

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Recurso	Recurso Especial 1.313
Tribunal	STF
Relator	NÉRI DA SILVEIRA

COBRANÇA — FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO - CONDIÇÕES DE SUA LEGITIMIDADE

RESUMO

- O douto Ministro Público, em parecer da lavra do Dr. GERALDO BRINDEIRO, eminente Subprocurador-Geral da República deu o correto deslinde à controvérsia, ao assim dispor, verbis: "Há realmente, a nosso ver, divergência entre o V. Acórdão recorrido e a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal. Dentre os inúmeros julgados do STF sobre o assunto, destacamos o RE nº 108.343 - SP e o RE nº 115.858 - RJ que trata exatamente da questão diretamente ligada à legislação do Estado do Rio de Janeiro sobre a matéria. Estes Acórdãos do STF tiveram as seguintes ementas: "ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. No RE 85.262 - DF, o Plenário do STF afirmou que a exigência do ICM, nas hipóteses referidas, somente passou a ter base legal, com a vigência da Lei Complementar nº 34/1967 e do Decreto-lei nº 406/1968. Na expressão "saída da mercadoria do estabelecimento comercial", não se compreende o fornecimento de alimentos e bebidas, na própria casa comercial. Nos Recursos Extraordinários nº 76.907, 79.251 e 77.943, o STF proclamou ser inexigível o ICM, de bares e restaurantes, antes do Decreto-lei nº 406/1968 e, depois dele, só se a lei estadual dispuser sobre a respectiva incidência, nesses estabelecimentos. CTN, art. 97. A base de cálculo há de ser prevista em lei. A Lei paulista nº 440, de 24-9-1974, não fixou a base de cálculo do ICM, quando se trata de hipótese de incidência descrita em seu art. 1º, III. Não pode ser considerada a base de cálculo definida, em lei, para a saída de mercadoria do estabelecimento comercial, em se tratando de fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. O fato gerador e a base de cálculo do tributo devem estar definidos em lei. Inaplicabilidade à hipótese do art. 19, parágrafo 10, da Lei Paulista nº 440/1974. Solução, por via analógica, inviável, na espécie. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário conhecido e provido." (RE 108.343 - SP, 1ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, "in" DJ de 27-3-87). "Tributário. ICM. Fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes e bares. Ilegalidade da cobrança por ausência de base de cálculo. Inteligência da legislação específica. Precedentes do STF (RR EE 105.497, 104.715, 106.048 e 107.770). Recurso extraordinário provido, restabelecendo-se a sentença." (RE 115.858 - RJ, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCÃO, "in" DJ de 6-5-88). - E, em trecho do seu voto, no julgamento do RE nº 115.858 - RJ, disse o Eminentíssimo Relator: "A legislação do Estado do Rio de Janeiro guarda semelhança com a do Estado de São Paulo. Esta Corte, em várias oportunidades declarou ser ilegal a referida cobrança, por ausência de sua base de cálculo. Fixou-se no STF a orientação de que na expressão "saída da mercadoria do estabelecimento comercial", não se compreende o fornecimento de alimentos e bebidas, na própria casa comercial (RE 99.410, Rel. Ministro JOSÉ NERI). E, em seu voto o eminente Relator cita o Prof. SOUTO MAIOR BORGES, na seguinte passagem: "Não há, pois, como se equiparar analogicamente, a saída da mercadoria com o fornecimento da alimentação em bares e restaurantes. Como assinala SOUTO MAIOR BORGES, "o conceito de saída corresponde a um deslocamento de um bem, no mundo físico, que identificou-se como móvel e, no plano econômico, classificou-se como mercadoria" (artigo citado, pág. 37). O conceito de saída, pois, não se confunde com o mero fornecimento para consumo imediato no estabelecimento fornecedor". - Por conseguinte, a expressão genérica "saída de mercadoria", não serve como base de cálculo para a cobrança do referido tributo. Nessa linha é a iterativa jurisprudência do STF: RE

105.497, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RE 104.715, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, RE 106.048, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, RE 107.770, por mim relatado". Ante o exposto, opinamos pelo conhecimento e provimento do recurso". Ac. de 02-05-1990 DJ de 21-5-1990 Arquivo do EMFOR - STJ/308 EMFOR 511

EMENTA

A jurisprudência desta egrégia Primeira Seção, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.313 - SP, em 3-4-90, relator Ministro CARLOS VELLOSO, firmou-se no sentido de que é legítima a cobrança do tributo a partir da vigência da lei estadual que prevê o fato gerador e fixa a base de cálculo.