

Josã© Almir Sousa: O novo capítulo em torno do Difal

O imposto que nasce torto, morre torto? A analogia que parte do conhecido ditado popular parece servir bem como mote para uma reflexão em torno do Difal (Diferencial de Alíquota do ICMS) para consumidor final não contribuinte que, desde que fora instituído por meio da Emenda Constitucional 87/2015 e pelo Convênio ICMS 93/2015, gera debates e um clima de insegurança jurídica em nosso ambiente fiscal — para além de perdas na arrecadação dos estados e disputas que ampliam o contencioso



O impasse jurídico nasceu a partir do momento em que a

publicação da Emenda Constitucional no. 87/15 não veio acompanhada de Lei Complementar respectiva que incluísse tal alteração no texto da Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996), a qual regulamenta os pressupostos sobre a cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços no país.

A falha fora, em tese, corrigida a partir da sanção, em 5 de janeiro deste ano, da Lei Complementar 190/22, que segue determinação de fevereiro do ano passado do STF (Superior Tribunal Federal) — segundo a qual, justamente, só é possível aplicar o diferencial de alíquotas a partir da aprovação de uma Lei Complementar.

Mas das resoluções, às vezes, vemos nascer novas confusões — fato, aliás, um tanto comum dentro de nosso sistema tributário. E o debate da vez gira em torno do início do recolhimento da Difal pelos estados. Princípio de anterioridade? Regulamentação do Confaz? Exigência dos estados? Que caminhos devem ser seguidos pelas empresas?

Como é feito o cálculo do Difal?

Antes de analisarmos essas questões, é interessante retomarmos brevemente como é feito o cálculo e a aplicação do Difal. Especialmente válido dentro do contexto do comércio eletrônico, de modo bem objetivo, o diferencial é aplicado quando um comércio de um estado X vende um determinado produto para o consumidor de um estado Y.

Em um exemplo simples, se um varejista de São Paulo vende um eletroeletrônico para um consumidor de Minas Gerais, além da alíquota interestadual, ele precisa recolher o diferencial para o fisco mineiro — que basicamente consiste no cálculo da diferença entre a alíquota do estado de origem e do estado destino.

Os debates em torno do início da vigência da cobrança

A nova Lei Complementar 190/22 que regulamenta a cobrança do Difal explicita — em comum acordo com o princípio da anterioridade nonagesimal presente na Constituição Federal — que o mecanismo passará a ser aplicado 90 dias após a promulgação da lei (5 de janeiro).

Todavia, por ter sido promulgada pelo Governo Federal somente no início deste ano — ainda que o PL 32/21 que embasa a respectiva LC tenha sido aprovado em dezembro pelo Congresso — é necessário que seja observada também a anterioridade anual expressa na Constituição, haja visto que um imposto no mesmo ano de exercício em que foi promulgado.

E aqui nasce o imbróglio: de um lado, os estados, temendo perder uma arrecadação aproximada de R\$ 10 bilhões em 2022, estão se movimentando para editar normas e comunicados ressaltando a exigência do Difal ainda este ano (alguns, inclusive, antes dos 90 dias expressos na Lei Complementar 190/22). O Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), por sua vez, publicou um Convênio em 06 de janeiro no Diário Oficial da União, legitimando a cobrança do diferencial em 2022.

Todavia, o meio tributário tem ressaltado que, diante possível inconstitucionalidade da respectiva cobrança, a tendência é que vejamos, novamente, um acúmulo de ações e pagamentos via depósito judicial, exponenciando ainda mais o contencioso tributário do país.

Em que pese esse ponto, tem sido visto como positivo o fato de que a nota do Confaz exclui a controversa possibilidade de uso de base dupla de tributação para o Difal — que vinha sendo aplicado por alguns estados para vendas a contribuintes do ICMS, incluindo São Paulo.

Diante deste novo cenário (e novo embate), o recomendado é que as empresas busquem orientação especializada para decidir como proceder, levando em conta a complexidade do tema e a definição de cada estado. Afinal de contas, até 2023, ao que parece, a aplicação do Difal deve continuar como uma incógnita a ser decidida nos tribunais.