|  |  |
| --- | --- |
| **ACÓRDÃO Nº**  PROCESSO No: | **298/2018**  2016/6040/502784 |
| REEXAME NECESSÁRIO No: | 3.768 |
| AUTO DE INFRAÇÃO No: | 2016/002485 |
| INTERESSADO: INSCRIÇÃO ESTADUAL No: | LUMA ENGENHARIA LTDA - ME  29.450.173-8 |
| RECORRENTE: | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

MULTA FORMAL. OMISSÃO DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando constatada a falta dos documentos comprobatórios, nos termos do art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001.

**RELATÓRIO**

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração Nº 2016/002485 em 1º de junho de 2016, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, através de multa formal, referente a falta de escrituração dos documentos fiscais (NFe – Notas Fiscais Eletrônicas – Entradas) em Livro Fiscal de Entradas – EFD/SPED), referente aos exercícios 2013 a 2015.

Tipificou a infração em todos os contextos, o art. 44 inciso II, da Lei 1.287/2001, c/c art. 247 do Decreto Nº 2.916/2006 (RICMS)

Tipificou a penalidade em todos os contextos, o art. 50 inciso IV alínea “c” da Lei 1.287/01 (redação dada pela Lei 2.253/2009)

Foram anexados aos autos os levantamentos das notas fiscais eletrônicas sem registro, livros de registros de entradas e CD-ROM (fls. 04/25).

A autuada foi intimada por via postal (fls. 27), apresentando impugnação através de pessoa sem capacidade processual (fls. 28/29), tendo em vista que o procurador não é advogado e a procuração não lhe concede poderes de administração, nos termos do art. 20, § 1º da Lei nº 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 2.521/11.

A Julgadora de Primeira Instância, em sua Sentença, assim prolatou:

O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, a impugnação às fls. 28/29 foi apresentada por pessoa sem capacidade processual. Contudo, em observância ao princípio da economia processual e em decorrência da improcedência do lançamento, o processo não foi devolvido para saneamento.

Não há preliminares.

A presente demanda refere-se às multas formais pela falta de registro de notas fiscais de entradas.

O contribuinte exerce o ramo de atividade de serviços relativos à engenharia, arquitetura e construção civil que consta do item 7 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03:

7. Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

(...)

7.02. Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Tal fato é corroborado pelo Boletim de Informações Cadastrais às fls. 31, que elenca como atividade principal da empresa a “Construção de edifícios" e secundárias “Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás” e “Instalação e manutenção elétrica”.

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça - STJ editou a Súmula nº 432 que dispõe:

Súmula 432: As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.

Sobre o assunto ainda temos o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. [545](http://www.jusbrasil.com/topicos/10676292/artigo-545-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973), DO [CPC](http://www.jusbrasil.com/legislacao/91735/c%C3%B3digo-processo-civil-lei-5869-73). VIOLAÇAO AO ART. [535](http://www.jusbrasil.com/topicos/10679381/artigo-535-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973) DO [CPC](http://www.jusbrasil.com/legislacao/91735/c%C3%B3digo-processo-civil-lei-5869-73). INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇAO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NAO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...) 2. É assente na Corte que "as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras. Há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in Construção Civil - ISS ou ICMS? in RDT 69, pg. 253, Malheiros)"(ERESP 149946/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/03/2000). 3. Consequentemente, é inadmissível a retenção, pelos Estados, do diferencial de alíquotas relativo à operações interestaduais efetuadas por empresa de construção civil para aquisição de mercadorias sem objetivo de comercialização. 4. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no Ag 687.218/MA , Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

Com isto, todo o Capítulo II - Das Operações Relativas à Construção Civil, do Título VII - Dos Regimes Especiais (arts. 419 a 428) do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 2.912/06 foi revogado pelo Decreto nº 3.774, de 21.09.2008 como prova de que as construtoras não são mais consideradas contribuintes do ICMS.

Deste modo, entendo que a empresa está desobrigada de efetuar os registros nos livros fiscais, tendo que vista que quando o contribuinte não está sujeito à obrigação principal, também não está da obrigação acessória.

É o que estabelece o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 2.912/06:

**Art. 94-A**. (...)

§ 1º Para todos os efeitos legais, não é contribuinte do ICMS, a empresa que exerce exclusivamente atividade de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes e que não pratique nenhuma outra atividade sujeita a sua incidência, observado que: (Redação dada pelo Decreto 4.065 de 01.06.10).

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins assim decidiu:

**ACÓRDÃO Nº. : 028/2013 - EMENTA:**ICMS. MULTA FORMAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ALÍQUOTA INTERESTADUAL DESTACADA INDEVIDAMENTE. EMPRESA DO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. IMPROCEDÊNCIA – Não prevalece a exigência de multa formal por descumprimento de obrigação acessória quando o contribuinte não está sujeito a obrigação principal.

**ACÓRDÃO Nº. : 063/2014 - EMENTA :**I - ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VEDAÇÃO LEGAL LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. IMPROCEDENTE - É improcedente o lançamento fiscal originado de empresa não contribuinte de ICMS, cujas operações interestaduais de aquisição de mercadorias são destinadas a obras de construção civil, nos termos do art. 1º, da Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, e do § 1º, do art. 94-A, do Regulamento do ICMS, RICMS, aprovado pelo Decreto 2.912, de 31 de dezembro de 2006.

À vista do acima exposto, julgo IMPROCEDENTE o auto de infração nº 2016/002485, ABSOLVENDO o sujeito passivo do pagamento das multas formais:

Campo 4.11 - no valor de R$ 39.305,70 (trinta e nove mil, trezentos e cinco reais e setenta centavos);

Campo 5.11 - no valor de R$ 8.442,02 (oito mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e dois centavos) e

Campo 6.11 - no valor de R$ 7.388,15 (sete mil, trezentos e oitenta e oito reais e quinze centavos).

Notifique-se o contribuinte.

Submeto a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos dos artigos 56, inciso IV, alínea *f* e 58, parágrafo único da Lei nº 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 3.018/15.

A Representação Fazendária, em Reexame necessário, argumentou baseada no Art. 384-E di RICMS que as empresas de simples nacional não estão excluídas da EFD. A Autuada estava enquadrada no simples nacional no período de 25/01/2011 a 29/06/2014, e novamente a partir de 01/01/2015 (fls. 56 do proc. Conexas 502.785), considerando procedente todas as notas de agosto a dezembro de 2014 (fls. 6), no valor de R$ 4.216,93. Desta forma, recomendou alteração na decisão de Primeira Instância, para nulidade do campo 4.11 e 6.11, e procedência no campo 5.11 no valor de R$ 4,216,93 e Improcedência no campo 5.11 no valor de R$ 4.225,09.

É o Relatório

**VOTO**

A presente demanda contempla uma exigência tributária referente à multa formal pela inobservância à legislação tributária referente à falta de escrituração dos documentos fiscais (NFe – Notas Fiscais Eletrônica – Entradas) em Livro Fiscal de Entradas – EFD/SPED, relativos ao período de 01/01/2013 a 31/12/2015, conforme apurado e demonstrado por intermédio do Levantamento Especial de Notas Fiscais Eletrônicas (Entradas) sem registro na EFD/SPED, e cópias dos DANFES (CD) em anexo. Declarado no auto de infração n° 2016/002485, período de referência 01/01/2013 à 31/12/2015.

O julgador de primeira instância após análise do auto de infração nº 2016/002485, decidiu em sentença declaratória pela sua improcedência. O fundamento é que o ramo de atividade da autuada é enquadrado no ítem sete da lista da ISSQN, da Lei Complementar Federal 116/2003, conforme Súmula 432 do STF, logo vedada a incidência do ICMS. E o art. 94-A do Decreto 2912/2001, com redação do Decreto 4065/2010, confirmando que as construtoras não são contribuintes do ICMS, assim desobrigados de registrar no livro fiscal.

A Representação Fazendária em sua manifestação alterando a decisão de primeira instância e recomenda a nulidade do campo 4.11 e 6.11, e a procedência parcial do campo 5.11, sendo procedente o valor de R$ 4.216,93 e improcedente no valor de R$ 4.225,09.

Visto, analisado e discutido o presente auto, ficou constatado que houve erro na demonstração do crédito tributário, na falta de documentos comprobatórios dos fatos, ou seja, não foram juntadas as cópias das notas fiscais não registradas, requisito básico e necessário como prova do auto de infração, previsto no art. 35, inciso IV da Lei no 1.288/2001, que devem obrigatoriamente serem observados, sob pena de caracterizar cerceamento de defesa e consequentemente a nulidade do mesmo.

Art. 35 - O Auto de Infração:

(...);

IV - contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

É de se ressaltar que o fato do sujeito passivo estar inscrito no ramo de construção civil, não desobriga o mesmo do pagamento do ICMS e o registro dos documentos fiscais, é necessário também que o mesmo não comercialize mercadorias, sendo que, no caso concreto, ficou provado nos autos a comercialização pelo sujeito passivo, o que implica na obrigatoriedade dos registros fiscais.

Diante do exposto, feita a análise do auto de infração no 2016/002485 e com fundamento no inciso IV, do Art. 35, da Lei no 1.288/2001, decido pela nulidade das reclamações tributárias por falta de documentos comprobatórios, sem resolução de mérito.

**DECISÃO**

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária por falta de documentos comprobatórios, conforme art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, arguida pelo conselheiro relator e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O Representante Fazendário Hyun Suk Lee fez sustentação oral pela Fazenda Pública e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Heverton Luiz de Siqueira Bueno. Presidiu a sessão de julgamento aos treze dias do mês de novembro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas – TO, aos vinte dias do mês de dezembro de 2018.

Suzano Lino Marques

Presidente

Sani Jair Garay Naimayer

Conselheiro Relator