

INCIDÊNCIA DO ICMS — FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES E RESTAURANTES - TEXTO LEGAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA - INADMISSIBILIDADE**RESUMO**

- Cuida-se, na hipótese, de ação "rescisória" aforada pela Fazenda do Estado de São Paulo visando a rescindir acórdão da egrégia Segunda Turma do STJ, proferido no REsp nº 15.214, da lavra do eminente Ministro Hélio Mosimann e que porta a seguinte ementa: "Recurso especial. Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes, bares, cafés e similares. Definição da base de cálculo. Inexistindo na legislação estadual a definição da base de cálculo, torna-se ilegítima a cobrança do tributo. Recurso provido". - A rescisória se funda em que, o acórdão rescindendo "contrariou literalmente a disposição constante do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea b da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que o ICMS incidirá sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência dos Municípios". E, segundo a autora, na lista prevista na Lei Complementar nº 56/87, de caráter taxativo, não consta nenhuma referência a serviços correspondentes ao fornecimento de alimentação e bebidas, sendo a conclusão inarredável de que, tais serviços estão incluídos na base de cálculo do ICMS. A prestação de serviços - fornecimento - e a saída de mercadorias são incidíveis, inseparáveis, com eficácia tributária una". - A pretensão, todavia, encontra óbice inarredável na jurisprudência desta egrégia Seção, que entendeu, em oportunidades diversas, ao julgar as Ações Rescisórias nos 380 e 406, ambas de São Paulo (D.J.U. de 4/9/95 e de 9/5/95), ser a Fazenda autora carente de ação, em face da aplicação da Súmula 343/STF. - De fato, a questão da incidência do ICM, no Estado de São Paulo, "sobre o fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes, bares e semelhantes, sempre foi, reconhecidamente, controvertida nos Tribunais". E mesmo após a promulgação do Decreto-lei nº 834/69, que alterou a redação do § 2º do artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, a matéria teve interpretação divergente, formando-se duas correntes jurisprudenciais, mas, sempre, com uma única conclusão: "A prestação de serviços, em si mesma, não é tributável pelos Estados, sendo-o, apenas, a saída de mercadorias que ela envolva, parecendo que na base de cálculo do ICM, o valor das mercadorias fornecidas ou empregadas não pode ser acrescido do preço dos próprios serviços" (STF, RTJ, vol. 109, pág. 1.215). Firmou-se, assim, o escólio de que, "sem que o legislador estabeleça base impositiva para o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em bares, restaurantes, cafés e similares, não seria possível ao fisco estadual cobrar o ICM com a utilização da base de cálculo estabelecida para fato gerador outro: as operações de saída de mercadorias. Se a lei estadual não fizer a separação, para efeito da fixação da base de cálculo, entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços, descabe a cobrança do ICM". E, ainda, no âmbito do próprio STF gerou-se contenda acerca da questão, como se observa do trecho proferido no ERE 75.026, de que foi Relator o Ministro Xavier de Albuquerque: "O conceito de saída é amplo e não se restringe ao deslocamento físico, mas, abrange qualquer hipótese em que haja negócio jurídico ou operação de natureza econômica. O fornecimento de alimentação e bebidas entra no rol das chamadas saídas fictas, tanto que a própria Lei Federal não a distingue ao fixar a base de cálculo do ICM" (art. 2º do Decreto-lei nº 406/68). - Da própria Instância, nos itens em que transcreve arestos dos Tribunais, se verifica que a questão, agora ventilada na rescisória, era de interpretação conflitante no STF e neste Pretório e com base na aplicação da legislação federal. - Feitas estas considerações, vejamos,

agora, as objeções da Fazenda au

EMENTA

A questão sobre a incidência do ICMS no fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e quejandos, com base na interpretação da legislação federal, sempre foi controvertida nos Tribunais (Decreto-lei nº 406/68). Se a interpretação da legislação de regência (Decreto-lei nº 406/68, art. 8º, §§ 1º e 2º) era manifestamente controvertida, impraticável é o afirmar-se que uma ou outra era incorreta, ou que, uma delas, portanto, teria violado disposição literal de lei. - Os arestos que se proferiram, neste e em outros Colégios Judiciários, envolvendo a incidência do ICMS, em relação ao fato imponible referido, optaram por entender a inviabilidade das leis estaduais em face da legislação federal (Decretos-leis nos 406/68 e 834/89). - "In casu", fundando-se a rescisória no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, incide, na hipótese, a Súmula 343/STF, estancando a ação no óbice de ter a decisão rescindenda se baseado em texto legal de interpretação dissonante nos Tribunais do País. - O termo lei de que se valem os verbetes sumulares tem compreensão restrita, significando a lei no sentido formal ou material, não alcançando as questões essencialmente constitucionais.

NOTA DA REDAÇÃO

RTJ