

PETIÇÃO (MOD) CIVIL E PROC CIVIL**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

Recurso

MS -

FALTA DE LIQUIDEZ — EXTINÇÃO DO EXECUTIVO FISCAL**RESUMO**

- A Fazenda do Estado de São Paulo promoveu execução contra empresa visando ao recebimento de quantia pertinente ao ICMS incidente sobre operação de fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e similares. - A execução fiscal foi declarada extinta, na instância a quo, à consideração de que o advento da Lei Estadual nº 8.198/92, que isentou o contribuinte do pagamento do ICMS concernente ao "fornecimento de alimentação" (em bares etc.), restou por subtrair da certidão da dívida ativa o atributo da liquidez, importando na inexigibilidade da exação. - Irresignada, manifesta, a Fazenda vencida, recurso especial sob o pálio da letra a do admissivo constitucional. Alega, a recorrente, ofensa ao artigo 204, parágrafo único do CTN, porquanto, "a dívida regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída". Contudo, a partir da leitura da citada Lei nº 8.198/92, penso não lhe assistir razão. - Com efeito, dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.198, citada: "Art. 3º - Fica dispensado o pagamento do imposto de circulação de mercadorias - ICM - e do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações - ICMS - em relação a operações ocorridas até a data da publicação desta lei, com: I - alimentação fornecida em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Parágrafo Único - O disposto neste artigo não se aplica ao fornecimento e à saída de bebidas nem autoriza a restituição de tributos já recolhidos." - Como se observa, a lei dispensou o ICM incidente sobre o fornecimento de alimentação em bares e restaurantes e quejandos. Todavia, a saída de bebidas continua a ser tributada. Por outro lado, a lei não estabeleceu percentual a incidir sobre a saída de alimentos e de bebidas. Torna-se, pois, evidente, que essa separação, no pertinente à quantificação do fornecimento da alimentação e a fixação do valor das bebidas há de ser feita, pelo estabelecimento, no instante mesmo do fornecimento dessas mercadorias - alimentação e bebida. É curial, pois, que, na certidão da dívida ativa, para se revestir da liquidez, ter-se-ia de inscrever, tanto o preço total da alimentação, como o valor integral da bebida. Somente assim poder-se-ia excluir o pagamento do tributo sobre a parte da operação isenta, de acordo com a lei. Aqui, vale o magistério do Ministro Cesar Asfor Rocha: "Se o auto de infração reporta-se, englobadamente, a fornecimento de alimentação e bebidas, e tendo a lei dispensado o pagamento do tributo referente a uma delas (mercadorias), o crédito tornou-se ilíquido e incerto" (REsp nº 63.828-3). - De nenhuma valia a circunstância de a Portaria 01/93, já depois de consumado o fato gerador (fornecimento de alimentação e bebidas) tenha estabelecido os percentuais de 70% para as refeições (alimentos) e de 30%, para as bebidas. A Portaria não poderia alterar o valor de operações já realizadas, nem a percentualização do tributo. Exemplificativamente: numa dessas operações, um determinado estabelecimento poderá fornecer ao cliente um total de cinquenta reais (R\$ 50,00), sendo dez reais (R\$ 10,00) de alimentação e quarenta reais (R\$ 40,00) de bebidas. Injusto, pois, e manifestamente ilegal, a exigência de 70% do ICMS. A Portaria não é instrumento legislativo para instituir tributo, nem alterar-lhe a alíquota ou a base de cálculo. Essa iniciativa encontra limites no princípio da legalidade. - Inexistindo, pois, na certidão da dívida ativa, distinção entre o preço da alimentação e o valor total das bebidas, com base nas notas fiscais expedidas pelo estabelecimento, no momento em que se realizou a operação, é ela indubitavelmente ilíquida, e, portanto, despida de executoriedade. - Com estas considerações, o meu voto é negando provimento ao recurso. - É como voto. Ac. de 30-08-1995 DJ de 18-09-1995 (Reg. nº 95.0030970-0) Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 83, julho de 1996, pág. 60 EMENTÁRIO FORENSE. Agosto, 2000. Ano XII. Nº 621

EMENTA

Quando a certidão da dívida ativa não discrimina os valores referentes ao fornecimento de bebidas e alimentos em bares, restaurantes e similares, a eles reportando-se englobadamente, e tendo a lei dispensado o pagamento do ICMS em relação à venda de alimentos, o crédito torna-se ilíquido, face à impossibilidade de identificar o montante referente a uma e outra operação. - Nem mesmo a edição de Portaria estabelecendo percentuais para refeições (70%) e bebidas (30%) tem o condão de afastar a iliquidez da certidão da dívida ativa, por isso que não se trata de instrumento legislativo apto a instituir tributo, e muito menos para alterar-lhe a alíquota ou a base de cálculo, iniciativa esta inteiramente submissa ao princípio da legalidade. Ilíquida a certidão da dívida ativa, impõe-se extinguir o executivo fiscal.