**ACÓRDÃO No 299/2018**

PROCESSO: 2016/6040/502785

REEXAME NECESSÁRIO No 3.769

AUTO DE INFRAÇÃO No: 2016/002486

INTERESSADO: LUMA ENGENHARIA LTDA - ME

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 29.450.173-8

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

**EMENTA**

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. AUSÊNCIA PARCIAL DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DOS FATOS. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando constatado a falta de parte dos documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar, conforme art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001.

**RELATÓRIO**

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração Nº 2016/002486 em 1o de junho de 2016, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, conforme contexto 4.1: Deixou de recolher o ICMS na importância de R$ 58.514,00 (cinquenta e oito mil e quinhentos e catorze reais), referente a saídas de mercadorias tributadas e não registradas no Livro próprio, conforme constatado por meio do levantamento de notas fiscais eletrônicas sem registro na EFD/SPED e sem recolhimento do ICMS devido, em anexo.

Tipificou a infração, no art. 44, inciso II, c/c art. 20, inciso I, ambos da Lei no 1.287/2001.

Tipificou a penalidade, no art. 48, inciso III, alínea “a” da Lei 1.287/01.

Foram anexados aos autos os levantamentos das notas fiscais eletrônicas sem registro, documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas e livros de registros de saídas (fls. 04/47).

A autuada foi intimada por via postal (fls. 49), apresentando impugnação através de pessoa sem capacidade processual (fls. 50/51), 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. 50/51, 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 2016/002486, ABSOLVENDO o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor de R$ 58.514,00 (cinquenta e oito mil e quinhentos e catorze reais)

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, conforme se vê na consulta de optante de simples nacional (fls. 56), a empresa foi excluída do simples nacional em 30.06.2014, mas voltou a ser optante de simples nacional desde 01.01.2015.

Diante do exposto, recomendou alterar a decisão de primeira instância, pela nulidade do campo 4.11.

É o Relatório

**VOTO**

A presente demanda contempla uma exigência tributária referente à ICMS normal decorrentes de saídas de mercadorias tributadas e não registradas nos livros próprios, declarado no auto de infração n° 2016/002486, durante o exercício de 2015.

O julgador de primeira instância após análise do auto de infração no 2016/0002486 decidiu em sentença revisional declaratória pela sua improcedência, absolvendo o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor de R$ 58.514,00. O fundamento é que o ramo de atividade da autuada é enquadrado no item sete da lista de ISSQN, da Lei Complementar 116/2003, conforme Súmula 432 do STF, logo vedada a incidência do ICMS e i art. 94-A do Decreto 2912/2001, com redação do Decreto 4065/2010, confirmando que as construtoras não são contribuintes do ICMS, assim desobrigadas de registrar no livro fiscal.

 A Representação Fazendária em sua manifestação recomenda a reforma da decisão de primeira instância, e nulidade do auto de infração.

Visto, analisado e discutido o presente auto, principalmente no que se refere aos motivos que levou a julgadora de primeira instância a fundamentar sua decisão observa-se o seguinte:

Que a empresa de construção civil não é contribuinte do ICMS, tornando a concessão da inscrição estadual, quando exigido, ato de mero controle da Administração Tributária.

Desta forma, o que caracteriza a tributação em operação de construção civil é a sua natureza, pois a empresa construtora, embora seja contribuinte do ISS, está sujeita em determinadas operações, no caso da venda de algum produto, ao pagamento do ICMS.

Assim, analisando os documentos acostado aos autos, verifica-se a existências de várias notas fiscais de vendas de mercadorias, portanto, trata-se de operações comerciais sujeitas a incidência do ICMS, onde conclui-se que a decisão de primeira instância está equivocada ao julgar improcedente a reclamação tributária por tratar-se de empresa construtora, e desta forma deve ser reformada, conforme sugere a Representação Fazendária.

Acontece que nem todos os documentos estão anexados aos autos, sendo um requisito básico e necessário na lavratura do auto de infração, previsto no art. 35 inciso IV da Lei no 1.288/2001, devendo obrigatoriamente ser observado, sob pena de caracterizar cerceamento a 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.

A de se levar em conta também, que a empresa no período fiscalizado, encontrava-se enquadrada no regime do Simples Nacional, podendo ter ocorrido recolhimento nesta modalidade, e se houve, deve ser compensado.

Diante do exposto, feita a análise do auto de infração no 2016/002486 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, reformando a decisão de primeira instância sem resolução de mérito.

É como voto.

**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.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO, PALMAS – TOCANTINS, aos vinte dias do mês de dezembro de 2018.

Suzano Lino Marques

Presidente

Sani Jair Garay Naimayer

Conselheiro Relator