



A regulamentação do Difal pela Lei Complementar nº 190/2022

Hamilton Almeida & Milton Carlos Silva Advogados

Num passado recente, o controle da arrecadação do ICMS era relativamente fácil, já que o consumidor comprava sempre no estado de origem da mercadoria. Tanto que a Constituição Federal concedeu ao Estado de origem a arrecadação do ICMS.

Acontece que com o surgimento do comércio online, toda a lógica de consumo se quebrou. Agora com um clique do mouse você localizado no Amazonas pode comprar um computador de uma loja em São Paulo, a mesa de uma loja na Bahia e a cadeira numa loja no Rio Grande do Sul.

Dessa forma surgiu a necessidade de se implementar o Diferencial de Alíquota nessas compras destinadas ao consumidor final, seja ele contribuindo

ou não do ICMS. Foi com esse intuito que veio a Emenda Constitucional nº 87/2015.

Contudo, a regulamentação dessa emenda constitucional foi feita por meio do Convênio nº 93/2015 do CONFAZ.

Ocorre que a Constituição Federal é bastante clara em seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "d" que cabe à lei complementar fixar definir o local onde incidirá o ICMS para sua cobrança, e não por meio de convênio. Tanto é que o STF reconheceu a inconstitucionalidade das cobranças do DIFAL feitas com base nesse convênio.

Foi então que surgiu a necessidade de se criar uma Lei Complementar Federal que regulamentasse essa situação. Dessa forma, teve origem o Projeto de Lei Complementar

(PLP) nº 32/21, que foi aprovado pelo Congresso Nacional em dezembro, e que criou a Lei Complementar nº 190/2022.

Agora, com a nova lei, as operações realizadas entre empresas e consumidores finais, não contribuintes do ICMS, localizados em estados diferentes, ficaram responsáveis por recolher e repassar o diferencial de alíquotas-DIFAL para o estado do consumidor.

Já no caso de a mercadoria ou serviço ser destinada a um estado diferente daquele em que está o consumidor, o diferencial será devido ao estado em que a mercadoria efetivamente entrou ou onde ocorreu o destino do serviço.

Com relação a operações feitas entre fornecedores e pessoas contribuintes do ICMS, o

Congresso não fez qualquer alteração, pois já haviam sido regulamentadas pela Lei Kandir, a Lei Complementar nº 87/96.

No entanto, o problema da regulamentação ainda terá que esperar mais um ano e só poderá entrar em vigor em 2023. Isso porque a Lei Complementar nº 190/2022 somente foi sancionada no dia 4 de janeiro de 2022 pelo Presidente da República e publicada no dia seguinte.

Isso porque a Constituição é bastante clara, em seu artigo 150, inciso II, alínea "b", que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Ora, parece ser esse o caso. Ao criar e regulamentar o di-

ferencial de alíquota – DIFAL – estamos diante de uma clara inovação ao sistema tributário nacional, ou seja, a criação de um novo imposto, o ICMS-DIFAL. Nesse caso, não basta apenas observar a regra da noventena, em que é vedado aos entes federativos cobrar tributos antes de 90 dias da data de sua publicação.

Essa regra da noventena veio justamente para não deixar o contribuinte ser pego de surpresa, já que os entes federativos malandramente sempre deixavam para aprovar os impostos no final de dezembro, para cobrar imediatamente em janeiro.

Por causa dessa malandragem, veio a regra da noventena, contudo parece que agora a malandragem dos Estados

se voltou contra eles próprios. Isso porque dessa vez deixaram para aprovar a lei tarde demais, e o Presidente, respeitando a regra de 15 dias úteis para sancionar, o fez no dia 4 de janeiro de 2022, sendo que a lei só foi publicada no dia seguinte.

Isso significa que o exercício em que a lei foi publicada foi o de 2022, portanto somente poderá ser cobrado em 2023 o DIFAL.

O Governo, no entanto, tem opinião contrária, ao acreditar que essa regulamentação da Lei Complementar 190/2022, não está aumentando ou criando tributos, mas apenas regulamentando algo que já existia no Convênio nº 93/2012 - CONFAZ.

Provavelmente veremos mais uma coisa a ser decidida pela justiça nacional.