

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	135/2019
PROCESSO Nº:	2015/7270/500122
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.870
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2015/000412
RECORRIDA:	IND COM REP PREMOLDADOS STO ANTONIO
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.038.062-6
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

MULTA FORMAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária exigida de contribuinte que se encontra com a inscrição estadual suspensa no período autuado e com atividade de construção civil.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de multa formal pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada no exercício de 2010, no valor de R\$ 28.395,54, conforme auto de infração 2015/000412, e termo de aditamento (fls. 02/03 e 119).

Foram anexados ao presente processo relação de notas fiscais não registradas, DANFES, cartão CNPJ, espelho de consulta de apresentação da escrituração e relatório de GIAM por contribuinte (fls. 04/85).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e apresentou impugnação acompanhada de documentos alegando que atua no ramo da construção civil e que sua atividade é tributada exclusivamente pelo ISS; que as mercadorias adquiridas são insumos para suas obras de construção civil citando jurisprudências do STJ, decisões do COCRE TO, o art. 94 A do Regulamento do ICMS TO e Sumula 432 do STJ e que não está sujeita ao cumprimento das obrigações principal e acessória por não ser contribuinte do



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS**

ICMS e ao final pede a improcedência do presente auto de infração e o processo é remetido para julgamento (fls. 86/108).

O julgador retorna o processo para saneamento quanto a tipificação da infração, manifestação quanto as alegações e apresentação de documentos para comprovar que o sujeito passivo é contribuinte do ICMS (fls. 109/110).

Por sua vez, auditor em substituição ao autuante apresenta espelho de consulta de apresentação da escrituração, BIC, DIF ano base 2010, se manifesta e adita o auto de infração alterando o campo 4.13 (fls. 111/120).

O sujeito passivo é intimado do termo de aditamento por via postal e por meio de edital e não compareceu ao feito, sendo lavrado Termo de Inocorrência de Manifestação e o processo remetido para julgamento (fls. 121/125).

O julgador retorna o processo para saneamento quanto a capacidade processual da pessoa que apresentou impugnação (fls. 126).

Intimado por via postal o sujeito passivo apresentou o documento procuratório e o processo é remetido para julgamento (fls. 127/132).

A Julgadora de primeira instância, em sua sentença às fls. 133/137, nos fundamentos de fato e de direito assim pronunciou:

Todos os requisitos mínimos e necessários a serem observados na lavratura do auto de infração estão previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/2001, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/2011. A impugnação é tempestiva e foi apresentada por advogado devidamente constituído pelo contribuinte, nos termos do art. 20 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.521/2011.

Os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.598/2012. O autuante identificado no campo 5 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

A presente lide é referente à exigência de multa formal pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada no exercício de 2010, no valor de R\$ 28.395,54, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/03 e 119).



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

A pretensão fiscal está tipificada e fundamentada nos §§ 1º e 2º, do art. 46 e no inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/2001 c/c art. 262 do Regulamento do ICMS, conforme termo de aditamento (fls. 119) e a penalidade sugerida no campo 4.15 do auto de infração é a prevista na alínea 'c', do inciso IV, do art. 50, da Lei nº 1.287/2001, com redação dada pela Lei nº 2.253/09.

O sujeito passivo não arguiu preliminar. Desta forma passa a julgadora de primeira instância à análise deste contencioso.

Ressalta que o sujeito passivo, em suas razões de mérito alega que atua no ramo da construção civil e que sua atividade é tributada exclusivamente pelo ISS, porém observado o Boletim de Informações Cadastrais – BIC, juntado (fls. 113/114), constata que o sujeito passivo não é uma empresa de construção civil devidamente habilitada e registrada no CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que se presta a serviços de engenharia e sim uma indústria fabricante de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda e esta é sua atividade principal. Embora a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo seja considerada obra de construção civil, mesmo quando a empresa é habilitada como empresa de construção civil, embora em regra geral está no campo de incidência do ISS, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência, quando houver o simples fornecimento de mercadorias, haverá a incidência do ICMS.

Assevera que mesmo que o fornecimento das mercadorias ocorresse em razão de contrato de empreitada global, que consiste na prestação de serviço de construção civil com o fornecimento de materiais necessários à fabricação das estruturas, em que o sujeito passivo se obriga à entrega pronta e concluída, havendo o fornecimento de mercadorias de produção própria, produzida fora do canteiro de obras, incide o ICMS e assim determina o § 2º do art. 1º, da Lei Complementar nº 116/2006:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

No tocante ao fornecimento de mercadorias juntamente com a prestação do serviço, ressalta que sobre o valor das mercadorias fornecidas incidirá o ICMS, o que é justamente o caso do item 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003:

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)**(grifo nosso)

Diferentemente do que afirmou o sujeito passivo, aclama a julgadora de primeira instância que esta não é uma empresa de construção civil, ela fabrica produtos que por sua natureza se enquadra na construção civil e sendo ele responsável pela confecção, montagem e execução da estrutura pré-moldada de concreto armado, em série e sob encomenda se sujeita à tributação do ICMS, desta forma está obrigado a registrar as aquisições de insumos ou mercadorias adquiridas para emprego na sua obra.

Cita jurisprudências do STJ e decisões do Conselho de Contribuintes Tocantinense, bem como, o art. 94 A do Regulamento do ICMS TO e a Sumula 432 do STJ, que trata exclusivamente da empresa de construção civil devidamente habilitada e registrada no CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que se presta a serviços de engenharia. Fundamentando que as citações do sujeito passivo não servem para protegê-lo e o mesmo está sim sujeito ao cumprimento das obrigações principal e acessória por ser contribuinte do ICMS.

Porém, o sujeito passivo conforme Boletim de Informações Cadastrais – BIC, juntado (fls. 113/114) no momento da presente autuação (27/02/2015) se encontrava com a inscrição estadual suspensa de ofício, desde 09/01/2009 por deixar de exercer a sua atividade no endereço indicado.

Desta forma, entendeu que embora sujeito ao cumprimento da obrigação principal e acessória por ser contribuinte do ICMS, o fato de estar com a inscrição estadual suspensa de ofício, o caso seria de se considerar inidôneos todos os documentos relacionados (fls.04/15), cujas mercadorias



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

foram destinadas ao sujeito passivo, conforme estabelece o inciso III, do art. 43, da Lei nº 1.287/2001, com redação dada pela Lei nº 2.006/2008, com fundamento no inciso III, do art. 45, da Lei nº 1.287/2001:

Art. 43. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

III – o remetente da mercadoria ou prestador do serviço ou o seu destinatário ou usuário, se contribuinte do imposto, não esteja regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado do Tocantins – CCI-TO; (Redação dada pela Lei 2.006 de 17.12.08).

Art. 45. É vedado ao contribuinte e ao responsável:

III – entregar, remeter, deter, transportar, receber, estocar ou depositar mercadorias em situação fiscal irregular;

Por outro lado, não bastando somente isso, menciona que as notas fiscais (fls. 7359, 7523, 7524, 8777, 8823, 9144, 9259, 9935, 9936, 10028, 10029, 10030, 10228, 10426, 10427, 10428, 10700, 10701, 3105, 131 e 314 (fls. 18/21, 26/29, 32/46, 63 e 71) totalizando o valor de R\$ 42.701,62 tem como destinatário a empresa H M EMPREENDIMENTO E PARTICIPAÇÕES IMOBILIÁRIA LTDA, razão social diversa da empresa autuada e não consta dos presentes autos nenhuma prova de que o sujeito passivo tenha sido incorporado ou alterado sua razão social para H M EMPREENDIMENTO E PARTICIPAÇÕES IMOBILIÁRIA LTDA, portanto considero o levantamento fiscal (fls. 04/15) eivado de erro que compromete a sua validade.

Conclui o entendimento de que é improcedente a autuação que exige multa formal pela falta de registro de notas fiscais de contribuinte do ICMS, cuja inscrição estadual está suspensa no momento da autuação e principalmente em relação a aquisições, cujo destinatário é empresa diversa da autuada, como ocorreu no presente caso. Diante do exposto, conheceu da impugnação, deu-lhe provimento e julgou IMPROCEDENTE o auto de infração nº 2015/000412 no valor de R\$ 28.395,54 (vinte e oito mil trezentos e noventa e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), referente ao campo 4.11.

A Representação Fazendária, em seu parecer às fls. 138/140, em reexame necessário, recomenda a reforma da decisão de primeira instância, para a nulidade do auto.

É o Relatório



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

VOTO

A presente lide é referente à exigência de multa formal pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada no exercício de 2010, no valor de R\$ 28.395,54, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/03 e 119).

A pretensão fiscal está tipificada e fundamentada nos §§ 1º e 2º, do art. 46 e no inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01 c/c art. 262 do Regulamento do ICMS, conforme termo de aditamento (fls. 119) e a penalidade sugerida no campo 4.15 do auto de infração é a prevista na alínea “c”, do inciso IV, do art. 50, da Lei nº 1.287/2001, com redação dada pela Lei nº 2.253/2009.

O sujeito passivo não arguiu preliminar. No mérito, alega que atua no ramo da construção civil e que sua atividade é tributada exclusivamente pelo ISS, nos termos do § 2º do art. 1º, da Lei Complementar nº 116/06, conforme abaixo:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Nota-se que, conforme Boletim de Informações Cadastrais – BIC, juntado (fls. 113/114) no momento da presente autuação (27/02/2015) o sujeito passivo se encontrava com a inscrição estadual suspensa de ofício, desde 09/01/2009 por deixar de exercer a sua atividade no endereço indicado.

Desta forma, concordo com a julgadora singular, pois o fato de estar com a inscrição estadual suspensa de ofício, o caso seria de se considerar inidôneos todos os documentos relacionados (fls.04/15), cujas mercadorias foram destinadas ao sujeito passivo, conforme previsão legal. Portanto, não há que se falar em cumprimento de obrigação acessória relativo a ausência de



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

registro de livros fiscais próprios, tendo em vista que a autuada se encontrava com o cadastro suspenso, além de ter alterado sua atividade para construção civil.

Diante do exposto, em reexame necessário, julgo IMPROCEDENTE o auto de infração nº 2015/000412 no valor de R\$ 28.395,54 (vinte e oito mil trezentos e noventa e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), referente ao campo 4.11, confirmando a decisão de primeira instância.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, para julgar improcedente o auto de infração nº 2015/000412 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de: campo 4.11 R\$ 28.395,54 (vinte e oito mil, trezentos e noventa e cinco reais e cinquenta e quatro centavos). O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro e Marcélio Rodrigues Lima. Presidiu a sessão de julgamento aos quinze dias do mês de outubro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

**PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS
FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezoito dias do mês de dezembro de 2019.**

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Sani Jair Garay Naimayer
Conselheiro relator

