

A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A COBRANÇA DO DIFAL/ICMS

Gustavo Pires Maia da Silva

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

No dia 24/02/2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), declarou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias Serviços (Difal/ICMS), ao julgar conjuntamente o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.287.019, com repercussão geral (Tema nº 1.093), e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.469.

Toda a argumentação teve como origem a Emenda Constitucional (EC) nº 87/2015, que trata da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade da federação, ou seja, a cobrança da diferença de alíquota do Estado de origem para o Estado de destino.

No mês de novembro de 2020 foi iniciado o julgamento, com o voto dos relatores, Ministros Marco Aurélio (RE nº 1.287.019) e Dias Toffoli (ADI nº 5.469), que decidiram pela inconstitucionalidade da aplicação da nova sistemática sem a edição de Lei Complementar para regulamentar a EC nº 87/2015. De acordo com o entendimento do Ministro Marco Aurélio, os Estados e o Distrito Federal, ao disciplinarem a matéria por meio de Convênio do Confaz, usurparam a competência constitucional da União, a quem cabe editar norma geral nacional sobre o tema. Elementos fundamentais do imposto não podem ser disciplinados por meio de convênio.

Da mesma maneira, o Ministro Dias Toffoli observou que, antes da regulamentação por Lei Complementar, os estados e o DF não podem realizar a cobrança de ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor não contribuinte do tributo. Acompanharam os relatores os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

Nos moldes dos votos dos relatores, a ADI nº 5.469 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio

ICMS nº 93/2015. Ao RE foi dado provimento para reformar a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para alicerçar a invalidade da cobrança em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do Difal/ICMS, pela inexistência de Lei Complementar disciplinadora.

Com o julgamento do RE nº 1.287.019, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral: *"A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais"*.

Os Ministros legitimaram, por nove votos a dois, a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois casos, produza resultados a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam vigendo até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI nº 5.464, sua suspensão.

Diante do exposto, os não contribuintes do ICMS que realizam aquisições como consumidores finais, que encontram-se na situação definida pela Corte Suprema, devem buscar o direito de suspenderem a cobrança do Difal em futuras operações ou aquisições interestaduais de mercadorias, bem como de resgatarem os valores pagos no últimos 5 (cinco) anos.