IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — COOPERATIVAS DE CONSUMO

— Interpretação da Lei nº 5.172, de 1966.

— Idem, do Decreto-lei nº 406, de 1968.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de Minas Gerais *versus* Cooperativa de Consumo dos Ferroviários da Estrada de Ferro Vitória—Minas Ltda.

Recurso extraordinário nº 74.358 — Relator: Sr. Ministro Barros Monteiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e na conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, não conhecer dos embargos, unanimemente.

Brasília, 6 de setembro de 1973. ***Eloy da Rocha,*** Presidente. ***Barros Monteiro,*** Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Senhor Presidente:

Assim foi a espécie relatada perante a eg. Segunda Turma pelo eminente Ministro Thompson Flores:

"Promoveu o recorrente, contra a recorrida, executivo fiscal para a cobrança do ICM, resultante de operações da recorrida com seus próprios associados e verificadas com a saída das mercadorias a eles destinadas, ocorridas entre 19.4 a 31.10.67.

2. Embargou a executada, negando a existência de fato gerador sujeito a tributação. E teve êxito, eis que nas duas instâncias viu acolhida a pretensão, fls. 59-60 e 76-7.

Do acórdão do eg. Tribunal de Alçada, por sua 1ª Câmara, de 2 de fevereiro último, cabe destacar, fls. 77:

"Trata-se de uma cooperativa de consumo, legalmente constituída para servir os seus membros, sem intuito ou objetivo de lucro e o fornecimento feito aos associados não configura a circulação de mercadorias, sob o ponto de vista tributável e sem base para cálculo do tributo.

Não se trata de considerar a executada como isenta de tributos. O que ocorre é a falta do fato gerador do imposto.

A sentença recorrida fixa com os aspectos de fato e de direito, em face da prova dos autos e da lei tributária e conclui que a executada não está sujeita, *in casu,* à obrigação tributária que se pretendeu impor-lhe, julgando, em conseqüência, a exeqüente carecedora da ação proposta. Ao meu ver, não merece reparo, tanto que a confirmo em todos os seus termos."

"3. Daí o presente recurso extraordinário, fundado nas letras *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição, fls. 79-80.

Sustenta negativa de vigência do art. 52 da Lei nº 5.172/66, CTN e dissídio com o julgado desta Corte proferido no Ag 52.338, também de MG, *in D.J.* 18.5.71.

4. Admitido pelo conciso despacho de fls. 81, ensejou razões apenas do recorrente, fls. 83-6.

5. Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, pelo conhecimento e provimento, nos termos seguintes, fls. 92-4:

"Contra o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi interposto o presente recurso extraordinário com fulcro nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, e com esse fundamento mandado subir para melhor exame.

2. Trata-se de controvérsia em torno da incidência do imposto de circulação de mercadorias (ICM), sobre as operações realizadas pelas Cooperativas de Consumo.

3. A tese defendida pela recorrida baseia-se em que não se verifica a incidência, pois que as suas operações não são de natureza mercantil e por isso não estão sujeitas ao pagamento do referido imposto.

4. Consoante a definição legal da incidência tributária, o que constitui o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria do estabelecimento que produz, industrializa ou comercia, praticando atos, habitualmente, dessas atividades, seja entidade civil ou de fins mercantis.

5. As Cooperativas compram e vendem mercadoria aos seus cooperados, operando-se a saída de seus estabelecimentos, quando da venda das mesmas.

6. Conseqüentemente se completam todos os fatos que determinam a incidência do imposto discutido. Nem se queira, por mera ficção jurídica, desfigurar as atividades desses estabelecimentos, pretendendo-se a inexistência de atividades mercantis, sob pretexto de que, não visando lucro, executam mero papel de intermediários entre o produtor da mercadoria e o consumidor.

7. Ainda que a finalidade das Cooperativas não seja idêntica à dos estabelecimentos comerciais comuns, nem por isso as operações de vendas por elas realizadas deixam de incluir uma margem de lucro, que tanto serve para a estruturação do seu patrimônio, como para distribuir benefícios aos seus cooperados.

8. De qualquer forma a atividade tem a mesma tipicidade como a que é exercida pelas firmas comerciais. Assim, pois, dentro da generalidade de suas operações se configuram os pressupostos da incidência tributária.

9. Demais disso, embora se tenha em conta o dissídio jurisprudencial, já agora para pacificar o entendimento que era da intenção do legislador, todas as dúvidas interpretativas, com respaldo na doutrina tributária, foram espanadas com a promulgação do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68 (art. 6º, § 1º, inc. I).

10. Finalmente, não havendo lei isentando as Cooperativas, expressamente, do pagamento do imposto de circulação de mercadorias, previsto nas leis de competência tributária das Unidades políticas da União, que seguem as pegadas dos princípios instituídos na lei federal, não há como se admitir a não incidência do tributo, contra o qual se rebela a recorrente.

11. Isto posto, opinamos pelo conhecimento do recurso extraordinário pela letra *d*, e pelo seu provimento."

E, este o voto de S. Exª, a fls. 106:

"Não conheço do recurso.

2. Faço-o porque a petição recursal de fls. 79-80 é, em verdade, inepta.

Leio-a (*lê*).

3. Vê-se que embasa seu recurso nas letras *d* e *a* do art. 119, III, da Constituição.

Quanto ao dissídio, limito-me a invocar o Ag nº 52.338. Este reflete apenas decisão que mandou processar o recurso extraordinário para melhor exame. E cabe acrescentar. O excepcional subiu, tomou o nº 72.590, não merecendo conhecimento pela eg. Primeira Turma, em acórdão de

10.3.72, e bem assim os embargos, dos quais fui relator, e tiveram julgamento em sessão de 13 de setembro último.

Resta o art. 52 do CTN. Presumo que se refira a sua redação posterior ao advento do Decreto-lei nº 406/68.

Não ajuda, pois os fatos foram anteriores, como acentuou o relatório."

Daí a ementa que encima o acórdão de fls. 109:

"Cooperativas de consumo. Operações entre seus associados. ICM. Não incidência.

Recurso extraordinário falto de seus pressupostos não autoriza seu conhecimento.

Excepcional não conhecido."

A esse julgado, opôs a Fazenda do Estado de Minas Gerais os embargos de fls. 110, nos quais alega divergência com a *Súmula* 81 e com o RE nº 50.185, onde se decidiu, sendo relator o Ex.mo Sr. Ministro Victor Nunes Leal:

"Da Constituição Federal não resulta isenção ou imunidade tributária para as cooperativas, dependendo esse benefício do direito estadual, no que toca aos tributos estaduais" (*Referências da Súmula do STF*, 5/101).

Além disso, acrescenta o embargante, afronta o v. julgado recorrido o art. 6º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, aduzindo mais:

"Mas mesmo antes do Decreto-lei nº 406/68 a situação era a mesma, caracterizando-se a disposição do art. 6º, citado, como interpretativa, esclarecedora do que estava assente nos arts. 58, 4º, 1º do CTN, textualmente.

"Art. 58. Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída de mercadoria.

§ 1º Equipara-se a comerciante, industrial ou produtor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que pratique, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias."

"4. A clareza desses dispositivos legais, que se enquadram, perfeitamente, na melhor política tributária, da igualdade perante a lei, tornam estranha e sumamente injusta qualquer isenção a favor da privilegiada classe dos "cooperados".

Opinando às fls. 115-7, assim se manifestou a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Yedda de Lourdes Pereira, aprovado pelo Prof. J. C. Moreira Alves, ilustre Procurador-Geral:

"1. O Estado de Minas Gerais opõe embargos de divergência para o Tribunal Pleno, com apoio no art. 309 do R.I. do STF, inconformado com a decisão que não conheceu do recurso extraordinário interposto.

2. O acórdão recorrido afirma:

"Cooperativa de consumo. Operações entre seus associados. ICM. Não incidência.

II — Recurso extraordinário — falta de seus pressupostos não autoriza seu conhecimento. Excepcional não conhecido."

3. O embargante sustenta que o aresto divergiu da decisão proferida no RE nº 50.185, *verbis:*

"Da Constituição Federal não resulta isenção ou imunidade tributária para as cooperativas, dependendo esse benefício do direito estadual, no que toca aos tributos estaduais."

4. Os impostos exigidos pelo Embargante se relacionam com o exercício de 1967, época em que se encontrava em vigência o art. 58, § 1º, da Lei 5.172, de 25.10.66, que dispunha:

"Art. 58. Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria.

§ 1 Equipara-se a comerciante, industrial ou produtor *qualquer pessoa, natural ou jurídica, que pratique, com habitualida-*

de, operações relativas à circulação de mercadorias" (Grifos não são do original).

5. A embargada, entendendo que suas atividades não caracterizavam a de um estabelecimento comercial, industrial ou produtor, por operar exclusivamente com associados, reivindicou a isenção dos tributos, entendimento consagrado também por essa Egrégia Corte nos RE nº 69.262 — MG — Primeira Turma, em 15.9.70; 72.413 — SP — Primeira Turma, em 14.12.71 (*D.J.* de 7.4.72); 72.447 MG — Primeira Turma, em 10.3.72 (*D.J.* de 28.4.72) e Embargos, em 13.9.72; 74.021-MG — Primeira Turma, em 3.10.72 (*D.J.* de 27.10.72); 74.358-MG — Segunda Turma, em 12.12.72 (*D.J.* de 16.3.73); 74.687-MG — Primeira Turma, 20.10.72 (*D.J.* de 10.11.72).

6. Os embargos repetem a matéria apresentada no recurso extraordinário, sem demonstrar claramente a divergência, o que torna a medida inadequada ao fim proposto.

7. Considerando que os embargos não caracterizaram divergência e ainda a existência de precedentes numerosos demonstrando a inclinação da eg. Corte sobre a tese em discussão, somos pelo não conhecimento dos embargos."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Sr. Presidente:

Penso que, realmente, como propugna o parecer que acabo de ler, não merecem os embargos ser conhecidos, por não haver o embargante logrado demonstrar a alegada divergência.

Com efeito, tanto a *Súmula* 81, como o acórdão no RE nº 50.185, não aludem a cooperativas de consumo que operam exclusivamente entre seus associados.

Aliás, a respeito deste último acórdão, sequer pôde o embargante observar o que determina a *Súmula* 290.

Ademais, o eg. Primeira Turma, sendo relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, julgou, segundo se vê do acórdão *in R.T.J.*, 56/460:

"Cooperativas — Não viola à Constituição Federal, nem nega vigência às leis da União, a decisão que, invocando lei do estado, como argumento por si só suficiente dentre outros, declara não haver incidência do ICM sobre determinada cooperativa que opera apenas com seus associados" (*Súmulas* 280 e 400).

Aliás, no mesmo sentido a decisão no repertório citado, vol. 56, p. 47, de que também foi relator o Ex.mo Sr. Ministro Thompson Flores, embora nesse julgado se tratasse de inconstitucionalidade na incidência do imposto de transação de São Paulo, sobre as cooperativas.

Como quer que seja, não tendo o embargante, segundo o meu entendimento, conseguido demonstrar a alegada divergência, não conheço, em preliminar, dos embargos.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Acompanho o eminente Relator, embora, no mérito, tenha voto conhecido no sentido da incidência do imposto, quer antes, quer depois do Decreto-lei nº 406. Neste caso, os fatos são anteriores ao referido decreto-lei.

Participei do julgamento na Turma e ali acompanhei o relator do acórdão embargado, porque S. Exª considerou inepta a petição de recurso extraordinário. Não se podia chegar ao exame da questão central.

Faço esta ressalva, porque não posso, aqui, examinar o mérito. Sobre ele, tenho

opinião conhecida, longamente deduzida em voto proferido em recurso de que sou Relator, que veio ao Plenário e do qual o julgamento se acha adiado por pedido de vista do eminente Ministro Bilac Pinto.

Não conheço dos embargos.

EXTRATO DA ATA

ERE nº 74.358 — MG — Rel., Ministro Barros Monteiro. Embte., Estado de Minas Gerais (Adv., Wanderley Gregoriano de Castro). Embda., Cooperativa de Consumo dos Ferroviários da Estrada de Ferro Vitória-Minas Ltda. (Advs., Vicente de Paula Duarte e outro). Dec. embda., Segunda Turma, 7.12.72).

Decisão: Não conhecidos. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Thompson Flores, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, Prof. José Carlos Moreira Alves. Ausentes, justificadamente, os Ministros Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto. Licenciado, o Sr. Ministro Luiz Gallotti.