

# memorando aos clientes

27.10.2020

## ICMS e diferencial de alíquotas na Emenda Constitucional 87 - Julgamento da repercussão geral relativa ao Tema 1093

Em 16/10/2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) deu início ao julgamento da repercussão geral relativa ao Tema 1093 (RE 1287019), de Relatoria do Min. Marco Aurélio, no qual se discute a inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS nos termos da Emenda Constitucional (EC) nº 87/15 e do Convênio ICMS nº 93/15.

O diferencial de alíquota (popularmente conhecido como DIFAL) é uma forma de cobrança do ICMS nas operações interestaduais do imposto, na qual se reparte a receita desse tributo entre Estados de origem e destino da mercadoria.

Em sua redação original, a Constituição previa que o DIFAL seria devido ao Estado de destino da mercadoria, nos casos de remessas para destinatários consumidores finais que fossem **contribuintes** do ICMS. Se a remessa fosse destinada a não contribuinte (pessoa física, por exemplo), não haveria DIFAL e o tributo seria integralmente recolhido ao Estado do remetente (art. 155, § 2º, VII e VIII, da Constituição).

Com a edição da EC nº 87 em 2015, a regra constitucional passou a prever a aplicabilidade e recolhimento do DIFAL em qualquer operação interestadual com consumidor final, seja ela destinada a contribuinte ou não do imposto. Essa nova norma foi regulamentada apenas pelo Convênio ICMS nº 93/15, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), sem a edição de lei complementar.

Nesse contexto, os contribuintes passaram a questionar o “novo” DIFAL, na medida em que a regra atual revela nova possibilidade do imposto, motivo pelo qual seria imprescindível a edição de lei complementar, justamente para regulamentar aspectos gerais da regra matriz tributária e disciplinar conflitos de competência entre os Estados e Distrito Federal (art. 146, I e III, da Constituição).

A discussão chegou ao STF e foi iniciado o julgamento da repercussão geral (Tema 1093) sobre essa questão. O Min. Marco Aurélio prolatou seu voto e entendeu ser necessária a edição de legislação complementar sobre a matéria, propondo a seguinte tese: “*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*”. O julgamento, contudo, foi interrompido por um pedido de vista do Min. Dias Toffoli, de modo que agora não há previsão para a sua conclusão.

Apesar de não constar do voto inicial favorável ao contribuinte do Min. Relator, e não ser uma tendência do STF promover a modulação de efeitos em casos tributários, muito se comenta sobre essa possibilidade nesse caso, em razão dos elevados valores envolvidos na discussão (sobretudo aqueles no contexto do comércio eletrônico) e pelo fato de a regra já estar vigente há cinco anos.

Em razão disso, muitos contribuintes têm ajuizado, desde já, mandados de segurança para questionar a constitucionalidade da exigência do DIFAL. Nesse sentido, já há medidas liminares concedidas afastando a exigência do tributo em razão da ausência de lei complementar regulamentadora da matéria, mesmo antes da conclusão do julgamento pelo STF.



# memorando aos clientes

27.10.2020

Essa é uma ótima estratégia, pois, além de o rito processual do mandado de segurança ser extremamente abreviado e os custos que envolvem a sua impetração serem reduzidos (não há, por exemplo, risco de honorários sucumbenciais), a tese de mérito é extremamente sólida e a impetração antes do julgamento afasta a modulação de efeitos que venha eventualmente a ser concedida pelo STF.

Passamos, a partir de agora, a aguardar a prolação de voto por parte do Min. Dias Toffoli, para que seja dado continuidade ao julgamento do Tema 1093 pelo STF.

O **schneider, pugliese**, permanece à disposição para esclarecer qualquer eventual dúvida.



Este informativo é elaborado pelo Schneider, Pugliese, Sztokfisz, Figueiredo e Carvalho Advogados especialmente para seus clientes, com o objetivo de mantê-los informados acerca das principais notícias de interesse no âmbito do Direito Tributário. São vedadas a reprodução, a divulgação ou a distribuição de seu conteúdo, total ou parcial, sem prévia autorização do escritório. Em caso de dúvidas, nossos advogados estão à inteira disposição para esclarecimentos adicionais. Caso não deseje mais receber este informativo, ou caso deseje indicar outra pessoa para seu recebimento, por favor envie sua solicitação para [contato@schneiderpugliese.com.br](mailto:contato@schneiderpugliese.com.br).

**schneider,**  
**pugliese,**