



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚBLICO: das 12h30min às 19h00min**

**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1044425-72.2019.8.26.0053**  
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Anulação de Débito Fiscal**  
 Requerente: \_\_\_\_\_  
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **JOSE EDUARDO CORDEIRO ROCHA**

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por \_\_\_\_\_ em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. A autora realiza a venda por atacado de pescados *in natura*, que adquire de único fornecedor e o revende a diversos restaurantes. Alega que possui o benefício do diferimento do ICMS sobre pescados, nos termos do artigo 391 do RICMS. No entanto, foi surpreendida pelo recebimento de uma missiva em seu estabelecimento, na qual a ré informava a ausência de recolhimento de ICMS, no montante de R\$ 130.129,10, por operações realizadas entre 01/01/2015 e 01/03/2018. Assevera que não é responsável por tal pagamento, exigível de quem finda a cadeia econômica, com a saída definitiva dos pescados ao consumidor final. Pretende a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue a recolher o ICMS deferido nas operações de pescados. Juntou documentos (fls. 12/35).

Foi deferida a tutela de urgência (fls. 37/39).

A ré apresentou contestação às fls. 53/69, em que pugnou pela improcedência do pedido, ao argumento de que a autora seria varejista, registrada no CADES P como peixaria. Sustentou ainda que a demandante não comprovou vender as mercadorias exclusivamente por atacado, além de pretender isenção não prevista em lei.

Sobreveio réplica às fls. 77/84, com a juntada de novos documentos (fls. 85/105).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚblico: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 1**

Intimadas as partes sobre o interesse na produção de provas (fl. 106), manifestaram-se pelo julgamento antecipado da lide (fls. 110/114).

A ré acostou documentos (fls. 120/126), impugnados pela autora (fl. 132), que juntou documentação nova (fls. 133/1759).

*É o relatório.*

**DECIDO.**

Desnecessária a dilação probatória, o feito comporta julgamento no estado em que se encontra, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil.

Centra-se a demanda na possibilidade de a autora recolher o ICMS sobre a negociação de pescados de forma diferida.

Oportuno dizer que, por conta da disposição do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, o critério temporal referente a operações relativas à circulação de mercadoria coincide com o instante no qual o remetente dá saída à mercadoria:

*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.*

O artigo 391 do RICMS (Decreto 45.490/00), por sua vez, estabelece:

*Artigo 391 - O lançamento do imposto incidente nas operações 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, fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8.º, XVII,*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚblico: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 2**

*redação da Lei 9.176/95, art. 1º, l):*

*I - sua saída para outro Estado;*

*II - sua saída para o exterior;*

***II - sua saída do estabelecimento varejista;***

***III - a saída dos produtos resultantes de sua industrialização.***

Além das hipóteses de diferimento do ICMS sobre pescados, previstas no artigo 391 do RICMS, existem outras, genéricas, dispostas nos artigos 427 e 428 do RICMS:

*Artigo 427 - A sujeição passiva por substituição com responsabilidade pelo imposto relativo a operações anteriores se efetiva nas seguintes hipóteses, devendo o lançamento ser efetuado pelo estabelecimento em que ocorrer (Lei 6374/89, art. 8º, § 10, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I):*

***I - a saída de mercadoria com destino a consumidor ou usuário final ou, ainda, a pessoa de direito público ou privado não contribuinte***  
*(...)*

*Artigo 428 - A suspensão e o diferimento de que trata este livro ficam interrompidos, devendo o lançamento do imposto ser efetuado pelo estabelecimento em que ocorrer (Lei 6374/89, art. 8º, § 10, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I):*

***I - a saída da mercadoria com destino a consumidor ou usuário final, inclusive pessoa de direito público ou privado não-contribuinte, ressalvada a hipótese prevista no art. 319.***

As normas supracitadas estão em consonância com o disposto no artigo 8º da Lei nº 6.374/89, no qual estão elencados os responsáveis tributários para as hipóteses de diferimento do ICMS, dentre eles, o contribuinte que realizar a operação de saída do produto ao consumidor ou usuário final.

Mencionado texto legal traz a seguinte previsão:

*Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚblico: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 3**

*adiante nominados:*

(...)

*VIII - quanto a produto agropecuário e seus insumos ou mineral: o contribuinte que realize qualquer das operações a seguir indicadas relativamente ao imposto devido nas anteriores saídas:*

(...)

*d) saída com destino a consumidor ou a usuário final.*

Ainda, o artigo 430, inciso III, do RICMS, prevê:

*Artigo 430 - A pessoa em cujo estabelecimento se realizar qualquer operação, prestação ou evento, previsto neste Livro como momento do lançamento do imposto deferido ou suspenso, efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento correspondente às saídas ou prestações anteriores (Lei 6.374/89, art. 8º, §10, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I, e arts. 59 e 67, § 1º):*

(...)

*III - tratando-se de contribuinte sujeito às normas do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - 'Simples Nacional', de uma só vez, mediante guia de recolhimento especial, até o último dia do segundo mês subsequente ao das operações.*

Como se observa, citado comando destina-se especificamente às empresas optantes pelo Simples Nacional, como a autora (fl. 128), não sendo o caso de subsunção da hipótese ao que prevê o inciso III do artigo 430, até porque, nos termos inicialmente pontuados, inexiste qualquer incompatibilidade em relação à Lei Complementar Federal nº 123/06.

Na hipótese dos autos, as atividades desenvolvidas pela requerente não se amoldam à definição de comércio varejista ou industrialização, previstas no artigo 391 do RICMS, conforme a documentação juntada às fls. 133/1759. Da análise das notas fiscais, verifica-se que a autora vende usualmente grandes quantidades ou peças inteiras de pescados como salmão, tilápia e camarão para restaurantes, empórios, bares, panificadoras e buffets. Logo, não é em seu



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚblico: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 4**

estabelecimento que se verifica a saída definitiva dos pescados utilizados nas refeições servidas ao consumidor final nos restaurantes, que suportam o pagamento do ICMS embutido no custo dos pratos.

Sob esse enfoque, inarredável a conclusão de que o lançamento tributário deve ser efetivado quando da saída dos produtos ao consumidor final, por corresponder ao momento em que se verifica o encerramento do diferimento, sob pena de concessão de isenção tributária não prevista na legislação. Sujeito, pois, os restaurantes, e não a requerente, ao pagamento da exação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se pronunciou sobre a matéria:

*RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – ICMS – OPERAÇÕES MERCANTIS ENVOLVENDO PESCADOS – ESTABELECIMENTO COMERCIAL (RESTAURANTE) SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO – SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA REGULARIDADE DO ICMS DIFERIDO – IMPOSSIBILIDADE. 1.*

*Ilegalidade ou irregularidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, inexistentes. 2. O contribuinte da operação de saída de mercadoria (produto agropecuário), destinado ao consumidor final, é o sujeito passivo tributário, por substituição, consoante o previsto no artigo 8º, XVII, "d", da Lei Estadual 6.374/89. 3. Compatibilidade, entre os regimes da substituição tributária e do Simples Nacional, conforme dispõe o artigo 13, § 1º, XIII, "a", da Lei Complementar Federal nº 123/06. 4. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 5. Violação ao princípio da legalidade, não configurado. 6. Ofensa a direito líquido e certo, passível de reconhecimento e correção, não caracterizada. 7. Ordem impetrada em mandado de segurança, denegada, em Primeiro Grau de Jurisdição. 8. Sentença recorrida, ratificada. 9. Recurso de apelação, apresentado pela parte impetrante, desprovido.*

*(TJSP; Apelação Cível 1023076-38.2019.8.26.0562; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/01/2021; Data de*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao PÚblico: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 5**

*Registro: 13/01/2021)*

*Mandado de segurança – ICMS sobre pescado Regime de substituição tributária - Programa "nos conformes" Pretensão de impedir que a autoridade impetrada autue ou aplique qualquer penalidade à impetrante, adepta ao Regime Especial de Restaurantes, quanto ao recolhimento do ICMS sobre pescados por ocasião da entrada no estabelecimento – Inadmissibilidade - Diferimento do tributo que é encerrado no momento da saída do produto do restaurante para o consumidor final - Restaurante que deve recolher todo o ICMS diferido nas operações anteriores – Sentença de concessão da segurança reformada – Recursos providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1062869-56.2019.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Accidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/12/2020; Data de Registro: 04/12/2020)*

Nesse contexto, como o ato administrativo padece de patente ilegalidade, de rigor o deferimento da pretensão.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher o ICMS diferido nas operações de pescados.

Por via de consequência, *julgo extinto* o processo, com apreciação do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sucumbente, arcará a ré com as custas e despesas despendidas, além dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados por equidade em mil reais.

Após o trânsito em julgado e, feitas as anotações necessárias, arquivem-se os autos.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 6**

**P.I.C.**

São Paulo, 28 de janeiro de 2021.

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



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
14<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

**1044425-72.2019.8.26.0053 - lauda 7**