

O Difal do ICMS é a polêmica jurídica do momento. A diferença de alíquota é cobrada desde 2015 mas, em 2021, o STF decidiu que é obrigatória lei complementar para regulamentá-la, decisão que passou a valer em 2022.

O problema é que aportamos em 2022 sem LC - a qual foi sancionada só em 4 de janeiro, e constando no texto que passa a valer em 90 dias. A partir de quando, então, os Estados podem cobrar o Difal?

Assista à didática explicação do professor de Direito Financeiro da USP e da UFPA Fernando Facury Scaff (Silveira, Athias, Soriano de Mello, Bentes, Lobato & Scaff - Advogados).

O professor Scaff explica que, tendo a LC 190 sido sancionada apenas em 2022, é preciso respeitar o princípio da anterioridade tributária, previsto na Constituição. Sendo assim, a lei passa a valer em 2023.

O prazo de 90 dias previsto no texto só estaria correto se a sanção tivesse ocorrido em 2021.

O que é Difal?

A questão se inicia em 2015, quando o Difal passa a ser cobrado após aprovação da EC 87/15. O texto regulamentava a divisão do ICMS entre o Estado de origem e o de destino.

O professor Fernando Scaff explica que, antes dessa emenda, quando um consumidor da Bahia, por exemplo, adquiria uma mercadoria pela internet oriunda de São Paulo, o ICMS ficava integralmente com o Estado de origem do estabelecimento vendedor. Quer dizer - o consumo ocorria na Bahia, mas o ICMS ficava todo em São Paulo.

Com a nova regra estabelecida pela EC, foi criado um rateio entre os Estados para todas as operações estaduais - é o chamado Difal, ou diferença de alíquota.

A matéria foi definida pelo convênio Confaz 93/15, e desde então os entes federativos passaram a dividir o ICMS.

Falha jurídica

Logo os contribuintes perceberam um problema no procedimento dessa cobrança, já que não havia lei complementar que a regulamentasse. Buscaram, assim, o STF, que, em fevereiro de 2021, deu razão a eles e exigiu não só lei estadual como lei complementar Federal. Tendo havido modulação dos efeitos da decisão da Suprema Corte, a exigência só passaria a valer em 2022.

O Congresso tratou de fazer sua parte e, em dezembro de 2021, aprovou o projeto de lei 32/21, regulamentando o Difal. Os Estados também correram para editar suas leis, e também em dezembro, foi aprovado o Convênio Confaz 236/21, regulando a matéria. O texto foi publicado em 6 de janeiro.

Faltava, então, a sanção da lei Federal. E é aí que se inicia o imbróglio, após a desídia do presidente da República em sancionar o texto, que ficou esquecido na gaveta e só virou lei em 4 de janeiro de 2022.

Segundo explica o professor Fernando Facury Scaff, essa lei complementar só pode valer no exercício posterior à data em que foi publicada - ou seja, em 2023. Isto porque a CF, em seu art. 150, III, "b", estabelece que: [é vedado cobrar tributos] "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

Consequências

Os grandes varejistas devem sair ganhando com a confusão. Já os Estados terão problemas financeiros, já que as perdas estimadas são na casa dos R\$ 10 bilhões no ano.

Trata-se, como se vê, de uma grande oportunidade aos advogados tributaristas, porque o tema deve chegar a macheias no Judiciário, como já está acontecendo.