

DEPARTAMENTO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

ADM – 076 – 09/06/2022

BOLETIM

076/2022

ATUALIZAÇÕES DIFAL 2022

Desde o começo de 2022, verifica-se uma crescente preocupação entre os contribuintes acerca da cobrança do Diferencial de Alíquota (Difal) do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte do imposto, haja vista que há intenção, por parte dos Estados e do Distrito Federal, de exigi-lo já em 2022 – isso se já não estiverem exigindo.

CONTEXTO

Com o objetivo de proporcionar um tratamento isonômico entre os Estados, a Emenda Constitucional 87/2015 instituiu o diferencial de alíquota (Difal) de ICMS, determinando que a arrecadação do ICMS nas operações realizadas pelas empresas que efetuam vendas a consumidores finais não contribuintes do ICMS fossem repartidas entre o Estado de origem e destino da mercadoria ou serviço; antes desta Emenda Constitucional, o produto do ICMS arrecadado ficava apenas para o Estado de origem.

Após a instituição, a cobrança do Difal passou a ser regulamentada pelo Convênio ICMS 93/2015. Ocorre que, em 2021, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que os Estados e o Distrito Federal não poderiam cobrar diferencial de alíquota (Difal) de ICMS com base em um convênio, mas, sim, em uma lei complementar, determinando que, caso o Congresso Nacional não editasse uma lei complementar sobre a questão ainda em 2021, o Difal não poderia ser cobrado em 2022 (<https://www.crivelaripadoveze.adv.br/2021/03/04/estados-nao-poderao-cobrar-diferencial-de-aliquota-de-icms-a-partir-de-janeiro-de-2022/>).

Nessa direção, em 05 de janeiro de 2022, foi publicada a Lei Complementar 190/2022, regulamentando a cobrança do diferencial de alíquotas (Difal) do ICMS sobre as operações interestaduais com destino a consumidor final, contribuinte ou não do imposto estadual, ainda em 2022.

A referida lei (LC 190/22) ocasionou grande confusão – frise-se: ainda sem solução! – com relação ao início da cobrança do Difal (desrespeito ao princípio da anterioridade) e à sobreposição da base de cálculo (incidência de tributo sobre tributo)

(<https://www.crivelaripadoveze.adv.br/2022/05/05/regulamentacao-da-cobranca-do-diferencial-de-aliquotas-de-icms-icms-difal/>).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante do problema causado pela publicação da Lei Complementar 190/2022, algumas entidades ingressaram com ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal para questionar a constitucionalidade da norma.

Ainda não há um posicionamento definitivo do Supremo com relação à temática, inclusive, o ministro Alexandre de Moraes, em maio/2022, negou as liminares requeridas nas 04 (quatro) ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) que discutem o momento a partir do qual deve ser cobrado o diferencial de alíquota (Difal) de ICMS, conforme disposto na Lei Complementar 190/2022. Assim, a depender das normativas de cada Estado, a cobrança continua vigente até a análise do mérito das ações pelo plenário da Corte.

São quatro ADIs em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, conforme tabela abaixo:

ADI	AUTOR	DECISÃO STF	FUNDAMENTO
7.070	Governador do Estado de Alagoas	Liminar indeferida	Ausência de perigo de demora até a análise do mérito da causa
7.078	Governador do Estado do Ceará	Liminar indeferida	Ausência de perigo de demora até a análise do mérito da causa
7.066	Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (Abimaq)	Liminar indeferida	Ausência de probabilidade do direito no pedido da entidade
7.075	Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Produtos Siderúrgicos (Sindisider)	Ação extinta sem resolução do mérito	Entidade não teria legitimidade para propor a ação

Ainda não há data para que o mérito das ADIs seja julgado, o que aumenta a insegurança jurídica em torno do momento de aplicação do Difal.



Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico, Eletrônico, Siderúrgicas e Fundições de Piracicaba, Saltinho e Rio das Pedras

CAMINHOS A SEGUIR

Como visto, já existem entidades ingressando com ações diretas junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a constitucionalidade da norma.

É possível, também, que os contribuintes ingressem com medidas judiciais individuais para resguardar o direito de não serem cobrados por este imposto neste ano. Assim, recomenda-se que os contribuintes afetados monitorem o posicionamento dos Estados mais relevantes em suas operações, para fins de avaliação das medidas judiciais cabíveis caso a caso.

A equipe tributária do Crivelari & Padoveze permanece à disposição para esclarecimentos.

Fonte: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/difal-icms-fecomerciosp-solicita-ingresso-como-amicus-curiae-em-acao-no-stf-com-o-objetivo-de-impedir-cobranca-ainda-em-2022>

<https://www.fecomercio.com.br/noticia/impasse-sobre-data-da-cobranca-do-difal-icms-veja-quais-caminhos-seguir>

https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-mengardo/o-que-negativa-de-liminares-diz-sobre-a-posicao-de-moraes-no-caso-do-difal-31052022?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destaque_31052022&utm_medium=email&utm_source=RD+Station

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487318&ori=1>

Jurídico Tributário do SIMESPI
Crivelari & Padoveze Advogados
LETÍCIA SARTO
OAB/SP 439.989