



RIO GRANDE DO NORTE  
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO  
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



PROCOLO Nº 260.065/2013-1  
PAT Nº 1644/2013 – 6ª. URT  
RECURSO VOLUNTÁRIO  
RECORRENTE IRTHA ENGENHARIA S/A  
ADVOGADO JOÃO CASILLO  
RECORRIDO SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO  
RELATOR JOÃO FLÁVIO DOS SANTOS MEDEIROS

CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS  
PUBLICADO NO D.O.E. DE

11 / 08 / 2016.

ACÓRDÃO Nº 0165/2016- 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: 247/2015 e 75/16.
2. 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 Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 09 de agosto de 2016.

  
Lucimar Bezerra Dubeux Dantas  
Presidente

  
João Flávio dos Santos Medeiros  
Relator

  
Vaneska Caldas Galvão  
Procuradora

## RELATÓRIO

Trata o presente Processo Administrativo Tributário do Auto de Infração n.º 1644/2012, da 6ª URT, de 23/10/2013 (fls. 1), que resultou na prática de infrações a legislação tributária estadual que trata do ICMS, conforme a seguinte ocorrência:

1) Não recolhimento do ICMS antecipado na forma e nos prazos regulamentares, infringindo o disposto no art. 150, III, c/c art. 130-A, 131 e 945, I e penalidade prevista nos artigos 340, I, “c”, c/c 133, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 13.640/97;

As infringências resultam em ICMS de R\$ 57.845,44, multa de R\$ 57.845,44, resultando num total de R\$ 115.690,88, além dos acréscimos legais cabíveis.

Os autos anexos à inicial, contem Ordem de Serviço n.º 15085/6ª URT, de 16/08/13, extrato fiscal, demonstrativos, relatório circunstanciado de fiscalização, cópias de documentos fiscais, etc., (fls. 2 a 72); Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 73); Termo de Revelia (fl.72).

Decisão n.º 008/2014 – 6ª URT, fls. 77 e ss., datada de 05/02/14, julga o auto procedente.

No seu Recurso de fls. 134 e seguintes, a empresa alega:

a) A inscrição objeto do auto é de um canteiro de obras e para a construção do referido empreendimento, localizado na Av. João da Escócia, n.º 2845, Mossoró, a empresa obriga-se a adquirir diversos materiais de construção tanto de fornecedores locais como de outras unidades da federação, destinadas integralmente ao citado empreendimento;

b) Diz que algumas notas fiscais, inclusive, são emitidas com alíquota integral, afirmando, ao final, que não é contribuinte do ICMS vez que não pratica atividades em que ocorre o fato gerador do imposto, sendo prestadora de serviço e que o simples fato de possuir inscrição estadual não a transforma em contribuinte daquele tributo.

Em sede de contrarrazões, às fls. 88 e ss., diz o autuante que o Recorrente, apesar de alegar não ser contribuinte do ICMS, “sempre se portou como tal, como podemos ver no relatório de recolhimentos efetuados no período de 01/2008 a 12/2014 (...) recolheu regularmente os códigos 1241 e 1245 e em nenhum momento questionou os lançamentos efetuados em seu extrato fiscal”. Ao final, pede a manutenção do auto.

O DESPACHO do ilustre Procurador da Douta Procuradoria Geral do Estado é no sentido de informar que oferecerá parecer oral, conforme prerrogativa do art. 3º da Lei n.º 4.136/72 (fl. 195).

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

## VOTO

De início, temos que o Recurso atende os pressupostos legais de admissibilidade previstos na legislação.

Afirma o Recorrente que a inscrição objeto do auto é de um canteiro de obras e para a construção do referido empreendimento, localizado na Av. João da Escócia, n.º 2845, Mossoró, a empresa obriga-se a adquirir diversos materiais de construção tanto de fornecedores locais como de outras unidades da federação, destinadas integralmente ao citado empreendimento.

Compulsando os autos, vejo que às fls. 11, temos o espelho da “consulta a cadastro” onde a empresa tem no CNAE fiscal primário “Não gerador de ICMS – 4120400 – Construção de edifícios”. Ou seja, a inscrição concedida pelo próprio Estado demonstra que o recorrente não é contribuinte do ICMS.

Nos documentos fiscais anexos ao processo, o endereço é realmente da rua João da Escóssia, 2845, Contrato 807269, obra 473, MAXXI Mossoró, conforme afirmou o contribuinte, e tal endereço também consta como de entrega no campo "dados adicionais" do respectivo documento.

Algumas delas inclusive, são de material usado não incidindo ICMS (sapata, barra de ligação -NF 44.745), outra teve o imposto recolhido por substituição tributária (NF 2518); outra apresentando o destaque integral do ICMS (NF 205.476, 206081, 6503,etc), mais outra acobertando mercadorias destinadas a remessa para conserto, não incidindo ICMS (NF 431).

Não houve qualquer prova por parte do autuante que as mercadorias foram objeto de revenda, e estas se coadunam com as utilizadas na construção do prédio.

Afigura-se, salvo melhor juízo, que as mercadorias realmente se destinam a obra a ser realizada pela empresa, conforme já observado anteriormente.

O fato de ter recolhido em alguns casos o ICMS, como afirmado pelo autuante, não configura, automaticamente, ser contribuinte do imposto.

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 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 a 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. NAO INCIDÊNCIA. ATIVIDADE REALIZADA PELA EMPRESA AGRAVADA NAO 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.

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 C. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal, RN, 09 de agosto de 2016.

João Flávio dos Santos Medeiros  
Relator

