

*IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — ESTIMATIVA  
DO DÉBITO — FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO — RES-  
TAURANTE*

*— O imposto sobre circulação de mercadorias é devido pelos restaurantes, bares, cafés e demais estabelecimentos similares pelo fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias.*

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Irmãos Maggi Ltda. *versus* Fazenda do Estado  
Agravo de petição nº 193.991 — Relator: Sr. Juiz  
FERREIRA PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição nº 193 991, da comarca de São Paulo, em que é agravante Irmãos Maggi Ltda., sendo agravada Fazenda do Estado.

1. Trata-se de ação executiva fiscal para a cobrança de ICM, multa e acréscimo. A ação foi julgada procedente, com custas, juros e correção monetária.

Agravou a executada, argüindo a nulidade da penhora porque realizada por funcionário da autora. A dívida não é líquida e certa porque foi suprimida a instância administrativa, carecendo da ação. Houve cerceamento de defesa com o indeferimento da prova pericial. A exequente não tem direito ao ICM cobrado porque não havia lei estadual instituindo o tributo sobre o fornecimento de alimentação bebidas e etc.

O recurso foi contraminutado. A decisão mantida.

A executada juntou por linha a guia de recolhimento de custas, alegando que não fora intimada anteriormente.

2. Conhece-se do agravo. "Se o agravo subiu sem preparo, toma-se conhecimento" do mesmo (Pontes de Miranda, *Código de Processo Civil*, t. 11/383, nº 1). "A 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Bahia... julgou, e bem, que tendo subido o agravo sem preparo, o pagamento dele, ainda na superior instância, mostra que o agravante não renunciara ao agravo" (id. p. 386, nº 4).

A guia juntada demonstra que o agravante recolheu as custas, na data constante da mesma.

3. Repele-se a preliminar de nulidade da penhora. Quer a sentença, quer a contraminuta demonstraram a inanidade da argüição, sendo os fundamentos das mesmas adotados, como razões de decidir.

4. Rejeita-se a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial. Achando-se a contribuinte sob o regime de estimativa, era desnecessária a prova requerida, diante do disposto nos arts. 145 e 136, nº IV, b do Regulamento do ICM (Decreto nº 47.763, de 17.2.1967). Cabia à executada reclamar para o Chefe do Posto Fiscal, com recurso para o Inspetor Fiscal. Verificada qualquer diferença entre o montante recolhido e o apurado será ela restituída ou compensada, mediante requerimento a ser apresentado dentro de 90 dias, contados do término do exercício ou da cessação da adoção do sistema, quando favorável ao estabelecimento (art. 136, nº IV, b).

5. Sustenta a executada que a dívida é ilíquida e incerta por inexistir processo administrativo.

Entretanto, o art. 150 do Código Tributário Nacional permite o lançamento por

homologação. O art. 136 do Regulamento do ICM estabelece o regime de estimativa, a critério do Fisco, mediante normas relativas ao cálculo e recolhimento do tributo. Assim, o lançamento tem base legal, sendo a dívida líquida e certa. Não é, pois, caso de carência da ação. A sentença salienta que "não há preterição do seu direito de defesa porquanto ao ser fixado o valor do imposto a ser pago antecipadamente, assiste-lhe o direito de formular reclamação à autoridade fiscal (art. 145 do Regulamento do ICM).

6. Afirma a agravada que a exequente não tem direito ao imposto cobrado porque inexistia lei estadual instituindo o tributo.

A matéria argüida não foi alegada nos embargos. O art. 16 do Decreto-lei nº 960 determina que, nessa oportunidade, o réu deverá alegar, de um só vez e articuladamente, toda a matéria útil à defesa...

Acresce que o art. 9º, e seu parágrafo único, da Lei nº 9 590, de 30.12.1966, combinado com o art. 1º da mesma lei prevê, como fato gerador do ICM, o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Realça a douta contraminuta: "É de ressaltar-se que a expressão saída usada pelo legislador, na espécie (art. 1º, da Lei nº 9 590, de 1966, resulta da ausência, em dado momento, dentro do estabelecimento do contribuinte, das mercadorias que lá existiam e foram fornecidas aos fregueses. Esse o espírito da lei. Impossível negar que as refeições saíram do estabelecimento. A Lei nº 9 590, de 1966, previu amplamente, como fato gerador do ICM e o legislador estadual cogitou, antes do Ato Complementar nº 34 (pois a Lei nº 9 590, de 1966, o antecedeu), da específica saída de refeições, tanto que a disciplinou expressamente, falando em fornecimento por

bares e restaurantes (parágrafo único do art. 9º)”.  
Assim, a Lei nº 91, de 1972, apenas reafirmou os termos da Lei nº 5.590, de 1966, visto que o fato gerador já estava definido.

O STF, no recurso extraordinário nº 19.322, relatado pelo Min. Djaci Falcão, já teve oportunidade de afirmar a legalidade da cobrança do ICM, incidente sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, nos restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares (RDA 108/142).

É devido o ICM.

Isto posto: Acordam, em 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, conhecer do agravo, repelir as preliminares de nulidade da penhora, de cerceamento de defesa e de carência da ação e negar provimento ao recurso, mantendo a sentença, por seus fundamentos. Custas na forma da lei.

Tomou parte no julgamento o Juiz Tito Hesketh.

São Paulo, 8 de agosto de 1973. Assis Dias, pres. com voto. Ferreira Prado, relator.