

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Recurso
Tribunal

REsp 564
STF

BARES E RESTAURANTES — INCIDÊNCIA - QUANDO NÃO SE LEGITIMA

RESUMO

- O ACÓRDÃO, cuja ementa aqui se adota, por versar matéria idêntica, de interesse da mesma recorrente, trouxe a seguinte fundamentação, igualmente adotada (REsp nº 564 - BA): "O Exmo. Sr. Ministro ILMAR GALVÃO (Relator). Um exame dos autos revela que a Lei baiana de nº 3.956 de 11-12-91, instituidora do antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias, do mesmo modo que ocorria em outros Estados, como o de São Paulo, não definira a base de cálculo para o tributo, na hipótese de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares", prevista no seu art. 3º, III, razão pela qual a Fiscalização, no caso em tela, aplicou a regra genérica do art. 24, VI, que previa, por base de cálculo, "o preço das mercadorias, acrescido do valor da prestação de serviço, no fornecimento das mercadorias com prestação de serviços". Vale dizer que considerou o fato gerador em tela como indistinto do "fornecimento de mercadorias efetuado com prestação de serviços." - Acontece, no entanto, conforme ficou amplamente demonstrado pelo recorrente, que o Supremo Tribunal Federal, em reiterada jurisprudência, considerou ilegal tal procedimento, como deixa claro o acórdão relatado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA no RE 99.410-6, de São Paulo, nestes termos: "ICM. Fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. No RE nº 85.262 - DF o Plenário do STF afirmou que a exigência de 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. Nos Recursos Extraordinários nºs. 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 24-9-74 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 cuidando de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimento 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. Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a sentença, nos termos em que concedeu a segurança." Observe-se que, conquanto a jurisprudência consolidada refira a lei paulista, tem ela perfeita aplicação ao caso da lei baiana, sob enforque, já que ambas, no ponto enfocado, guardam praticamente a mesma relação. Com efeito, como se anotou acima, a Lei 3.956/81, Bahia, também não contém definição específica para a base de cálculo do ICM, quanto a fornecimentos de alimentação e bebidas no recinto do próprio estabelecimento, razão pela qual não havia espaço para lançamento com base de cálculo referida a hipótese de incidência diversa." - Conheço, pois, do recurso do contribuinte e lhe dou provimento. Ac. de 31-10-1990 DJ de 26-11-1990 Arquivo do EMFOR - STJ/528 EMFOR 519

EMENTA

Faltando a definição da base de cálculo, na legislação estadual, ilegítima torna-se a cobrança do tributo.