

Devo recolher o DIFAL em 2022?

Resumo: É inconstitucional a LC 190/2022 que determina a cobrança do DIFAL nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto do ICMS, já no ano de 2022.

O ano de 2022 se iniciou com uma surpresa para os contribuintes brasileiros com a sanção da Lei nº190/2022, embora a discussão seja de longa data.

A nova lei trata da regulamentação da cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte deste imposto, cuja redação alterou a Lei nº. 87/96, também conhecida como Lei Kandir.

A despeito da novidade legislativa, a regulamentação na cobrança do ICMS era esperada desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.469, em que houve o pronunciamento daquela Corte sobre a Emenda Constitucional nº 87/2015, pela cobrança do DIFAL somente poderia ocorrer com a edição de lei regulamentadora.

A Emenda Constitucional apreciada, naquela ocasião, (87/2015), determinou que quando o comprador do bem ou tomador do serviço não for contribuinte do ICMS - como por exemplo: o comprador pessoa física de sites de e-commerce - a empresa vendedora deve pagar ao estado de origem a alíquota interestadual, e para o estado de destino do bem ou serviço, deve ser paga a diferença entre sua alíquota interna e a alíquota interestadual (diferencial de alíquotas – DIFAL).

www.marinho.adv.br

Marília - SP



(14) 3453-1361



Rua José Joaquim de Oliveira, 249
Jardim Acapulco - CEP 17.525-170

São Paulo - SP



(11) 2096-3165 / (11) 95044-1361



Avenida Paulista, 491 - Conj. 51
Bela Vista - CEP 01.311-000

Avaré - SP



(14) 3448-1475



Avenida Prof. Paulo Novaes, 1067
- Centro – CEP 18.705-000

Mas, afinal qual a grande questão da edição da Lei nº. 190/2022 na cobrança do DIFAL?

Quanto a situação material, ou seja, se o DIFAL é devido, não há grandes supressas, o que vem se discutindo nos tribunais de todo o país é o momento em que a Norma 190/2022 produzirá seus efeitos e, por conseguinte, quando o DIFAL em operações de remessas interestaduais poderia ser exigido.

Neste ponto, a resposta para o questionamento está na Constituição Federal que prevê o princípio da não surpresa ao contribuinte, ou seja, sempre que houver lei que institua ou aumente tributos, este não pode ser exigido no mesmo exercício financeiro.

Contrariamente à norma máxima do ordenamento jurídico, a nova lei que instituiu a cobrança do DIFAL prevê que os entes tributantes (estados) poderão exigir o DIFAL já no exercício de 2022, no mês de abril, em inobservância ao princípio constitucional da anterioridade anual.

Em recente decisão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao apreciar recurso de um contribuinte, fez cumprir o determinado em nossa Constituição Federal, e adiou o pagamento do diferencial de alíquotas – Difal do ICMS para o exercício de 2023.

Vale lembrar, que esta decisão é um marco na jurisprudência do estado de São Paulo, que desde março de 2022 suspendeu liminares que impediam a cobrança do imposto.

Destacamos que o Sincomércio ajuizou ação para discutir tal inconstitucionalidade, e tem batalhado contra esta inconstitucionalidade em prol de seus afiliados.

www.marinho.adv.br

Marília - SP



(14) 3453-1361



Rua José Joaquim de Oliveira, 249
Jardim Acapulco - CEP 17.525-170

São Paulo - SP



(11) 2096-3165 / (11) 95044-1361



Avenida Paulista, 491 - Conj. 51
Bela Vista - CEP 01.311-000

Avaré - SP



(14) 3448-1475



Avenida Prof. Paulo Novaes, 1067
- Centro - CEP 18.705-000

Conclusão, portanto, é pela inconstitucionalidade do DIFAL no exercício de 2022, com a não obrigatoriedade no recolhimento a partir de abril de 2022, importante ressaltar que este entendimento foi reforçado pela recente jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Por isso, é importante, que os contribuintes, para resguardarem este direito, ingressem com medida judicial cabível.

THAÍS LOPES é advogada da Marinho Advogados Associados. Graduada em Direito pela FAEF/FAEG - Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Garça - SP. Pós-Graduada em Direito Empresário e Tributário pelo MBA lato sensu/especialização em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas SP e RJ. Pós-Graduada em Prática Penal e Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito - IBMEC. Atua na área tributária e empresarial. Contato: thaislopes@marinho.adv.br.

www.marinho.adv.br

Marília - SP



(14) 3453-1361



Rua José Joaquim de Oliveira, 249
Jardim Acapulco - CEP 17.525-170

São Paulo - SP



(11) 2096-3165 / (11) 95044-1361



Avenida Paulista, 491 - Conj. 51
Bela Vista - CEP 01.311-000

Avaré - SP



(14) 3448-1475



Avenida Pref. Paulo Novaes, 1067
- Centro - CEP 18.705-000