## *IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — BARES DE CLUBES SOCIAIS*

*— Antes do Decreto-lei nº 406, de 1968, o bar, ou restaurante de clube social, que serve a seus membros, não estava sujeito ao ICM.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cotillon Club, *versus* Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Extraordinário nº 76 907 — Relator: Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer e dar provimento ao recurso.

Brasília, 17 de maio de 1974. *Luiz Gallotti*, Presidente. *Aliomar Baleeiro*, Relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro*: O recorrente impetrou segurança para se eximir do ICM sobre as vendas efetuadas por seu bar e restaurante aos seus associados, no período de janeiro de 1967 a março de 1968. Sustenta que não estaria obrigado àquele tributo por não ser comerciante, mas uma sociedade civil, cujo objetivo é o do congraçamento e aprimoramento do convívio social, entre os seus sócios. Alega ainda que era isenta do antigo IVC, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

2. A Primeira Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, unânime, às fls. 72, confirmando sentença inicial, denegou a segurança, nos termos do voto do relator eminente Desembargador Paulo B. Lessa à fl. 74, que leio:

"Realmente, o CTN, na redação vigente à época da cobrança, depois de dizer que, em princípio, o contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria, salienta que "equipara-se ao comerciante, industrial ou produtor, qualquer pessoa, natural ou jurídica, que pratique com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias."

"Assim, não me parece necessário seja o contribuinte exclusivamente comerciante, já porque a lei coloca a tônica da incidência do imposto, não na figura jurídica do comerciante, mas, sim, na pessoa que pratique com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias.

De sorte que, desde que a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, pratique operações relativas à circulação de mercadoria habitualmente, pode ser sujeito passivo dessa obrigação tributária.

Tem sido justamente posto em relevo o fato de que mesmo os órgãos da Administração Pública, quando operam habitualmente, também estão sujeitos ao recolhimento desse tipo de imposto.

Assim sendo, a discussão de quem é ou não comerciante, na espécie, não tem relevância maior, nem tem qualquer relevância. A noção jurídica de comerciante para o direito mercantil é aquela dada pelo sistema jurídico. O comerciante ali continua sendo quem era. Mas hoje não é mais necessário, para que a pessoa esteja sujeita ao pagamento do Imposto de Circulação de Mercadoria, que seja comerciante no sentido do direito comercial, privado, tanto que a Constituição fala em industrial que para aquele direito privado é comerciante. Basta exerça alguém uma atividade habitual relativa à circulação de mercadorias, para que seja considerada sujeito passivo da obrigação."

3. Daí o recurso extraordinário da sociedade recreativa, às fls. 77, apenas pela letra *a*, argüindo infringência ao art. 24, II, da Constituição Federal de 1967, aplicável à espécie. Cita em seu favor Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Federal de 1967*, II/488:

"A venda pela pessoa que não seja comerciante, nem industrial, nem produtor, está incólume ao importo a que se refere o art. 24, II, da Constituição de 1967".

4. O recurso subiu mercê do Ag. 52 947, relator eminente Ministro Eloy da Rocha, que reformou o r. despacho de indeferimento às fls. 95.

Às fls. 125, parecer contrário do Dr. Miguel Frauzino, pela Procuradoria-Geral da República argumentando:

"O Recorrente situava-se, assim, no caso do então vigente § 1º do art. 58, que não conflitava com a redação primitiva do art. 24, inciso II, da Constituição de 1967.

O Ato Complementar nº 34, de 30.1.67, alterou o art. 52, do CTN, para incluir, entre os fatos geradores do ICM, o fornecimento de alimentação, bebida e outras mercadorias nos restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Essa alteração vigorou até 31.12.68, quando o Decreto-lei nº 406/68 estabeleceu normas gerais de direito financeiro, aplicáveis àquele tributo, revogando todas as respectivas disposições do CTN. No entanto, o inciso III do seu artigo 1º repetiu a mencionada incidência."

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro* (Relator): Em primeiro lugar, a controvérsia parte do conceito de comerciante e se nele se integra o clube social alheio ao espírito de lucro, ainda que habitualmente forneça comida e bebida aos sócios em suas reuniões na sede.

O clássico J. X. Carvalho de Mendonça escreveu: "O Código Comercial alemão de 1897, para caracterizar a comercialidade do ato, não atendeu à natureza íntima deste, mas, procurando ser a lei profissional do comerciante, considerou somente atos de comércio os que se referissem ao exercício da indústria mercantil (arts. 1º e 343). Comerciante é quem exerce a *profissão mercantil* (*wer ein Haldelsgewerbe betreibt*) e não quem exercia atos de comércio (*wer gewerb müssig Handelsgeschäfte betreibt*), conforme dizia o Código anterior no art. 4º (*Trat.*, I, I nº 5, págs. 20-21).

"*Il faut donc que l'agent exerce des actes de commerce à titre de profession*" C. Com., art. ler" — adverte Thaller (*Tr. Élém. Dr. Commerc.*, 1925, nº 74, pág. 61).

Lyon-Caen et Renault adotam o critério do C. Com. francês: "*sont commerçantes ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*" (*Manuel Dr. Comm.*, 1924, nº 46, p. 60).

Quaisquer que sejam as objeções a essa posição teórica do legislador teutônico, ela é útil ao nosso caso porque a Constituição Federal de 1967, como a anterior, limitava a incidência do ICM ou do IVC a comerciantes, industriais e produtores, — três categorias profissionais. Elas e não os atos de comércio, ou a estes equiparáveis. Assim foi até a Emenda nº 1/69, art. 23, § 4º, que autoriza a lei complementar a "instituir outras categorias de contribuintes daquele imposto".

Isso se ajusta à ponderação de realismo jurídico de Rocco, lembrada pelo mestre brasileiro. "*La materia di commercio é una categoria legislativa e non una categoria economia.*"

Sem dúvida, no Brasil, depois de 17.10.69, a Lei Complementar pode dizer que é comerciante quem não o é, nem comercia, isto é, não se interpõe entre produtor e consumidor com o ânimo de lucrar ou fazer disso profissão.

II. Tenho, pois, por indubitável, que, antes da Emenda nº 1/69, o ICM só podia ser reclamado dos comerciantes, produtores e industriais, — os profissionais de comércio, produção ou indústria, em cujo rol não se incluía, àquela época, o clube recreativo que serve bebidas e frios no bar ou no restaurante apenas a seus associados.

O CTN não poderia fazer a equiparação contrária à letra e ao espírito da Emenda nº 18/65 e da Constituição Federal de 1968, porque, sob o regime desses dois diplomas, ainda não se inserira a permissão para a Lei Complementar instituir outras categorias de contribuinte.

Depois da Emenda nº 1/69, artigo 23, § 4º, então tem eficácia o art. 6º, § 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68, que considera também contribuinte do ICM a sociedade civil de fins não econômicos que pratique, com habitualidade, venda de mercadorias para esse fim adquiridas.

III. Essa foi a inteligência do Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais que excluíram o IVC, até mesmo de comerciantes se o restaurante, fechado ao público, não se destinava a lucro ou negócio, mas só ao fornecimento de refeições a preço de custo e com comodidade a seus empregados (p. ex., Ag. 28 462, no Ap. 216, DJ. 14.11.63, p. 1 151, C. Mota).

Igualmente, as vendas de material imprestáveis, como aparas de papel de jornais (RE 67 095, Ag. 34 272, RE 62 556, 61 114), veículos velhos de transportadores, sucata de armadores (Aç. Ord. 201, de 13.2.74) etc.

No caso dos autos, as operações foram anteriores à Emenda nº 1/69 e ao Decreto-lei nº 406/68.

IV. Por essas razões, conheço e dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 76 907 — RS — Rel., Ministro Aliomar Baleeiro. Recte., Cottillon Club (Adv., Osmar José Martins). Recdo., Estado do Rio Grande do Sul (Adv., Maria Dulce P. Brasil).

Decisão: Conhecido e provido. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Rodrigues Alckmin, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.