

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Tribunal

STF

FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS — INCIDÊNCIA - LEGITIMIDADE

RESUMO

1. - A sentença está certa. Entende a Apelante que a forma de proceder do Apelado, calculando o ICM sobre o total da operação, abrangendo, além do fornecimento da mercadoria, mais a prestação de serviços, ofende o disposto no § 2º do art. 8º do Dec. Lei 406/68. 2. - Não procede o argumento. Mesmo que se esteja diante de uma operação mista, não há discutir, <<data venia>> , se prevalece a prestação de serviços ou o fornecimento de mercadorias. Basta compulsar a lista de serviços (anexa ao DL 406/68) e verificar se o serviço está ali especificamente contemplado. Se o estiver, incidirá o ISS; se não o estiver, o ICM será devido. 3. - O DL 406/68, art. 1º, item III, define como fato gerador do ICM, <<o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares>>. 3.1 - Por seu turno, o art. 14, I, do DL 5/75 (CTERJ) define a sua base de cálculo como sendo <<o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria>>. 3.2 - Como é cediço, não se exige a saída física da mercadoria do local onde ela é comercializada. <<O legislador, por uma ficção jurídica, equipara à saída o fornecimento "in loco" para terceiros>> (cf. ALIOMAR BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro>>, ded. 1981, p. 211). 4.1 - No caso do Estado do Rio de Janeiro, têm-se, a amparar a pretensão da cobrança do ICM, o primeiro define o fato gerador, e o segundo define a base do cálculo. Tudo isto, sem qualquer ofensa aos arts. 97 e 108, I do CTN. 4.2 - Se é assim, não há negar que o valor da operação, no caso, <<s ó pode ser o "quantum" representado pelo fornecimento como um todo, abstraindo-se, inclusive, a prestação de serviço nele embutida, face ao critério introduzido no art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 834/69>>. Aí se vê que o legislador não exclui, expressamente, da tributação o valor referente aos serviços eventualmente prestados. Repise-se: a operação é um todo, abstraindo-se a prestação de serviços, onde não incide o ISS. 5. - Em abono desta posição têm-se, neste Tribunal, os acórdãos 38.785, de 04-03-86, 8ª CC, rel. Des. PAULO PINTO; 39.430, de 27-05-86, CC, rel. Des. FRANCISCO FARIA; 40.914, de 25-04-86, 5ª CC, rel. Des. NARCISO PINTO; 3.192, de 11-11-86, 2ª CC, rel. Des. PENALVA SANTOS e 4.349, de 02-12-86, 2ª CC, rel. Des. SAMPAIO PERES. Em sentido contrário estão os acórdãos 40.823, de 03-06-86, 7ª CC, rel. Des. GRACCHO AURÉLIO e 38.020, de 03-12-85, 1ª CC, rel. Des. GERALDO GUERREIRO. 6. - Ressalta-se que os acórdãos invocados pela apelante, todos de São Paulo, não enfrentam a questão típica do Estado do Rio de Janeiro, onde há lei estadual disciplinando convenientemente a matéria (art. 4º, III e art. 14, I, do Dec. lei 5/75 e lei nº 2.143/72. Tanto a situação deste Estado difere da de São Paulo, que STF rejeitou a "arguição de inconstitucionalidade" contra a Resolução nº 1.052/83, que editou normas em situação paragonável ao caso "sub judice". 7. - ... Improvê-se o apelo e mantêm-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos. Ac. de 17-03-1987 Arquivo do EMFOR, TJ/1.569 EMFOR 472

EMENTA

1. - Havendo lei estadual que estabeleça a cobrança de ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, legítima é a sua cobrança (art. 4º, III, CTERJ). 2. - O valor da operação para base do cálculo é o <<quantum>> representado pela <<nota>> de fornecimento (art. 14, CTERJ).