



MUNICÍPIO DE LINHARES  
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO Nº.012/JIF-PML/2020.  
ACÓRDÃO Nº. 012/JIF-PML/2020.

PAUTA: 12/08/2020.

JULGADO: 19/08/2020.

**Relator Suplente:**

Ilmº. Sr. : Kleber Luiz Camatta Zani.

**Presidente Suplente:**

Ilmª Srª.: Rosiani Oliveira dos Santos Gomes.

**Secretária Executiva:**

Ilmª. Srª.: Maria Célia Pandolfi Calmon.

### AUTUAÇÃO

**PROCESSO Nº 011675/2018** – Auto de Infração Retificador nº 00056/2018.

**AUTUANTE:** MUNICÍPIO DE LINHARES – ES.

**AUTUADO:** DMA DISTRIBUIDORA S/A.

**ASSUNTO:** PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO RETIFICADOR  
Nº 00056/2018.

## CERTIDÃO

Certifico que a Junta de Impugnação Fiscal - JIF do Município de Linhares, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Junta, por unanimidade, votou pelo **IMPROCEDÊNCIA PARCIAL** da exigência tributária nos termos do artigo 342, inciso I, da Lei 2.662/2006 e pela correção do Auto de Infração Retificador n.º 000056/2018, identificando como sujeito passivo da obrigação tributária a Senhora Lucilene Rocha Júlio, na condição de pessoa física, mantendo-se integralmente o lançamento tributário do Auto de Infração Retificador n.º 00000056/2018 nos termos do §1º, do artigo 291, da Lei 2.662/2006- CTM, conforme voto do Membro Relator Suplente. A Presidente, Srª Rosiani Oliveira dos Santos Gomes e a Membro Srª Luciana Paiva Drago Buzatto, votaram com o membro Relator Suplente Sr Kleber Luiz Camatta Zani.

Linhares-ES, 19 de agosto de 2020.

Rosiani Oliveira dos Santos Gomes  
PRESIDENTE SUPLENTE

Maria Célia Pandolfi Calmon  
SECRETÁRIA



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

**SESSÃO DE 19 DE AGOSTO DE 2019.**

**JULGADO N.º: 012 – JIF – PML/2020.**

PROCESSO N.º 011675/2018

APENSOS N.º 011554/2018 e 014340/2018.

AUTUADO: DMA DISTRIBUIDORA S/A

ENDEREÇO: AV. PREFEITO SAMUEL BATISTA CRUZ, N.º 1.250

BAIRRO: SHELL

LINHARES-ES

CNPJ N.º: 01.928.075/0073-74

INSCRIÇÃO MUNICIPAL N.º: 016993

AUTUANTE: MUNICÍPIO DE LINHARES

DAT/SEMUF/PML

AGENTES FISCAIS DE ARRECADAÇÃO: ADEZILDES CENA SANTOS E OUTROS

RELATOR: KLEBER LUIZ CAMATTA ZANI – MATRÍCULA: 006749

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO AUTO DE INFRAÇÃO. DECANDÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. PRELIMINAR DE ILIGITIMIDADE PASSIVA E MÉRITO JULGADOS EM CONJUNTO. MATERIAS QUE SE CONFUNDEM. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE TRIBUTOS. MEI. SERVIÇO QUE NÃO CONSTA NO ROL DE OCUPAÇÕES PERMITIDAS AO MEI. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADO. AUSENTE OS QUESITOS EXIGIDOS ATRAVÉS DOS INCISOS I, II E III, DO ART. 7º, DA LEI COMPLEMENTAR 10/2011. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTADOR DO SERVIÇO. PESSOA FÍSICA. CORREÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO RETIFICADOR 0056/2018.

**I - RELATÓRIO:**

Em 03 de março de 2018 a empresa DMA DISTRIBUIDORA S/A apresentou à Junta de Impugnação Fiscal – JIF –, do município de Linhares-ES, impugnação do Auto de Infração Retificador de número 0056/2018 objetivando o seguinte: (a) seja reconhecida a decadência parcial dos valores lançados no auto de infração ora questionado; (b) seja reconhecida a nulidade ou auto de infração em razão da ilegitimidade da Impugnante para figurar no pólo passivo da obrigação tributária que a ela se tenta imputar, conforme item

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

“III” desta peça de defesa; ou caso ultrapassados os pedidos anteriores, [...], (c) seja julgado insubsistente o auto de infração, conforme item “IV” desta peça, visto que quem presta o suposto serviço de “entrega de compras de clientes” é a empresa MEI e optante pelo Simples Nacional desde 2013, [...].

Para sustentar seus argumentos (fls. 02-08), em preliminar de mérito, invoca a sua ilegitimidade passiva, por entender que o fato gerador do tributo em questão é a prestação de serviços de entrega de compras que é executado por pessoa jurídica (MEI) Lucilene Rocha Julio e, portanto, quem deve figurar no pólo passivo da relação jurídico tributária é aquele que presta serviço. Por seguinte, em prejudicial de mérito, evoca a decadência parcial do débito referente ao período de 02/2013 a 05/2018; no mérito, declara da impossibilidade de se exigir do prestador de serviços MEI a retenção do ISS, e por consequência, a impossibilidade de ser cobrar o imposto do tomador do serviço.

Diante dos argumentos apresentados pela Impugnante, as Agentes Fiscais de Arrecadação responsáveis pelo lançamento tributário em Parecer Fiscal (fls. 47-52), firmam pelo reconhecimento da decadência no que tange ao período de 02/2013 a 05/2013, e pela improcedência dos demais pedidos formulados por àquela.

É o relatório.

**VOTO DO RELATOR KLEBER LUIZ CAMATTA ZANI**

**I – PREJUDICIAL DE MÉRITO. Decadência. Hipóteses. Não configurada.**

A decadência nos termos do Código Tributário Nacional apresenta dois comandos, a saber: o artigo 173, inciso I e artigo 150, §4º.

O artigo 173, inciso I, indica que a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Já o artigo 150,

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

§4º, prevê o início da contagem do prazo decadencial é a data do fato gerador. Sendo que para ambos será somado o prazo de cinco anos.

Apresenta-se, portanto, duas situações possíveis. Por primeiro, nos casos onde ocorre o lançamento por homologação, com pagamento do tributo, aplica-se exclusivamente o que reza o artigo 150, §4º, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos a contar do fato gerador.

Note o artigo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por segundo, nos casos de lançamento por homologação, sem pagamento do tributo, deverá ser aplicado de forma exclusiva o que dispõe o artigo 173, inciso I, do CTN, pois, de fato, sem o pagamento não há o que homologar. Observe o dispositivo:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

A propósito, após o julgamento de reiterados recursos sobre a questão, o STJ, em dezembro de 2015, fez publicar a súmula 555 com o intuito de pacificar o entendimento, com o seguinte enunciado:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.”<sup>1</sup>

O enunciado da súmula pautou-se na premissa de o débito ter sido declarado ou não pelo contribuinte para fins de aplicação do artigo 173 do CTN, nas hipóteses de tributo sujeito

<sup>1</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp). Acesso em: 10 de junho 2019.

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

ao lançamento por homologação. Ou seja, se o débito não foi declarado pelo contribuinte e, portanto, não foi pago, aplica-se o prazo decadencial do artigo 173 e, por outro lado, se o débito foi declarado, aplica-se a regra do artigo 150, ambos do CTN.

Nesse sentido, a contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação seria:

I - O contribuinte não declara e não paga. Nesse caso aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui 5 anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago);

II - O contribuinte declara o que entende devido; paga este valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença). Nessa situação aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, ou seja, o Fisco teria 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença apurada não declarada e não paga, pois houve, de forma parcial, o pagamento do tributo.

Nesse sentido, veja o julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. "O imposto de renda é tributo cujo fato gerador tem natureza complexiva. Assim, a completa materialização da hipótese de incidência de referido tributo ocorre apenas em 31 de dezembro de cada ano-calendário." (STJ, AgRg no AgRg no Ag 1395402/SC) 2. O prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é quinquenal e, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, deve ser contado da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN) no caso de pagamento incompleto da exação, e a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN), em caso de inexistência de pagamento. 3. Na espécie, trata-se de IRPF ano-calendário 2008, ante o seu pagamento incompleto, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Assim, o fato gerador é reputado concluído em 31 de dezembro de 2008 e o prazo quinquenal teve início em 1º.01.2009, portanto quando ocorreu o lançamento suplementar no mês de fevereiro de 2013 (fls. 26/28), o direito da FN de constituir o crédito tributário não tinha sido atingido pela decadência.4. Agravo interno a que se nega provimento. (TRF-1 - AGTAG: 00432730520164010000 0043273-05.2016.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Data de Julgamento:

Processo 011675/2018  
Relator: Kleber L. C. Zani



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

07/11/2017, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 17/11/2017 e-DJF1)<sup>2</sup> (Grifo nosso).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. ISS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, AMBOS DO CTN. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DIRETA. INOCORRÊNCIA. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LISTA DE SERVIÇOS. DECRETO-LEI Nº 406/68. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ENTENDIMENTO DO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO.

I) O débito de ISS cobrado na execução fiscal decorre de auditoria fiscal realizada no banco apelante, na qual foram constatados recolhimentos a menor e ausência de recolhimentos de ISS, todos devidamente discriminados no Auto de Infração e Lançamento. Da cópia do processo administrativo é possível verificar que a parte teve acesso a todos os dados referentes à cobrança e exerceu plenamente seu direito de defesa. Na esfera judicial, as CDAs que instruem a execução fiscal contêm todos os requisitos exigidos pela legislação, permitindo que a executada exerça o contraditório.

II) **No caso de imposto sujeito a lançamento por homologação, aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do CTN quando o contribuinte efetua o pagamento antecipado do tributo, ainda que a menor e aplicável o artigo 173, I, do CTN quando não houver pagamento antecipado, Não transcorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, evidente a inoccorrência da decadência.**

III) O prazo prescricional da ação para a cobrança do crédito tributário é de cinco anos e se inicia na data da sua constituição definitiva. No presente caso, a constituição definitiva do crédito se deu somente em 26/03/2014, após o trâmite do processo administrativo. Considerando que o ajuizamento da execução fiscal se deu em 07/07/2015, não há que se falar em ocorrência da prescrição direta.

IV) O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou entendimento no sentido do cabimento da interpretação extensiva da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, para efeitos de incidência do ISS sobre serviços bancários. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70079918587, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 21/03/2019).<sup>3</sup> (Grifo nosso).

Na mesma linha:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ISS. DECADÊNCIA. CONTAGEM. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. INEXISTÊNCIA. ADESÃO A CONTRATO DE "TV A CABO". INSTALAÇÃO DE DECODIFICADORES E DE ANTENAS. ASSISTÊNCIA TÉCNICA. FATO GERADOR.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604743440/agravo-interno-no-agravo-de-instrumento-agtag-432730520164010000-0043273-0520164010000?ref=serp>. Acesso em: 09 de junho 2019.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692045128/apelacao-civel-ac-70079918587-rs?ref=serp>. Acesso em: 09 de junho 2019.

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

CONFIGURAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. QUANTUM .  
PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

[...]

4. Inexistindo pagamento antecipado, o prazo decadencial para o fisco proceder à constituição de imposto sujeito a lançamento por homologação deve ser contado na forma prevista no art. 173, I, do CTN. Incide no ponto a Súmula 83 do STJ.

5. A premissa fática afirmada pela recorrente, de que houve pagamento antecipado do ISS em relação à prestação de outros serviços diversos da atividade apontada no auto de infração, a ensejar a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, não foi assim delimitada no acórdão recorrido, nem tampouco foi objeto dos embargos de declaração, de modo que é inviável o seu conhecimento, quer pela ausência de prequestionamento (Súmula 282 do STF), quer pela necessidade de reexame de matéria fático-probatória (Súmula 7 do STJ).

[...]. (STJ – AREsp: 1062532 SP 2017/0042476-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 21/11/2019, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2019)<sup>4</sup>

Assim, diante do caso em tela, onde o contribuinte prestou “serviços de transporte de natureza municipal” (item 16, da lista de serviço do anexo I, da Lei complementar 10/2011), referente ao período de 02/2013 a 02/2018 (fl. 03 do processo apenso n.º 011554/2018), e não recolheu aos cofres desta municipalidade o imposto incidente sobre a receita proveniente daquela prestação de serviço, incidindo, portanto, o que determina o artigo 173, inciso I, do CTN, anteriormente destacado.

Desse modo, após a confirmação de que a regra é a do art. 173, I, CTN, parte-se para o termo inicial da contagem, que será o primeiro dia do exercício seguinte ao que ocorreu o fato gerador, ou seja, como o fato gerador do caso em análise foi em fevereiro de 2013, o termo inicial será em 01 de janeiro de 2014.

Nessa toada, a contagem do prazo decadencial se dará da seguinte forma: Ocorrência do fato gerador: 02/2013

Contagem inicial: 01/2014 = primeiro dia do exercício seguinte ao que ocorreu o fato gerador:

01/2014 a 01/2015 = 01 ano

01/2015 a 01/2016 = 02 anos

01/2016 a 01/2017 = 03 anos

01/2017 a 01/2018 = 04 anos

01/2018 a 01/2019 = 05 anos;

<sup>4</sup> Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860012249/agravo-em-recurso-especial-aresp-1062532-sp-2017-0042476-0/inteiro-teor-860012259?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 agosto 2020.

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

Portanto, o Fisco teria até o dia 31 de dezembro de 2018 para lançar o valor do ISS do exercício de 2013, e o fez em 06/2018, o que fulmina a possibilidade de aplicação da decadência e conseqüentemente a aplicação do inciso V, do artigo 156, do CTN referente à extinção dos débitos lançados em auto de infração de número 56/2018.

Assim, no que tange à prejudicial de mérito, voto em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário referente ao período de 02/2013 a 05/2018.

**II – Preliminar de ilegitimidade passiva e mérito da impugnação. Matérias que se confundem. Mérito. Responsabilidade Tributária. Substituição Tributária. Retenção de tributos. Serviço que não consta no rol de ocupações permitidas ao Mei. Responsabilidade do tomador do serviço como substituto tributário não configurado. Ausente os quesitos exigidos através dos incisos I, II e III, do art. 7º, da lei complementar 10/2011. Sujeito passivo da obrigação tributária. Prestador do serviço. Pessoa física. Correção do auto de infração.**

Em exame para deslinde da questão posta, importa destacar inicialmente alguns dispositivos do Código Tributário Nacional:

Art. 121 Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - **contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.**

[...]

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Da leitura, observa-se que o Código Tributário Nacional previu basicamente dois tipos de sujeitos passivos da obrigação tributária principal. O contribuinte que é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador; e o responsável tributário, que é a pessoa que, embora não tenha relação direta com o fato gerador, é eleito pela lei para efetuar o pagamento do tributo. Trata-se o responsável tributário de terceira pessoa, vinculada ao



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

fator gerador da obrigação, a quem a lei expressamente atribui a responsabilidade pelo crédito tributário, excluindo-a do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial.

Veja-se que a Lei Complementar nº 116/03, no seu art. 1º, dispõe o seguinte: “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.”

Nesse passo, a Lei Complementar Federal nº 116/2003 imprime que o contribuinte do ISS é o prestador do serviço, podendo ser toda pessoa física ou jurídica que preste os serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/2003.

Do mesmo modo, a Lei Complementar municipal nº 10/2011, descreve em seu artigo 5º que:

O contribuinte do imposto é o prestador do serviço, pessoa física ou jurídica ou a ela equiparada para fins tributários, que exercer em caráter permanente ou eventual, quaisquer das atividades de prestação de serviços constantes da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar, de modo formal, informal, com atividade regularizada ou não regularizada.

Contudo, em alguns casos, essa incumbência recai sobre o contratante ou intermediário do serviço, que é obrigado a reter e a recolher o imposto ao município que faz jus a essa exação (art. 5º, da LC 116/2003). A esse procedimento dá-se o nome de substituição tributária.

Nessa linha, anota o artigo 32, parágrafo único, inciso II, da Lei 2662/2006, que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária e responsável quando, sem se revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa na Lei.

Frisa-se ainda que, conforme artigo 6º, da Lei Complementar 116/2003, é possível aos Municípios atribuir de modo exposto a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais, consoante se observa abaixo:

Art. 6 Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

Nesse sentido, a Lei Complementar 10/2011 dispõe ao tratar dos substitutos tributários, nos seus artigos 6º e 7º, inciso I, o seguinte:

**Art. 6º** Substituto tributário é nos termos desta Lei Complementar o tomador ou intermediário de serviços, pessoa física ou jurídica ou a ela equiparada, vinculado ao fato gerador.

§ 1º Nos termos do caput deste artigo, ficam os substitutos tributários previstos nesta Lei Complementar, obrigados a proceder à retenção e recolhimento do imposto ou ao seu pagamento, independentemente de sua retenção, sobre serviços de qualquer natureza, multas e demais acréscimos legais, conforme disposições contidas nesta Lei e/ou em seus regulamentos.

§ 2º O regulamento disporá sobre a forma como o imposto devido, multa e demais acréscimos legais deverão ser recolhidos, se por meio de retenção ou se por meio de pagamento independente de retenção na fonte.

**Art. 7º** Para os efeitos desta Lei Complementar, são substitutos tributários pelo pagamento ou pela retenção e recolhimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza:

I - O tomador do serviço, no caso em que o prestador emitir documento fiscal autorizado por outro município;

II - o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

III - a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.03, 3.04, 7.02, 7.03, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.11, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.18, 7.19, 7.20, 11.01, 11.02, 11.03, 11.04, 14.06, 17.05, 17.09, 20.01, 20.02 e 20.03 da lista anexa a esta Lei Complementar.

Portanto, o substituto tributário, ou seja, o tomador ou intermediário de serviços, seja pessoa física ou jurídica ou a ela equiparada, previstos na Lei Complementar Municipal 10/211, estão obrigados a proceder à retenção e o recolhimento do imposto ou o seu pagamento, independentemente de sua retenção, sobre os serviços de qualquer natureza,



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

multas e demais acréscimos legais, conforme disposições contidas naquela mesma lei e/ou seus regulamentos.

Quanto à aplicação das hipóteses previstas nos incisos I, II do artigo 7º, da Lei Complementar n.º 10/2011, no caso ora analisado, não se sustenta, haja vista que o prestador tem domicílio tributário no município de Linhares, onde ocorreu a prestação do serviço em sua integralidade, ou seja, dentro do território nacional, conforme consta no contrato às folhas 4-13, dos autos do processo apenso de n.º 014340/2018, bem como às folhas 03 (“DESCRIBÇÃO DOS FATOS”) dos autos do processo apenso n.º 011554/2018.

Afasta-se também a possibilidade da aplicação do inciso III, do mesmo artigo, pois a prestação de serviço executada pela prestadora qual seja: ‘Serviço de Transporte de Entregas em Domicílio’ (cláusula primeira do contrato à fl. 04, do processo apenso n.º 014340/2018), descrito pelo Fisco no auto de infração retificador n.º 0000056/2018, fls. 03 e 04, do processo apenso n.º 011554/2018 como “serviço de transporte de mercadorias (entregas de compras de clientes)”, enquadrado no item 16 da lista de serviço do Anexo I, da Lei Complementar 10/2011, o qual não encontra amparo naquele inciso.

Assim, o “serviço de transporte de entregas em domicílio”, enquadrado no item 16, da lista de serviço do Anexo I, da Lei Complementar 10/2011, não está contemplado no inciso III, do artigo 7º, do mesmo diploma, o que conseqüentemente, afasta do tomador do serviço a condição de substituto tributário, pois o serviço tomado (item 16, da lista de serviço) não o submete às obrigações impostas pelo §1º, do artigo 6º e caput do artigo 7º, desta mesma lei.

Ocorre que o citado serviço foi prestado por um Microempendedor Individual que tem como atividade principal o serviço de “Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudança municipal”, CNAE 49.30-2-01, sendo que esta subclasse não compreende o serviço prestado pela contratada, qual seja: “Serviço de Transporte de Entregas em Domicílio”. Veja-se:

CNAE 4930-2/01 Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal

  
Processo 011675/2018  
Relator: Kleber L. C. Zani



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

Notas Explicativas:

**Esta subclasse compreende:**

- o transporte rodoviário de carga em geral, exceto de produtos perigosos e mudanças, dentro do município

Esta subclasse compreende também:

- a locação de veículos rodoviários de carga com motorista, municipal

**Esta subclasse não compreende:**

- o transporte rodoviário de produtos perigosos (4930-2/03)

- o transporte rodoviário de mudanças (4930-2/04)

- as atividades de transporte de valores (8012-9/00)

- a coleta de resíduos não-perigosos (lixo doméstico) (3811-4/00)

- a distribuição de água potável em carro pipa (3600-6/02)

- as atividades dos terminais de carga, as operações de movimentação interna e armazenamento de carga (grupo 52.1)

- o transporte off-road exclusivamente em locais de extração mineral (09.90-4)

- o transporte de toras e o descarregamento de madeira exclusivamente no local da derrubada das árvores (0230-6/00)

- os serviços de entrega rápida de mercadorias do comércio varejista e de serviços de alimentação (5320-2/02)

- a coleta e transporte de entulhos (3811-4/00)

- a locação de veículos equipados com equipamentos de elevação de carga com operador (5212-5/00)

Vale lembrar que o Microempreendedor Individual (MEI), optante do Simples Nacional, é pessoa que trabalha por conta própria e se legaliza como pequeno empresário e está submetido ao regime diferenciado de tributação da Lei Complementar n. 123/2006 e, uma vez nesta condição, é alcançado por todas as regras aplicadas às microempresas (ME), haja vista que, por força do §3º, do artigo 18-E, da Lei Complementar 123/2006, MEI é uma modalidade de microempresa.

Nesse sentido, apresento o entendimento do douto Procurador da Junta de Impugnação Fiscal em Parecer PGM/JIF n.º 019/2018: “Logo, nos termos da alínea ‘a’ do inciso XIV, do § 1º do artigo 13 da referida Lei Complementar n. 123/2006, o recolhimento feito pelos MEI em documento único de arrecadação **não exclui a incidência do ISS** ‘em relação aos serviços sujeitos à **substituição tributária** ou **retenção na fonte**’(destacamos)”

Não obstante, a Impugnante afirma em sua defesa que o prestador do serviço é um MEI, sendo que o objeto do contrato firmado entre tomador e prestador é “serviço de transporte de entregas em domicílio” (fls. 03-13, do processo em apenso n.º 014340/2018), o qual não encontra abrigo nas ocupações permitidas ao MEI, conforme descritas no Anexo XI da Resolução CGSN n.º 140/2018. Esta infração atinge de forma contundente o MEI,



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

promovendo sua exclusão obrigatória do referido regime, retirando todo o tratamento diferenciado disponibilizado ao optante do SIMEI, a contar do mês da efetiva prestação, conforme previsões da Lei Complementar n.º 123/2006

Assim, algumas condições precisam ser atendidas para que a pessoa seja enquadrada como MEI, as quais estão dispostas no art. 100 da Resolução CGSN n.º 140/2018. Vejamos:

Art. 100. Considera-se MEI o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, optante pelo Simples Nacional, que tenha auferido receita bruta acumulada nos anos-calendário anteriores e em curso de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais) e que: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, § 1º e § 7º, inciso III)  
~~I - exerça, de forma independente, apenas as ocupações constantes do Anexo XI desta Resolução; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, §§ 4º-B e 17)~~  
I - exerça, de forma independente, apenas as ocupações constantes do Anexo XI desta Resolução; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, §§ 4º-B e 14) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN n.º 145, de 11 de junho de 2019)

A observância destas condições se revela tão importante que o descumprimento de qualquer delas implica o desenquadramento do MEI por força do art. 115 da Resolução CGSN n.º 140/2018. Por este motivo, faz-se necessário que o MEI esteja atento para, dentre outras, exercer qualquer atividade que não esteja listada no Anexo XI da referida resolução. Veja-se:

Art. 115. O desenquadramento do SimeI será realizado de ofício pela autoridade administrativa ou mediante comunicação do contribuinte. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, § 6º)  
II - obrigatoriamente, quando o contribuinte:  
[...]  
~~b) deixar de atender a qualquer das condições previstas no art. 100, caso em que a comunicação deverá ser feita até o último dia útil do mês subsequente àquele em que descumprida a condição, hipótese em que o desenquadramento produzirá efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência do fato. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, § 7º, inciso II)~~  
b) deixar de atender a qualquer das condições previstas no art. 100, caso em que a comunicação deverá ser feita até o último dia útil do mês subsequente àquele em que descumprida a condição, hipótese em que o desenquadramento produzirá efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência do fato; ou (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 18-A, § 7º, inciso II) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN n.º 145, de 11 de junho de 2019). (Grifo nosso).

*Kleber*



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**

No entanto, além dos prejuízos para o MEI, o tomador também pode ser penalizado caso contrate MEI para execução de serviço não permitido para sua modalidade de atuação. A empresa que contratar MEI para prestação de serviços diversos daqueles que foram declarados no ato de sua inscrição, estará sujeita às incidências tributárias, decorrentes da contratação de contribuinte individual (pessoa física), se lei municipal assim exigir, o que no caso ora analisado, não ocorre, pois, o tomador do serviço não foi alcançado pelos critérios exigidos nos incisos I, II e III, do artigo 7º, da Lei Complementar 10/2011, o que afasta, no caso em tela, a sua condição de substituto tributário, assunto já exaustivamente discutido em parágrafos anteriores.

Em sendo assim, deve, portanto, o prestador na condição de contribuinte pessoa física (Lucilene Rocha Julio), assumir o pólo passivo da obrigação tributária, vez que o “Serviço de Transporte de Entregas em Domicílio”, não é permitido ao MEI, e que uma vez executado por este, deverá ser aplicado o que determina o artigo 115, da Resolução CGSN 140/2018, anteriormente descrito.

Em lógica decorrente dos fatos narrados e, considerando que a incorreção do Auto de Infração Retificador n.º 0058/2018 que imputou equivocadamente ao tomador do serviço a condição de substituto tributário sem amparo na norma tributária vigente; considerando a necessidade de afastar do polo passivo o tomador do serviço e, por fim, considerando a necessidade de incluir no pólo passivo da obrigação tributária, na condição de pessoa física, a Senhora Lucilene Rocha Julio.

Por consequência, voto para que seja aplicado o que possibilita o §1º, do artigo 291 da Lei Complementar 2662/2006 que diz: “Art. 291 [...]. § 1º As omissões ou incorreções do auto de infração não acarretarão nulidade, quando do processo constarem elementos suficientes para determinação da infração e do infrator, podendo ser corrigidas por determinação da autoridade competente.



MUNICÍPIO DE LINHARES  
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

**III – Conclusão**

Diante de todo o exposto, **em preliminar de mérito voto por não reconhecer a decadência** do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário referente ao período de 02/2013 a 05/2018 e na **preliminar de ilegitimidade passiva e mérito, voto pela inclusão no pólo passivo da obrigação tributária do prestador de serviço Lucilene Rocha Julio, na condição de pessoa física, e, conseqüentemente, voto pelo afastamento do tomador do serviço, DMA DISTRIBUIDORA S/A, do pólo passivo da obrigação tributária e da condição de substituto tributário**, por não haver suporte na norma tributária para seu enquadramento nesta condição. Por essas razões **voto pela necessidade de correção do Auto de Infração Retificador n.º 0056/2018** para que se tribute o correto sujeito passivo da obrigação tributária, Lucilene Rocha Julio, na condição de pessoa física, haja vista que o serviço de transporte de entregas em domicílio, não está entre as operações permitidas ao MEI. Por fim, **voto pela improcedência parcial da exigência tributária**, por ainda persistir o crédito tributário em face do sujeito passivo Lucilene Rocha Julio, motivado pela exclusão do tomador do serviço (DMA DISTRIBUIDORA S/A), do pólo passivo da relação tributária.

É o voto.

JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL do Município de Linhares/ES, em 19 de agosto de 2020.

*Kleber Luiz Camatta Zani*  
KLEBER LUÍZ CAMATTA ZANI  
(MATRÍCULA: 006749/01)  
RELATOR



**MUNICÍPIO DE LINHARES**  
**JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL**  
**ACÓRDÃO N.º 012/2020**

Julgado n.º: 012 – JIF – PML/2020  
Processo n.º: 011675/2018  
Apenso n.º: 014340/2018 e n.º 011554/2018  
Autuado: DMA DISTRIBUIDORA S/A  
Autuante: MUNICÍPIO DE LINHARES-ES

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO AUTO DE INFRAÇÃO. **PREJUDICIAL DE MÉRITO.** DECANDÊNCIA. HIPOTESE NÃO CONFIGURADA. **PRELIMINAR DE ILGITIMIDADE PASSIVA E MÉRITO** JULGADOS EM CONJUNTO. MATERIAS QUE SE CONFUNDEM. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE TRIBUTOS. SERVIÇO QUE NÃO CONSTA NO ROL DE OCUPAÇÕES PERMITIDAS AO MEI. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADO. AUSENTE OS QUESITOS EXIGIDOS ATRAVÉS DOS INCISOS I, II E III, DO ART. 7º, DA LEI COMPLEMENTAR 10/2011. IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA EXIGENCIA TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTADOR DO SERVIÇO. PESSOA FÍSICA. CORREÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO RETIFICADOR 0000056/2018 NOS TERMOS DO § 1º, DO ART. 291, DA LEI 2662/2006.

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima epigraado, em que é Autuado DMA DISTRIBUIDORA S/A, e Autuante o MUNICÍPIO DE LINHARES/ES.

Acorda a Junta de Impugnação Fiscal do Município de Linhares-ES, no mérito, por votação unânime, pela **IMPROCEDÊNCIA PARCIAL** da exigência tributária nos termos do artigo 342, inciso I, da Lei 2.662/2006; pela correção do Auto de Infração Retificador n.º 000056/2018, identificando como sujeito passivo da obrigação tributária a Senhora Lucilene Rocha Julio, na condição de pessoa física, mantendo-se integralmente o lançamento tributário do Auto de Infração Retificador n.º 0000056/2018 nos termos do §1º, do artigo 291, da Lei 2.662/2006, conforme voto do Relator Kleber Luiz Camatta Zani.

Votaram com o Relator, a Relatora Luciana Paiva Drago Buzatto e a Presidente suplente Rosiani Oliveira dos Santos Gomes.

Junta de Impugnação Fiscal do Município de Linhares, em 19 de agosto de 2020.

*Kleber Luiz Camatta Zani*  
KLEBER LUIZ CAMATTA ZANI  
RELATOR

*Rosiani*  
ROSIANI OLIVEIRA DOS SANTOS GOMES  
PRESIDENTE SUPLENTE