



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCOLO 2304/2015-1
PAT Nº 007/2015 – 6ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE HABITACIONAL EMPREENDIMENTOS LTDA
RECORRIDA SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR CONSELHEIRO NATANAEL CÂNDIDO FILHO

ACÓRDÃO Nº 068/2018-CRF

EMENTA: CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS.

1. 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. Decisões reiteradas dos Tribunais superiores. Acórdãos precedentes: 125/13; 124, 247/15; 75, 165, 177, 238/16, 52, 64/18.

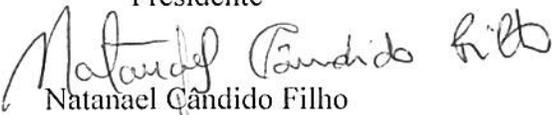
2. Não se evidenciou nas provas colacionadas aos autos, situações de produção de bens e com eles atividades de mercancia.

3. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão singular reformada. Auto de infração improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, em harmonia com o parecer oral da representante da Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e dar provimento ao Recurso voluntário para reformar a Decisão Singular e julgar o auto de infração improcedente.

Sala Conselheiro Danilo Gonçalves dos Santos, Natal, 17 de julho de 2018.


Lucimar Bezerra Dubeux Dantas
Presidente


Natanael Cândido Filho
Relator


Vaneska Caldas Galvão Teixeira
Procuradora do Estado

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra a decisão monocrática de nº 137/2015-COJUP, que julgou procedente o auto de infração nº 007/2015-6ª URT, lavrado em cumprimento a Ordem de Serviço nº 45896/2014-6ª URT, onde consta a seguinte denúncia:

O autuado deixou de recolher, na forma e prazos regulamentares, o ICMS antecipado lançado a título de diferencial de alíquota, segundo estabelece o art. 945, alínea “i” do RICMS.

Tal fato resultou na cobrança de multa no valor de R\$ 224.422,50 sem prejuízo do recolhimento do ICMS no montante de igual valor, resultando em um crédito tributário total de R\$ 448.845,00.

Acompanham o auto de infração, Ordem de Serviço (fl.03), Extrato fiscal do contribuinte, fl. 07, Demonstrativo, fls.16/27, Relatório Circunstanciado de Fiscalização fl.27, Impugnação, fl. 56, Contestação, fl. 92, Termo de antecedentes fiscais, fl.43, Decisão singular, fl. 101; Termo de ciência e intimação da decisão de 1ª instância, Recurso, fl.110.

Irresignada com a lavratura do auto de infração, a autuada apresenta a impugnação, tecendo as seguintes considerações:

Diz que a autuada tem como objetivo social, conforme consignado na cláusula 2ª do seu contrato social, conforme documento anexo, “o objeto da sociedade é de edificações residenciais, industriais, comerciais e de serviços e de administração de obras.”

Afirma que no caso em apreço, adquiriu mercadorias provenientes de outros estados para uso nas suas obras, que se encontravam em pleno andamento na cidade de Baraúna/RN.

Alega que empresas de construção civil não tem como objeto social venda de mercadorias e por isso, não são submetidas à imposição tributária do ICMS.

Alega que empresas de construção civil estaria ao alcance da tributação desde que venham a adotar prática de mercancia ou produção de bens, que não configuram como construção civil.

Alega que no ano de 2010, a autuada obteve decisão favorável concernente a mesma matéria, e pela qual, fossem sustadas cobranças futuras de

diferencial de alíquotas nas entradas de material de construção civil para a empresa, sob pena de multa diária, conforme processo de nº 001.2010.035.953-6.

Diz que a multa aplicada é de natureza confiscatória.

Anexa à impugnação precedentes, jurisprudência e doutrina pela tese da não tributação das empresas de construção civil.

No final, requer a improcedência do auto de infração.

Por sua vez, o Fisco na contestação, assim se posiciona:

Alega que as mercadorias acobertadas nos documentos fiscais e objeto da autuação são referentes a produtos destinados ao ativo imobilizado e ao consumo do destinatário.

Diz que o decreto 13.640/97, art. 1º, §1º inciso IV trata da incidência do ICMS sobre as mercadorias destinadas ao consumo ou ativo permanente;

Diz que o conceito constitucionalizado de confisco é extensivamente unicamente aos tributos, não alcançando multas tributária;

No final, requer a validade do auto de infração.

Nos autos consta Termo de Informação sobre antecedentes fiscais dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 119).

O ilustre julgador singular, julgou o auto de infração Procedente, conforme decisão nº 137/2015-COJUP, ementada nos seguintes termos:

EMENTA:TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL- DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. CABIMENTO DE INCIDÊNCIA.

1.É cabível a cobrança de ICMS antecipado nas entradas interestaduais de itens destinados ao ativo imobilizado e para consumo próprio, adquiridos por empresas de construção civil,. Lei estadual 6.968/96, art. 9º, inciso XIII. Súmula 432 do STJ.

Auto de infração procedente.

Irresignada com a decisão da COJUP, a recorrente comparece aos autos repetindo os mesmos argumentos da impugnação.

O despacho da ilustre Procuradora da Doutra Procuradoria Geral do Estado é no sentido de informar que oferecerá parecer oral, conforme prerrogativa do art. 3º da Lei nº 4.136/72 . (fl. 131)

É o que importa relatar.

VOTO

O Recurso voluntário preenche as condições de admissibilidade, portanto dele conheço.

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra a decisão monocrática de nº 137/2015-COJUP, que julgou procedente o auto de infração nº 007/2015-6ª URT, lavrado em cumprimento a Ordem de Serviço nº 45896/2014-6ª URT, onde consta a seguinte denúncia:

O autuado deixou de recolher, na forma e prazos regulamentares, o ICMS antecipado lançado a título de diferencial de alíquota, segundo estabelece o art. 945, alínea “i” do RICMS.

Analisando o cerne da questão ora em exame reside em investigar acerca da legitimidade da cobrança de ICMS sobre materiais comprados pela autuada, em operações interestaduais, conforme cláusula 2º do seu contrato social anexo, tem como objeto atuar no ramo de construção civil e que tem como CNAE principal 4120400- construção de edifícios bem como pelo CNAE secundário 4399101- Administração de obras

O Egrégio conselho tem enfrentado esta temática, conforme voto condutor referente ao Acórdãos nºs. 075/2016 e 06/2018. Vejamos nas palavras do conselheiro relator:

“Parece-me pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as empresas de construção civil, por serem prestadoras de serviços, não estão obrigadas a recolher o diferencial de alíquota interestadual do ICMS na aquisição de bens para as suas finalidades, inclusive sumulado:

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

No RE 269.910 AGR/CE, em que é Relator o Ministro AYRES BRITTO (Relator) este destaca os seguintes precedentes sobre o tema: AIs 568.695-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau; 242.276-AgR, da relatoria do Ministro Marco Aurélio; 427.647-AgR, da relatoria do ministro Cezar Peluso; 654.841, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; 255.976, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; bem como os REs 356.335-AgR, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie; 423.861 da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; 444.885-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; 572.811-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski e 589.392-AgR, sob a

relatoria da ministra Cármen Lúcia.

A propósito vejamos os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO 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)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. LEI COMPLEMENTAR 87/96. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. NÃO INCIDÊNCIA. ATIVIDADES REALIZADA PELA EMPRESA AGRAVADA NÃO SUJEITAS AO ICMS. INCIDÊNCIA DA SÚM. 7/STJ. PRECEDENTES. 1. As empresas de construção civil não se sujeitam à tributação do ICMS na aquisição de mercadorias em operações interestaduais para utilização nas obras que executam. 2. Para se chegar à conclusão contrária a que chegou o Tribunal a quo, no tocante a atividade realizada pela empresa agravada, faz-se necessário incursionar no contexto fático-probatório da demanda, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental não provido."(AgRg no Ag 1070809/RR , Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009)

Também o Ministro FRANCISCO FALCÃO em AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 914.831 - MG (2007/0002155-4) destaca:

A jurisprudência desta Corte pacificou entendimento no sentido de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam. Precedentes: AgRg no REsp nº 658.265/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 12/09/06; AgRg no AG nº 750.255/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 17/08/06; AgRg no AG nº 687.218/MA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/05/06 e REsp nº 613.213/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 30/05/05.

Em relação a assertiva de que empresas de Construção Civil, estaria dispensada do recolhimento do diferencial de alíquota sobre todos os bens e insumos necessários ao exercício do seu múnus, conforme Sumula 432, do Egrégio STJ e diversos julgados dos Tribunais confirmam tal tese.

O STJ já pacificou seu entendimento por meio da análise do Recurso Especial 1.135.489 AL, admitido como recurso repetitivo, vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DOCPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NAO INCIDÊNCIA.

1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz

Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).

2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "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 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1135489/AL, Rel. Ministro Luiz FUX, primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Neste caso, analisando o Extrato fiscal da empresa, tem-se os seguintes CNAEs: principal- 41204000- construção de edifícios, pelo CNAE secundário 4399101- Administração de obras, tais atividades não pressupõem a atividade de mercancia, não teria o condão de caracterizar como atividade mercantil.

Nesta perspectiva, em relação ao conjunto probatório trazido aos autos, não se verificou comprovação a aquisição de mercadorias, produtos ou bens destinados à venda, ou seja, indícios com intuito comercial por parte da recorrente, pois o que se evidencia é que os equipamentos destinados a integrar o ativo fixo imobilizado da empresa ou produtos para serem empregados na atividade final de indústria da

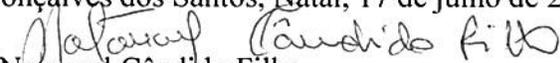
construção. Além do mais, da prova dos autos, não se evidenciou situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como por exemplo , a pura venda desses bens a terceiros, nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.

Vale ressaltar que tais operações de mercadorias, se deu antes do advento da Emenda Constitucional 87/2015.

Neste contexto, pela análise da jurisprudência desse egrégio Conselho, bem como das provas dos autos, comprovam que a empresa atua no setor de construção civil, bem como que os materiais adquiridos eram para ser empregados em suas obras, restando comprovada a inexistência do fato gerador que diz respeito a cobrança do ICMS e não se evidenciou atividade mercantil por parte da recorrente que dê suporte ao auto de infração.

Assim, VOTO, em harmonia com o parecer oral da Ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e dar provimento ao Recurso voluntário para reformar a decisão singular e julgar o auto de infração Improcedente.

Sala Conselheiro Danilo Gonçalves dos Santos, Natal, 17 de julho de 2018.


Natanael Cândido Filho
Relator