

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Tribunal de Justiça

Recurso Extraordinário na Apelação Cível n.º 4.571/86

Recorrente : Chami — Empreendimentos S. A.

Recorrido : Estado do Rio de Janeiro

1. *I.C.M. Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e similares. Denegação de mandado de segurança, objetivando a anulação de auto de infração.*

2. *Recurso extraordinário admitido na origem, pelo fundamento da alínea d do anterior permissivo constitucional (divergência com a Súmula 574).*

3. *Parecer no sentido do não conhecimento do recurso e do respectivo desprovimento, se acaso conhecido. Dissenso sumular com o verbete 574 não caracterizado. Previsão, em lei estadual, da base de cálculo do tributo em questão. Legitimidade da imposição fiscal.*

PARECER

1. Trata-se de recurso extraordinário admitido parcialmente na origem, pelo fundamento da alínea d da regalia constitucional, dispondo o despacho de admissão (fls. 326/327) que:

"2. O apelo foi interposto nos termos dos incisos I, II e XI do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3. Procura o recorrente demonstrar que o princípio da legalidade teria sido contrariado indiretamente, através de ofensa ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional. As demais disposições constitucionais não foram pré-questionadas.

Assim sendo, inadmissível a irresignação pela letra a, primeira parte.

4. A decisão recorrida, na ausência de fixação legal de base de cálculo específico, admitiu a cobrança do tributo pela aplicação da base de cálculo relativa à saída da mercadoria (artigo 14, I do Decreto-Lei 5/75).

Divergiu, portanto, do enunciado da Súmula 574.

5. Defiro o processamento do recurso pela letra d."

2. Na fase das razões, manifestaram-se, no prazo legal, Recorrente e Recorrido (fls. 329/344, 348/355), sendo, a seguir, remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que passa ao exame da hipótese.

3. No que diz respeito à admissibilidade do recurso, reporta-se o M.P., *brevitatis causa*, ao parecer de fls. 321/324, cuja conclusão foi no sentido da inviabilidade do exame do mérito pelos fundamentos das alíneas a (primeira parte) e d (no tocante ao pretense dissenso sumular) da anterior autorização constitucional.

Como ali já ressaltado, não se mostra configurado o alegado dissídio com o verbete 574, pois refere-se o mesmo exclusivamente à falta de definição legal do fato gerador, enquanto a questão examinada diz respeito apenas à suposta inexistência de base de cálculo do ICM incidente sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e similares.

Outrossim, cumpre sublinhar que o Excelso Pretório se orienta no sentido de reconhecer a inexistência, em que casos que tais, daquela divergência sumular, assim tendo decidido sua 1.ª Turma, em 26-08-88, de forma unânime, no RE 116.730-1-RJ, em que foi relator o Ministro Moreira Alves:

"Ementa: ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Falta de pré-questionamento da contrariedade do art. 23, II, da Constituição, bem como da questão que se invoca para fundamentar-se o recurso na letra c do inciso III do artigo 119 da Carta Magna (Súmulas 282 e 356)."

*Inexistência, no caso, de dissídio com a Súmula 574.
Recurso extraordinário não conhecido."*

De resto, deu-se o desate da questão à luz de direito local, esbarrando, destarte, o seguimento da irresignação última na vedação prevista na Súmula 280.

4. Superada que seja a fase do conhecimento do recurso, *de meritis*, não parece merecer o mesmo provimento.

5. Pretende o Recorrente eximir-se do pagamento do ICM incidente sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante, sob o argumento precípua de que inexistiria, à época da autuação, na legislação estadual, base de cálculo autorizadora da cobrança do tributo, sendo inadmissível, em face do disposto nos arts. 97, IV, e 108, § 1.º, do Código Tributário Nacional, a aplicação analógica à hipótese, do disposto no art. 14, I, do Decreto-Lei n.º 5/75.

6. Observa-se, assim, que o ponto nevrálgico da questão consiste na alegada falta de previsão legal da base de cálculo do tributo quanto às citadas operações de fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e similares.

7. Em âmbito estadual, foi a matéria objeto de julgado da Seção Cível do Tribunal de Justiça, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/87, que fixou a seguinte interpretação:

"Súmula. Prevista, como está, em lei estadual, a base de cálculo legítima é a exigência do ICM no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares" (Relator: Des. Astrogildo de Freitas).

8. Com efeito, prevê o Código Tributário Estadual (Decreto-Lei n.º 5/75, de 15-03-75), no art. 4.º, III, o fato gerador e, no art. 14, I, a base de cálculo do ICM em tela, harmonizando-se à legislação federal, que estabelece (art. 1.º, III, do Decreto-Lei n.º 406/68) ser o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares, o fato gerador do tributo, cuja base de cálculo, nos termos do art. 2.º, I, do citado Decreto-Lei federal, seria "o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria", regra genérica e fundamental.

9. Assinale-se, outrossim, ser inexigível previsão específica da base de cálculo, mostrando-se suficiente a disposição genérica do art. 14, I, do Código Tributário Estadual, que acompanha o texto do Decreto-Lei Federal 406/68, e na qual se

insere, perfeitamente, o *fornecimento* de alimentação e bebidas em restaurante ou similar. Inexiste necessidade de recorrer-se à analogia, processo adequado à integração de norma jurídica lacunosa, o que incoorre, *in casu*, em que é direta a aplicação do citado artigo, já que não se limita o conceito de saída, no mesmo mencionado, ao simples aspecto físico do deslocamento da mercadoria de um lugar para outro, compreendendo também a disponibilidade jurídica e econômica decorrente da transferência de titularidade da mercadoria.

10. Por outro lado, o fato de ser a saída de mercadorias em restaurantes e similares, eventualmente acompanhada de prestação de serviços, não exclui a unicidade do tributo (ICM) incidente sobre a operação, como se infere do disposto no art. 8.º, § 1.º, do Decreto-Lei 406/68, que estabelece taxativa lista de serviços sujeitos ao ISS, entre os quais não se incluiu o fornecimento dessas mercadorias, ficando estas operações, por força do § 2.º do mesmo artigo, sujeitas ao ICM.

11. Finalmente, cabe ressaltar que o acréscimo sofrido pelo art. 14, I, do Código Tributário Estadual, em 30-11-87, por força da Lei 1.241, teve indole meramente interpretativa e explicitadora de um sentido que já se encontrava na norma, fixando-se que a base de cálculo do ICM é

“...o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, como tal entendido, no caso do inciso III do artigo 4.º, o valor total da operação de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias.”

12. Afigurando-se, pois, à Procuradoria-Geral de Justiça como legítima a cobrança do tributo em questão, na esteira da jurisprudência uniformizada na Corte local, e considerando que, por estar prevista a base de cálculo na legislação estadual, não se caracterizaria o suposto dissídio com o verbete 574, ainda que se adotasse o entendimento de ser o mesmo abrangente do fato gerador e da base de cálculo, é o parecer no sentido do desprovidimento do recurso extraordinário, se porventura conhecido.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 1989

Regina Celi Silva Machado
Promotor de Justiça
Assistente

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça