

SECRETARIA DE FINANÇAS

CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL

PROCESSO / RESTITUIÇÃO Nº 15.71440.7.16

RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL –
PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULGADOR –
ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO

RECORRIDO: SANTISTA FRIGORIFICO E
DISTRIBUIDORA LTDA
Rua Antônio Paes Barreto, 455 – Imbiribeira -
Recife/PE

Inscrição Municipal nº 197.150-6

RELATORA: JULGADORA: MARIA EDUARDA ALENCAR
CÂMARA SIMÕES

ACÓRDÃO Nº 129/2017

EMENTA: 1 - REMESSA NECESSÁRIA - PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO - RECOLHIMENTO INDEVIDO.

2 - Tendo em vista que o contribuinte, neste caso específico, logrou comprovar que parte do imposto indicado em seu pedido foi recolhido indevidamente aos cofres municipais e que todas as condições para fins de deferimento parcial do pedido de restituição foram atendidas, forçoso reconhecer o seu direito à repetição do indébito tributário conforme valores identificados pelo ATM, nos termos do art. 198, inciso I, do CTM.

3- Decisão de Primeira Instância Administrativa mantida.

Vistos, relatados, examinados e discutidos os presentes Autos, ACORDAM os Membros do Conselho Administrativo Fiscal, à unanimidade, em dar provimento ao Recurso Voluntário interposto, para fins de deferir a restituição pleiteada pelo contribuinte, nos termos do voto da Relatora e das notas constantes da Ata de Julgamento, conforme demonstrativo abaixo:

Exercícios	Valor a restituir
2015	R\$ 17.449,74
2016	R\$ 24.192,67
TOTAL	R\$ 41.642,41

Continuação do Acórdão nº 129/2017

Tal valor deverá ser atualizados pelo IPCA, conforme previsto na Lei Municipal nº 16.607/00, contado da data do recolhimento indevido, acrescidas de juros não capitalizáveis após o trânsito em julgado desta decisão, “ex vi” o disposto no artigo 167, parágrafo único, do CTN, c/c o parágrafo único do artigo 202 da Lei nº 15.563/91, condicionada à prova de que o Contribuinte não esteja em débito com a Fazenda Municipal à época do recebimento, na conformidade do artigo 9º, II, (d), do Código Tributário do Município do Recife.

C.A.F. em, 17 de agosto de 2017.

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - RELATORA

João Gomes da Silva Júnior

Carlos Augusto Cavalcanti de Carvalho

Antônio Carlos Ferreira de Souza Júnior



SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PROCESSO/RESTITUIÇÃO Nº 15.71440.7.16
RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PRIMEIRA INSTÂNCIA – JULGADOR -
ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO
RECORRIDO: SANTISTA FRIGORÍFICO E
DISTRIBUIDORA LTDA
RELATORA: **JULGADORA:** MARIA EDUARDA
ALENCAR CÂMARA SIMÕES

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de ISS apresentado pela **SANTISTA FRIGORÍFICO E DISTRIBUIDORA LTDA.**, por meio do qual pleiteia a devolução de ISS que teria sido recolhido indevidamente aos cofres públicos municipais em razão do deferimento do pedido de reconhecimento de isenção parcial de 60% do ISSQN, previsto na Lei Municipal n. 17.380/2007, cujo deferimento retroagiu à data do respectivo requerimento.

Ao analisar o pleito do contribuinte, o ATM informou o seguinte:

“O contribuinte encontra-se enquadrado, desde 29/05/2015, no regime especial de tributação atribuído pela Lei n. 17.380/2007, de acordo com cota e despacho no processo n. 15.43846.4.15 (fl. 102). Verificamos que o contribuinte possui um crédito referente aos valores do ISS próprio e do ISS retido na fonte, recolhidos a maior, com alíquota de 5%, durante o período de 29 de maio de 2015 a 30 de junho de 2016”.

Sendo assim, apontou o fiscal que, caso fosse julgado procedente o pedido de restituição do contribuinte, a quantia a restituir correspondia ao montante de R\$ 41.642,41 (quarenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e um centavos) (vide fls. 104/116 dos autos).

Ato contínuo, o julgador de primeira instância administrativa entendeu por julgar procedente o pedido do contribuinte, tendo deferido a restituição no exato valor apontado pela fiscalização, qual seja, R\$

41.642,41 (quarenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e um centavos). A decisão restou assim ementada:

EMENTA: ISSQN. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI MUNICIPAL 17.380/97. ISENÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. PEDIDO PROCEDENTE.

1. *A concessão do benefício previsto na Lei Municipal 17.380/1997 opera efeitos retroativos à data de sua postulação.*
2. *A recuperação, pelo sujeito passivo, dos valores pagos a título de tributo, que excederam a carga tributária ditada pela norma legal isentiva, é efeito direto do benefício outorgado.*
3. *A lei isentiva não condiciona a recuperação desses créditos à obediência aos regramentos da repetição de indébito, no que diz respeito à aferição de repercussão tributária do encargo.*
4. *Pedido procedente.*
5. *Decisão sujeita a remessa necessária para a segunda instância do contencioso administrativo tributário (CTMR, art. 221, IV).*

Vieram-se, pois, os autos para relatoria e julgamento do reexame necessário em sede de segunda instância administrativa, nos termos do art. 221, inciso IV, do CTM (Lei n. 15.563/1991).

É o relatório.

C.A.F., em, 28 de junho de 2017

MARIA EDUARDA ALENCAR CÂMARA SIMÕES
RELATORA

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PROCESSO/RESTITUIÇÃO Nº 15.71440.7.16
RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PRIMEIRA INSTÂNCIA – JULGADOR -
ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO
RECORRIDO: SANTISTA FRIGORÍFICO E
DISTRIBUIDORA LTDA
RELATORA: **JULGADORA:** MARIA EDUARDA
ALENCAR CÂMARA SIMÕES

VOTO DA RELATORA

No caso ora em análise, consoante restou confirmado pelo ATM, o contribuinte possui um crédito no importe de R\$ 41.642,41, referente ao recolhimento a maior, com a alíquota de 5%, realizado no período de 29 de maio de 2015 a 30 de junho de 2016. Este fato é incontroverso.

O que deve ser discutido na presente demanda, então, é se o contribuinte possui direito à restituição relativa ao período entre a data da apresentação do requerimento de usufruto da isenção parcial de 60% do ISSQN, previsto na Lei Municipal n. 17.380/2007, e a data da sua concessão. Isso porque, o deferimento do benefício retroagiu à data do protocolo do requerimento, tanto que o ATM reconheceu expressamente que o contribuinte encontra-se enquadrado no regime especial de tributação desde 29/05/2015.

Para que melhor se entenda o objeto da presente demanda, transcreve-se a seguir o teor da Lei Municipal n. 17.380/2007:

Art. 1º. Fica concedida a isenção parcial de 60% (sessenta por cento) do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza para os serviços de armazenamento previstos no subitem 11.04 do artigo 102 da Lei nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991, desde que realizados em câmaras frigoríficas.

Art. 2º. Para gozar do incentivo previsto nesta Lei, os contribuintes deverão requerer junto à Secretaria de Finanças na forma prevista em regulamento, a ser expedido no prazo, máximo, de 60 (sessenta) dias contados a partir da sanção desta Lei, e comprovar que atendem cumulativamente aos seguintes requisitos:

I - Possuir todos os veículos utilizados na realização dos serviços, previstos no artigo 1º desta Lei, licenciados no Município do Recife e adimplentes com os seus tributos;

II - Estar o requerente adimplente com os tributos municipais.

§ 1º Considera-se adimplente com os tributos municipais, para fins de aplicação desta Lei, o contribuinte que:

- a) Estiver em curso de parcelamento, desde que não haja parcelas em atraso;
- b) VETADO.

Ou seja, a norma em relevo dispõe que “fica concedida a isenção parcial (...)”. Segue dispondo que o contribuinte poderá usufruir do benefício desde que apresente requerimento e que atenda a determinadas condições.

Nesse contexto, importante destacar que a norma é imperativa, devendo a isenção ser concedida quando atendidos os requisitos dispostos na norma de regência. Ou seja, trata-se de um ato vinculado e declaratório da administração pública, que apenas consigna a comprovação do enquadramento realizada pelo contribuinte.

Em outras palavras, o ato de concessão da isenção em tela é meramente declaratório, pelo que deve retroagir ao ato da sua concessão.

Essa retroatividade, inclusive, encontra previsão expressa no art. 3º do Decreto n. 23.472/2007, que regulamentou a Lei n. 17.380/2007, *in verbis*:

Art. 3º As empresas com interesse em auferir os benefícios fiscais instituídos pela Lei nº. 17.380/2007 deverão formalizar requerimento à Secretaria de Finanças mediante entrada de processo no Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC.

§ 1º. O requerente que atender aos requisitos previstos no art. 2º deste Decreto terá direito ao benefício a partir do mês do requerimento. (Grifos apostos).

No caso em relevo, também resta incontroverso que o contribuinte apresentou requerimento e que atendeu a todas as condições necessárias ao usufruto do benefício, tanto que teve o seu enquadramento deferido, retroagindo à data do protocolo, qual seja, 29/05/2015.

Feitas essas considerações preliminares, concordo com a conclusão a que chegou o julgador na decisão recorrida, ao dispor que “a recuperação, pelo sujeito passivo, dos valores pagos a título de tributo, que excederam a carga tributária ditada pela norma legal isentiva, é efeito direto do benefício fiscal outorgado”.

Faço apenas uma ressalva à parte da decisão recorrida, em que dispõe que “A lei isentiva não condiciona a recuperação desses créditos à obediência aos regramentos da repetição de indébito, no que diz respeito à aferição de repercussão tributária do encargo”.

De fato, a referida lei isentiva não traz tal condição. Contudo, não precisaria necessariamente fazê-lo, pois a análise da repercussão econômica possui previsão expressa no art. 166 do CTN, que assim dispõe:

*Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro **somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.** (Grifos apostos).*

Ocorre que, ainda que se leve em consideração o disposto neste dispositivo legal, verifica-se que a restituição pleiteada no presente caso **não** encontra óbice em tal dispositivo. Isso porque, em razão da particularidade do caso concreto aqui analisado, em que o ato de concessão do benefício fiscal é meramente declaratório, sendo concedido de forma retroativa, é cediço que não houve transferência do respectivo encargo financeiro, tendo este ônus sido sustentado no período em relevo pelo próprio contribuinte que teve o seu pleito de isenção deferido.

Até porque, verifica-se que é assim que a sistemática deste benefício fiscal funciona. O incentivo é concedido de forma retroativa justamente para que o contribuinte possa pleitear a restituição quanto ao período entre a data do protocolo - quando todas as condições para o usufruto do benefício já haviam sido atendidas - e a data da sua concessão.

Entendo, portanto, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores de ISS indevidamente recolhidos a título de ISS com a alíquota de 5%, no período em que já deveria estar em vigência a isenção parcial de 60%.

Em caso análogo ao presente, a Gerência Operacional do Contencioso Administrativo (GOCA) já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, tendo concluído pelo deferimento do pleito de restituição (vide decisão proferida no julgamento n. 127/2011, proc. 15.06792.9.11).

De outro lado, importante mencionar que este Conselho Administrativo Fiscal também já se manifestou neste mesmo sentido, consoante se extrai das decisões proferidas nos Acórdãos n. 064/2010 e n. 063/2015. Neste último acórdão, inclusive, da minha relatoria, assim me manifestei:

Isso porque, extrai-se dos autos que a restituição em questão decorre da concessão de benefício fiscal e que a própria legislação municipal estabelece que o benefício deverá ser concedido retroativamente à data do protocolo do pedido. Nessa ótica, o recolhimento com base na alíquota de 5%, de fato, representou um recolhimento a maior cujo encargo financeiro foi arcado, sem dúvida, pelo beneficiário do incentivo.

Até porque, como bem destacou o julgador de primeira instância administrativa: “a única maneira de cumprir o que estabelece o decreto seria o recolhimento do ISS com alíquota normal e restituição do excedente após o deferimento do enquadramento no regime especial. Foi o que o contribuinte fez. Entrou com pedido para enquadramento no regime especial, continuou recolhendo o ISS com a alíquota de 5%, teve o pedido deferido com efeitos retroativos à data do pedido e agora pede a restituição daquilo que recolheu a mais”.

Ou seja, a decisão que ora se analisa em sede de recurso de ofício encontra-se em linha com o entendimento deste Conselho Administrativo Fiscal sobre o assunto.

Há de se mencionar que o caso ganhou relevo em razão da decisão proferida em sede de primeira instância administrativa nos autos do processo n. 15.59418.9.14. Naquela oportunidade, entendeu o julgador que o contribuinte não fazia jus à restituição pleiteada, visto que seria patente a sua ilegitimidade para apresentação de tal pleito. Por ser o ISS um tributo indireto, defendeu que este tributo seria suportado no caso concreto pelo tomador do serviço, este sim legitimado para apresentar o pedido de restituição.

Apesar de merecedora de reflexão, não concordo com a conclusão a que chegou o julgador naquele processo.

Embora concorde com o entendimento no sentido de que a repercussão econômica deve ser perquirida quando da análise de pleito de restituição, entendo que a sua análise no caso concreto ali analisado não leva à conclusão a que chegou o julgador naqueles autos, face às suas particularidades.

Até porque, como é cediço, a escolha de determinado setor para fins de concessão de benefícios fiscais tem início no legislativo, através da promulgação da lei que institui o benefício. No caso em relevo, o benefício fora concedido para “os serviços de armazenamento previstos no subitem 11.04 do artigo 102 da Lei nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991, desde que realizados em câmaras frigoríficas”.

Ou seja, a norma em relevo visou beneficiar com a isenção parcial as empresas que atuam neste setor específico. Foi direcionada a estas empresas, as quais poderiam usufruir deste benefício, de forma genérica e indistinta, desde que apresentassem requerimento e atendessem aos requisitos ali dispostos.

Em outras palavras, ainda que ciente que o ISS é um imposto que muitas vezes se configura como tributo indireto, podendo a sua repercussão financeira, em tese, ser repassada ao tomador do serviço, entendeu o legislador por conceder o benefício ao prestador do serviço. E observe-se que a repercussão financeira apontada pela decisão proferida no processo n. 15.59418.9.14 (ISS recolhidos sobre as receitas oriundas de cada encomenda) ocorreria em ambas as situações (antes e depois do reconhecimento da isenção parcial).

Logo, diante do contexto normativo acima relatado, entendo que a análise da repercussão econômica no caso em deslinde não leva à conclusão de que teria havido transferência do encargo financeiro ao tomador dos serviços. Ao contrário, leva justamente à conclusão de que tal transferência não se configurou, visto que o contribuinte tinha conhecimento de que o seu benefício seria concedido de forma retroativa ao seu protocolo. Logo, resta cediço que o impacto econômico fora por ele suportado.

De outro norte, observe-se que o entendimento de que a repetição do indébito decorrente da isenção parcial apenas poderia ser concedida a partir do deferimento do pleito do contribuinte leva a uma clara e grave distorção entre as empresas beneficiárias, em clara afronta ao

princípio constitucional da isonomia. Isso porque, caso o benefício fosse admitido apenas a partir da data da sua concessão, teríamos situação mais benéfica para aquelas empresas que tivessem seu pleito analisado com rapidez, em detrimento de outras que tivessem seu pleito analisado mais demoradamente.

Tal entendimento, inclusive, conferiria ao fiscal responsável pela análise do pleito um poder que o legislativo decerto não pretendeu conceder ao dispor que “fica concedida a isenção parcial (...)” e que o requerente teria “direito ao benefício a partir do mês do requerimento”.

Portanto, como o ato de concessão é meramente declaratório, deverá o usufruto do benefício retroagir à data da apresentação do requerimento por parte do contribuinte, inclusive para fins de concessão do pleito de restituição aqui analisado. Até porque, consoante razões aqui dispostas, não há que se falar em transferência do encargo financeiro no caso concreto aqui analisado, face às suas particularidades. O pleito do contribuinte, portanto, não encontra óbice no art. 166 do CTN.

Nesse contexto, uma vez confirmado que o recolhimento desta quantia aos cofres públicos do município do Recife deu-se indevidamente, conforme reconhecido pelo ato concessório cujos efeitos retroagem à data do seu protocolo, torna-se imperativa a sua devolução.

Outrossim, é cediço que o pedido de restituição em casos de recolhimento indevido, tal qual no presente caso, encontra previsão no art. 198, inciso I, do CTM (Lei n. 15.563/1991), que assim dispõe:

Art. 198. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, a restituição de quantias pagas indevidamente aos cofres municipais, relativas a tributos, multas e outros acréscimos, seja qual for a modalidade de seu pagamento, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de quantia indevida ou maior do que a devida em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstância do fato gerador efetivamente ocorrido;

Para que o pedido de restituição seja efetivamente deferido, então, resta verificar se as demais condições impostas pelo CTM encontram-se atendidas.

Nos termos do art. 199 do CTM, o direito de requerer a restituição decai com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data do recolhimento da quantia paga indevidamente (inciso I). No presente caso, a

restituição ora analisada versa sobre o período de maio de 2015 a 30 de junho de 2016. Tendo em vista que os pedidos de restituição foram protocolizados em setembro de 2016, há que se concluir que o direito do contribuinte, *in casu*, não encontra óbice no instituto da decadência.

O art. 201 do CTM, por seu turno, dispõe que o pedido de restituição deverá ser instruído com documento que comprove o pagamento efetuado. Na hipótese dos autos, conforme confirmou o próprio ATM em sua cota, constata-se que foi juntada pelo contribuinte comprovação nesse sentido. Logo, tal condição também restou devidamente observada.

É válido mencionar ainda que o art. 200-A do CTM dispõe que a autoridade competente, antes de proceder à restituição, deverá verificar a existência de crédito da Fazenda Municipal contra o sujeito passivo. *In casu*, o ATM atestou em sua cota de fl. 104 dos autos, que, ao menos até aquela data, o contribuinte não possuía débitos com a Prefeitura do Recife.

Sendo assim, entendo que todas as condições impostas pela legislação municipal foram devidamente atendidas no presente caso, pelo que confirmo a decisão de primeira instância administrativa, no sentido de deferir o pedido de restituição do valor total de R\$ 41.642,41 (quarenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e um centavos), conforme identificado pelo ATM.

Exercícios	Valor a restituir
2015	R\$ 17.449,74
2016	R\$ 24.192,67
TOTAL	R\$ 41.642,41

Destaque-se, por fim, que o valor a ser restituído deverá ser atualizado com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme previsto na Lei n. 16.607/2000, bem como acrescido de juros não capitalizáveis, aplicados após o trânsito em julgado da presente decisão, nos termos do art. 167, § único do CTN, cumulado com o art. 202 § único do CTM.

É o voto.

C.A.F., em, 17 de agosto de 2017.

**MARIA EDUARDA ALENCAR CÂMARA SIMÕES
RELATORA**