

A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE ICMS (DIFAL) E A LEI COMPLEMENTAR Nº 190/22: novo tributo ou mera repartição de receitas?

PINTO, Francine Almeida

MACEDO, Suélem Viana



INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decidiu nos autos do Recurso Extraordinário 1.287.019 que a cobrança do Difal, anteriormente cobrado pela Emenda Constitucional 87/15, só poderia ser cobrado através de Lei Complementar a partir do ano de 2022.

Após a exigência do STF, a Lei Complementar 190/22 foi publicada em janeiro de 2022, trazendo em seu artigo 3º que o prazo para o início da produção dos efeitos seria dentro de 90 dias. Aqui rege o princípio constitucional da anterioridade nonagesimal.

No entanto, quando se trata de direito tributário, outro princípio constitucional deve ser observado. Previsto no art. 190 da CF/88, o princípio da anterioridade do exercício ou anual diz que quando se publica uma nova lei, ela deve ser publicada com pelo menos um exercício de antecedência.

Assim, frente à problemática apresentada e à falta de consenso quanto à vigência da referida lei, o presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: quais as implicações jurídicas da Lei complementar nº. 190/22 na cobrança do diferencial de Alíquotas de ICMS (DIFAL) pelo fisco dos estados brasileiros? Diante do exposto, este trabalho tem como objetivo geral analisar as implicações da Lei complementar nº. 190/22 na cobrança do Diferencial de Alíquotas de ICMS pelos fiscos estaduais brasileiros.

METODOLOGIA

Em termos metodológicos, seguindo a classificação de Cervo, Bervian e Silva (2007), o estudo pode ser qualificado, quanto à sua natureza, como básico; quanto aos tratamentos dos dados, como uma pesquisa qualitativa; e quanto aos fins, como exploratória. A pesquisa pode, ainda, ser definida como bibliográfica e documental.

Quanto aos procedimentos metodológicos, adotou-se uma abordagem qualitativa, à luz das normas jurídicas constitucionais e legais brasileiras, bem como apontamentos doutrinários e jurisprudenciais. Para tanto, parte-se de um estudo dos princípios tributários e da vigência da Lei Complementar nº 190/22, sendo importante entender a respeito do ICMS e todo seu contexto histórico.

A COBRANÇA DE IMPOSTOS NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

Os tributos, para serem criados e cobrados, precisam estar submetidos a uma série de princípios norteadores do direito tributário, a fim de existir um limite para que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, no exercício de suas atribuições, sigam de maneira correta as imposições legais necessárias ao funcionamento harmônico do Estado (RECK, 2018).

O Princípio da Legalidade, como uma diretriz maior, representa um dos pilares do estado democrático de direito; por consequência, tal princípio se estende a todos os ramos do direito. O artigo 5º, II da CF, conceitua-o: Ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude da lei (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, deve ser observado o princípio da irretroatividade da lei, segundo o qual a cobrança do tributo só poderá ocorrer quando o fato gerador acontecer após a vigência da lei que o instituiu ou majorou.

O princípio da anterioridade, por sua vez, trata-se de uma vedação ao princípio da não surpresa, de modo que o fisco deve observar um lapso temporal para cobrar o contribuinte.

Esse princípio divide-se em duas espécies: a anterioridade anual (art. 150, III, “b”, CF/88) e a anterioridade nonagesimal (art. 150, III, “c”, CF/88). O primeiro tem relação com o exercício financeiro da cobrança, que é anual; começa dia 1º de janeiro e termina 31 de dezembro.

O princípio da anterioridade nonagesimal ou noventena só pode ser realizada após o transcorrer de, no mínimo, noventa dias da data da publicação da lei instituidora/majoradora.

HISTÓRICO DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE ICMS (DIFAL): conceitos gerais e normas

Um melhor entendimento acerca deste imposto requer uma breve análise histórica do seu surgimento no Direito Tributário Brasileiro. O imposto sobre operações com mercadorias já era cobrado no Brasil na década de 20 do século passado, chamado de IVM – Imposto sobre Vendas Mercantis, que mudou na década de 40, para o IVC – Imposto sobre Vendas e Consignações (ROSA, 2012). Após uma reforma tributária, surgiu o Imposto sobre Circulação de Mercadoria – o ICM, por meio da Emenda Constitucional nº 18, do ano de 1965 (BRASIL, 1965).

Em anos seguintes, apenas atualizando a redação anterior utilizada, a CF/88 através do artigo 155, que inaugura o Imposto Sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), incorporando os impostos sobre combustíveis, energia elétrica e minerais, já que estes bens também são de circulação. Posteriormente, houve um acréscimo das prestações de serviços e transportes ao ICMS, caracterizando a forma como esse imposto funciona atualmente (SILVA, 2016).

Com o avanço do comércio eletrônico, o consumo dos brasileiros ultrapassaram as barreiras dos estados e a concentração de receitas ficava, em geral, nas regiões Sul e Sudeste. Por pressão dos estados houve uma mudança na forma de recolhimento, que foi alterada pela EC 87/15, que veio para apaziguar a guerra fiscal entre os estados.

Apesar do sucesso da EC 87/15, algumas lacunas não foram supridas, com isso, foi editado o Convênio 93/15. Por se tratar de convênio e não de uma LC, o STF em 2021, declarou nulo algumas cláusulas deste convênio exigindo a edição de LC para regulamentar a matéria. Assim, o projeto de LC 32/21 foi aprovado no início de dezembro dando origem a LC 190/22, que foi sancionada somente em 2022, iniciando uma discussão sobre sua vigência.

IMPLICAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 190/22 NA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE ICMS

A Lei Complementar 190/22 foi publicada em janeiro de 2022, trazendo em seu artigo 3º que o prazo para o início da produção dos efeitos seria dentro de 90 dias. No entanto, quando se trata de direito tributário, outro princípio constitucional deve ser observado, o princípio da anterioridade do exercício ou anual.

Diante dessa discussão acerca do prazo de vigência da lei, abriu-se um precedente para os contribuintes deixarem de pagar o DIFAL, e os estados reagiram de imediato, preocupados com o prejuízo que o retardamento causaria aos cofres públicos. Diante do impasse, iniciou-se uma discussão sobre o tema nos tribunais brasileiros.

A discussão voltou para o STF agora com a ADI 7066 ajuizada pela Abimaq com o argumento de que, como a lei foi promulgada em 2022, a cobrança só poderia entrar em vigor em 2023.

Diversos contribuintes impetraram mandado de segurança alegando que a cobrança gera ofensa aos princípios da anterioridade.

Nesse sentido, o julgamento da ADI nº 7.066 inspira cuidados; o que resta tão somente é aguardar a movimentação do Supremo para desfecho definitivo do caso, cujo julgamento estava agendado para o final de setembro de 2022, e, até a conclusão deste trabalho, encontra-se suspenso pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2022.
- BRASIL. Lei complementar nº 190 de 4 de janeiro de 2022a. Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp190.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade 7066/2022b. Distrito Federal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/02/Moraes-Difal-ICMS-20-fev-2022.pdf>. Acesso em: 05 maio 2022.