

ICMS-DIFAL

Emenda Constitucional 87/15

Antes

DIFAL apenas nas operações com contribuintes

“Art. 155. (...) § 2º (...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, **quando o destinatário for contribuinte** do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da **alínea a** do inciso anterior, cabará ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual” (CF/88)

Depois

DIFAL nas operações com contribuintes ou não

“Art. 155. (...) § 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 cabará ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

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:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto” (CF88)

Cenário após EC 87 – Fase 1

- Ciclo de positivação do tributo :

CF (competência) ➤➤ LC federal (norma geral) ➤➤ Lei interna do Estado/DF (instituição)

- Mora do Congresso Nacional – inexistência de LC federal
- Celebração de Convênio interestadual no âmbito do CONFAZ (tentativa de suprir LC) – CV ICMS n. 93/15
- Estados/DF editaram leis internas, entre 2015/2016 reproduzindo o CV 93/15

Posição do STF na Fase 1

ADI 5.469/DF e RE 1.287.019/DF (TEMA 1.093)



*O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a **inconstitucionalidade formal** das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do **Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015**, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por **invasão de campo próprio de lei complementar federal**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, **modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade** ..., quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, **a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento** (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. **Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.***

Cenário após Tema 1.093 – Fase 2

- Modulação – prazo para Congresso Nacional editar LC – até 31/12/2021
- Aprovação do PLP 32/2021 em 20/12/2021
- Publicação da LC 190 apenas em 5/1/2022
- Posturas dos Estados: a) edição de lei em DEZ/21; b) edição de lei em 2022/23; c) edição de decreto; d) inércia

Cenário após Tema 1.093 – Fase 2

- Anterioridade: a) solução de continuidade; e b) cláusula de produção de efeitos da LC

Carga tributária	Antes da EC 87/15	Após EC 87/15 (CV ICMS n. 93/15 - efeitos até 31/12/2021, cfe. ADI 5469)	De 01º/01/2022 a 05/01/2022 (vácuo normativo entre CV 93/15 e LC 190/2022)	Após LC 190/2022
Estado de origem	18%	12%	12%	12%
Estado de destino	0%	6%	0%	6%
Total	18%	18%	12%	18%



- Legalidade I: a) nulidade da lei fundada no CV 93; e b) incompatibilidade da lei que não reflete LC
- Legalidade II: ausência de previsão dos aspectos material e/ou pessoal na lei interna
- Portal: insuficiência do atual Portal do DIFAL

Posição do STF na Fase 2

ADIs 7.066, 7.070 E 7.078



*O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, reconhecendo a **constitucionalidade da cláusula de vigência prevista no art. 3º da Lei Complementar 190**, no que estabeleceu que a lei complementar passasse a produzir efeitos **noventa dias** da data de sua publicação, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, André Mendonça, Cármen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que votaram em assentada anterior ao pedido de destaque. Não votou o Ministro Cristiano Zanin, sucessor do Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso (ADI 7.066)*

Incertezas na Fase 2

- Acórdão ainda não publicado
- Cabimento de EDs com efeitos modificativos
- Reforço à tese da legalidade I-B (Min. Dias Toffoli)

*“As regras gerais editadas por lei complementar, elas (sic) não trazem regras-matrizes de instituição de tributo. Ou seja, a lei complementar não se sujeita à anterioridade, seja a geral (...), seja a nonagesimal (...) E as duas leis estaduais que nós estamos aqui (...), para ser mais preciso uma distrital e uma do Estado do Ceará, elas foram editadas em dezembro de 2021, ou seja, a lei com a regra matriz, Ministro Fachin, ela foi editada dentro da anterioridade geral. (...) As leis estaduais são de 2021.”*⁸

“No caso concreto, as leis estaduais, eu julgo improcedente as ações diretas contra elas porque elas foram editadas em 2021, já de acordo com a normatividade da lei complementar que, então, era apenas autógrafos enviados ao Presidente da República, mas que já era de todo sabido que viria a ser sancionado”

Cenário após ADIs – Fase 3

- ~~Anterioridade: a) solução de continuidade; e b) cláusula de produção de efeitos da LC~~
- Legalidade I: a) nulidade da lei fundada no CV 93; e b) incompatibilidade da lei que não reflete LC – **(DESTAQUE DA POSIÇÃO DO MIN. DIAS TOFFOLI)**
- Legalidade II: ausência de previsão dos aspectos material e/ou pessoal na lei interna
- Portal: insuficiência do atual Portal do DIFAL

Abrangência das teses – Fase 3

Legalidade I

- UFs que não editaram lei alguma (continuam baseando a exigência nas leis editadas em 2015/2016)
 1. Ceará
 2. Distrito Federal
 3. Mato Grosso
 4. Minas Gerais (obs.: Decreto n. 48.343, de 31 de dezembro de 2022)
 5. Pará
 6. Rio de Janeiro
 7. Rio Grande do Norte (obs.: Decreto n. 31.882, de 6 de setembro de 2022)
 8. Rio Grande do Sul

- UFs que editaram lei depois de 2021
 9. Acre (LC n. 417, de 7/12/2022)
 10. Alagoas (Lei n. 9.127, de 22/12/2023)
 11. Amapá (Lei n. 2.756, de 30/08/2022)
 12. Amazonas (Lei n. 242, de 29/12/2022)
 13. Espírito Santo (Lei n. 11.623, de 25/05/2022)
 14. Goiás (Lei n. 21.690, de 16/12/2022)
 15. Maranhão (Lei n. 11.867, de 23/12/2022)
 16. Mato Grosso do Sul (Lei n. 5.993, de 16/12/2022)
 17. Paraíba (Lei n. 12.190, de 13/1/2022, e Lei n. 12.308, de 30/5/2022)
 18. Paraná (Lei n. 20.949, de 31/12/2022)
 19. Rondônia (Lei n. 5.369, de 30/6/2022)

Abrangência das teses – Fase 3

Legalidade II – insuficiência de leis internas

Alagoas – já referida no item 9 da relação de Estados que editaram lei apenas em 2022/2023 (Lei n. 9.127, de 22/12/2023)

20. Pernambuco (Lei n. 17.625, de 31 de dezembro de 2021)

21. Roraima (Lei n. 1.608, de 30 de dezembro de 2021)

22. São Paulo (Lei n. 17.470, de 13 de dezembro de 2021)

Portal do DIFAL

Todas as UFs



DIAS DE SOUZA
ADVOGADOS ASSOCIADOS

