

Supremo Tribunal Federal

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 27.11.92
EMENTÁRIO Nº 1686 - 2

263

03.11.1992

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 129.877-4

SÃO PAULO

RECORRENTE: SOCIEDADE DE COMÉRCIO DE COMIDAS E BEBIDAS LTDA

RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO

01686020
04371290
08771000
00000140

RECURSO - PREQÜESTIONAMENTO - NATUREZA DO VÍCIO DECORRENTE DO SILÊNCIO DO ÓRGÃO JULGADOR - O preqüestionamento consubstancia pressuposto de recorribilidade dos recursos extraordinários (lato senso) e faz-se necessário para que seja possível proceder-se a cotejo para dizer-se do enquadramento no permissivo legal. Configura-se quando a matéria veiculada no recurso foi objeto de debate e decisão prévios, ou seja, conste do acórdão que se pretende ver reformado a adoção de entendimento explícito sobre o tema jurígeno empolgado. A persistência do vício de procedimento, em que pese a interposição dos embargos declaratórios, abre margem à irresignação consideradas as normas constitucionais relativas ao devido processo legal, sendo impróprio pretender-se apreciação da matéria de fundo quando não ocorreu, pelo órgão competente, a entrega da prestação jurisdicional.

ICM - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS - BASE DE CÁLCULO - ABRANGÊNCIA - SERVIÇOS PRESTADOS - LEI Nº 5.886/87, DO ESTADO DE SÃO PAULO - COMPETÊNCIA PARA IMPOR O TRIBUTO - ARTIGO 24, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR E 156, INCISO IV, DA ATUAL. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-Lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na



Supremo Tribunal Federal

264

RE 129.877-4-SP


conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,
por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso
extraordinário.

Brasília, 03 de novembro de 1992.

NÉRI DA SILVEIRA

-

PRESIDENTE


MARCOS

MARCO AURÉLIO

-

RELATOR



03.11.1992

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 129.877-4

SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO

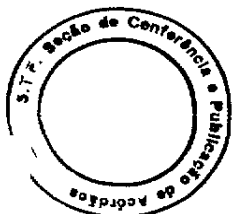
RECORRENTE: SOCIEDADE DE COMÉRCIO DE COMIDAS E BEBIDAS LTDA

RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

01686020
04371290
08772000
00000280

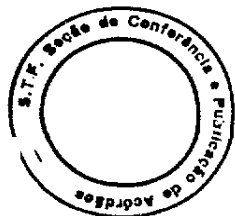
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A egrégia Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem, mediante votação unânime, negar acolhida ao pedido formulado na apelação cível nº 144.620-2, interposta pela ora Recorrente. Para tanto, consignou que, antes da edição da Lei Estadual nº 5.886/87, a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido da inviabilidade da cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por não se ter na Lei nº 440/64 a definição alusiva à base de incidência. Assim, a citada Lei nº 5.886/87 veio a preencher um vazio legislativo, ao dispor que na hipótese de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares o Imposto sobre Circulação de Mercadorias incidirá sobre o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento de mercadorias, considerada como base de cálculo o valor total cobrado do adquirente. Refutou a Corte de origem a objeção de que no valor total estão compreendidos os serviços sujeitos à tributação municipal, fazendo-o diante do disposto no artigo



RE 129.877-4-SP

8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, no sentido de que o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Apontou que, não constando da lista de serviços anexa ao citado Decreto-Lei a hipótese vertente, o caminho ficou aberto à previsão legal em torno da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Aludiu à tentativa de bares e restaurantes, apoiados em falha da legislação anterior alcançarem verdadeiro privilégio, deixando de recolher o ICM e o ISS, já que, se cobrado este último, alegariam a inexistência de previsão na lista atinente ao Decreto-Lei nº 406/68 (folhas 75 a 79).

Seguiu-se a interposição do recurso extraordinário de folhas 81 a 95, com alegada base na alínea "a" e parágrafo único do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, mencionando-se também a arguição da relevância da questão federal, muito embora o recurso date de 21 de agosto de 1989. Consoante as razões apresentadas, a decisão atacada reflete violência ao artigo 24 da Constituição Federal de 1969, cujo preceito consta reproduzido no artigo 156, inciso IV, da atual. Assevera-se ser imprópria a base de incidência prevista na Lei nº 5.886/87, do Estado de São Paulo, por englobar valores relativos ao ISS, cuja competência é municipal e não estadual. Ressalta-se a impossibilidade de considerar-se valor que diz respeito não só ao fornecimento de alimentação, como também aos serviços prestados, exsurgindo a invasão, pelo Estado, de campo reservado ao Município. Afirma-se que diante do teor dos artigos 19, inciso I, e 153, § 29, da Carta



A handwritten signature or mark, possibly initials, located at the bottom right of the page.

RE 129.877-4-SP

Federal anterior, somente por lei complementar poder-se-ia chegar à definição da base de cálculo para o caso de incidência do ICM sobre fornecimento de alimentos em restaurantes, bares e similares, não tendo o Estado competência para disciplinar a matéria. Daí a imprestabilidade de a nova Lei haver previsto como base de cálculo o valor da operação ou o valor total cobrado do adquirente. A prestação de serviços é, conforme o sustentado, fato gerador do ISS, não se podendo, assim, tomar o valor pertinente e sobre ele fazer incidir o ICM. Há referência ao decidido por esta Corte no recurso extraordinário nº 106.295-9-SP sobre a necessidade de deduzir-se o valor estranho à base. São mencionadas decisões em prol dos argumentos expendidos, aludindo-se, ainda, à lição do professor Rui Barbosa Nogueira. Pleiteou-se a formação de instrumento ligado à arguição de relevância, procedendo-se à indicação de peças (folhas 81 a 95).

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou a impugnação de folhas 97 e 98, salientando que o tema pertinente aos artigos 19, inciso I, e 153, § 29, da Constituição Federal anterior não foi objeto de decisão, padecendo o recurso, assim, da ausência do indispensável prequestionamento. No mais, aduz que os serviços inerentes ao fornecimento de alimentos em bares restaurantes e similares não foram contemplados na lista do Decreto-Lei nº 406/68 e que a decisão mostra-se razoável.

À folha 103 está a decisão de cognição incompleta que ensejou o processamento do extraordinário, havendo notícia de que o tema constitucional foi devidamente prequestionado e



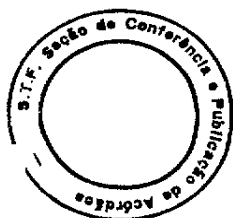
A handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page, consisting of a loop and a few vertical strokes.

RE 129.877-4-SP

que, no caso, discute-se a constitucionalidade da Lei nº 5.886/87.

Aos autos veio a guia de folha 106, relativa ao preparo do extraordinário. O Ministério Público Federal emitiu o parecer de folhas 111 a 117 pelo não-conhecimento do recurso, ressaltando que na hipótese não se pode vislumbrar ofensa ao artigo 24 da Constituição Federal de 1969, sendo certo que o tema pertinente à necessidade de lei complementar não foi objeto de prequestionamento. O parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República em exercício, Dra. Leda Maria Janot, consigna a existência de lei estadual prevendo a base de cálculo e a harmonia do que decidido com a Carta, em vista do teor do Decreto-Lei nº 406/68 e, portanto, de incidir o ISS sobre a prestação de serviço envolvida no fornecimento de mercadorias.

É o relatório.



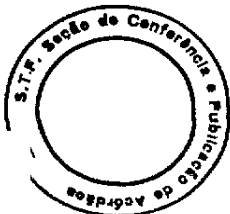
RE 129.877-4-SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os pressupostos gerais de recorribilidade estão atendidos. O recurso extraordinário foi interposto no prazo legal, pois o Acórdão impugnado foi publicado no dia 4 de agosto de 1989 e a entrada no Protocolo ocorreu em 21 do mesmo mês. À folha 22, está o instrumento de mandato que habilita o subscritor do recurso a representar os interesses da Recorrente, sendo que à folha 106 constata-se o pagamento das custas processuais.

01686020
04371290
08773000
01570310

Resta, assim, analisar a viabilidade do extraordinário sob o ângulo constitucional. De início, excluo o exame quanto ao fato de a base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias não haver sido definida mediante lei complementar. É que, como aduzido na impugnação ao extraordinário e no parecer do Ministério Público Federal, o tema não foi prequestionado. O acórdão que se almeja infirmar não contém uma única linha sobre a matéria, não havendo, assim, sob tal ângulo, o que cotejar com os artigos 19, inciso I, e 153, § 29, da Constituição Federal anterior, para dizer-se da contrariedade alegada. Diz-se prequestionado o fato jurígeno quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, incumbindo à parte sequiosa de ver o processo quindado à sede extraordinária instá-lo à emissão de juízo. Para tanto, a ordem jurídica prevê recurso próprio - os embargos declaratórios. A inexistência do debate e decisão prévios impede a feitura do cotejo indispensável a que se diga do atendimento ao pressuposto de recorribilidade específico. A



A handwritten signature or set of initials, possibly "M", enclosed in a hand-drawn oval.

necessidade de proceder-se a este último informa a razão de ser do instituto.

Quanto à contrariedade ao preceito do artigo 24 da Constituição de 1969, verifica-se que a Lei Estadual nº 5.886/87 veio a preencher lacuna legislativa quanto à base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, considerado o fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e similares. A indefinição da Lei Estadual nº 440/84 restou suplantada. Previu-se a incidência sobre o valor da operação, ou seja, o valor total cobrado do adquirente. O que veiculado no extraordinário parte da competência dos Municípios para instituir o Imposto Sobre Serviços. A teor do dispositivo constitucional em comento - inciso II do artigo 24 - compete aos Municípios instituir impostos sobre os serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou do Estado, definidos em lei complementar. Assim, cumpre perquirir se, no caso concreto, configura-se o desrespeito à delimitação da atividade legiferante.

A Lei nº 5.886/87 não dispõe relativamente ao Imposto sobre Serviços, mas quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias, frente ao fornecimento de bebidas e alimentação por bares, cafés, restaurantes e estabelecimentos similares. O fato exclui, por si só, a possibilidade de conclusão em torno da violência direta ao preceito constitucional.

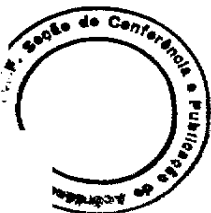
Contudo, aponta-se que a base de incidência eleita engloba valor relativo à prestação de serviços, pois o total cobrado ao cliente visa atender, também, a esta última. No



RE 129.877-4-SP

particular, a matéria não possui disciplina constitucional. A rigor, está prevista no Decreto-Lei federal nº 406/68, que revela como fato gerador do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias - artigo 1º, inciso III e, diante da notória dificuldade em separar-se os valores correspondentes aos serviços, dispõe que "o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias" - § 2º do artigo 8º. A lista citada não contempla a hipótese, o que revela que a Lei Estadual nº 5.886 está em harmonia com o preceituado, sendo que o benefício alcançado pelos Estados e, assim mesmo, de forma parcial, porquanto os Municípios contam com vinte e cinco por cento do que arrecadado a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (artigo 158, inciso IV, da Carta atual), é contrabalançado pelo sistema legal da reciprocidade. Em relação aos serviços constantes da lista, ainda que a envolver fornecimento de mercadorias, tem-se, tão-só, a incidência do Imposto sobre Serviços - § 1º do artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68. O equilíbrio é perfeito e, na verdade, possui contornos práticos. Somente à mercê de inúmeras inconveniências poder-se-ia implementar a separação do que pago a ambos os títulos - serviços e fornecimento.

A prevalecer o enfoque da Recorrente, alcançada será cômoda situação. Pelo fornecimento de alimentação e bebidas, ficarão os integrantes da categoria econômica isentos do pagamento quer do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, quer do Imposto Sobre Serviços, face à ausência de previsão na



Supremo Tribunal Federal

RE 129.877-4-SP

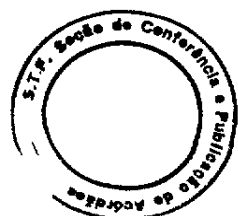
272

lista do Decreto-Lei mencionado.

Por tudo, não conheço do presente recurso extraordinário.

É o meu voto.

73



03/11/92

SEGUNDA TURMA

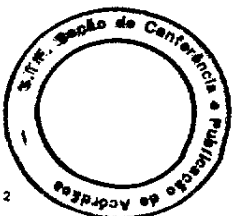
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 129.877-4 SÃO PAULO

V O T O

01686020
04371290
08773010
01560490

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, aduzo que a questão encontra disciplina em norma infraconstitucional. Não me parece, portanto, correto discutir a questão sob esse ponto de vista, na instância extraordinária.

Com estas breves considerações, acompanho o eminente Ministro Relator, não conhecendo do recurso. *pedulla*



Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA

274

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 129.877-4

ORIGEM : SAO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURELIO

RECTE. : SOCIEDADE DE COMERCIO DE COMIDAS E BEBIDAS LTDA.

ADVS. : MARIA DE LOURDES ABIB DE MORAES E OUTROS

RECDO. : ESTADO DE SAO PAULO

ADV. : OTAVIO AUGUSTO MOREIRA D'ELIA

Decisão: Por unanimidade, a Turma não conheceu do recurso extraordinário. 2a. Turma, 03.11.92.

01686020
04371290
08774000
00000550

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Paulo Brossard, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

José Wilson Aragão
Secretário

