

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

TAXA JUDICIÁRIA

Recurso

Recurso Especial 13.527

CRÉDITO TRIBUTÁRIO — PEDIDO DE NULIDADE - ART. 4/CPC - ICMS - MERCADORIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

EMENTA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ... VARA DA FAZENDA PÚBLICA, DO ESTADO DO, pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CGC/MF sob o nº e com inscrição Estadual nº, com sede na Rua nº, em, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º XXXV da Constituição Federal e art. 4º do Código de Processo Civil e demais dispositivos pertinentes à espécie, propor a presente AÇÃO DECLARATÓRIA CONTRA a, pelos motivos fáticos e fundamentos jurídicos que a seguir passa a aduzir: DOS FATOS 1. A Autora é estabelecida no ramo de, operando com fornecimento de alimentos, bebidas e prestação de serviços congêneres dentro de seu estabelecimento. 2. A Ré vem cobrando da Autora o Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), pagamento que se não efetuado nos prazos determinados pelo fisco, incorre em multa, juros e correção monetária. 3. Ocorre que a Legislação do ICMS do Estado do Paraná, apesar de ter como fato gerador do imposto o fornecimento "de alimentos", bebidas e outras mercadorias, em bares, cafés, restaurantes e similares "e exigir como base de cálculo 70% do valor total cobrado, conforme alteração do art. 3º da Lei nº 9884/91, não fez a dicotomia necessária para a incidência do ICMS, uma vez que, não há a separação do que seja mercadoria e o que seja prestação de serviço, condição "sine qua non" para que se estabeleça a base imponível do tributo. 4 - Vale dizer, que inexistente na Lei a base de cálculo para o lançamento do imposto cobrado. Sem base de cálculo, como pode haver a obrigação do recolhimento do imposto, se o percentual da alíquota não tem expressão numérica da situação ou essência do fato gerador, conforme nos ensina o mestre Ruy Barbosa Nogueira (Hipótese de Incidência Tributária), Ed. Rg. 943-43 12-pág. 117, onde deverá ser aplicada por não existir na Lei. O ilustre mestre, explica que: "A base de cálculo é o retrato quantitativo do próprio fato gerador, é a expressão da grandeza ou valor da relação fática ou situação descritiva ou eleita pela Lei substantiva como assento do imposto. A base de cálculo é uma qualificação normativa quantificadora de certos fatos ou de uma determina relação fática para fins específicos de gerar, possibilitar, ou ser índice de um determinado tipo de tributo, incidente sobre aquela situação. A base de cálculo é assim uma entidade só e aplicável somente para gerar determinado tributo sobre a situação para a qual essa mesma base de cálculo é imputada ou atribuída. Ainda que criada por Lei ela não pode sem o exposto consentimento da Lei ser atribuída a outra diferente da situação ou fato gerador." (Supl. Tributário L.T.R. Leg. Tributária 109, pág. 501). 5 - Para que o imposto venha a ser cobrado é necessário que haja fato gerador, alíquota e base de cálculo. E, sendo distintos os fatos geradores ou hipótese de incidência, não poderia o legislador deixar de distinguir também a base de cálculo de cada uma delas. Poderia até mesmo impor a mesma alíquota, mas nunca deixar de distinguir a base imponível do fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias, pelos estabelecimentos que servem tais mercadorias em suas dependências para serem consumidas pelos seus fregueses, situação que por envolver prestação de serviços, predominantemente não apresente a mesma simplicidade de simples operação de saída de mercadorias. 6 - Pelos fatos expostos, concluímos haver diferença entre duas situações: distinguiram-se os fatos geradores, mas não distinguiram-se as bases imponíveis, estabelecendo uma descabida analogia, a fim de aplicar ao fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes e similares, a base imponível específica de saída de mercadorias, 7 - Corroborando a tese defendida, o Egrégio Supremo Tribunal Federal vêm reiteradamente e

comprovando o nosso posicionamento como pode-se depreender do recentíssimo Acórdão que julgou o Recurso Especial nº 13.527 - SP 91.0016180-2, tendo como relator o iminente Ministro Gomes de Barros, que assim se manifestou em seu relatório que pedimos venia para transcrever. "Em recente assentada, a 1ª Seção desta Corte firmou orientação no sentido de não ser lícito o lançamento do ICM sobre o fornecimento de refeições em bares e restaurantes." Filiei-me a esta jurisprudência porque entendo como Roque Antonio Carrazza, em sua obra clássica observa: "Na real verdade,