

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 habitualidade 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 habitualidade, 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 REBÉLLO 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 CÓD. 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, positivas 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.

Ao ser decretado o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, Decreto-lei n.º 5, de 15 de março de 1975, que entrou em vigor nesta data, dispôs nas Disposições Finais Transitórias, artigo 284: "Os recolhimentos dos tributos realizados com base nas legislações dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, não estarão sujeitos a qualquer multa se efetuados no prazo de 120 (cento e vinte) dias da publicação deste Decreto-lei".

Certo que o legislador cuidou de relevar os contribuintes no caso de, por desconhecimento da nova legislação tributária editada, recolherem tributos ainda com fundamentos nas antigas legislações dos dois Estados, ainda que revogados, se isso ocorresse dentro de cento e vinte dias.

Não foi dada nenhuma anistia, por caráter geral, de modo a abranger uma infração antiga, cerca de seis anos anterior ao Decreto-lei n.º 5/75, devidamente caracterizada pela autuação, e que não poderia ao relacionar como erro de direito o recolhimento de tributo com base em uma ou outra legislação dos Estados incorporados, já substituída pelos fundamentos do Código Tributário do novo Estado.

Somente o contribuinte que cumpriu a sua obrigação, dentro da lei anterior, mas equivocadamente por desconhecimento da lei nova (fato previsível principalmente para o interior do Estado), teve a isenção de multa; não aquele que praticara infração à legislação vigente, por não cumprir o preceituado, e que sofrera autuação regular, muitos anos antes.

Certo o apelante ao afirmar que se cogita de pagamentos realizados com base nas legislações dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro e que estariam sujeitos a penalidades. Ora, isso só é possível com relação a fatos geradores posteriores ao Decreto-lei n.º 5. Pois com relação aos fatos geradores anteriores a esse Decreto-lei, nenhuma penalidade é devida na hipótese de o pagamento ter sido feito com base nas legislações dos antigos Estados, como pressupõe o dispositivo em questão.

Inadmissível, portanto, que seja concedida segurança ao contribuinte como a impetrante, que incorreu em infração por descumprimento da legislação vigente, antes da fusão das unidades federativas.

Provido o recurso foi reformada a sentença apelada, de acordo com o parecer do douto 18.º Procurador da Justiça.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 1977.

Des. MOACYR REBÊLLO HORTA
Presidente

Des. PAULO ALONSO
Relator

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 25.908

(5.ª CÂMARA CÍVEL)

Relator: Sr. Des. Basileu Ribeiro Filho

CONCURSO

O candidato que, na data da inscrição, não preenchia requisito desta, e, posteriormente, já classificado no concurso que prestou, por força de medida liminar concedida em mandado de segurança, vem a preenchê-lo, não adquirir, só por isso, direito retroativo à inscrição, validando o concurso para prestação do qual não estava habilitado na época em que devia estar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Petição n.º 25.908, em que são Agravantes o Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública e o Estado da Guanabara e Agravado Ricardo Areal Mesquita.

ACORDAM, os Juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para denegar a segurança. Custas na forma da lei.

O presente mandado de segurança foi impetrado pelo ora agravado para poder inscrever-se no concurso para o cargo de Comissário de Polícia, embora não fosse Bacharel em Direito, sob a alegação de que, sendo aluno do 5.º ano da Faculdade de Direito, já o seria por ocasião de sua eventual nomeação.

Foi deferida a liminar para a inscrição.

A fls. 56, o Dr. Diretor da Academia de Polícia, informou que, de acordo com a Lei 2.014 de 1/12/71, art. 5.º a qualidade de Bacharel em Direito era condição de inscrição no concurso. "No ato da inscrição em concurso para cargo de nível universitário é obrigatória a apresentação do diploma devidamente registrado".

A douta sentença de fls. 69 e segs. ponderando que o impetrante foi classificado no concurso e que, no curso do mandado de segurança (que da data da impetração à da sentença durou onze meses) o impetrante colou grau como Bacharel em Direito, e invocando o princípio "summum ius, summa injuria", concedeu a segurança.

Além do recurso de ofício, agravou o Estado a fls. 75 e segs., contraminuta a fls. 82 e segs.; parecer da D. Curadoria de Ausentes a fls. 89v pela reforma da decisão; despacho mantendo-a fls. 90.