

ICMS-Difal

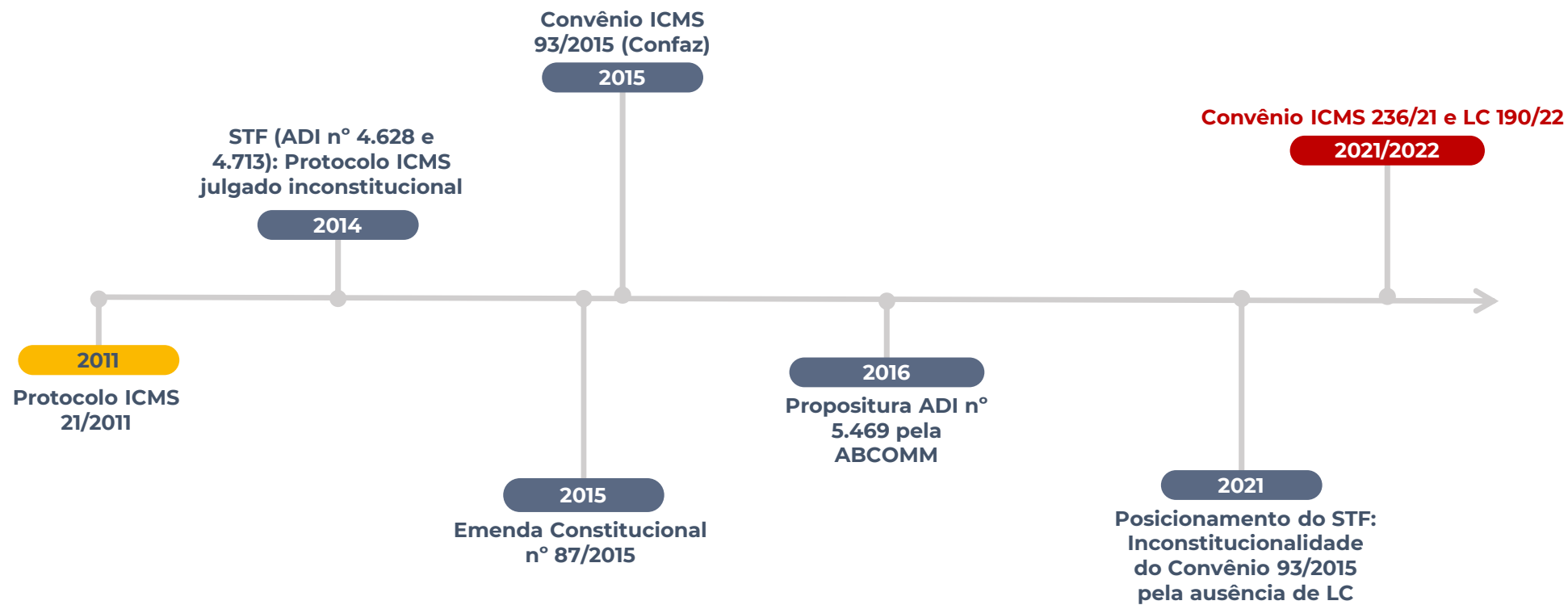
Lei Complementar 190/22

| Fevereiro 2022

abe giovanini
| ADVOGADOS

1	ICMS Difal e histórico normativo
2	Posicionamento do STF – Tema 1093 (RE 1.287.019/DF)
3	Lei Complementar 190/22: Publicação e vigência
4	Leis estaduais: validade de legislação pretérita?
5	Base dupla: supressão de cláusula no Convênio 235/21
6	Adquirente contribuinte do ICMS: Convênio
7	Orientações gerais

ICMS Difal e histórico normativo



- Emenda Constitucional nº 87/2015

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015\)](#)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015\)](#) [\(Produção de efeito\)](#)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015\)](#)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015\)](#)

- ADI nº 5.469/DF e RE nº 1.287.019 (Fev. 2021)

Tese fixada:

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.

Trecho da ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade.

1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna.(...)



Art. 146. **Cabe à lei complementar:**

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

* Modulação dos efeitos com eficácia da decisão a partir de 2022, excetuando-se os contribuintes com ações judiciais distribuídas anteriormente

Lei Complementar 190/22: Publicação e vigência

- Lei Complementar nº 190/22
 - ✓ Publicação em 4 de janeiro de 2022;
 - ✓ Alteração da LC nº 87/96
 - ✓ Produção de efeitos em noventa dias:
Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.
- Anterioridade anual e nonagesimal

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;
- ADI nº 7066/DF que objetiva a vigência da LC 190/22 a partir de 1º de janeiro de 2023, respeitando a anterioridade anual

Leis estaduais: validade de legislação pretérita?

- Alguns estados editaram legislações internas instituindo e regulamente o ICMS Difal anteriormente à edição LC 190/22
 - ✓ Exemplos:
 - a) São Paulo: Lei nº 17.470/2021
 - b) Minas Gerais: Decreto 48.343/2021
- Muitos estados estão se posicionando no sentido de cobrar o diferencial de alíquota a partir de 5 de abril (noventa dias após a data da publicação da LC)
- ADI nº 7070 proposta pelo estado do Alagoas para vigência da LC 190/22 a partir da publicação e consequente cobrança do ICMS Difal desde 5 de janeiro de 2022
- Convalidação após LC 190/22 ou necessidade de nova lei posterior?
- Estados que não editaram legislações internas: aplicação do princípio da anterioridade



- Posicionamento do STF: Tema 1094 (RE 1.221.330/SP)

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 1094 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS INCIDENTE NA IMPORTAÇÃO DE BENS E MERCADORIAS, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, COM BASE EM LEI ESTADUAL EDITADA POSTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA EC Nº 33/2001, PORÉM ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 114/2002. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta CORTE, no julgamento do RE 439.796-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 171), fixou a orientação de que, “após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços”. 2. Tal imposição tributária depende da edição de lei complementar federal; publicada em 17/12/2002, a Lei Complementar 114 supriu esta exigência. 3. **As leis ordinárias estaduais que previram o tributo após a Emenda 33/2001 e antes da entrada em vigor da LC 114/2002 são válidas, mas produzem efeitos apenas a contar da vigência da referida lei complementar.** 4. **No caso concreto, o tributo é constitucional e legalmente devido com base na Lei Estadual 11.001/2001, cuja eficácia teve início após a edição da LC 114/2002.** 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento, de modo a denegar a segurança, restabelecendo a sentença de primeiro grau. (Julgamento junho de 2020)*

- Recentemente, o Min. Nunes Marques aplicou o precedente Tema 1094:

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.221.330/SP, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, Tema 1.094/RG, fixou a seguinte tese de repercussão geral: I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal; II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002. 2. Em face do exposto, considerando que a matéria impugnada é abarcada pela tese do Tema 1094/RG, determino a devolução dos presentes autos à instância a quo para que adote o disposto nos arts. 1.039, 1.040 e 1.041 do CPC. (RE nº 1.324.076/SP – decisão de 19/10/2021)

ICMS Difal – Base dupla

- A supressão do § 1-A da cláusula segunda pelo Convênio ICMS 236/21 significa a extinção da base dupla para cobrança d ICMS Difal?

Convênio ICMS 93/2015

Cláusula segunda Nas operações e prestações de serviço de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:

§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

§ 1º-A O ICMS devido às unidades federadas de origem e destino deverão ser calculados por meio da aplicação das seguintes fórmulas:

ICMS origem = BC x ALQ inter

ICMS destino = [BC x ALQ intra] - ICMS origem

Onde:

BC = base de cálculo do imposto, observado o disposto no § 1º;

ALQ inter = alíquota interestadual aplicável à operação ou prestação;

ALQ intra = alíquota interna aplicável à operação ou prestação no Estado de destino.

Convênio ICMS 236/21

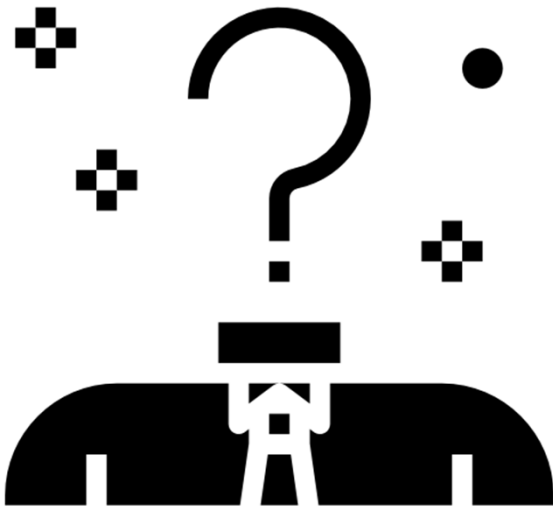
Cláusula segunda Nas operações e prestações de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:

(...)

§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do “caput” é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

- Possivelmente os estados que já cobram o ICMS-Difal com a base dupla permaneçam a fazê-lo sob o fundamento de que o ICMS é imposto que compõe a própria base (Ex: ICMS ST Difal – Convênio 142/18)
- O ICMS DIFAL deve incidir sobre a base simples – ilegalidade e inconstitucionalidade em razão ad reserva à lei complementar – Ampliação indevida de conceito por Convênio Confaz

Adquirente contribuinte – como fica?



- Aplica-se o precedente do STF sobre a impossibilidade de cobrança ausente lei complementar?
- A Lei Complementar introduziu uma nova relação jurídica entre adquirente contribuinte e estado de residência (contribuição na entrada do estabelecimento)?
- Direito de não recolhimento do ICMS Difal no ano de 2022?
- Direito de recuperação dos valores recolhidos nos últimos 5 anos?

- Vendas a consumidores finais “não contribuintes”:
 - ✓ empresas devem ficar atentas a comunicados dos estados sobre a cobrança do Difal e problemas na barreira
 - ✓ confirmação sobre a existência de lei estadual que institua o ICMS Difal: noventena ou anterioridade anual?
 - ✓ ajuizamento de ações para afastar cobrança do ICMS Difal no ano de 2022
- Aquisições por consumidores finais “contribuintes” do ICMS
 - ✓ atenção aos comunicados estaduais e eventuais problemas na barreira estadual
 - ✓ confirmação sobre a existência de lei estadual que institua o ICMS Difal: noventena ou anterioridade anual?
 - ✓ ajuizamento de ações para afastar a cobrança do ICMS Difal no ano de 2022
 - ✓ pleito quanto aos recolhimentos feitos nos últimos 5 anos





OBRIGADO

Gustavo Taparelli
Maira Cristina Madeira

abe giovanini
| ADVOGADOS