As questões jurídicas relevantes para se compreender as controvérsias sobre o diferencial de alíquotas (Difal)

O tema do diferencial de alíquotas (Difal) tem despertado muitas dúvidas e questionamentos das empresas, sobretudo acerca das possibilidades e riscos a que estão sujeitos os contribuintes que pretendem levar suas demandas ao Poder Judiciário. Nessa linha, seguem alguns esclarecimentos jurídicos sobre o Difal, que possam colaborar para a tomada de decisões pelos interessados.

1. Como era e o que mudou?

A Emenda Constitucional 87 alterou de forma significativa a cobrança do ICMS nas operações interestaduais.

Antes da referida emenda, o diferencial de alíquotas somente era devido quando o destinatário, localizado em outro Estado, fosse contribuinte do ICMS e tivesse adquirido a mercadoria para consumo, não para revenda.

Com o advento da EC 87, passou a ser devido o diferencial de alíquota do ICMS nas operações que destinem mercadorias ou serviços para consumidor final, contribuinte ou não-contribuinte do ICMS, localizado em outro Estado.

2. Como se aplicam as novas regras?

As novas regras só devem ser aplicadas quando o destinatário da mercadoria for considerado consumidor final, ou seja, quando ele estiver comprando para consumo próprio e não para revenda.

3. Quem deve recolher o ICMS relativo ao diferencial de alíquota?

Se o destinatário for contribuinte do ICMS, o próprio destinatário recolhe. Se o destinatário não for contribuinte do ICMS, cabe ao remetente recolher.

4. O tema está pacificado no Poder Judiciário?

Não, porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou inconstitucional a cobrança do Difal, introduzida pela Emenda Constitucional 87/2015, **sem a edição de lei complementar** para disciplinar esse mecanismo de compensação.

A tese foi a seguinte: *"A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais".*

Em atenção ao julgado acima, foi editada a Lei Complementar n. 190, publicada no Diário Oficial em 04 de janeiro de 2022.

5. Um exemplo hipotético de caso

No âmbito regional, o Estado de São Paulo editou a Lei Estadual n. 17.470/2021, publicada no Diário Oficial do Estado em 14 de dezembro de 2021 e a Administração Tributária de São Paulo editou o Comunicado CAT n. 02 de 27 de janeiro de 2022 fixando data para a exigência do Difal: *"(...) a diferença entre as alíquotas interna do Estado de São Paulo e interestadual – DIFAL, nas operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado neste Estado, será exigida a partir de 1 de abril de 2022."*

Assim, por exemplo, se uma construtora em São Paulo for contribuinte do ICMS, então ela será responsável pelo recolhimento do diferencial de alíquota. Caso a construtora não seja contribuinte, o remetente de outro estado será o responsável pelo recolhimento, mas só para as vendas efetuadas a partir de 01 de abril de 2022.

6. Quais são os prognósticos?

Diversos contribuintes estão ingressando na Justiça alegando que a cobrança do diferencial de alíquota (Difal) só poderia acontecer a partir de 2023, em razão do princípio da anterioridade inerente ao direito tributário.

Porém, cabe advertir que a questão é altamente controversa e divide o Poder Judiciário, havendo decisões favoráveis e contrárias ao contribuinte. Com isso, a palavra final será do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão não tem data prevista para ocorrer.

Diante desse cenário de insegurança jurídica apresentado, sugerimos às empresas que pretendem judicializar a questão, que depositem em juízo os valores controvertidos, a fim de se evitar problemas com possíveis decisões desfavoráveis ao contribuinte.

Sendo essas as orientações que cabem no momento, esclarecemos que o escritório *Baitz Advogados Associados* cuida desse e de outros assuntos da área tributária. Nossos contatos: *whatsapp* 11 91211-8904; *e-mail*: atendimento@baitz.adv.br.

Baitz Advogados Associados