

ação executiva e, bem assim, de que deveria fazer o preparo devido dentro do prazo legal. Também, não padece dúvida que o embargante viu escoar o prazo de mais de trinta dias sem providenciar o preparo, deixando, assim, de dar o andamento regular ao processo (informação de fls. 38), já que o preparo feito foi somente o da conta.

Todavia, deixou o Dr. Juiz de ordenar, como determina o § 1.º do art. 267 do citado Código de Processo, a intimação pessoal da parte interessada para suprir a falta em 48 horas. É essa omissão acarreta a nulidade da sentença, de vez que a disposição do art. 247 fulmina com a pena de nulidade para as intimações feitas sem observância das prescrições legais. Deste modo, ainda que se pudesse admitir como feita a intimação de fls. 32, não teria ela obedecido a prescrição contida no final do § 1.º do art. 267 já referido, porquanto feita na pessoa do procurador e não do embargante pessoalmente.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1974.

MOACYR RABÉLLO HORTA
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Vistos. Em embargos do devedor, do art. 736, opostos em ação executiva para cobrança de promissórias, o Dr. Juiz julgou extinto o processo na forma do art. 267 — III, do Código de Processo Civil, e condenou o embargante nas custas e honorários de 10% sobre o valor do débito. Fundou-se, para assim decidir, no fato de haver o embargante deixado fluir o prazo legal sem efetuar o preparo devido, apesar de intimado na pessoa do seu procurador.

Dal a presente apelação, em a qual se alega haver efetuado o preparo dentro do prazo de trinta dias, tanto assim que os autos, com a conta feita, retornaram ao Cartório do Juízo. E mais: que mesmo tivesse havido abandono da causa por mais de trinta dias, o processo só poderia ser arquivado por extinção, depois da intimação pessoal do embargante para suprir a falta em 48 horas, o que não se verificou.

Recurso respondido e processado regularmente.

Assim vistos, passo os autos ao Exmo. Sr. Des. Revisor.

Em 13 de agosto de 1974.

MOACYR RABÉLLO HORTA

Relator: Desembargador Paulo Alonso

IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. COOPERATIVAS DE CONSUMO. Estão estas sujeitas ao tributo nas operações de venda que realizam com seus cooperados, pois o fato gerador é a simples circulação de mercadorias. Sentença reformada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 1.718, na ação ordinária em que é autora Cooperativa dos Rodoviários Ltda., sendo réu o Estado do Rio de Janeiro.

ACORDAM os Juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento de segundo grau, reformar a sentença apelada, para julgar improcedente a ação, condenada a autora nas custas e em honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.

O Dr. Juiz a que declarou ilegítima a cobrança do ICM, como cooperativa de consumo a autora, nas relações com seus associados, nas operações de distribuição de gêneros de alimentação e artigos de uso pessoal e doméstico, acolhendo o pedido inicial (sentença, fls. 75 a 79).

Mas o regulamento estadual desse tributo — Lei n.º 2.143, de 22-11-72, então vigente, com apoio no Dec.-lei Federal n.º 406, de 31-12-68, dispõe que se consideram também contribuintes "as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas, que pratiquem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias", art. 12, II; atualmente o Decreto-lei n.º 5, de 15-3-75, art. 9, § único, letra a, contém a mesma regra.

Certo é que sobre a tributação das cooperativas muito se tem discutido, a ponto do Min. Aliomar Baleeiro, confessar seu tédio ao voltar ao fastidioso tema (*Rev. Trim. de Jurisp.*, vol. 71, pág. 450)

Os julgados dos Tribunais têm sido invocados e a autora também assim procedeu, arrematando com a referência a pronunciamento do Pretório Excelso, no Rec. Ext. n.º 74.377, que, desprezando o voto do Relator Min. Xavier de Albuquerque "pretendendo haver demonstrado que o direito federal legislado submete as cooperativas à incidência do imposto sobre Circulação de Mercadorias", negava provimento, dele conheceu e deu provimento. Mas então não tinha a autora o texto do julgamento que, em verdade não lhe serve ao propósito de fugir ao tributo.

Realmente o acórdão está publicado da pág. 434 à pág. 451, do mencionado vol. 71, da R.T.J., com a seguinte ementa: "Cooperativa de consumo. ICM. Operações anteriores ao Dec.-lei 406/68. Não incidência. Motivação". Ora, na espécie, justamente esse decreto-lei federal é motivo de apreciação, e não a legislação anterior que valeu para o caso julgado. Veja-se que, quatro foram os votos vencidos e seis os vencedores, mas o Min. Thompson Flores, havia votado pela incidência, retificando seu voto assim: "Pareceu-me que o fato gerador do tributo ocorrera após o advento do Dec.-lei 406, de 31-12-68. Todavia, verifico... que assim não sucedeu; os fatos datam de outubro de 1968" (pág. 442). O Min. Oswaldo Trigueiro esclareceu, acompanhando a maioria: "... tenho acompanhado o entendimento da maioria, no sentido de que as operações das cooperativas de consumo não estavam sujeitas ao ICM, anteriormente à vigência do Dec.-lei 406/68" (pág. 450). Por fim o Min. Aliomar Baleeiro, também ao lado da corrente vencedora, acrescentou: "Depois do Dec.-lei 406, que se tem reputado complementar, ... parece que essas sociedades estão sujeitas ao ICM pelas operações de 1-1-69, em diante" (pág. 442).

O Dec.-lei 406, de 1968, tem força de Lei Complementar, dado o seu conteúdo, porque ao tempo em que foi editado, o Congresso Nacional encontrava-se em recesso e o Presidente da República valeu-se para dar-lhe existência do AI 5/68, art. 2.º, § 1.º.

Posteriormente a E. Primeira Turma, em acórdãos nos Recursos Extraordinários n.ºs 78.697 e 79.852, teve oportunidade de declarar: "Acórdão que decide pela incidência do ICM em operações realizadas por cooperativa (com seus associados) depois da vigência do Dec.-lei 406/68 não contraria a jurisprudência do STF sobre o assunto, senão que se harmoniza com ela" e "o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, após a vigência do Dec.-lei 406/68, as cooperativas de consumo devem pagar o ICM, inclusive sobre as operações que realizarem com os respectivos associados. Precedentes do Plenário da Corte editados em 10-4-75: RE 78.427 e RE 74.439" (R.T.J., vol. 73, págs. 901 e 953).

O fato cooperativo importa em circulação de mercadorias. A cooperativa, como organização econômica adquire mercadorias e transfere-as aos seus associados, embora sem visar o lucro, mas este não se insere na conceituação do fato gerador, que é apenas a circulação de mercadorias. E isso faz com habitabilidade sendo atingida pela mencionada disposição do art. 6.º, § 1.º, I, do Dec.-lei 406, de 31-12-68, que inclui entre os contribuintes do ICM "as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas, que pratiquem, com habitabilidade, operações relativas à circulação de mercadorias".

A legislação sobre as cooperativas contendo definições sobre sua organização e suas operações, como a Lei n.º 5.764, de 1971, indicada pelo Douto Juiz *a quo*, não contém mandamento algum sobre não incidência da tributação, e não tem força para evitar a aplicação da legislação fiscal.

Por fim também inexistente isenção a considerar, como as de saídas de mercadorias previstas no Dec.-lei 406/68, relacionadas com cooperativas de produtores (art. 1.º, § 4.º, n.ºs IX e X), pois cogita-se de cooperativa de consumo.

Vencida a autora terá de pagar as custas e os honorários de advogado, arbitrados em 10% do valor da causa.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 1976.

Des. MOACYR REBÊLLO HORTA
Presidente

Des. PAULO ALONSO
Relator

APELAÇÃO CÍVEL N.º 3.703

(3.ª CÂMARA CÍVEL)

Relator: Desembargador Paulo Alonso

MANDADO DE SEGURANÇA. DISPOSITIVO DO CÔD. TRIB. DO ESTADO — Decreto-lei n.º, de 15-3-75, que isentou de multa os recolhimentos de tributos, com base nas legislações dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, se efetuados no prazo de 120 dias, contados da data e sua publicação (art. 284). Infrações cometidas cerca de seis anos antes do advento do Decreto-lei n.º 5/75, positivadas pelo regular auto de infração, não podem se beneficiar de mandamento legal com finalidade específica, como se tivesse sido decretada uma anistia fiscal. Sentença reformada.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Apelação Cível n.º 3.703, em que é *apelante* Estado do Rio de Janeiro, sendo *apelada* S.A. Philips do Brasil:

ACORDAM os Juizes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação unânime, prover o recurso para denegar a segurança, pagas as custas pela impetrante.