

A falta da sanção ainda em 2021 da lei que estabeleceu a cobrança da diferença de alíquotas de ICMS (Difal) entre estados – aplicável quando o consumidor está em estado diferente do vendedor, como no e-commerce – gerou divergência entre estados e empresas sobre quando a regra passaria a valer.

Empresas já buscam os tribunais para que o recolhimento não comece imediatamente. Ao mesmo tempo, há novas disputas sobre a cobrança, como o que aconteceria nos casos em que a empresa é tanto contribuinte quanto consumidora dos bens comprados fora do estado.

A agitação começou com o intervalo de 15 dias entre a aprovação da Lei Complementar 190 pelo Congresso, em 20 de dezembro, e a publicação dela. Como a sanção ocorreu já em 2022, contribuintes defendem que a cobrança seria possível apenas para o próximo ano, já que deve ser observado o princípio da anterioridade anual, ou pelo menos daqui a 90 dias contados após a publicação da lei, como mandaria o princípio da noventena.

Porém, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) autorizou a cobrança pelos estados neste ano, no Convênio 236 – publicado em 6 de janeiro, ele havia sido aprovado em dezembro, antes da lei ser oficializada. Levantamento do Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz) mostra que os estados podem ter perdas em arrecadação da ordem de R\$ 9,8 bilhões caso o diferencial não seja recolhido.

O juiz Josué Vilela Pimentel, da 8ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, suspendeu a cobrança do ICMS-Difal no estado para a empresa Sul Imagem Produtos para Diagnósticos, de Santa Catarina. Ela pedia para não ficar sujeita à sanção e penalidades por não contribuir. Na decisão liminar, revelada pelo jornal *Valor Econômico*, o juiz afirma que a cobrança deveria respeitar o período de 90 dias após a edição da lei complementar. [Leia a decisão.](#)

Em outra decisão liminar, o juiz Otavio Tioiti Tokuda, da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, não acolheu o pleito da concessionária Avantgarde Motors Comercial. A empresa pedia que a Fazenda estadual não aplicasse imediatamente a nova lei, levando em conta os princípios da noventena e da anterioridade anual. O entendimento do magistrado é o de que isso não seria necessário, porque a lei complementar não criou imposto novo ou majorou antigo – a interpretação é a mesma feita pelo Comsefaz para defender que a cobrança já poderia valer. [Leia a decisão.](#)

Novos casos sobre o tema já estão chegando aos tribunais. E essa não deve ser a única disputa colocada para os tribunais resolverem sobre o Difal do ICMS.

Esclarecimentos na Justiça

A lei complementar sobre o tema veio após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em fevereiro passado entendendo que apenas convênios não bastariam para estabelecer regras para o Difal, que havia sido introduzido pela Emenda Constitucional 87/2015. O tribunal também modulou os efeitos para que novas regras valessem apenas a partir deste ano – exceto para os contribuintes que haviam questionado a situação na Justiça.

No intervalo entre a decisão do STF e a aprovação da lei, contribuintes partiram do novo paradigma criado pelo tribunal para questionar outros pontos. A BRF, contra a Fazenda de São Paulo, reclamou da cobrança em operações de compra de bens para uso e consumo nos seus estabelecimentos, em que ela é contribuinte e consumidora final.

A empresa afirma que a diferença não poderia ser cobrada, dada a ausência de lei complementar sobre o tema, como decidiu o STF. Ela pede para não mais contribuir, além para ter uma restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos.

Em decisão na última sexta-feira (7/12), a juíza Luiza Barros Rozas Verotti, da 13ª Vara da Fazenda Pública, julgou o pedido como parcialmente procedente. Isso porque a decisão do STF abordou as operações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, ao mesmo tempo em que declarou inconstitucional a cobrança de Difal sem a edição de lei complementar.

Não seria procedente a parte em que se pede a restituição de pagamentos passados, já que a ação foi ajuizada depois do julgamento pelo STF, cabendo a modulação de efeitos. A juíza afasta “a incidência do ICMS-Difal nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo realizadas pela autora, a partir do exercício de 2022, enquanto não editada lei complementar pertinente”, afirma.

“Como a lei já foi editada, a Fazenda deve interpor embargos de declaração questionando se, então, a cobrança poderia acontecer. A partir daí, a magistrada deve esclarecer se usará os princípios da noventena e da anterioridade, o que deve ser crucial”, explica Matheus Bueno, sócio do escritório Bueno Tax Lawyers.

“O STF julgou o caso específico do consumidor final que não é contribuinte. Por isso, a decisão é mais vista para o comércio eletrônico. No caso da BRF, não é a mesma situação exatamente. Essa é uma ótima decisão, porque inclui outros casos de compra à distância”, avalia.

O processo no TJSP tem o número 1057052-40.2021.8.26.0053