



MUNICÍPIO DE LINHARES JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

Sessão de 21 de julho de 2022.

JULGADO N.º: 0006– JIF – PML/2022.

PROCESSO N.º: 016592/2018 – IMPUGNAÇÃO.

APENSO N.º: 016359/2018 – AUTO DE INFRAÇÃO N.º 000000105/2018.

AUTUADO: SERRANO DISTRIBUIDORA S/A.

ENDEREÇO: AVENIDA CEREJEIRA, N.º 300, MOVELAR, LINHARES-ES, CEP: 29906-014.

CNPJ N.º 09.397.586/0003-06.

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 17 de setembro de 2018 a empresa **SERRANO DISTRIBUIDORA S/A**, pessoa jurídica de direito privado com estabelecimento no bairro Movelar em Linhares-ES, inscrita no CNPJ n.º 09.397.586/0003-06, apresentou à Junta de Impugnação Fiscal – JIF, do município de Linhares-ES, tempestivamente, impugnação ao Auto de Infração n.º 000000105/2018, 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.º112 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 transporte de mercadorias prestados no município de Linhares-ES no período de maio de 2015 a dezembro de 2017.

Nos autos do processo epigrafado, folhas 02 a 07, o autuado alega que os serviços de transportes de mercadorias realizados no período acima exibido foram prestados pelo Microempendedor Individual – MEI, EVANEILDO CALISTO SANTANA 03490417763, inscrito no CNPJ n.º 22.312.340/0001-90, conforme contrato às folhas 23 a 27 do mesmo processo.

A impugnante argumenta que o auto de infração deve ser desconstituído, a) porque parte do débito fora alcançado pela decadência; e b) porque empresa do porte da prestadoranão devem reter o ISS, pois estão sujeitas a tributação no Simples Nacional. (fl. 03) Dessa forma, a impugnante requer que seja reconhecida a nulidade do auto de infração em razão da ilegitimidade do sujeito passivo; ou que o mesmo seja julgado insubsistente haja vista o prestador do serviço ser MEI optante pela sistemática de recolhimento de valores fixos mensais pelo Simples Nacional. (fl. 07)

Em manifestação, os Agentes Fiscais de Arrecadação autuantes deliberam pela manutenção do Auto de Infração lavrado, onde rejeitaram todos os argumentos expostos pela impugnante. (fls. 30 e 31)

É o relatório.

VOTO DA RELATORA LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO

II. MÉRITO: Serviços de transporte de natureza municipal. Substituição tributária. Retenção de tributos. Sujeito passivo da obrigação. ISSQN. Insubstância do auto de infração.

Inicialmente impugnante alega a ilegitimidade do autuado para figurar no polo passivo do auto de infração, pois o sujeito passivo da relação jurídico-tributária do ISS é o prestador do serviço. (fl. 03)

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 - CTM 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 à 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)

Ao acostar aos autos do processo o Contrato de Prestação de Serviços (fls. 23 a 27), assinado em 30 de abril de 2015, onde demonstra a empresa SERRANO DISTRIBUIDORA S/A como contratante e microempreendedor individual

EVANEILDO CALISTO SANTANA como contratado e como objeto desse contrato a prestação de serviços de transporte de mercadorias adquiridas pelos clientes da contratante, verificou-se que nessa relação o MEI desponta como prestador dos serviços e a impugnante como tomadora dos serviços.

Portanto, neste caso, o sujeito passivo e contribuinte do ISSQN oriundo da prestação dos serviços de transporte de mercadorias seria o MEI EVANEILDO CALISTO SANTANA e o fato gerador do ISSQN é o transporte e 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 da lista de serviços anexa à LC 10/2011.

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)

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).

Posteriormente a impugnante aduz a impossibilidade de se exigir do prestador de serviços MEI a retenção do ISSQN e por consequência a impossibilidade de se cobrar o imposto do tomador dos serviços.

Vale ressaltar que 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; o 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 os itens 16.01 e 16.02 não fazem parte. (artigo 7º da LC 10/2011)

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:

[...]

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.

Não restam dúvidas de que o serviço de transporte de mercadorias prestado pelo MEI EVANEILDO CALISTO SANTANA não faz parte do rol de retenção obrigatória estabelecido em lei e que, além disso, o MEI 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)

Outro fato muito relevante é que na qualidade de MEI o prestador dos serviços recolhe seus tributos de forma simplificada através de valores fixos mensais pelo Simples Nacional, por conseqüência, não é admitida a retenção do imposto pelo tomador nem tampouco cobrar deste o seu recolhimento.

A Lei 123 de 14/12/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte prevê em seu artigo 21, § 4.º, inciso IV que não é devida a retenção quando o prestador dos serviços é MEI:

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

[...]

§ 4º A retenção na fonte de ISS das microempresas ou das empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional somente será permitida se observado o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, e deverá observar as seguintes normas:

[...]

V – na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte estar sujeita à tributação do ISS no Simples Nacional por valores fixos mensais, não caberá a retenção a que se refere o caput deste parágrafo;

Em resumo o sujeito passivo da obrigação tributária é o MEI EVANEILDO CALISTO SANTANA, prestador do serviço, que recolhe seus tributos através de valores fixos mensais através do Simples Nacional e que o tomador dos serviços a empresa SERRANO DISTRIBUIDORA S/A de acordo com a legislação não é substituta tributária pelo imposto até porque o MEI não é passível de retenção, 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**, tornando-se insubsistente o Auto de Infração n.º 000000105/2018, considerando a necessidade da Administração Tributária adotar providências em relação ao MEI EVANEILDO CALISTO SANTANA.

POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL, JULGADA A IMPROCEDÊNCIA DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA, OS AUTOS SERÃO REMETIDOS À SEGUNDA INSTÂNCIA, NA FORMA DO ARTIGO 335 DA LEI N.º 2662/2006 (RECURSO DE OFÍCIO).

É o voto.

JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL do Município de Linhares/ES, em 21 de julho de 2022.


LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO
RELATORA



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

ACÓRDÃO N.º 006/2022

JULGADO N.º: 0006– JIF – PML/2022.

PROCESSO N.º: 016592/2018 – IMPUGNAÇÃO.

APENSO N.º: 016359/2018 – AUTO DE INFRAÇÃO N.º 000000105/2018.

AUTUADO: SERRANO DISTRIBUIDORA S/A.

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 SERRANO DISTRIBUIDORA S/A. 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 000000105/2018, considerando a necessidade da Administração Tributária adotar providências em relação ao MEI EVANEILDO CALISTO SANTANA.

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 21 de julho de 2022.


LUCIANA PAIVA DRAGO BUZATTO
RELATORA


ROSIANI OLIVEIRA DOS SANTOS GOMES
PRESIDENTE SUPLENTE



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO Nº. 006-JIF-PML/2022.
ACÓRDÃO Nº. 006-JIF-PML/2022.

PAUTA: 14/07/2022.

JULGADO: 21/07/2022.

Relatora:

Ilm^a. Sr^a.: Luciana Paiva Drago 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 016592/2018.

REQUERIDO: MUNICÍPIO DE LINHARES – ES.

REQUERENTE: SERRANO DISTRIBUIDORA S/A.

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE Nº 00105/2018.

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 EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA**, tornando-se insubsistente o Auto de Infração de nº 000105/2018, nos termos do voto da Relatora. A presidente suplente, Sr^a Rosiani Oliveira dos Santos Gomes e o membro suplente Sr Kleber Luiz Camata Zani, votaram com a membro relatora Sr^a Luciana Paiva Drago Buzatto.

Linhares-ES, 21 de Julho de 2022.

Rosiani Oliveira dos Santos Gomes
PRESIDENTE SUPLENTE

Maria Célia Pandolfi Calmon
SECRETÁRIA EXECUTIVA