

Acórdão: 16.861/06/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115413-85 (Coob.)
Impugnante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coob.)
Autuada: Santa Casa de Misericórdia São Francisco
Proc. S. Passivo: Deophanes Araújo Soares Filho/Outro(s) (Coob.)
PTA/AI: 02.000209011-40
Inscr. Estadual: 062.014462.0013 (Coob.)
Origem: DF/BH-5

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO - IMUNIDADE CONSTITUCIONAL. Comprovado nos autos tratar-se a Autuada de instituição beneficente, sem fins lucrativos, à qual se aplica a imunidade constitucional que afasta a instituição e cobrança de tributos sobre seu patrimônio. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se a autuação consubstanciada no Auto de Infração em análise de imputação fiscal de saída desacobertada de 149 (cento e quarenta e nove) caixas de lentes intra-oculares modelo LittleFlex, decorrente de diligência realizada no estabelecimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Coobrigada), onde foi constatada presença dos citados volumes despachados por SEDEX pela Santa Casa de Misericórdia São Francisco.

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuada a Santa Casa de Misericórdia São Francisco, CNPJ nº 44.435.451/0001-27, e por força do artigo 21, inciso IV alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, como Coobrigada, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, exigindo-se o recolhimento do ICMS e o pagamento das Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Coobrigada apresentou, tempestivamente, por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 13/45, instruída com documentos de fls. 46/85, que em apertada síntese trouxe os seguintes argumentos:

- goza de imunidade tributária nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, uma vez que é Empresa Pública da Administração Indireta Federal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- uma Empresa Pública pode tanto explorar atividade econômica quanto prestar serviço público, citando Geraldo Ataliba e ainda o Decreto nº 200/67, caracterizando-o como “infeliz” ao dizer que a empresa pública apenas explora atividade econômica, sem mencionar que é antes “prestadora de serviço público”;

- completa citando doutrina e o RE 63.836-RS para corroborar sua tese de que é prestadora de serviço público, sendo esta atividade constitucionalmente ordenada, ao contrário da exploração econômica que é própria do setor privado, e portanto, não é exploradora de atividade econômica;

- menciona a citação da EBCT pelo Decreto-Lei nº 509/69, tendo a mesma como objetivo a exploração dos serviços de postagem, em nome da União Federal e em regime de monopólio;

- os bens sob sua guarda e suas receitas/rendas pertencem a União, os serviços que executa são públicos e o transporte que faz é parte do serviço postal;

- a atividade econômica é aquela que produz concorrência;

- o serviço postal não é transporte, equivocando-se o Fisco Estadual;

- o serviço postal tem três etapas indissolúveis: recebimento, transporte e entrega dos objetos postais, e por isso, oferece segurança, inviolabilidade, continuidade, universalidade, confiabilidade garantidos pela União, ao contrário de “uma simples atividade de transportes, esta sim regulada pela livre iniciativa de mercado, sem maiores garantias ao usuário e sem controle pelo Estado”;

- o conceito de “objeto postal” deriva da vontade do legislador e o transporte no serviço postal está incluído em seu conceito, pois que não só encomendas são transportadas, mas também cartas, cartões, vales, telegramas, etc.;

- o serviço postal não é fato gerador do ICMS, porque não está previsto em lei, não é fato gerador de relevância jurídica e não é serviço de transporte nem a EBCT é transportadora;

- o serviço postal, consagrado pela CF/88 como tipicamente público, não é serviço de transporte como o executado por particulares, este tem a livre concorrência do mercado para definir sua remuneração, como também é possível a quem o presta negar-se de fazê-lo. Já para a EBCT, sua remuneração é definida por órgão federal, e não lhe é conferida a discricionariedade de executar ou não a prestação;

- as operações tributadas pelo ICMS teriam que ser regidas pelo Direito Comercial, ter por finalidade o lucro e por fim, ter por objeto uma mercadoria;

- por determinação constitucional e pelo Convênio ICM 23/88, nem esta e nem o Fisco Mineiro possuem autorização para violação dos objetos postados, o que lhe impede de verificar sobre a existência da emissão de notas fiscais, razão pela qual o imposto deve ser cobrado diretamente do destinatário ou do remetente do objeto, verdadeiros responsáveis pela obrigação tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a cobrança cumulativa das Multas de Revalidação e Isolada possui caráter confiscatório, pois somadas ultrapassam em três vezes o valor do tributo.

Ao final, requer a desconsideração do Auto de Infração face à imunidade.

Também sob o fundamento de se beneficiar da imunidade prevista no artigo 150 da Constituição Federal, por se tratar de empresa beneficente, de assistência social e sem fins lucrativos, a Santa Casa de Misericórdia São Francisco, obrigada principal, apresentou Impugnação às fls. 86 a 88, juntou documentos às fls. 89 a 96.

Analisando a citada peça de impugnação, o Fisco, pelo Ato Declaratório de fls. 107, conclui pela sua intempestividade, culminando com a apresentação de Reclamação (fls. 109/113) também julgada improcedente (fls. 176) pelo Fisco. Não houve apresentação de Recurso de Agravo pelo que a Impugnação da Santa Casa de Misericórdia São Francisco, não pode ser apreciada pelo Conselho de Contribuintes.

Uma vez considerada sem efeito a Impugnação apresentada pela devedora principal, Santa Casa de Misericórdia São Francisco, o Fisco apresentou manifestação contrária à Impugnação da Coobrigada, às fls. 99/105, alegando em suma:

- a Impugnante sustenta repetidas vezes, não ser sujeito passivo da operação uma vez que, por pertencer à Administração Pública Indireta, detém imunidade recíproca com relação a qualquer tributo, além do mais, garante que seu serviço de transporte não é serviço de transporte mas sim serviço postal;

- a Constituição Federal de 1988, da qual a Impugnante retira uma suposta imunidade tributária, ampara a tese de que a chamada imunidade recíproca, não alcança a ECT, uma vez que, no § 3º do artigo 150, está a vedação da tal imunidade para patrimônio, rendas e serviços relacionados com a exploração de atividade econômica;

- a própria Carta Magna (artigo 173, § 1º), deixa claro que a imunidade constitucional não se aplica à empresa pública que realiza atividades econômicas;

- sendo a Impugnante uma empresa pública, conforme estatuído no artigo 2º da Lei nº 6.538/78, ao realizar atividade econômica, não pode receber tratamento tributário especial em detrimento de outras empresas privadas, sendo que o serviço de entrega de encomendas não se trata de serviço público, uma vez que não se trata de monopólio exercido pela União, mas reveste-se de todas as características comuns de uma prestação de serviço de transporte;

- a EBCT concorre no mercado com diversas empresas que prestam este mesmo tipo de serviço;

- a subsunção do caso em tela de análise do RICMS é incondicional, face à incidência do imposto sobre a prestação de serviços de transporte que, sem dúvida, é prestado pela Impugnante, vez que consta mesmo da definição do seu objeto dado pelo artigo 7º da Lei Postal nº 6.538/78, § 1º, alínea “e”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Impugnante reveste-se da característica de transportadora, e mesmo se transportadora não o fosse, como empresa exploradora de serviço postal, tem sua responsabilidade claramente declarada como solidária no artigo 56, inciso VII do RICMS/02 em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, sendo sua responsabilidade exigir a documentação fiscal da mercadoria que transporta (ou objetos postais, como preferir);

- cita o artigo 55 do RICMS/02 que estabelece ser contribuinte do ICMS “qualquer pessoa, física ou jurídica que realize (...) prestação de serviços descrita como fato gerador do imposto;

- como transportadora ou como pertencente à administração indireta, não há como a Impugnante se furtar ao pólo passivo da autuação, tanto que é inscrita no cadastro de contribuintes do Estado de Minas Gerais;

- o Auto de Infração tem subsunção perfeita à lei postal, primeiramente, à própria definição de “empresa pública”, ao qual a Impugnante já não pode mais se furtar após leitura do artigo 2º da citada lei. Depois quanto a dizer que a prestação de serviço postal é serviço público, seria público se de monopólio da União, e não o é, principalmente no concernente ao transporte de mercadorias (que na lei postal são chamadas “pequenas encomendas” – artigo 7º, § 1º, alínea “e”). Os serviços de monopólio estão citados no artigo 9º da mesma lei;

- o artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988 quando esta separou as competências para instituição de imposto, isto é, a União não poderá legislar sobre tributos de competência dos Estados e Municípios;

- é certo que a circulação de mercadorias que é tributada é a que provoca a mudança de titularidade mas também o transporte dessa mercadoria é tributado, e se já provamos que a Impugnante é transportadora, desnecessário comentar, então, que assim o sendo, a mesma também é regida pelo direito comercial, obtém lucro e que transporta mercadorias cuja titularidade já fora modificada quando do ato da compra e venda, efetuado pelos remetente/destinatário;

Por fim requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Como destacado em fase de relatório, a autuação em análise refere-se a imputação fiscal de saída desacobertada de 149 (cento e quarenta e nove) caixas de lentes intra-oculares modelo LittleFlex.

Estas caixas de lentes foram encontradas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos localizada na BR-262, Km 21,5 no Bairro Universitário, nesta capital, em diligência realizada no local, constando que teriam sido despachados por SEDEX pela Santa Casa de Misericórdia São Francisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A partir de tal verificação foi lavrado o Auto de Infração tendo como Autuada, obrigada principal, a Santa Casa de Misericórdia São Francisco, CNPJ n.º 44.435.451/0001-27, localizada na cidade de Buritama – São Paulo, e, por força do artigo 21, inciso IV alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, como Coobrigada, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na condição de “transportadora”.

Exige-se, além do recolhimento do ICMS supostamente devido, Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II e Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Antes de adentrarmos ao mérito da questão, mister se faz tecer breves comentários sobre o instituto da revelia, aplicável ao caso concreto em decorrência da apresentação intempestiva da Impugnação da Santa Casa de Misericórdia São Francisco – obrigada principal.

Segundo preleciona o artigo 319 do Código de Processo Civil, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Entretanto é sabido que a Revelia não gera presunção absoluta do direito narrado pelo Autor, presumem-se os fatos e não o direito, e com isso permiti-se ao julgador, com base no ordenamento jurídico e demais elementos trazidos aos autos do processo, analisar o direito segundo a legalidade cabível.

Como ilustração, segue posicionamento do nosso Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS DA REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR. ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS QUE PERMITEM AO JULGADOR FIRMAR CONVICÇÃO DESFAVORÁVEL AO AUTOR. POSSIBILIDADE.

I - A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor, em caso de revelia, é relativa e pode ceder diante de outros elementos de convicção presentes nos autos. Precedentes.

II - Agravo regimental desprovido.

(STJ - AGA - 587279, Data da decisão: 04/11/2004)

Complementando o que acima foi exposto, deve-se citar ainda a determinação contida no artigo 88, inciso I da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, a qual prevê que não se inclui na competência do órgão julgador declarar a inaplicabilidade de lei, decreto ou ato normativo:

“Art. 88 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a aplicação de equidade;

III - a apreciação de questões relacionadas com o valor de operações, bem como o correspondente débito de ICMS, fixados pelo fisco, na hipótese de regime de estimativa.”

Ora, com base na idéia deste dispositivo, podemos dizer que ao rol apresentado pela lei específica citada, forçosamente, deve ser incluída como não competência do julgador a declaração de inaplicabilidade da Constituição Federal, lei suprema que independentemente da manifestação das partes deve ser considerada pelo julgador quando da fundamentação de suas decisões.

É por isso que mesmo diante da invalidade das informações apresentadas na peça de defesa de fls. 86/88, considerada intempestiva, levar-se-á em consideração para fundamentação deste voto a nítida aplicação ao caso concreto do instituto da imunidade tributária previsto no artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal de 1988.

Ademais prevê a CLTA/MG em seu artigo 124 que a Câmara de Julgamento deverá apreciar o lançamento em toda sua extensão, *in verbis*:

“Art. 124 - A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, definindo expressamente os seus efeitos e determinando a intimação das partes.”

Observando os documentos de fls. 121/174 percebe-se que a empresa Santa Casa de Misericórdia São Francisco, considerada obrigada principal, é instituição beneficente de assistência social, na área de saúde, que não possui fins lucrativos, sendo assim classificada por atender os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Nas palavras de jurista Luciano Amaro¹, “*a inexistência de fim lucrativo (exigida pela Constituição) foi corretamente traduzida pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer a não distribuição de patrimônio ou renda. Com efeito, quando se fala em entidade sem fim lucrativo, quer-se significar aquela cujo criador (ou instituidor, ou mantenedor, ou associado, ou afiliado) não tenha fim de lucro para si, o que obviamente, não impede que a entidade aufera resultados positivos (ingressos financeiros, eventualmente superiores às despesas) na sua atuação.*”

Diante disto, ainda que pela prestação de seus serviços a entidade assistencial tenha uma incrementação em sua receita, mesmo assim esta continuará sendo classificada como entidade beneficente sem fins lucrativos.

Com esta qualificação aplica-se ao caso concreto o artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal, *in verbis*:

¹ Amaro, Luciano. *Direito Tributário*. Editora Saraiva – 8º ed. São Paulo – 2002. p. 153

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
VI - instituir imposto sobre:

.....
c - patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

.....
§4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.”

Mesma previsão existe no Código Tributário Nacional:

“Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
IV - cobrar imposto sobre:

.....
c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo.”

A defesa da aplicação desta imunidade tributária se consubstancia no fato de não existir dúvidas de que os volumes apreendidos, na melhor interpretação do direito, trata-se de patrimônio da pessoa jurídica Santa Casa de Misericórdia, o qual, inclusive, é efetivamente utilizado com exclusividade na prestação da finalidade essencial da instituição.

Este entendimento é retirado inclusive da declaração de fl. 10, por meio da qual a empresa Visiontech Medical Optics Ltda., informa à Secretaria de Estado da Fazenda que solicitou “à Santa Casa de Misericórdia de São Francisco – Buritama/SP, em maio de 2003, que efetuassem a devolução das lentes intra-oculares modelo LiteFlex, lotes 03 e 07D3, para verificação do sistema de fechamento dos frascos. Tais

lentes deveriam ser encaminhadas ao departamento de garantia da qualidade da Visiontech.”

Assim, claro está que tais lentes pertenciam à ora Santa Casa de Misericórdia de São Francisco.

Para uma melhor compreensão, vejamos o conceito de patrimônio descrito pelos civilistas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria, que por permissão dos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional, é perfeitamente aplicável ao caso:²

“Efetivamente, patrimônio pode ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa. Ou seja, é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc.) ou incorpóreos (direitos autorais).

Patrimônio pois, é expressão de largo espectro, englobando tanto os direitos reais, quanto os direitos pessoais (obrigacionais).”

Diferente não é o conceito apresentado por De Plácido e Silva, em sua obra Vocabulário Jurídico, para o qual patrimônio *“integra o sentido de um complexo de direitos ou de relações jurídicas, apreciáveis em dinheiro ou com um valor econômico, em qualquer aspecto em que seja tido, isto é, como valor de troca, valor de uso ou como um interesse, de que possa resultar um fato econômico.”*

E no entendimento do Poder Judiciário:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. CF., ART. 150, VI, "C".

1. "Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade". (STF, RE 203.755-ES, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ de 08-11-96, p. 43221).

2. Apelação provida. Remessa prejudicada. Sentença reformada.

(TRF 1ª Região - Apelação/DF nº 1998.01.00.016652-3, DJ:23/03/2000)"

² Farias, Cristiano Chaves. Rosenvald, Nelson. *Direito Civil, teoria geral*. Lumen Júris Editora, 4ª ed. Rio de Janeiro – 2006. p. 312.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Indiscutível, até mesmo pelo teor da operação autuada esclarecida pela declaração de fl. 10, que as 149 (cento e quarenta e nove) caixas de lentes intra-oculares, modelo LiteFlex, foram preteritamente adquiridas pela Impugnante principal, vindo estas a integrarem o patrimônio desta entidade de assistência social sem fins lucrativos.

Não há dúvidas, portanto, que tratando-se de operação que envolve patrimônio de empresa imunizada pela constituição e configurando a imunidade como impossibilidade de incidência do tributo, decorrente do próprio texto constitucional e que atinge o próprio ente público tributante dotado de poder impositivo, ainda que se queira, ao poder tributante está afastado a possibilidade de tributar.

Conclui-se, portanto, pela aplicação do instituto da imunidade tributária constitucional sobre a operação objeto do Auto de Infração sob apreciação, já que envolve efetivamente patrimônio pertencente a entidade assistencial sem fins lucrativos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 10/05/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora