



MUNICÍPIO DE LINHARES JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

Sessão de 23 de fevereiro de 2021.

JULGADO N.º: 0005– JIF – PML/2021.

PROCESSO N.º: 018139/2018 – IMPUGNAÇÃO.

APENSO N.º: 017045/2018 – AUTO DE INFRAÇÃO N.º 000000120/2018.

AUTUADO: MERCANTIL BNH LTDA.

ENDEREÇO: AV. NOGUEIRA DA GAMA, 898, CENTRO, LINHARES-ES, CEP:
29900-040.

CNPJ N.º05.314.561/0003-40.

AUTUANTE: MUNICÍPIO DE LINHARES.

DAT/SEMUF/PML

AGENTES FISCAIS DE ARRECADAÇÃO: SÔNIA MARIA BATISTA DE JESUS,
MAURÍCIO ALMEIDA PEREIRA, CARLOS FERNANDO ROSA PORTO,
ROSIANE TURETA, JOANA VIRGILIA LIMA ANDRADE LEAL, JORGE
RICARDO PEREIRA, MARILENE CALLEGARI, JULIANA SILVA MASSUCATTI,
ADEZILDES CENA SANTOS, NEOLUCI FRANCO NUNES, LUIZ CARLOS
DEANGELI E MILTON JOSE ALVES PARAÍSO FILHO.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE NATUREZA
MUNICIPAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE TRIBUTOS.
SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. ISSQN. INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE
INFRAÇÃO. CONCLUSÃO.

I. DOS FATOS

Em 08 de outubro de 2018 a empresa **MERCANTIL BNH LTDA**, pessoa jurídica de direito privado com estabelecimento no Centro em Linhares-ES, inscrita no CNPJ n.º 05.314.561/0003-40, apresentou à Junta de Impugnação Fiscal – JIF, do município de Linhares-ES, tempestivamente, impugnação ao Auto de Infração n.º 000000120/2018, lavrado por infringir o que determinam os artigos 36, 38 e 51, parágrafo único da Lei Complementar n.º 0010 de 23/12/2011, bem como o Decreto n.º 112 de 25/01/2012, alterado pelo Decreto n. 1199 de 02/07/2013, haja vista ter deixado de recolher o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre os serviços de transportes de mercadorias prestados no município de Linhares-es no período de fevereiro de 2013 a fevereiro de 2018.

Após apresentação dos argumentos às folhas 02 a 07 do processo epigrafado, a autuada alega que os serviços de transportes de mercadorias realizados no período acima exibido foram prestados pela empresa RBP VANCINI ME, CNPJ 07.847.187/0001-02, conforme contrato à folha 09 do mesmo processo. Dessa forma, o impugnante requer que a presente impugnação seja processada e julgada procedente no sentido de reconhecer a sua ilegitimidade para recolhimento do ISSQN incidente sobre os serviços, objeto do contrato.

Em manifestação, os Agentes Fiscais de Arrecadação autuantes deliberam pelo indeferimento da solicitação protocolizada mantendo como válido e legal o Auto de Infração lavrado, porque foram estabelecidas duas relações jurídicas, uma entre a empresa impugnante MERCANTIL BNH LTDA com a prestadora RBP VANCINI ME onde esta última realizada as entregas; e outra entre a impugnante e os clientes, onde a própria autuada realizada as entregas. (fls. 64 e 65)

É o relatório.

VOTO DA RELATORA LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO

II. MÉRITO

1. Serviços de transporte de natureza municipal. Substituição tributária. Retenção de tributos. Sujeito passivo da obrigação. ISSQN. Insubsistência do auto de infração.

Após argumentação fundamentada, o impugnante alega que não pode a municipalidade cobrar do tomador o recolhimento do imposto que já foi pago pelo prestador dos serviços, ou seja, o ISSQN seria recolhido em duplicidade. (fl. 03)

Vale salientar que o imposto incidente sobre as Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas – NFSe emitidas pelo prestador dos serviços, no caso a empresa RBP VANCINI ME, não foi recolhido aos cofres públicos, desse modo, não haveria duplicidade no recolhimento. É claro a falta de recolhimento porque ao emitir suas notas a prestadora indicou como serviço principal o subitem 03.05 – locação sem condutor, sobre o qual não incide o ISSQN. (fls. 09 a 63)

Ao observar as notas fiscais emitidas pode-se notar que a prestadora entra em contradição ao descrever os serviços prestados, como por exemplo na NFSe n.º 213 “*Prestação de serviços de entrega de 01/12/2017 a 31/12/2017*”, o que ocorre em todas as outras notas emitidas, ou seja, o serviço não é de locação, mas de entrega de mercadorias, constante do item 16, subitem 16.01, até 10 de outubro de 2017, e após a alteração advinda da Lei Complementar n.º 46 de 11/10/2017, possui a constar do subitem 16.02. (Lista de serviços anexa à LC 10/2011)

Os documentos acostados aos autos desse processo deixam claro que não há a existência de duas relações jurídicas citadas pelo parecer fiscal, mas só a relação entre a impugnante e a empresa prestadora dos serviços RBP VANCINI ME: os cupons fiscais anexados às folhas 66 a 68 apresentam o item da entrega como “SERV. ENT. PRET. TERC.”, ou seja serviço de entrega prestado por terceiro; e o contrato firmado entre a

impugnante e a prestadora ressalta em sua primeira cláusula que o seu objeto “*será a prestação de serviços na COLETA E ENTREGA, pela CONTRATADA, das compras...*” (fl. 09)

Incide, portanto, o ISSQN sobre o:

“16 - Serviços de transporte de natureza municipal.
~~16.01 - Serviços de transporte de natureza municipal.~~
16.01 - Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros. (Redação dada pela Lei Complementar nº 46/2017)
16.02 - Outros serviços de transporte de natureza municipal. (Incluído pela Lei Complementar nº 46/2017)”

O impugnante também alega sua ilegitimidade em figurar no polo passivo da obrigação tributária porque a responsabilidade em recolher o ISSQN é da empresa prestadora do serviço de transporte de mercadorias.

A legislação tributária municipal estabelece que o contribuinte do ISSQN é o prestador do serviço, ou seja, quem tem relação direta e pessoal com a situação que constitua o fato gerador.

A Lei 2662/2006 estabelece que:

“Art. 32 Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do 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;” (grifo nosso)

A LC 10/2011 acrescenta:

“Art. 2º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da Lista de Serviços anexa a esta Lei Complementar, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
[...]
Art. 5º 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.” (grifo nosso)

Há casos em que a lei transfere a obrigação de reter e recolher o imposto ao tomador do serviço, como substituto tributário, mas não é o caso da empresa impugnante, por não se encaixar em nenhuma das características de substituição tributária definidas em lei. A legislação municipal diz que são substitutos tributários o tomador quando o prestador emite documento fiscal de outro município, ou seja, não é estabelecido no município onde foi realizada a prestação de serviço; tomador de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País; e a pessoa jurídica tomadora de alguns subitens da lista de serviços, em que o item 16 não faz parte. (artigo 7º da LC 10/2011)

Portanto, fica claro que o serviço de transporte de mercadorias prestado pela empresa RBP VANCINI MENÃO faz parte do rol de retenção obrigatória estabelecido em lei e além disso, essa empresa tem domicílio tributário no município de Linhares, não sendo de competência da empresa impugnante o recolhimento do imposto incidente e sim de responsabilidade da empresa prestadora.

Como discorre Leandro Paulsen:

“Tanto o contribuinte como o terceiro podem vir a ser obrigados ao pagamento do tributo, sujeitando-se à cobrança e à execução no caso de inadimplemento. Mas suas obrigações decorrem de diferentes dispositivos legais, têm diferentes hipóteses de incidência, surgem em momentos próprios. Enfim, são inconfundíveis. É absolutamente falso imaginar que, ocorrido o fato gerador do tributo, dele decorra diretamente a obrigação de qualquer outra pessoa que não o contribuinte. O terceiro só pode ser obrigado ao pagamento do tributo mediante previsão legal específica com recursos do contribuinte (na qualidade de substituto tributário)[...] Considera-se substituto tributário o terceiro obrigado diretamente ao pagamento do tributo em lugar do contribuinte e com recursos que possa exigir ou reter deste.” (grifo nosso)(PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 328 e 329)

Lançando o crédito tributário ao sujeito passivo incorreto não há como se construir uma relação jurídica-tributária e uma formalização obrigacional entre o sujeito passivo e sujeito ativo (Fisco).

Vejamos o julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

“APELAÇÃO CÍVL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO E SUJEITO

PASSIVO. INVIABILIDADE. – SÚMULA 392/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC). RESP PARADIGMA 1.045.472/BA. RECURSO DESPROVIDO. A jurisprudência do STJ reconhece que a emenda ou a substituição da CDA é admitida diante da existência de erro material ou formal, não sendo possível, entretanto, quando os vícios decorrem do próprio lançamento ou da inscrição, especialmente quando voltado à modificação do sujeito passivo do lançamento tributário (Súmula 392 do STJ). Referido entendimento já foi firmado inclusive em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), quando a Primeira Seção promoveu o julgamento do REsp. 1.045.472/BA relatoria do e. Min. Luiz Fux.” (grifo nosso)(AC 0825084302188120001 MS 0825084-30.218.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 08/05/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/05/2020.)

Resta claro então, que o sujeito passivo da obrigação tributária de recolher o ISSQN incidente sobre a prestação dos serviços de coleta e entrega de compras é da empresa prestadora RBP VANCINI ME e não da empresa impugnante, tomadora MERCANTIL BNH LTDA, sendo impossível o refazimento do Auto de Infração para alteração do sujeito passivo da obrigação, resta julgá-lo insubsistente.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto voto pela **IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA**, nos termos do artigo 335 da Lei n.º 2662/2006 – CTM “*Da decisão de primeira instância que concluir pela improcedência, total ou parcial da exigência tributária caberá, obrigatoriamente, recurso de ofício à segunda instância.*”, tornando-se insubsistente o Auto de Infração n.º 000000120/2018, considerando a necessidade da Administração Tributária adotar providências em relação à empresa RBP Vancini ME.

É o voto.

JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL do Município de Linhares/ES, em 23 de fevereiro de 2021.


LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO
RELATORA



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

ACÓRDÃO N.º 005/2021

JULGADO N.º: 0005– JIF – PML/2021.

PROCESSO N.º: 018139/2018 – IMPUGNAÇÃO.

APENSO N.º: 017045/2018 – AUTO DE INFRAÇÃO N.º 000000120/2018.

AUTUADO: MERCANTIL BNH LTDA.

AUTUANTE: MUNICÍPIO DE LINHARES.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPUGNAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE NATUREZA MUNICIPAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE TRIBUTOS. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. ISSQN. INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONCLUSÃO.

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima epigrafado, em que é autuada a MERCANTIL BNH LTDA. e autuante o MUNICÍPIO DE LINHARES.

Acorda a Junta de Impugnação Fiscal do Município de Linhares/ES, por votação unânime, pela **IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA**, tornando-se insubsistente o Auto de Infração n.º 000000120/2018, considerando a necessidade da Administração Tributária adotar providências em relação à empresa RBP Vancini ME.

Votaram com a Relatora, o membro suplente Kleber Luiz Camatta Zani e a presidente suplente Rosiani Oliveira dos Santos Gomes.

Junta de Impugnação Fiscal do Município de Linhares, em 23 de fevereiro de 2021.


LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO
RELATORA


ROSIANI OLIVEIRA DOS SANTOS GOMES
PRESIDENTE SUPLENTE



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO Nº.005-JIF-PML/2021.
ACÓRDÃO Nº. 005-JIF-PML/2021.

PAUTA: 11/02/2021.

JULGADO: 23/02/2021.

Relatora:

Ilm^a. Sr^a.: LUCIANA DRAGO PAIVA BUZATTO.

Presidente Suplente:

Ilm^a. Sr^a.: ROSIANI OLIVEIRA DOS SANTOS GOMES.

Secretária Executiva:

Ilm^a. Sr^a.: MARIA CÉLIA PANDOLFI CALMON.

AUTUAÇÃO

PROCESSO Nº 018139/2018 DE 08/10/2018.

REQUERIDO: MUNICÍPIO DE LINHARES – ES.

REQUERENTE: MERCANTIL BNH LTDA – FILIAL.

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE Nº 0120/2018.

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 pela **IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA EXIGENCIA TRIBUTÁRIA**, nos termos do artigo 335 da Lei 2662/2006, tornando-se insubsistente o auto 120/2018, nos termos do voto da Membro Relatora. A Presidente Suplente, Sr^a Rosiani Oliveira dos Santos Gomes e o Membro Relator Suplente Kleber Luiz Camatta Zani votaram com a Membro Relatora Sr^a Luciana Paiva Drago Buzatto.

Linhares-ES, 23 de Fevereiro de 2021.

Rosiani de Oliveira dos Santos Gomes
PRESIDENTE SUPLENTE

Maria Célia Pandolfi Calmon
SECRETÁRIA