes no Convênio ICMS nº 66/1988), a Lei Kandir não possuía dispositivos que tratassem do tema.

"Nesse caso, o mesmo argumento quanto à inexistência de lei complementar prévia (adotado pelo STF quando do julgamento da Adin nº 5469-DF) pode ser utilizado como fundamento para a inconstitucionalidade da cobrança nas hipóteses de venda para consumidor final contribuinte, de modo que também é recomendável o ajuizamento de medida judicial sobre o tema, com a possibilidade de recuperação dos valores indevidamente recolhidos desde os cinco anos anteriores, dado o histórico de modulações dos efeitos em matéria tributária pelo STF."

A partir dessa discussão, a recomendação é analisar pontualmente cada caso, de forma a assegurar uma gestão tributária justa e eficiente para a empresa, garantindo a competitividade no mercado.

O QUE É O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DO ICMS?

O diferencial de alíquotas do ICMS, também conhecido como Difal, existe nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, e visa dividir a arrecadação tributária entre os Estados brasileiros de forma mais justa. Seu cálculo é feito pela diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do Estado destinatário, de modo que tanto o Estado de origem quanto o de destino recebem uma fatia do imposto devido.

O Difal é usado para dividir a arrecadação do comércio eletrônico entre o Estado de origem da empresa e o consumidor.

OS PONTOS DE DISCÓRDIA

No início de 2021, o STF julgou o RE nº 1.287.019 e reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquotas de ICMS sem a edição de LC.

Até aquele momento, a cobrança estava embasada apenas em convênio editado pelos Estados.

Em razão do julgamento, o STF estabeleceu um prazo para que o Congresso Nacional editasse a LC exigida pela Constituição até final de 2021. O Senado votou sua aprovação na semana do Natal, no dia 20 de dezembro de 2021, e a LC foi sancionada e publicada em 5 de janeiro deste ano. A referida norma jurídica é alvo de ações no Judiciário para que produza efeitos apenas em 2023.

Outro ponto de discussão é sobre o fato de que diversos Estados se adiantaram e editaram lei ordinária sobre o Difal ainda em 2021, enquanto outros deixaram essa tarefa para depois da publicação da LC.