

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.837/12/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168436-39
Recurso de Revisão: 40.060130472-00, 40.060130473-82 (Coob.)
Recorrente: Unicapa - União dos Aplicadores de Pavimento Asfáltico Ltda
IE: 001374817.01-22
Sergel Engenharia Ltda (Coob.)
IE: 433988356.00-99
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CBUQ (MASSA ASFÁLTICA). Constatou-se falta de recolhimento de ICMS referente a operações de venda de Concreto Betuminoso Usinado a Quente – CBUQ - (massa asfáltica) desacobertadas de documentação fiscal hábil, uma vez que a empresa fornecedora da mercadoria utilizou nota fiscal de serviço nas saídas de tal produto, contrariando a legislação de regência do ICMS. Infração caracterizada haja vista que a UNICAPA não realizou prestações de serviços de aplicação de massa asfáltica, bem como a atividade por ela desenvolvida não se subsume à hipótese de não incidência prevista na LC nº 87/96 (art. 3º, inciso V) e na Lei nº 6.763/75 (art. 7º, inciso XXIV). Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada na alínea “a” do inciso II do art. 55 da mesma lei. Mantida a decisão recorrida. Recursos de Revisão nºs 40.060130472-00 e 40.060130473-82 conhecidos e não providos. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS referente à venda de massa asfáltica (CBUQ) e/ou industrialização para empresa de construção e/ou engenharia, no período de 01/04/05 a 31/07/10, desacobertada de documentação fiscal hábil tendo em vista a utilização de nota fiscal de prestação de serviços autorizada pelo município.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada na alínea “a” do inciso II do art. 55 da mesma lei.

A Fiscalização elegeu como sujeitos passivos da obrigação tributária a empresa fornecedora da mercadoria (UNICAPA – União dos Aplicadores de Pavimento Asfáltico Ltda) e a empresa construtora ou de engenharia adquirente das mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(responsável solidária), que constam no Auto de Infração como Sujeito Passivo e Coobrigado, respectivamente.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 20.464/11/1ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente o lançamento, ficando vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Sauro Henrique de Almeida que o julgavam improcedente.

Os Recorrentes, Autuada e Coobrigado, interpuseram, conjuntamente, Recurso de Revisão (fls. 479/500), alegando, em síntese, que, independente de fornecer e aplicar, ou somente fornecer a massa asfáltica a construtoras, a hipótese é de incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e não de ICMS, como quer a Fiscalização, trazendo os mesmos fundamentos legais apresentados por ocasião da impugnação ao lançamento.

Sustentam a ilegitimidade da sujeição passiva da Coobrigada (Construtora), uma vez que não há previsão legal da responsabilidade tributária a ela imposta já que não praticou qualquer ato e nem incorreu em omissão que tenha contribuído para o não recolhimento do ICMS e, transcreve trechos do voto vencido do Conselheiro Sauro Henrique de Almeida.

Alegam que o próprio Conselho de Contribuintes já afastou a responsabilidade do adquirente em situação idêntica, conforme PTA/AI n.º 02.000115222-00, confirmado na Câmara Especial por meio do Acórdão n.º 3.120/06/CE.

Questionam, ainda, a inclusão do sócio da UNICAPA no polo passivo, ao argumento de que a questão sequer foi objeto da ação fiscal, entendendo que ocorreu inovação da acusação fiscal.

Aduzem que, ainda que houvesse industrialização por encomenda, o fornecimento do CBUQ resultante não seria tributado pelo ICMS, já que o encomendante é não contribuinte do ICMS e o produto não se destina à comercialização ou industrialização.

Citam jurisprudência, doutrina, pareceres, consultas e legislação tributária que entendem lhes socorrer.

Ao final, requerem a admissão do recurso e o seu provimento para reconhecer a ilegitimidade passiva do Coobrigado e para cancelar integralmente o lançamento.

A Câmara Especial, na sessão realizada em 11 de novembro de 2011 exara Despacho Interlocutório (fls. 509) para que a Recorrente anexe aos autos as notas fiscais emitidas pela Coobrigada acobertando a remessa de matérias primas para industrialização pela Autuada/Recorrente.

Em atendimento à medida da Câmara de Julgamento, as Recorrentes se manifestam de forma conjunta, arguindo a desnecessidade de apresentação dos documentos fiscais na medida em que se trata de questão incontroversa, já que é a própria Fiscalização que acusa tratar-se de produção com insumos fornecidos pelas empresas de construção civil.

DECISÃO

Da Preliminar

Constata-se que se encontra superada, de plano, as condições de admissibilidade do recurso capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, favorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, devendo ser conhecido os presentes Recursos de Revisão.

Do Mérito

Considerando que a decisão ora tomada por esta Câmara Especial é concorde com a fundamentação do Acórdão recorrido e que os recursos *sub examine* abordam todas as matérias meritórias nele tratadas, adota-se os fundamentos expostos na decisão *a quo*, salvo ajustes decorrentes da medida instrutória exarada por esta Câmara Especial na sessão de ocorrida em 11 de novembro de 2011 e de alegações da Tribuna.

Cinge-se a controvérsia sobre a exigência de ICMS referente à venda de massa asfáltica (CBUQ) e/ou industrialização para empresa de construção e/ou engenharia, no período de 01/04/05 a 31/07/10, desacoberta de documentação fiscal hábil.

Conforme informações constantes nos autos, no momento da ação fiscal, o Fisco lavrou termo de intimação no qual solicitou à UNICAPA, ora Recorrente, a apresentação de diversos documentos com a finalidade de verificar a condição de contribuinte do ICMS da empresa.

Frise-se, por oportuno, que a UNICAPA, por meio do sócio Sr. Túlio Menin de Oliveira Santos, deixou consignado que apenas fazia usinagem da massa asfáltica e que não fazia a aplicação do produto, conforme se observa da documentação anexada aos autos pela Fiscalização.

Outrossim, a declaração prestada pelo sócio Sr. Túlio Menin de Oliveira Santos de que apenas fornecia a massa asfáltica, somada aos demais elementos e circunstâncias dos autos, certamente é informação que milita a favor da Fiscalização, uma vez que ocorre uma operação de circulação de mercadoria e o sujeito ativo para exigência do tributo é o Estado de Minas Gerais.

Assim, da análise do conjunto probatório dos autos restou demonstrada a incapacidade operacional da empresa UNICAPA para realizar o serviço de aplicação da massa asfáltica e que a atividade por ela desenvolvida é a industrialização e a venda de tal produto.

Nesse diapasão, vale definir o que é a mercadoria “Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ)”. Segundo definição da Faculdade de Engenharia da Universidade Federal de Juiz de Fora – Departamento de Transportes e Geotécnica:

O concreto asfáltico, também chamado de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), é um revestimento flexível, resultante da mistura a quente,

em usina apropriada, de agregado mineral graduado, material de enchimento (*filer*) e material betuminoso, espalhada e comprimida a quente.

É a mistura de mais alta qualidade, em que um controle rígido na dosagem, mistura e execução deve atender às exigências de estabilidade, durabilidade, flexibilidade e resistência ao deslizamento preconizadas pelas Normas Construtivas.

(...)

Geralmente são utilizados os seguintes materiais na composição de um concreto asfáltico:

- Materiais betuminosos: CAP 30/45, 50/70, 85/100.
- Agregados graúdos: pedra britada, escória britada, seixo rolado britado ou não.
- Agregados miúdos: areia, pó de pedra ou mistura de ambos.
- Filer: Cimento Portland, cal, pó calcário (...)

(TRN 032 – pag. 169. Pavimentação – Prof. Geraldo Luciano de Oliveira Marques)

Como bem salientou a Fiscalização, a massa asfáltica é um produto obtido por meio de um processo de industrialização na modalidade de transformação.

Importante destacar que, para confirmar a incidência do ICMS é imprescindível que haja operação de circulação de mercadoria.

Portanto, são requisitos indispensáveis à ocorrência do fato gerador do imposto em comento, a operação, a circulação e a mercadoria. Para que haja operação é necessário vislumbrar a existência de um negócio jurídico que promova a transferência de bens e/ou mercadorias, conforme comprovado nos autos.

A circulação da mercadoria também restou demonstrada no presente caso, tendo em vista que houve circulação física, consubstanciada na movimentação de um ponto a outro; jurídica, em razão da mudança de titularidade da propriedade; e econômica, por constituir uma etapa do processo econômico de circulação.

Em vista do caráter residual do ISSQN, o professor Ricardo Lobo Torres sobre o tema ensina:

... o ISS incide sobre os fatos geradores não incluídos na órbita dos outros impostos sobre a produção e circulação de riquezas (IPI, ICMS, IOF) e por essa extrema complexidade carece da enumeração taxativa da lei complementar. (Torres, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 11ª ed.: Renovar, 2004, pp. 397 e 398).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, a fabricação de CBUQ (massa asfáltica), atividade da Autuada, não constitui prestação de serviço, e sim, produção de mercadoria para a prática de atos de mercancia, tributável pelo ICMS.

Ressalte-se que, em sede de impugnação, a UNICAPA anexou aos autos, dentre outros documentos, cópias de registro de empregados, em que consta o sócio Sr. Túlio Menin de Oliveira Santos como gerente administrativo assalariado, com remuneração de R\$ 840,94 (oitocentos e quarenta reais e noventa e quatro centavos).

Já na nona alteração contratual da Autuada, datada de 06/08/09, acostada pela Defesa na fase de impugnação, verifica-se que seus sócios, o Sr. Nísio Caetano Araújo (sócio administrador) e o Sr. Túlio Menin de Oliveira Santos (sócio capitalista) residem no mesmo prédio em Contagem, no Bairro Eldorado, classificado como sendo um bairro de baixo poder aquisitivo, onde residem, em regra, operários. Imperioso frisar que se trata um bairro industrial de baixa renda.

Ora, ao conjugar as informações relativas ao padrão de vida adotado pelos sócios da UNICAPA, com os dados desta empresa, que exige capital elevado e um alto nível financeiro de contratos assinados, por ser uma grande indústria de massa asfáltica, constata-se patente a contradição.

Repita-se, pela importância, que se trata de evidente simulação, no caso, com o fito de driblar a Fiscalização mineira já que, ao tributar a venda de massa asfáltica pelo ISSQN, contrariamente à legislação de regência desses impostos, conforme demonstrado alhures, as autuadas habilitaram-se, *ipso facto*, à fruição de vantagens financeiras concedidas pela tributação por este imposto, em detrimento do ICMS.

Inicialmente, esclareça-se que a UNICAPA figura no polo passivo como contribuinte do ICMS referente às operações de venda de mercadorias (massa asfáltica) destinadas às Construtoras para aplicação em obras de construção civil.

Por outro lado, deve também figurar no polo passivo da obrigação tributária, sem exclusão da Contribuinte, a empresa construtora destinatária da mercadoria sujeita ao recolhimento do ICMS, por adquirir o CBUQ sem a documentação hábil para acobertar a operação de circulação de mercadoria, o que ocasionou a omissão do recolhimento do ICMS devido, na condição de responsável tributária, a teor do disposto no art. 21, incisos VII e XII da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Extrai-se dos autos, conforme já demonstrado, que a construtora coobrigada celebrou “acordo”, ainda que implícito, com a UNICAPA para fins de receber o produto com a redução de preço correspondente ao imposto subtraído, implicando concorrência para o não recolhimento do tributo devido pelo contribuinte, tudo conforme descrito no inciso XII, art. 21 da lei retrocitada.

Assim, correta a eleição para o polo passivo como Coobrigada (responsável solidária) da empresa Construtora, nos estritos termos do art. 121, parágrafo único, inciso II c/c o art. 124, inciso II, todos do Código Tributário Nacional (CTN), que não exigem conduta dolosa, e que assim dispõem:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (grifou-se)

O art. 121, parágrafo único, II do CTN autoriza a inclusão do responsável tributário sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador, enquanto o art. 124, II, ao prescrever a responsabilidade solidária daqueles expressamente designados por lei, possibilita ao ente competente graduar a responsabilidade dos obrigados.

Logo, deduz-se que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, mas **forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.**

Ainda que a capitulação legal utilizada pela Fiscalização para incluir a Coobrigada no polo passivo como responsável solidária seja, em parte, diversa dos dispositivos adotados nesta decisão, incisos VII e XII, art. 21, da Lei nº 6.763/75, deve prevalecer o conteúdo do Auto de Infração em detrimento da sua forma, desde que os autuados demonstrem conhecimento da acusação e não haja prejuízo para a defesa.

Ademais, na linha do entendimento que a Autuada se defende dos fatos narrados no Auto de Infração e não da capitulação legal, há vasta jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como de Conselhos de Contribuintes de outros Estados, conforme os seguintes excertos de decisões:

EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. OMISSÃO DE REQUISITO. 1. PERFAZENDO-SE O ATO NA INTEGRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS RECLAMADOS PARA A VALIDADE DA CERTIDÃO, **HÁ QUE ATENTAR-SE PARA A SUBSTÂNCIA E NÃO PARA OS DEFEITOS FORMAIS QUE NÃO COMPROMETEM O ESSENCIAL DO DOCUMENTO TRIBUTÁRIO.** [...] **INEXISTIU PREJUÍZO PARA A DEFESA, QUE SE EXERCITOU PLENAMENTE.** AGRAVO REGIMENTAL DENEGADO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI 81681 AGR/MG. ARAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO RELATOR: MIN. RAFAEL MAYER JULGAMENTO: 24/02/1981. (GRIFOU-SE)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SE O EXECUTADO EXERCEU PLENAMENTE SUA DEFESA. 1. TENDO O EXECUTADO DIRIGIDO SUA DEFESA CONTRA OS FATOS QUE ORIGINARAM A AUTUAÇÃO FISCAL, NÃO INVALIDA A CDA A CIRCUNSTÂNCIA DA INFRAÇÃO HAVER SIDO CAPITULADA ERRONEAMENTE, EXERCIDOS QUE FORAM A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. (TRF4 - TERCEIRA TURMA APELAÇÃO CÍVEL: AC 12708 SC 95.04.12708-8, RELATOR: PAULO AFONSO BRUM VAZ, DATA DE JULGAMENTO: 11/02/1999, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 24/03/1999 PÁGINA: 710).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO PARA PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 1. **A ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NÃO INUTILIZA O AUTO DE INFRAÇÃO QUANDO OS FATOS ESTIVEREM DEVIDAMENTE NARRADOS, DE VEZ QUE O AUTUADO SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA AUTUAÇÃO.** (APELAÇÃO CÍVEL PROCESSO: 9304456339. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO. QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 14/12/1995. RELATOR(A): JUÍZA LUÍZA DIAS CASSALES. DECISÃO: UNÂNIME.) (GRIFOU-SE)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - **A MENÇÃO INCORRETA NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA, NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS DAS INFRAÇÕES NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA AMPLA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS.** (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO RECURSO: 121753. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10480.010570/97-11. DATA DA SESSÃO: 14/09/2000 (GRIFOU-SE)

Com a medida instrutória exarada na sessão de 11 de novembro de 2011, a Câmara Especial do CC/MG confirma a preocupação dos Conselheiros com a busca da verdade material e observância ao princípio constitucional da ampla defesa, já que possibilitou à Recorrente fazer prova de suas alegações.

Tal medida decorreu da alegação do advogado de defesa de que teria ocorrido a industrialização por encomenda e essa questão não foi tratada no acórdão *a quo*.

Em que pese as alegações das Recorrentes sobre a questão da industrialização por encomenda, verifica-se que a acusação da Fiscalização constante do Auto de Infração contempla, também, a simples operação comercial de venda de CBUQ e é sobre este negócio jurídico sujeito à incidência do ICMS que se exige o tributo. Veja-se transcrição do Auto de Infração:

... A autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS referente à venda de massa asfáltica (CBUQ) e/ou industrialização... (grifo não consta do original)

E é indene de dúvidas que a obtenção do CBUQ decorre de um processo de industrialização promovido pela Autuada, transformando aglomerados (insumos) em produto próprio, certamente para atender encomenda de seus clientes, construtoras em geral.

Porém, a industrialização por encomenda não implica, necessariamente, que tenha de ocorrer fornecimento de insumos para o industrializador.

O verbo “encomendar” possui um sentido mais amplo, significando “mandar fazer algo” ou “encarregar alguém de algo”, não se podendo extrair que encomendar dependa, sempre, do fornecimento de insumos àquele que promove o processo de industrialização.

Aliás, encomendar sem fornecer qualquer insumo é um tipo de negócio muito comum nas relações comerciais.

Tome-se, como exemplo a aquisição de “cozinha planejada” por um consumidor final.

Normalmente, o cliente dirige-se à loja, gosta do produto exposto, sugere alterações e adequações conforme suas necessidades e estilo. Fechado o negócio, o vendedor se compromete a remeter ao cliente, em prazo acordado, aquela cozinha, na forma encomendada por este.

Da mesma forma ocorre na aquisição de veículos quando o cliente não adquire o veículo em exposição e faz diversas exigências ao concessionário, obrigando-o a “encomendar” o veículo com os acessórios pretendidos.

E também nada obsta que um contribuinte industrial encomende de uma terceira indústria determinado item (ou itens) de seu produto final, conforme suas especificações, qualitativas e quantitativas, sem que forneça qualquer insumo para o industrializador.

Aliás, essa terceirização tem sido a tônica no mundo globalizado, mesmo para fabricação de insumos da atividade fim da indústria. Assim procedem as montadoras de veículos quando encomendam (terceirizam) insumos de outras empresas para uso na linha de montagem.

Denota-se, portanto, que a terceirização, antes utilizada para fornecimento de serviços/bens da atividade meio de uma empresa/instituição, se tornou parte do processo produtivo dessas empresas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E para esses casos de encomenda sem fornecimento de insumos, não fica desnaturada a natureza de “operação de circulação de mercadoria” sujeita à incidência do ICMS, ainda que não se trate de venda de produto de prateleira.

Recente confusão estabeleceu-se no cenário nacional, objeto de suposta divergência de entendimento entre o Superior Tribunal de justiça e o Pretório Excelso.

Isso porque o STJ no REsp nº 888.852, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, decidiu que se sujeita ao ISS e não ao ICMS a atividade de execução de serviços em bens/mercadorias fornecidas pelo encomendante, independentemente da destinada a ser dada pelo encomendante, aplicando o item 14.05 da Lista de Serviço anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

E na ADI nº 4389, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o fornecimento de embalagem sob encomenda é típica operação de circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

Mas não houve contradição nas decisões.

Os Ministros do Pretório Excelso decidiram apenas sobre o fornecimento de embalagem para o encomendante, ficando afastada a discussão sobre os serviços gráficos feitos na embalagem. E no processo julgado não se fala em fornecimento de insumo pelo encomendante. Transcreve-se excerto do voto do Ministro relator Joaquim Barbosa:

“NESTE MOMENTO DE JUÍZO INICIAL, TENHO COMO DENSAMENTE PLAUSÍVEL A CARACTERIZAÇÃO DESSE TIPO DE ATIVIDADE COMO CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS (“VENDA”), AINDA QUE FABRICADAS AS EMBALAGENS DE ACORDO COM ESPECIFICAÇÕES DO CLIENTE, E NÃO COMO A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO.”

Na mesma linha segue o voto da Ministra Ellen Gracie, conforme seguinte excerto:

“CONCLUI-SE, POIS, QUE A COMPRA DE EMBALAGENS, AINDA QUE MEDIANTE ENCOMENDA, NÃO CONSTITUI SEQUER OPERAÇÃO MISTA, NÃO SE SUJEITANDO À INCIDÊNCIA DO ISS.”

Tomando-se por empréstimo estas decisões do Pretório Excelso, vê-se que o caso em discussão neste PTA é o mesmo decidido no Tribunal Máximo.

Aqui, como na decisão do Supremo Tribunal, houve encomenda a uma usina beneficiadora de fornecimento CBUQ, sem fornecimento de insumos, cabendo ao industrializador – UNICAPA- arcar com os custos da aquisição dos insumos necessários, cobrando o preço do encomendante.

Para estes PTAs em discussão, a Fiscalização exigiu o ICMS utilizando as notas fiscais de serviço emitidas pela UNICAPA apenas como referência para a base de cálculo, ao entendimento de que houve a encomenda de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, da mesma forma como entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal.

E foi justamente com o objetivo de espantar a dúvida sobre esse ponto - se houve fornecimento de insumo - é que a Câmara Especial exarou o Despacho

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Interlocutório para que a Autuada demonstrasse a remessa dos insumos pelo encomendante.

E como já dito, a Recorrente não logrou êxito em demonstrar a entrada dos insumos em seu estabelecimento, seja pela adoção das disposições específicas contidas nos arts. 300 a 303 do Anexo IX do RICMS/02, seja por qualquer outro meio de prova capaz de sanar a dúvida dos Conselheiros.

Nos fundamentos trazidos na manifestação sobre o Despacho Interlocutório, a Recorrente/Autuada optou por argumentar somente sobre a matéria de direito e não apresentou os documentos solicitados pela Câmara.

Portanto, pelos fatos e fundamentos expostos, deve ser mantida a decisão recorrida.

Quanto à alegação do advogado das Recorrentes de que o crédito tributário decorrente da decisão se submete à Resolução nº 2.880/97, com a redação dada pela Resolução nº 4.404/12, equivocou-se o nobre defensor.

Na verdade, a alteração trazida na Resolução nº 2.880/97 pela Resolução nº 4.404/12, decorreu do art. 9º da Lei nº 19.978/11 e apenas retirou do mundo jurídico norma inaplicável, por contrariar dispositivo de lei.

É que o art. 9º da Lei nº 19.978/11 estabeleceu a data de 31 de dezembro de 2011 como marco temporal para adoção do limite mínimo de atualização do crédito tributário no Estado, conforme dispunha o § 3º, art. 84 da Lei Federal nº 8.981/95 c/c o art. 226 da Lei nº 6.763/75.

E a lei nada disse sobre aplicação retroativa desta correção, até porque não se trata de norma com efeito penal, mas tipicamente processual, surtindo efeitos prospectivos (para frente).

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), André Barros de Moura e Antônio César Ribeiro, que lhe davam provimento nos termos do voto vencido. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora). Pelas Recorrentes, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 13 de abril de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora / Designada**