

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

FORO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA ABDO MUANIS, 991 - 4º ANDAR, São José do Rio Preto - SP -

CEP 15090-140

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**SENTENÇA**Processo Digital nº: **1052516-37.2019.8.26.0576**Classe - Assunto **Mandado de Segurança Cível - Anulação de Débito Fiscal** Impetrante:Impetrado: **Delegado Regional Tributário - DRT 08**Juiz(a) de Direito: Dr(a). **MARCO AURELIO GONCALVES**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por [REDACTED] contra ato do DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA SECRETARIA DA FAZENDA DE SÃO PAULO EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. A impetrante, em síntese, aduziu que sua atividade não se enquadra como de varejista, em razão de utilizar os pescados para elaboração de pratos. Afirmou que a cadeia comercial de pescados, as quais envolvem os restaurantes, encerram-se com a venda realizada junto aos fornecedores. Ressaltou, também, que a adesão ao Simples Nacional presume o recolhimento do imposto em etapas anteriores, bem como afirmou que “seus tributos que têm por base de cálculo seu faturamento, incluindo o ICMS incidente sobre operações próprias, podendo ainda ser responsabilizada pelo pagamento do ICMS diferido ou suspenso (art. 430, III, RICMS), desde que expressa e taxativamente previsto na legislação de regência. Pugna pela concessão de segurança, a fim de determinar a não sujeição da Impetrante à exigência do ICMS diferido nas operações com pescados.

O pedido de concessão de liminar foi indeferido a fls. 158.

A autoridade coatora prestou informações a fls. 169-184.

O Ministério Público se manifestou a fls. 190-191.

É o relatório.

A via eleita é adequada, pois preenche os pré-requisitos previstos em lei, isto é: a necessidade de trazer prova pré-constituída. Assim, uma vez que o feito pode ser discutido apenas com análise em direito, tal ação é plenamente possível.

Cuida o mérito em saber se há o direito do impetrante em manter a sistemática do ICMS.

De rigor, pela concessão da ordem.



CEP 15090-140

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

FORO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA ABDO MUANIS, 991 - 4º ANDAR, São José do Rio Preto - SP -

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1052516-37.2019.8.26.0576 - lauda 1

Isto porque, o ICMS, via de regra, é um tributo plurifásico, não-cumulativo e incide em cada circulação de mercadorias, compensando-se o que for devido, com o que já fora recolhido. Já no tocante a operações relativas à circulação de mercadoria, o critério temporal da incidência do ICMS é, por excelência, o instante no qual o remetente dá saída à mercadoria. É o quanto previsto no art. 12, I da LC nº 87/96, que assim dispõe:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

- I- da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
- II- do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento.

Respeitado entendimentos em sentido diverso, a leitura realizada pela autoridade tributária foge à razoabilidade quando altera o entendimento a respeito do diferimento do ICMS nas operações internas do pescado, sobretudo quando se analisa o art. 391 do RICMS:

Artigo 391 - O lançamento do imposto incidente nas operações internas com pescados, exceto os crustáceos e os moluscos, em estado natural, resfriados, congelados, salgados, secos, eviscerados, filetados, postejados ou defumados para conservação, desde que não enlatados ou cozidos, excluídas as saídas internas realizadas por estabelecimento que tenha como CNAE principal os códigos 1020-1/01 ou 1020-1/02, fica diferido para o momento em que ocorrer: (Redação dada ao "caput" do artigo, mantidos os seus incisos, pelo Decreto 63.886, de 04-12-2018, DOE 05-12-2018, produzindo efeitos a partir de 1º de dezembro de 2018)

- I - sua saída para outro Estado;
- II - sua saída para o exterior;
- III - sua saída do estabelecimento varejista;



CEP 15090-140

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
FORO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA ABDO MUANIS, 991 - 4º ANDAR, São José do Rio Preto - SP -

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1052516-37.2019.8.26.0576 - lauda 2

IV - a saída dos produtos resultantes de sua industrialização.

E no caso dos restaurantes, a adesão ao Simples Nacional presume o recolhimento do imposto em etapas anteriores, o que torna imperioso o entendimento de que o diferimento nas operações com pescado deve ocorrer no momento da saída do produto para o consumidor final.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e, por conseguinte, CONCEDO A ORDEM para coibir a autoridade tributária de realizar autuação ou aplicar quaisquer penas se os motivos para tanto forem as questões envolvendo diferimento da cobrança do ICMS do pescado e o novo entendimento aplicado pela Administração Pública.

Dê-se ciência ao impetrado, notificando-se pessoalmente, na forma da lei, sem prejuízo da intimação pessoal da fazenda pública, por via eletrônica (Comunicado Conjunto n. 508/2018, DJE de 21.03.2018, págs. 06/07, e artigo 246, § 1º e 2º, NCPC).

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorária, descabida na espécie (Súmula n. 105 do E. Superior Tribunal de Justiça; Súmula n. 512 do Col. Supremo Tribunal Federal; e artigo 25 da Lei Federal n. 12.016/2009).

Oportunamente, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei Federal n. 12.016/2009, subam os autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na forma da lei e com nossas homenagens, para sua dought apreciação recursal em sede de reexame necessário.

P.R.I.

São José do Rio Preto, 06 de abril de 2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

1052516-37.2019.8.26.0576 - lauda 3