IMPÔSTO — DIVERSÕES PÚBLICAS

— O impôsto sôbre diversões públicas não alcança sòmente o ingresso no estabelecimento; pode ser também cobrado sôbre cada divertimento, isolada e cumulativamente.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Boliche Sportlândia Ltda. *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo

Agravo de petição nº 145.530 — Relator: Sr. Desembargador Nogueira Garcez

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 145.530 da comarca de São Paulo, em que é agravante Boliche Sportlândia Ltda., sendo agravada a Municipalidade de São Paulo: Acordam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

A agravante, estabelecimento que nesta Capital se dedica à exploração do divertimento conhecido por boliche, entende que a cobrança que faz aos que dêle participam não se sujeita ao impôsto municipal de diversões. Mas o Fisco tem a respeito entendimento diverso e ameaça a suplicante de cobrar-lhe executivamente tal tributo. Para impedir que essa exigência se efetive, já que a considera violadora de direito seu líquido e certo, impetrou a suplicante a presente segurança, que foi denegada afinal pelo magistrado, que na oportunidade do art. 847 reformou anterior sentença concessiva do *writ*.

Dessa decisão recorre a impetrante, reiterando que dentro do campo de incidência do impôsto criado pelo ato nº 1.154, de 1936, em seu art. 42, não se compreende as atividades que exercita, pois não cobra ingresso ou entrada às pessoas que freqüentam o estabelecimento, limitando-se a cobrar o preço da utilização da pista aos que dela quiserem se servir para a prática da modalidade esportiva.

O Ministério Público de primeira instância opinou pelo não provimento e, em sen-

tido contrário, a ilustrada Procuradoria-Geral.

É o relatório.

A questão já é conhecida dêste egrégio Tribunal, onde vieram ter hipóteses semelhantes, e o entendimento que tem prevalecido é no sentido da orientação adotada na respeitável decisão agravada, denegatória da segurança.

Não é exato que o impôsto sôbre diversões apenas se justifique nos casos em que haja espetáculo público com cobrança de ingresso.

O citado art. 42 do Ato nº 1.154, de 1936, é explícito em exigi-lo também "sôbre o custo ou valor de cada *poule* ou talão de jogos ou de apostas, por qualquer sistema...", e nessa conceituação ampla há lugar também para o boliche e a cobrança que a impetrante faz aos que participam do mencionado divertimento, pois o impôsto referido, como acentuou decisão repetida pela agravada em suas informações, não alcança apenas "o simples ingresso nos estabelecimentos de diversão, mas sim o ingresso em cada divertimento, recaindo, pois, o tributo inteiramente dentro dos critérios analíticos e gramaticais da lei, sôbre cada modalidade de divertimento".

Não tem, conseqüentemente, a agravante o direito líquido e certo que invoca, e, sendo assim, a segurança teria de ser denegada.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 11 de novembro de 1965. — *Dimas de Almeida,* Presidente com voto. — *Nogueira Garcez,* Relator designado. — *Isnard dos Reis,* vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: 1) Cuida-se, na espécie, da conhecida matéria do impôsto sôbre diversões públicas. Não é o caso das *poules* do Jóquei Clube (*Revista dos Tribunais,* vol. 192/806), nem dos *tickets* dos *dancings,* mas, do *score-board* dos boliches. O mandado de segurança é o meio hábil para obstar a cobrança ilegal de tributo. A Constituição federal, no art. 29, nº IV, fixa que pertencem aos Municípios os impostos sôbre "diversões públicas". O "fato gerador" do impôsto, como já têm dito os mestres e o Pretório Excelso (e o afirma a lei tributária) é o espetáculo público em si mesmo; e não a atividade do empresário que é sujeita a impôsto de indústrias e profissões; e nem a sujeição de espetáculos à fiscalização (matéria de impôsto de licença) (Caso do Jóquei Clube — Supremo Tribunal Federal — recurso extraordinário nº 51.387 — São Paulo); e nem tampouco o equipamento necessário ao espetáculo (sujeito a impôsto de consumo de mercadorias). O "fato gerador" do impôsto é o espetáculo, dizem muito bem os ilustres advogados da impetrante da segurança.

2 — Falou o ilustre Ministério Público que a lei paulista particularizou o "fato gerador" — a diversão pública através de conceito de "acesso ao divertimento", citando o art. 42 do Ato nº 1.154, de 6 de julho de 1936. E as exemplificações dêsse decreto (as quais se preocuparam com as tradicionais modalidades de diversões em voga no ano de 1936) caracterizavam-se quase tôdas pelo pagamento prévio, por ocasião da entrada no recinto do espetáculo e não poderiam ser consideradas como tendo exaurido o que Jellinek chamava de *Steuertatbestand,* ou seja, a consistência do impôsto (*steuertat* — impôsto — *bestand* — consistência, razão de ser do impôsto, ou na linguagem mais prolixa do brasileiro): na exemplificação não estaria terminada tôda a idéia do legislador na feitura, na criação do impôsto, ficando na omissão muitos outros casos de tributação; ou, como se expressou o mesmo douto promotor — "o conjunto dos elementos típicos fixados em lei e do qual nasce a obrigação fiscal". E, assim, para o ilustre Ministério Público de primeira instância, as hipóteses exemplificativas alinhadas no Ato nº 1.154 não representando "fato gerador" em si, mas, os reflexos seus mais usuais, certo não ocorreria ilegalidade ou inconstitucionalidade se um decreto regulamentador adaptasse a cobrança do tributo a um fato não realçado, não projetado em particular, mas,

ficando previsto abstratamente ou derivado do seu sentido genérico (fls.).

Bonitas, não há dúvida, são as palavras do ilustre Ministério Público de 1º grau. Mas, caem, se diluem, desaparecem ante o clarão dos grandes e fundamentais princípios do direito e de sua legítima aplicação. Os mestres ensinam (é lição de Maximiliano) que se "pressupõe ter havido o maior cuidado ao redigir as disposições em que se estabelecem impostos e taxas, designados em linguagem clara e precisa, as pessoas e coisas alvejadas pelo tributo, bem determinados o modo e o lugar e o tempo do lançamento e da arrecadação, assim como quaisquer outras circunstâncias referentes a incidência e a cobrança. Trata-se de normas de tal espécie, como se fôssem, rigorosamente taxativas, devendo por isso o aplicador abster-se de lhes restringir ou dilatar o sentido. Muito se aproxima das penais quanto à exegese, porque encerram prescrições de ordem pública imperativas ou proibitivas e afetam o livre exercício dos direitos patrimoniais. Não suportam o recurso à analogia, nem à interpretação extensiva. As suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, estrito" (vide *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª edição, pág. 340).

E citaram também os ilustres advogados dos agravantes a lição de Rui Barbosa Nogueira: "A interpretação por analogia ou qualquer processo de preenchimento de lacuna da lei para cobrar impôsto ou impor pena tributária para modificar, dispensar, ou exigir, ou extinguir tributo, quer nos parecer impossível, ilegítima, face à Constituição, pois, a obrigação tributária é uma *obligatio ex lege* (*Curso de Direito Tributário*, pág. 51).

3 — Por isso, a cada momento, e a propósito dos "boliches" as apóstrofes: "Onde está a lei? Sem lei a Municipalidade quer impor um tributo, em flagrante violação do que está estatuído no art. 141, § 34, da Constituição federal ofendendo-se, assim, direito líquido e certo do suplicante do mandado de segurança, direito de não pagar impôsto a não ser em virtude de lei, que o decrete." A douta Procuradoria da Justiça do Estado foi pelo provimento do recurso.

E têm realmente, razão os impetrantes, ora agravantes, na sua argüição aos homens da tributação do fisco municipal acêrca da inexistência de lei, justificando o impôsto.

A primeira decisão da Justiça (sentença de fls.) é, *data venia*, a que estava certa. A segunda sentença (a de fls.), não obstante o brilho do magistrado prolator, a meu ver (peço a máxima vênia) contraria princípios básicos fundamentais da Constituição federal e dos Direitos dos Cidadãos.

4 — E note-se bem: tanto percebeu a Prefeitura Municipal de São Paulo o justo brado e clamor dos impetrantes, por seus ilustres advogados, que se apressou a aceitar as lições dêste pleito neste mandado de segurança. A digna Prefeitura Municipal desta Capital e seus ilustres vereadores criaram nova lei (a Lei municipal nº 6.689, de 26 de junho de 1965, que acrescentou a Tabela *T*, baixada com a Lei nº 5.674, de 24 de dezembro de 1959, e que, no art. 1º preceitua: "Inclua-se, na tabela *T*, baixada com a Lei nº 5.674, de 24 de dezembro de 1959, o seguinte item: "53 — Jôgo de boliche, por pista, um quarto do salário-mínimo por mês pago trimestralmente por antecipação", lei que entrou em vigor na data de sua publicação (vide *Revista Lex*, Ano XXIX — 1965 — 1ª quinzena — julho — fascículo 13, pág. 41).

A matéria dêste mandado de segurança nº 145.550 é de agôsto de 1964, antes da lei, agora (em 1965) editada. Agora, sim, veio a lei mas, dispondo para o futuro, certamente... Agora, sim, está escrito o direito; mas, anteriormente, ao tempo da taxação da agravante, a imposição do tributo constitui, *data venia* ilegalidade.

5. Por todos êsses fundamentos, de lei, de doutrina e de jurisprudência; e pedindo a máxima vênia aos meu eminentes colegas, dei provimento ao agravo de petição nº 145.530 em mandado de segurança de

São Paulo, para reformando a respeitável decisão de fls.. conceder a segurança, para o fim de não recolher o agravante o impôsto objetivado pela petição de mandado de segurança, por julgá-lo, dada a máxima vênia, ilegal, prejudicado o recurso oficial. E assim, assino vencido. o venerando acórdão.