

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.352/20/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 16.001428715-71  
Impugnação: 40.010147983-28  
Impugnante: Datamed Instrumento Científicos e Médicos Ltda  
CNPJ: 38.658399/0001-75  
Proc. S. Passivo: João Henrique Galvão/Outro(s)  
Origem: DF/BH-1

### **EMENTA**

**RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição de valores pagos a maior a título de ICMS, em decorrência do destaque indevido do imposto nas notas fiscais de saída emitidas, relativamente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por substituição tributária e destinadas a não contribuintes localizados em outras unidades da Federação. Entretanto, inexistente a comprovação nos autos, de haver a Impugnante assumido o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizada a receber a restituição, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documentos de fls. 02 e 06/08, a restituição dos valores pagos a maior, a título de ICMS Comércio (código de receita 120-6 – campo 099 da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI), em decorrência do destaque indevido do imposto nas notas fiscais emitidas nos períodos de apuração julho de 2013 a maio de 2014, anexadas ao PTA, relativamente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por substituição tributária e destinadas a não contribuintes localizados em outras unidades da Federação, conforme demonstrado na planilha de fls. 52/54.

Regularmente cientificada, a Requerente manifesta-se às fls. 33/39 e acosta dos documentos de fls. 40/80.

A Fiscalização propõe o indeferimento do pedido, conforme Parecer Fiscal de fls. 112/113 (frente e verso).

A Repartição Fazendária, em despacho de fls. 114, indefere o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 115/122, com os argumentos a seguir:

- informa que adquiriu/importou mercadorias sujeitas à substituição tributária e as revendeu a adquirentes não contribuintes localizados em outras unidades da Federação;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- relata que ao emitir as notas fiscais destinadas a acobertar as operações de saída, destacou, equivocadamente, o ICMS relativo à operação própria e, posteriormente, recolheu o imposto, o que caracterizou recolhimento indevido;

- sustenta que devidamente intimada pelo Fisco, comprovou o recolhimento do ICMS/ST quando da aquisição das mercadorias;

- acrescenta que não obstante comprovação inequívoca do recolhimento em duplicidade do ICMS sobre o mesmo fato gerador (recolhimento do ICMS própria e do ICMS-ST), bem como o atendimento aos requisitos legais e regulamentares que regem os pedidos de restituição, o pleito foi indeferido com fundamento no art. 166 do CTN;

- entende que o art. 166 CTN é inaplicável à hipótese em exame, uma vez que houve recolhimento em duplicidade sobre o mesmo fato gerador, e, portanto, a repercussão jurídica ocorreu somente em relação ao ICMS/ST;

- esclarece que as operações interestaduais a não contribuintes eram tratadas, à época, como operações internas, com as seguintes consequências práticas:

I) não havia restituição do ICMS/ST e;

II) as notas fiscais deveriam ser emitidas sem o destaque do ICMS.

- menciona que o valor do ICMS/ST era definitivo à época, nos termos do art. 21 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, de forma que não caberia restituição para o Contribuinte ou complementação para o Estado;

- salienta que tal sistemática foi alterada somente por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, do RE nº 593.849, em sede de Repercussão Geral;

- cita Consulta de Contribuinte SUTRI nº 035/16 (operações realizadas até 31/12/15);

- aduz que, tendo em vista que a substituição tributária era definitiva à época e que as notas fiscais destinadas a não contribuinte do imposto deveriam ser emitidas sem o destaque do ICMS, resta comprovado o recolhimento em duplicidade sobre o mesmo fato gerador e, por consequência, o direito à restituição do ICMS recolhido a título de operação própria.

- assevera que resta devidamente comprovado nos autos que, além de ter suportado integralmente o ICMS/ST incidente nas operações, recolheu também o ICMS próprio por ocasião da venda das mercadorias.

- argui que havendo duplicidade no recolhimento do ICMS sobre o mesmo fato gerador e apenas uma repercussão do imposto, não se aplica o disposto no art. 166 do CTN;

- acrescenta que nas hipóteses em há duplicidade no recolhimento do imposto, o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG é pela inaplicabilidade do art. 166 do CTN;

- cita decisões do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG;

- requer o deferimento do pedido de restituição.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 130/133, refuta as alegações da Defesa, requer opugna pelo indeferimento do pedido e improcedência da impugnação.

Em sessão realizada em 04/09/19, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, traga aos autos demonstração e provas do recolhimento em duplicidade (ICMS/ST sobre as entradas e ICMS da operação própria nas saídas) sobre as mesmas mercadorias, e, se for o caso, comprovação do direito a receber o pretenso indébito, considerando o disposto no art. 166 do CTN.

Aberta vista a Impugnante manifesta-se às fls. 140/141, requerendo prazo adicional de 30 (trinta) dias, para cumprimento do retrocitado despacho.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 144, considerando o pleito da Impugnante e o disposto no art. 3º da Deliberação 02/11 do Conselho Pleno, concede prorrogação de prazo de 30 (trinta) dias.

Regularmente cientificada, a Impugnante manifesta-se às fls. 146/148, sob os seguintes argumentos, em síntese:

- afirma que todas as mercadorias do pedido de restituição foram objeto de vendas a órgãos públicos, precedidas de licitação, hipótese em que o valor de venda é definido muito antes da operação ocorrer, tornando impossível ao vendedor realizar qualquer alteração do preço homologado e que, portanto, o preço do produto repercutiu apenas o ICMS/ST recolhido na entrada;

- informa que por se tratar de diversos procedimentos licitatórios, ocorridos em diversas cidades do país, conseguiu levantar apenas os documentos vinculados à Nota Fiscal de saída 13.601;

- requer o reconhecimento de seu direito à restituição em relação à Nota Fiscal de saída nº 13.601 e, quanto às demais notas fiscais, pede que seja concedido prazo adicional de 10 (dez) dias e anexa os documentos de fls. 149/150.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 152 e concede à Impugnante prazo adicional de 10 (dez) dias para apresentação de documentos que entender necessários.

Aberta vista a Impugnante não se manifesta.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 156/157 (frente e verso), pugnando pela manutenção do indeferimento do pedido de restituição.

---

### **DECISÃO**

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, Comércio (código de receita 120-6 – campo 099 da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI), em decorrência do destaque indevido do imposto nas notas fiscais emitidas nos períodos de apuração julho de 2013 a maio de 2014, anexadas ao PTA, relativamente a mercadorias adquiridas com o

imposto recolhido por substituição tributária e destinadas a não contribuintes localizados em outras unidades da Federação, conforme demonstrado na planilha de fls. 52/54.

A Impugnante informa que adquiriu/importou mercadorias sujeitas à substituição tributária e as revendeu a adquirentes não contribuintes localizados em outras unidades da Federação e que ao emitir as notas fiscais destinadas a acobertar as operações de saída, destacou equivocadamente o ICMS relativo à operação própria e, posteriormente, recolheu o imposto, o que caracterizou recolhimento indevido.

Entende que, ao contrário do consignado na decisão impugnada, o disposto no art. 166 do CTN não se aplica ao presente caso, uma vez que houve pagamento em duplicidade sobre o mesmo fato gerador, de modo que a repercussão jurídica ocorreu uma única vez, e o foi em relação ao ICMS/ST.

Entretanto, razão não lhe assiste, uma vez que tal comprovação é necessária, ainda que as mercadorias tenham sido adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária, tendo em vista que o ICMS por sua natureza é um tributo indireto, tendo sido apurado destacado nas notas fiscais de saída.

Eis o disposto no art. 166 do CTN:

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. (grifo nosso)

Ressalte-se que no presente caso, apesar de ter sido intimada para tanto, inclusive com a concessão de prorrogação de prazo, não foram apresentados documentos que comprovem, **inequivocamente**, que a empresa Requerente assumiu o encargo financeiro da importância objeto do pedido de restituição, não o agregando ao preço da mercadoria vendida ou, caso transferido o encargo financeiro a terceiro, documento original, devidamente assinado e identificado, firmado pelo destinatário da mercadoria, autorizando, expressamente, a ela receber a restituição da importância ora pleiteada, com indicação das respectivas notas fiscais.

O fato de as mercadorias terem sido vendidas a órgãos públicos, como alegado pela Requerente, não supre a necessidade da comprovação inequívoca das condições estabelecidas no art. 166 do CTN.

Tem-se ainda que as mercadorias não foram vendidas na totalidade para órgãos públicos, conforme planilha de fls. 53/54 (coluna “*Notas Fiscais de Saída*” e “*Razão Social*”).

Para buscar fazer essa demonstração, a Impugnante junta aos autos, em relação à Nota Fiscal nº 13.601, cópia da homologação do pregão eletrônico (fls. 149).

No seu entendimento, como a proposta foi apresentada e homologada antes da emissão do documento fiscal, tal fato comprovaria que o ICMS da operação própria nas saídas não compôs o preço de venda dos produtos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, tal fato, por si só, não constitui prova inequívoca de que o ICMS destacado na referida nota fiscal não foi repassado ao destinatário.

Ora, tratando-se de pregão eletrônico não há como se saber como foi **calculado a composição do preço de venda e o lance da Requerente que restou vencedor.**

Com efeito, se a Requerente entendia que a sua operação de saída era tributada, tanto que destacou o imposto, a lógica é que tenha incluído tal valor na composição do seu preço de venda.

Assim, no caso em exame, não tendo a Impugnante carreado aos autos qualquer prova de haver assumido o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizada a receber a restituição, conforme dispõe a legislação, correto o indeferimento do pleito.

Dessa forma, não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ubirajara Lima Neto e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Adriano Antônio Gomes Dutra. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas (Revisor) e Helder Luiz Costa.

**Sala das Sessões, 05 de fevereiro de 2020.**

**André Barros de Moura**  
**Relator**

**Carlos Alberto Moreira Alves**  
**Presidente**