

29 de março de 2022

NOTÍCIAS

1. COBRANÇA DO DIFAL DO ICMS EM 2022 É INCONSTITUCIONAL

Publicação de lei apenas no início do ano causou judicialização devido à cobrança do imposto sem observar a anterioridade

Desde o início do ano, o sistema tributário brasileiro vive um momento de confusão. Isso porque a Lei Complementar 190/2022, que regulamenta o Diferencial de Alíquota (Difal) do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), foi publicada no dia 5 de janeiro deste ano e, ainda assim, em desrespeito ao princípio da anterioridade anual e, em alguns, à noventena, estados passaram a cobrar o tributo.

O Difal representa a diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual do remetente em operações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte do imposto. A cobrança, que afeta inúmeras transações e pode trazer prejuízos vultosos para inúmeras empresas, tem gerado uma guerra de liminares contraditórias nos tribunais estaduais. A discussão, como era esperado, também já chegou ao STF.

As cobranças não deveriam ocorrer porque a Constituição prevê a aplicação de dois princípios tributários quando uma lei institui ou majora um imposto: a anterioridade nonagesimal, ou noventena, e a anterioridade anual. Pela anterioridade nonagesimal, é vedado aos estados cobrar tributos antes de decorridos 90 dias da data de publicação da lei que os instituiu ou aumentou. De acordo com a anterioridade anual, essa cobrança não pode ser realizada no mesmo

exercício financeiro da publicação da lei que institui ou aumenta os tributos.

“A assinatura da lei somente em janeiro atrapalhou a relação entre fiscos estaduais e contribuintes, criou-se um impasse onde não existia”, afirma o advogado Fernando Scaff, professor titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP. “Essas dificuldades serão ainda mais explícitas a partir de abril [após o prazo da noventena].”

Os estados, para não perderem a arrecadação extra na casa dos R\$ 9,8 bilhões – de acordo com análise do Comitê Nacional de Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz) –, apresentaram interpretações variadas sobre o assunto – alguns rechaçaram a aplicação da noventena, por exemplo, para cobrar imediatamente o tributo –, mas em comum as unidades da federação decidiram fazer a cobrança já em 2022, em desrespeito ao princípio da anterioridade anual.

“A anterioridade anual existe e é fundante”, explica Scaff. “Os estados estão errados, mas não abrirão mão da arrecadação. Então, podem fazer bloqueios no mês que vem a quem não pagar o tributo. O caos estará instalado”.

Pelo menos dez estados já conseguiram derrubar liminares na Justiça que impediam a cobrança em 2022. “Vivemos uma insegurança jurídica muito danosa. Em abril, devemos ver uma enxurrada de processos, se não houver uma decisão do Supremo”, diz Pedro Henrique Siqueira, advogado da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

29 de março de 2022

O advogado não tem dúvidas de que a cobrança do Difal já em 2022 é inconstitucional. “As garantias dos contribuintes não podem ser dobradas, elas são intransponíveis e inegociáveis. Trata-se de um direito que deve ser observado e garantido. O Supremo, nos julgamentos da ADI 5.469 e do RE 1.287.019, indicou que haveria uma nova relação jurídica-tributária. Então, é o caso, sim, de respeitar tanto a anterioridade nonagesimal quanto a anual.”

O advogado da CNI cita a Emenda Constitucional 87/2015. Ela mudou, em 2015, o esquema vigente do ICMS, quando ele era recolhido apenas no estado de origem no caso de vendas não presenciais a consumidores finais situados em outra unidade da Federação e não contribuintes do imposto estadual. Em tempos de e-commerce, para equilibrar a arrecadação, passou-se a realizar um rateio da taxa, enviada também ao destino da mercadoria.

Com base no Convênio 93/2015 e leis locais, os estados começaram, então, a exigir o Difal, o que causou descontentamento entre os contribuintes, que reclamavam a edição de uma lei complementar federal. O STF acolheu o pedido em fevereiro de 2021 e fixou a necessidade de criação da norma de caráter nacional, que só foi publicada em 2022 e trouxe o cenário de insegurança jurídica.

No começo de janeiro, a Associação Brasileira de Indústria de Máquinas (Abimaq) entrou com uma das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que requerem o assentamento da impossibilidade da cobrança do Difal até 2023. Além delas, há outras duas ações ajuizadas pelos governos do Ceará e de Alagoas, solicitando o

contrário, ou seja, a possibilidade da cobrança do imposto já em 2022.

“Alguns de nossos 1.600 associados, principalmente da área agrícola, vendem ao consumidor final não contribuinte e solicitaram para atuarmos em prol desse setor”, relata Caio Ruotolo, consultor jurídico da Abimaq. “Pedimos ao ministro Alexandre de Moraes, o relator, agilidade nessa decisão e respeito à Constituição. Nesse tempo, enfrentamos apenas mais insegurança jurídica. Um associado pode ter uma liminar aceita e outro não, ou tê-la revogada, e, assim, a concorrência dentro de uma mesma área acaba afetada.”

Recentemente, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou nos processos pela necessidade da aplicação do princípio da anterioridade anual à Lei Complementar 190/2022, que trata da cobrança do Difal de alíquota do ICMS pelos estados.

“Tratando-se de ICMS e não sendo o caso da específica exceção do art. 155, §4º, IV, ‘c’ da CF/88, não é possível seccionar a anterioridade geral da nonagesimal. Aplicam-se ambas ou nenhuma delas. Assim, adotando-se a compreensão de que a Lei Complementar nº 190/2022 implicou, por si, uma alteração legislativa com a consequência de ocasionar instituição ou majoração do imposto, submete-se à aferição quanto à observância do princípio da anterioridade, nos termos do art. 150, III, ‘b’ e ‘c’ da CF/88”, escreveu Vinicius Brandão de Queiroz, consultor da União.

Espera-se que a decisão do STF assegure o direito fundamental do contribuinte de não ser exigido a pagar um tributo novo ou majorado no mesmo ano da instituição, em respeito ao princípio da anterioridade anual. A decisão da Corte é aguardada para assegurar máxima eficácia ao

2

29 de março de 2022

princípio da segurança jurídica, valor imprescindível para o desenvolvimento das atividades empresariais e para uma profícua relação entre o fisco e o contribuinte.

Acesso em:

<https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-desenvolvimento/cobranca-do-difal-do-icms-em-2022-e-inconstitucional-29032022>