IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES — SOCIEDADE CIVIL — RESTAURANTE — "JOCKEY CLUB"

— Está sujeito ao pagamento do impôsto de vendas e consignações a sociedade civil, como o "Jockey Club", que mantém restaurante e fornece alimentos por preço superior ao custo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* "Jockey Club" de São Paulo
Agravo de petição n.º 83.983 — Relator: Sr. Desembargador PAULO BARBOSA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 83.983, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo da Segunda Vara dos Feitos da Fazenda Estadual, agravante a mesma Fazenda e agravado o "Jockey Club" de São Paulo:

1. Contra o "Jockey Club" de São Paulo intentou a Fazenda do Estado ação executiva para haver a importância de Cr$ 691.792,30, que lhe seria devida, a título de impôsto de vendas e consignações, pelas operações realizadas, nos exercícios de 1946 a 1953, em o restaurante mantido pelo executado na sua sede à Praça Antônio Prado n.º 9, 6.º andar, estando compreendidos, naquela importância, os acréscimos moratórios legais.

2. Citado, deu o executado bens à penhora e contestou o pedido, alegando, em substância, não ser devedor do tributo reclamado, quer por não ser comerciante, produtor ou industrial, únicas pessoas a êle sujeitas, de acôrdo com a lei que o disciplina, quer porque, se assim não fôsse, mercantis não seriam as operações em causa, uma vez que se trata de restaurante mantido na sua própria sede, para uso exclusivo dos respectivos sócios e seus convidados. Aliás, se de quando em vez se acolhe e atende o restaurante a pessoas inteiramente estranhas ao quadro social, tal se dá a pedido de entidades de classe e governamentais, na recepção a visitantes ilustres, sem que se possa descobrir, por isso, nessa prática, o exercício da mercância.

Fêz sentir, ainda, o executado que, antes de dar início às suas atividades, tivera a cautela de consultar o Departamento da Receita do Estado sôbre se ao impôsto em questão estaria sujeito, tendo sido negativa a resposta daquele órgão. E concluiu por observar que, se algum impôsto devesse, não deveria, por certo, o total pretendido, fixado que fôra por mera presunção, nem o deveria nas bases em que se fêz o respectivo cálculo, aplicadas que foram taxas vigorantes em 1953 a exercícios anteriores, remontando a 1946.

3. Impugnando os embargos, sustentou a Fazenda estar a responsabilidade do embargante plenamente demonstrada pela freqüência do restaurante por estranhos ao quadro social e por serem as refeições cobradas por preço superior ao de custo, e isso sem falar nos serviços de *buffet* e banquetes, que o mesmo restaurante explora. Era demonstração disso uma nota de despesas feitas pela Reitoria da Universidade de São Paulo, nota essa encaminhada à Diretoria-Geral da Fazenda pela autoridade que a recebera, por estranhar a referida autoridade que nela se não tivesse incluído o questionado impôsto.

4. A instrução constou de perícia nos livros do executado e da juntada do processo administrativo de que haviam resultado os lançamentos, tendo desistido o contestante de ouvir as testemu-

nhas que arrolara, seguindo-se os debates na própria assentada, onde, também, se proferiu sentença, julgando-se a ação improcedente, com a condenação da Fazenda nas custas.

5. Como se vê, cifra-se a discussão travada entre as partes a saber se é devido o impôsto de vendas e consignações pelo fornecimento de refeições que, em suas sedes, façam as sociedades de intuitos não econômicos, aos respectivos sócios, e a pessoas por êstes convidadas, sustentando o executado a negativa, por não se fazer dito fornecimento com fito de lucro, ao passo que a agravante se bate pela afirmativa, por serem cobrados pelas refeições preços superiores aos de custo, donde u'a margem de lucros que torna a operação comercial, não importando indagar se êsse lucro cobre as despesas do estabelecimento ou se, apenas em parte, as amortiza, não se traduzindo em lucros líquidos finais.

Ora, antes de enfrentar-se tal dificuldade, convém que se acentue que a incidência do impôsto de vendas e consignações se define, antes de tudo, como bem salienta o agravado, pela condição da pessoa que efetua a venda, e que deve ser, nos têrmos da lei, comerciante, produtor ou industrial (art. 1.º do Livro I, do Código de Impostos e Taxas, e art. 19, n.º IV, da Constituição federal). Mas convém que se acentue, também, que o fito de lucro poderá, quando aliado a outros fatôres, definir como mercantil, operação que, de outra forma, não o seria, importando, então, em caracterizar como comerciante aquêle que habitualmente a realize. E, quando tal se dê, a qualificação puramente civil da pessoa que assim pratique atos de comércio não será obstáculo à incidência do questionado impôsto, que, aliás, também recai sôbre vendas de natureza civil, como, por exemplo, as realizadas pelo produtor agrícola.

Ora, o que empresta caráter mercantil a determinada venda é, apenas, o fato dela se realizar por preço que ofereça margem de lucro, pouco importando que êsse mesmo lucro seja, ou não, absorvido, no todo ou em parte, pelas despesas do estabelecimento em que se verifique. Fôsse necessário que as cobrisse, apresentando o estabelecimento lucros líquidos, e só seriam mercantis os estabelecimentos que semelhante resultado alcançassem, passando a civis as operações dos que fôssem deficitários, o que não teria sentido. O fisco, por outro lado, teria condicionado o seu próprio direito à exigência tributária ao fato de se realizarem as vendas por preços que superassem as despesas, o que seria, também, absurdo, em se não tratando de impôsto de renda. Basta, pois, que as vendas se façam com margem de lucro, isto é, por preços superiores aos de custo, para que se caracterizem como mercantis, sujeitas, por isso mesmo, à tributação. E, se assim as praticar sociedade de intuito não econômico, a ela se estenderá a exigência tributária, porque comercial a atividade exercida.

E' o caso dos autos. No restaurante em aprêço, de parte a circunstância, não contestada, de nêle também se atenderem pessoas estranhas ao quadro social e de se realizarem recepções remuneradas, as férias anualmente arrecadadas, muito superiores às despesas com a aquisição de mercadorias, indicam que as refeições são fornecidas por preços mais elevados do que os dos respectivos custos. E tanto basta para que se considerem mercantis às operações assim realizadas, não sendo de se indagar se a margem de lucros, por êsse modo conseguida, se resolve ou não, em lucros líquidos finais, como sustenta o agravado.

De se notar, aliás, que Carvalho de Mendonça considera atos de comércio por natureza "a hospedagem e o fornecimento de comida e idênticos serviços próprios dos hotéis, hospedarias, restaurantes e casas de pasto" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, n.º 335, *k*, pág. 483 da 4.ª edição). E serviços próprios dos restaurantes, o agravado os vem prestando, na sua sede, fornecendo refeições e vendendo bebidas por preços superiores aos de custo. Fizesse-o, apenas, aos respectivos sócios e, ainda assim, seria mercantil a

atividade exercida, limitada, embora, a determinado círculo de pessoas.

Dir-se-á que a Diretoria da Receita o entendeu a salvo da tributação, na resposta que lhe deu, quando por êle consultada. Não é, *data venia*, exato. O que perguntou o agravado, àquela Diretoria, foi se estaria sujeito aos impostos de indústrias e profissões e vendas e consignações "o fornecimento de refeições aos associados do "Jockey Club", feito por seus restaurantes, da sede ou do hipódromo, sem intuito mercantil ou de lucro, mas visando, exclusivamente, a bem servir aos sócios do "Club". E o que se respondeu foi que, admitindo-se como verdadeira a hipótese que era, repita-se, a de manter o "Club", em sua sede e hipódromo, restaurantes destinados, exclusivamente, a fornecer refeições aos seus associados, com o fim único de os servir, afastada estaria a incidência de ambos os tributos.

6. Não tem razão, portanto, o agravado, quando se insurge contra a exigência, em princípio, do tributo, cuja incidência evitaria, se observados os pressupostos da consulta que êle próprio formulou. Tem-na, porém, quando se rebela contra o *quantum* reclamado, que o processo administrativo não esclarece como é que foi calculado, tudo estando a indicar que se aplicaram a exercícios anteriores ao de 1953, as alíquotas do impôsto só vigorantes para êsse exercício.

7. Isto pôsto: Acordam em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça em prover, em parte, e por votação unânime, ambos os recursos, oficial e voluntário da Fazenda, para, mantida a decisão que julgou improcedente o executivo, ressalvar à agravante a cobrança do que, realmente, lhe seja devido, como, em princípio, se reconhece que o é.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 11 de fevereiro de 1958. — *Frederico Roberto*, Presidente com voto. — *Paulo Barbosa*, Relator. — *Pinheiro Machado*.