

O julgamento sobre a cobrança do diferencial de alíquotas (Difal) do ICMS, que tem alto impacto para as empresas do varejo, foi suspenso, nesta manhã, por um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Esse caso estava em análise no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) e tinha conclusão prevista para até a meia-noite de hoje.

O placar, antes da suspensão, estava 5 a 2 para as empresas. Apesar de não ter atingido a maioria absoluta - de seis votos -, advogados estão considerando o número suficiente para a vitória. É que existem três linhas de entendimento diferentes. Ontem, os contribuintes tinham virado o julgamento.

Os ministros estão decidindo sobre a data de início das cobranças. Se os Estados poderiam exigir o pagamento do Difal já neste ano de 2022 ou se somente a partir de 2023.

Sete ministros votaram até agora. O relator, Alexandre de Moraes, entende pela cobrança já neste ano de 2022, desde a publicação da Lei Complementar 190 - que regulamentou o Difal -, no mês de janeiro. Esse é o posicionamento mais duro para as empresas.

O ministro Dias Toffoli adotou uma posição intermediária. Concorde com a cobrança neste ano, mas diz que os Estados precisam respeitar a “noventena”. Ou seja, teriam de esperar 90 dias, contados a partir da publicação da lei, para retomar as cobranças. Seria em abril, portanto.

Já o ministro Edson Fachin atende plenamente às empresas. Ele diz que se deve respeitar o princípio da “anterioridade anual”. Significa, portanto, que a cobrança só seria permitida no ano seguinte ao da publicação da lei que regulamentou o imposto. Nesse caso, 2023.

O entendimento de Fachin é o único dos três, até agora, com adesão de outros ministros. Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, André Mendonça e Rosa Weber concordam com o início das cobranças somente a partir do ano de 2023.

Com o pedido de vista de Gilmar Mendes, no entanto, vai levar mais tempo para que os contribuintes tenham certeza se, de fato, sairão vitoriosos. Não há ainda previsão de data para a retomada do julgamento.

O Difal é usado para dividir a arrecadação do comércio eletrônico entre o Estado de origem da empresa e o do consumidor. A diferença de tempo - 2022 ou 2023 -, apesar de curta, tem um custo alto. Os Estados estimam perda de R\$ 9,8 bilhões na arrecadação sem o Difal neste ano de 2022.

Já os representantes das empresas, principalmente do varejo - o mais atingido -, afirmam que eventual decisão desfavorável vai gerar endividamento. Muitas companhias venderam mercadorias, até aqui, sem considerar o pagamento do imposto, o que resultou em preços mais baixos ao consumidor.

Com a permissão da cobrança, dizem, além de carregar o prejuízo das vendas em valor menor, correm o risco de autuações e ter que pagar o Difal desde janeiro, corrigido pela Selic e com multa de mora de 20%.

Entenda o caso

A cobrança do Difal vinha sendo realizada até o ano passado por meio de normas estaduais, com base

na Emenda Constitucional nº 87, de 2015, que foi contestada no Judiciário pelo varejo. Alegava-se que essa emenda pressupõe a edição de lei complementar para os Estados poderem fazer as cobranças.

Os ministros do STF julgaram o tema no ano passado e deram razão às empresas. Decidiram que os Estados ficariam impedidos de cobrar o imposto a partir de 2022 se, até essa data, não fosse editada uma lei complementar federal.

Essa lei - LC 190 - foi aprovada pelo Congresso no dia 20 de dezembro de 2021, só que o presidente Jair Bolsonaro sancionou apenas em janeiro. Como o ano já tinha virado, instalou-se uma nova discussão: a cobrança poderia ser feita neste ano ou somente em 2023?

Empresas e tributaristas dizem que os Estados deveriam respeitar o princípio da anterioridade anual e, sendo assim, o Difal só poderia ser cobrado em 2023. Os Estados, porém, entendem pela cobrança imediata. Alegam não se tratar de aumento de imposto ou novo tributo. Assim, não haveria a necessidade de cumprir a anterioridade.

Por isso uma nova discussão sobre o mesmo tema em tão pouco tempo. Os ministros julgam três ações diretas de inconstitucionalidade. Uma apresentada pela Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (Abimaq) - ADI 7066 - e duas movidas por Estados (ADIs 7070 e 7078).