

INCONSTITUCIONALIDADE DO DIFAL – EC Nº 87/2015

Iniciado em meados de 2020, em 24/02pp finalizou o julgamento pelo Plenário do STF que decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (DIFAL/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação.

De fato, o entendimento majoritário foi no sentido de que os Estados e o Distrito Federal, ao disciplinarem a matéria por meio de convênio no Confaz, usurparam a competência da União, a quem cabe editar norma geral nacional sobre o tema, uma vez que elementos essenciais do imposto não podem ser disciplinados por meio de convênio.

O Tribunal apreciou conjuntamente o RE nº 1.287.019/DF, com repercussão geral (Tema 1093) e a ADI nº 5469, tendo sido aprovada, por maioria, a seguinte tese:

"A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais".

A ADI nº 5469 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015.

Houve modulação dos efeitos da decisão no sentido de que produzirá efeitos apenas a partir de 2022, ou seja, no exercício financeiro seguinte à data do julgamento.

Dessa forma, as cláusulas da EC nº 87/2015 permanecem vigentes até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI nº 5464, sua suspensão.

Referida cláusula assim dispõe:

“Cláusula nona: Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.”

Vale ressaltar que, conforme a justificativa do Ministro Dias Toffoli, a modulação dos efeitos da decisão se faz necessária para assegurar a segurança jurídica, em razão da ausência de norma que certamente geraria prejuízos aos Estados.

Assim, até o momento que a decisão passa a surtir efeitos, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar lei sobre o tema. As ações judiciais em curso sobre o tema ficam afastadas dos efeitos da modulação.

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares