



**DECISÃO Nº:** 147/2015  
**PROTOCOLO Nº:** 43389/2015-6  
**INTERESSADO** JAILSON DE OLIVEIRA SILVA  
**INSCRIÇÃO Nº:** 20.123.461-0  
**ENDEREÇO:** Rua Edson Jackson de Medeiros, nº 03, Cruz do Monte,  
Parelhas/RN

**OCORRÊNCIA:** Pendência com obrigação principal e/ou acessória.

### RELATÓRIO

Trata este processo de solicitação indeferida de Opção pelo Simples Nacional, fundamentada no § 6º do Art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, c/c os artigos 6º e 14, da Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN, por infringência ao disposto no Art. 15, inciso XV, da Resolução mencionada, c/c o Art. 150, incisos II, III, VII, VIII e XIII a XXI, do Regulamento do ICMS.

O contribuinte devidamente cientificado do indeferimento da sua opção pelo regime de pagamento simplificado – SIMPLES NACIONAL – apresentou sua impugnação, no prazo regulamentar, alegando a total regularidade da empresa, haja vista o saneamento das pendências impeditivas do seu ingresso no regime.

Junta aos autos os documentos de fls. 03, 06 e 07, para comprovar que as pendências envolvidas foram sanadas.

Requer a sua inclusão no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, por entender demonstrada a insubsistência e improcedência do termo de indeferimento da opção.

### MÉRITO

---

Maria de Lourdes M. de A. Barreto  
Julgadora Fiscal



A impugnante é empresa de construção civil, inscrita como contribuinte ESPECIAL no Cadastro de Contribuinte do Estado-CCE-RN, com código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas- CNAE 4120400, não gerador de ICMS, conforme indicado no Extrato Fiscal do Contribuinte, fls. 10.

Teve a sua opção pelo regime de pagamento simplificado – SIMPLES NACIONAL – indeferida por constar pendências de obrigação principal e/ou acessória em seu nome.

Convém discorrer sobre a condição de contribuinte ou não do ICMS das empresas de construção civil.

Ensina o tributarista José Eduardo Soares Melo 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." (in Construção Civil - ISS ou ICMS? Revista de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, nº 69, p. 253, Malheiros)

Neste sentido já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos acórdãos transcritos:

*TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS.*

*1. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 149.946/MS, harmonizou o entendimento de que é ilegítima a cobrança de ICMS sobre operações interestaduais realizadas por empresa de construção*



*civil, quando da aquisição de bens necessários ao desempenho de sua atividade fim.*

*2. Recurso especial provido (REsp 438942 BA, Rel. Min. Castro Meira, julg. 06/05/2004, Segunda Turma, pub. DJ 09/08/2004)*

*EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA.*

*I - 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.*

*II - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 914831 MG, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 08/05/2007, Primeira Turma, pub. DJ 24/05/2007)*

*TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS.*

*1. "A aquisição interestadual de materiais por construtora para serem aplicados em obra que executa não está sujeita à incidência de ICMS. Precedentes." (REsp 422.168/AM, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 01.06.2006, DJ 02.08.2006 p. 233) 2. Recurso Especial provido (REsp 804004 MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 03/05/2007, Segunda Turma, pub. DJ 17/10/2008)*



O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento acima esposado com a edição da Súmula 432:

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

A jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal adota também o entendimento de que as empresas de construção civil estão desobrigadas do pagamento do diferencial de alíquotas na aquisição mercadorias em operações interestaduais a serem usadas em suas obras e sobre o assunto assim se manifesta:

*“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS.*

*1. É ilegítima a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil quando da aquisição de bens necessários ao desempenho de sua atividade-fim. Precedentes.*

*2. Recurso especial provido. (REsp919.769-DF, Rel. Min. Castro Meira, julg. Em 11/09/2007, DJ de 25/09/2007)*

*“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇO - ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS: IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 579.084-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26.06.2009)*



*"EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL. EMPRESA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREGO EM OBRA. INSUMOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - As empresas da construção civil - por serem, em regra, contribuintes do ISS - que adquirirem materiais em Estado com alíquotas de ICMS mais favoráveis, ao empregarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão obrigadas a satisfazer a diferença da alíquota maior do Estado destinatário. Precedentes. II - Agravo regimental improvido." (STF. RE 559936, julgamento em 09/11/2010, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma).*

*"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ALEGADA OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA 279 DO STF.*

*I - As empresas de construção civil por serem, em regra, contribuintes do ISS, ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário. Precedentes.*

*II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da Constituição, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado.*

*III - Para entender em sentido diverso do acórdão recorrido quanto à utilização dos insumos adquiridos nas obras de construção civil da empresa agravada, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviável, a teor da Súmula 279 do STF.*

*IV - Agravo improvido." (RE 572.881-AgR/Rio Grande do Norte, rel. min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/05/2007, Primeira Turma, pub. DJe de 19.06.2009)*



O Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, trata das obrigações das empresas de construção civil nos artigos 204 a 212.

Preceitua o Art. 204, § 1º, inciso I, *verbis*: .

*Art. 204. Considera-se empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste Regulamento, toda pessoa, física ou jurídica, que execute obras de construção civil, hidráulica ou semelhantes, promovendo a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou de terceiros.*

*§ 1º Entendem-se por obras de construção civil, dentre outras, as adiante relacionadas, quando decorrentes de obras de engenharia civil:*

*I- construção, demolição, reforma ou reparação de prédios ou de outras edificações;*

Adiante o artigo 662-B, estabelece:

*Art. 662 – B. Ficam obrigados a inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE-RN, antes de iniciar suas atividades:*

*I - na condição de CONTRIBUINTE NORMAL:*

*f) as empresas de construção civil, quando legalmente consideradas contribuintes do ICMS, conforme art. 204, deste*



*Regulamento, ressalvada a hipótese prevista na alínea “b” do inciso IV deste artigo;*

*IV - na condição de CONTRIBUINTE ESPECIAL:*

*a) as pessoas jurídicas não obrigadas a inscreverem-se, mas que por opção própria requererem inscrição; (NR dada pelo Dec. 21.584, de 23/03/2010)*

Observe-se que o simples fato de ser a impugnante inscrita no cadastro de contribuintes do Estado não tem o condão de qualificá-la como contribuinte do imposto e ainda mais quando a sua atividade econômica é apontada como não geradora de ICMS.

Por ser assim, considero impertinentes as ocorrências que motivaram o indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

### **DECISÃO**

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido de opção do contribuinte ao regime de pagamento simplificado de impostos.

À 3ª URT, nos termos do art. 191-G, §2º do RPPAT, para que seja dada ciência ao contribuinte conforme art. 16 do mencionado diploma legal, além da adoção das providências previstas no art. 109, § 4º da Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN.

Natal, 04 de maio de 2015.

  
**MARIA DE LOURDES M. DE A. BARRETO**  
Julgadora Fiscal