



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.1

Apelante: MENEZES & ALVAREZ BOMBONIÈRE LTDA.

Apelado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Des. Fernando Foch

Processo Originário: n.º 0094906-91.2011.8.19.0001

Juízo do Direito da 17ª Vara da Fazenda Pública

Comarca da Capital

ACÓRDÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
Ação visando à desconstituição de crédito tributário e à repetição de quantias referentes ao ICMS – substituição tributária.

1. Alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade da instituição do regime de substituição tributária, nos casos em que a circulação da mercadoria se inicia em outro estado, sem a celebração de Convênio entre os estados, bem assim da ilegalidade da sujeição a tal regime de microempresa enquadrada no Simples Nacional.

2. Regime de substituição tributária em operações internas instituído neste estado pela Lei estadual 2.657/96 e pelo Decreto n.º 27.427/2000, em alinhamento com o art. 150, §7º, da Constituição, com o art. 128 do Código Tributário Nacional e com o

art. 6º da Lei Complementar 87/96, e complementado pela Resolução SEFAZ n.º 537/2012, aplicando-se à hipótese dos autos. Possibilidade de condicionar-se a entrada de mercadoria no território estadual ao recolhimento do tributo já afirmada pelo STJ no julgamento do AgRg no REsp 1030772/RJ.

3. Constitucionalidade de norma regulamentar análoga à impugnada pela recorrente, bem assim sua compatibilidade com a Lei Complementar 123/06, já afirmada por este tribunal, em precedentes iterativos que indicam não decorrer aumento de tributo ou bitributação pela incidência do regime de substituição tributária em operações internas.

4. Recurso desprovido.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Câmara Cível



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.2

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 0094906-91.2011.8.19.0001, em que é apelante MENEZES & ALVAREZ BOMBONIÈRE LTDA. e apelada ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica

Desembargador FERNANDO FOCH
Relator





Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.3

RELATÓRIO

Trata-se de apelação¹ interposta por MENEZES & ALVAREZ BOMBONIÈRE LTDA. de sentença², que, em ação visando à desconstituição de crédito tributário e à repetição de quantias, desprovidos embargos de declaração³, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e de honorários de 10% do valor da causa.

Nas razões recursais, a apelante alega que é varejista do ramo de balas, bombons e semelhantes, sendo microempresa inscrita no Simples Nacional e, por isso, frui de regime tributário de recolhimento simplificado, na forma do disposto na Lei Complementar 123/96 e que, não obstante, vinha sendo compelida a recolher antecipadamente o ICMS substituição tributária pelo posto fiscal situado na divisa do estado com São Paulo, em alegada observância ao que dispõe a Resolução SER n.º 80/2004.

Argumenta que, no entanto, a adoção do regime de substituição tributária depende de acordo específico celebrado pelos estados interessados, que não existe no caso, e que, por isso, a citada Resolução é ilegal e inconstitucional e são nulos os atos com base nela praticados, como tem sido reconhecido pela jurisprudência e já foi suscitado perante o STF, com repercussão geral reconhecida.

Sustenta, também, que, como é microempresa enquadrada no Simples Nacional, uma vez que cumpra os recolhimentos próprios de sua condição, nada mais deve ao apelado a título de ICMS, e que é manifesta a incompatibilidade do regime de substituição tributária com o Simples, na forma da jurisprudência do STJ.

A pretensão recursal foi deduzida no sentido de que seja reformada a sentença, para que seja julgado procedente o pedido.

Em contrarrazões⁴, o apelado pugnou pelo desprovimento do apelo.

O Ministério Público oficiou⁵ no sentido de não ser cabível sua intervenção.

¹ Pasta 367.

² Pasta 328.

³ Pasta 364.

⁴ Pasta 396.

⁵ Pasta 411.



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.4

É o relatório.

VOTO

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Cinge-se a controvérsia à legalidade da exigência do ICMS substituição tributária sobre os ingressos de mercadoria no estado, oriunda do estado de São Paulo, destinada ao estabelecimento da autora.

Em que pese os argumentos expendidos pela recorrente, nada infirma as conclusões da sentença no sentido de ser efetivamente devido o imposto cobrado pelo recorrido, nas hipóteses mencionadas na exordial.

Com efeito, em que pese não haver Convênio interestadual para instituição do regime de substituição tributária que abranja as operações em tela, isso não obsta à instituição do regime em relação à circulação da mercadoria em território fluminense, ou internas.

E é esse o quadro criado pela Lei estadual 2.657/96 e pelo decreto n.º 27.427/2000, que regulam o ICMS nesta unidade da federação – em alinhamento com o que dispõem a Constituição, o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar 87/96 –, sendo complementada pela Resolução SEFAZ n.º 537/12 (que revogou a Resolução SER n.º 80/04), valendo destacar, desta última, o que dispõe o seu Capítulo IV:

“Das aquisições realizadas em operações provenientes de outra unidade federada por contribuinte substituto localizado neste Estado com mercadoria sujeita à substituição tributária quando não há convênio, protocolo ou termo de acordo atribuindo a qualidade de contribuinte substituto ao remetente.

Art. 4.º Em operação com mercadoria proveniente de outro estado sujeita ao regime de substituição tributária em que não há convênio, protocolo ou termo de acordo atribuindo a qualidade de contribuinte substituto ao remetente, fica atribuída ao contribuinte fluminense destinatário localizado neste Estado a condição de substituto, responsável pela retenção e o pagamento do ICMS devido nas saídas internas subseqüentes àquela interestadual, nos termos do art. 21, inciso VI, da Lei n.º 2.657/96, observado o disposto nos parágrafos deste artigo.

§ 1.º Considera-se ocorrido o fato gerador no caso de que trata o caput deste artigo no momento da entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado, inclusive na hipótese de destinatário varejista fluminense, em



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.5

razão do disposto no art. 23, inciso IV, item 2, e §§1.º, 2.º e 3.º do art. 39 da Lei n.º 2.657/96, devendo a autoridade fiscal exigir neste momento a apresentação do comprovante de pagamento do ICMS devido, observado o disposto nos §§ 7.º, 8.º e 9.º deste artigo. (...)"

Considere-se, por igual, que, como apontado na sentença, não só a incidência do regime de substituição tributária em operações internas – na forma que dispunha a Resolução SER n.º 80/04, revogada pela Resolução SEFAZ n.º 537/12 – não viola a Lei complementar 87/96, mesmo em casos em que a circulação da mercadoria tenha se iniciado em outro estado e não haja convênio celebrado para incidência do regime em caráter interestadual, como é válida a exigência do recolhimento tributário como condição para ingresso da mercadoria no território do estado.

Consulte-se, nesse sentido, o que decidiu o STJ no AgRg no REsp 1030772 / RJ:

TRIBUTÁRIO – ICMS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – LEGISLAÇÃO LOCAL QUE ANTECIPA O PAGAMENTO DO TRIBUTOS – VIOLAÇÃO DO ART. 9º DA LC 87/96 – NÃO-OCORRÊNCIA – ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO QUANDO DA ENTRADA NO TERRITÓRIO DO ESTADO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA – POSSIBILIDADE.

1. A norma regulamentar estadual que determina a antecipação do recolhimento do tributo, condicionando a entrada da mercadoria no território do Estado à apresentação do tributo quitado, não depende de Convênio ou Protocolo entre os entes da federação.

2. A Resolução da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro n. 80/2004 não viola o art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, pois a mera antecipação do recolhimento do tributo, condicionando a entrada da mercadoria no território do estado de destino, não afeta a receita do Estado de origem da mercadoria.

3. Precedente: RMS 20031/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007: "No Estado do Rio de Janeiro, o prazo para recolhimento do ICMS, previsto em ato do Secretário de Estado da Receita, guarda consonância com a legislação estadual. Tanto a Lei Estadual 846/85, como o Decreto 27.427/2000 autorizam que a exigência seja feita quando da entrada, no Estado, da mercadoria tributada sob o regime de substituição tributária." 4. A substituição tributária instituída pelo Estado de destino, voltada para as operações nele praticadas, não prejudica o estado de



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.6

origem, pois apenas está antecipando a arrecadação que lhe é devida em seu próprio território. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1030772/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 31/08/2009)

De outra mão, este tribunal já reconheceu, em mais de uma ocasião, a constitucionalidade de norma regulamentar análoga à Resolução SER

n.º 80/04, e de mesmo fundamento legal na esfera estadual, arguida por contribuintes igualmente inscritos no Simples Nacional, concluindo que o regime da substituição tributária não importa em aumento da carga tributária, nem viola as disposições da Lei Complementar 123/06, valendo destacar:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA NO QUAL A 1ª INTERESSADA VISA EXIMIR-SE DO REGRAMENTO CONTIDO NA RESOLUÇÃO SEFAZ/RJ N.º 201/2009. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SOCIEDADE OPTANTE PELO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE QUE O IMPOSTO, COM SUA PECULIAR FORMA DE PAGAMENTO, VIOLA O REGIME DE RECOLHIMENTO UNIFICADO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR 123/06, CONFLITANDO ESTA, POR SUA VEZ, COM O ART. 146, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA CONSTITUIÇÃO. ALEGAÇÃO, AINDA, DE BITRIBUTAÇÃO. REGIME LEGAL, DE BASE CONSTITUCIONAL, QUE IMPORTA NA UNIFICAÇÃO DE RECOLHIMENTO, MEDIANTE DOCUMENTO ÚNICO. RESSALVA CONSTITUCIONAL E LEGAL DA INCLUSÃO DO ICMS. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA AO LEGISLADOR COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DE REGIME QUE VISA O TRATAMENTO DIFERENCIADO DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. UNIFICAÇÃO DO RECOLHIMENTO QUE DECORRE DE PERMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL, NÃO SENDO NORMA COGENTE. SUBORDINAÇÃO DO PARÁGRAFO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL AO *CAPUT* DO ARTIGO, E NÃO O INVERSO. PERSISTÊNCIA DA DISCIPLINA LEGAL DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REGIME QUE NÃO TRAZ ISENÇÃO EM RELAÇÃO AO ICMS. A SUBSTITUIÇÃO É FORMA DE APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, NÃO IMPORTANDO EM CRIAÇÃO DE TRIBUTO. CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DA LEI



Apelação Cível 0094906-91.2011.8.19.0001

FLS.7

COMPLEMENTAR, BEM ASSIM DA RESOLUÇÃO ESTADUAL - ESTA, JÁ APRECIADA EM ARGUIÇÃO ANTERIOR JULGADA POR ESTE TRIBUNAL. ARGUIÇÃO REJEITADA.

(Arguição De Inconstitucionalidade 0023966-70.2012.8.19.0000 - Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO - Julgamento: 03/11/2014 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL)

Arguição incidental de Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança em curso na 5ª Câmara Cível do TJ/RJ. Dúvidas sobre a constitucionalidade da Resolução SEFAZ/RJ nº 201/2.009. Empresa de pequeno porte e optante do SIMPLES NACIONAL. Cabimento do recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária. Validade da Resolução, que obedeceu aos comandos de Lei Complementar nº 123/06, pois houve mera remissão do texto à Resolução CGSN nº 51/08, prevista no diploma referido. O exame da Resolução SEFAZ/RJ nº 201/09 leva à conclusão que ela não traz qualquer aumento da carga tributária e apenas adaptou o regramento do imposto devido pela ME ou EPP, segundo as normas federais editadas. Dentro dos limites estreitos desta Arguição, não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade da Resolução. REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO, COM DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE da Resolução SEFAZ/RJ nº 201/2009.

(Arguição de inconstitucionalidade 0007845-98.2011.8.19.0000 - Des. OTÁVIO RODRIGUES - Julgamento: 06/05/2013 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL)

Destarte, não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade do enquadramento das operações mencionadas na inicial no regime do ICMS substituição tributária, seja quanto ao fundamento específico desse regime, seja quanto à sujeição a ele de microempresa enquadrada no Simples Nacional.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de que a Câmara conheça do recurso e lhe negue provimento.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador FERNANDO FOCH
Relator