

A. I. N° - 278999.0006/07-4
AUTUADO - XILOLITE S.A.
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 10.06.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-02/08

EMENTA: ICMS. **1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. MATERIAIS DE EMBALAGEM QUE RETORNAM AO ESTABELECIMENTO PARA O ACONDICIONAMENTO DE OUTRAS MERCADORIAS. Quando o material de embalagem integra o valor da operação mercantil, na condição de produto intermediário (insumo), é legítimo o direito ao crédito, nos termos do art. 93, I, “b”, do RICMS. Por outro lado, quando o material de embalagem não integra o valor da operação mercantil porque retorna ao estabelecimento de origem para ser reutilizado outras vezes, tem ele a natureza de bem do ativo imobilizado, sendo igualmente previsto o direito ao crédito, porém sua utilização não pode ser feita de uma só vez, haja vista as regras dos §§ 11, 12 e 17 do art. 93 e do § 2º do art. 339 do RICMS. Não se admite que o crédito fiscal seja utilizado sem um critério definido. A empresa deve estabelecer a forma como prefere operar: ou considerando os materiais de embalagem como insumos, ou dando-lhes o tratamento fiscal concernente aos bens do ativo imobilizado. Mantida a glosa do crédito. **b)** CRÉDITOS UTILIZADOS EM DUPLICIDADE. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/6/07, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, constando um adendo de que se trata de crédito relativo a bens utilizados para acondicionamento de produtos, não sendo tais bens consumidos imediata e integralmente no processo produtivo, pois retornam para reacondicionamento de outras mercadorias, sendo por isso glosado crédito no valor de R\$31.270,50, com multa de 60%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$128.705,75, com multa de 60%;
3. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$4.436,60, com multa de 60%;

4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, por terem os créditos sido utilizados em duplicidade, sendo por isso glosado crédito no valor de R\$ 1.156,60, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa questionando como preliminar que a cópia do Auto de Infração que lhe foi enviada não estava instruída com toda a documentação que lhe deu embasamento, havendo assim violação à ampla defesa e ao contraditório.

Na impugnação do mérito da lide, reclama que o fiscal glosou créditos fiscais decorrentes de compras de materiais de embalagem, porém o art. 93, I, “b”, do RICMS prevê o crédito daqueles materiais. Alega que os materiais de embalagem em questão fazem parte do processo industrial de seu estabelecimento. Explica que o material denominado “big-bag” é destinado a embalar os produtos, e argumenta que pelo fato de três dos mais de vinte fornecedores devolverem alguns “bags” o fiscal interpretou que a empresa não teria direito ao crédito do imposto de todas as Notas Fiscais de aquisição no período fiscalizado. Frisa que a empresa somente não teria direito ao crédito fiscal se os materiais de embalagem fossem totalmente devolvidos, e isto não ocorreu, conforme se observa na documentação anexa [sic]. Observa que havia um estoque inicial em 31.12.02 de 1.028 “big-bags”, adquiriu em 2002 e 2003 13.720 “bags”, e em 31/12/04 havia 350 “bags”, de modo que basta ter bom-senso para constatar que grande parte dos “bags” adquiridos saiu juntamente com a mercadoria industrializada, e por esta razão é legítimo o aproveitamento do crédito. Prossegue dizendo que, caso todos os “bags” retornassem, eles pertenceriam ao ativo permanente da empresa, e jamais se poderia ter tomado o crédito fiscal, porém isto não aconteceu, haja vista os números apresentados, porquanto foram consumidos no processo industrial 14.398 “bags”, e por essa razão a empresa faz jus à utilização do crédito correspondente. Requer a produção de todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente a juntada dos documentos originais mencionados e anexados por cópia [sic]. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte apenas. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que quando da ciência do Auto foram entregues ao sujeito passivo todas as peças que demonstram os débitos lançados. Quanto à alegação do autuado de que foram consumidos no processo industrial, nos exercícios de 2002 e 2003, 14.398 “bags” e por isso faz jus ao crédito do imposto, o fiscal contrapõe que os bens em questão podem ser reutilizados e empregados várias vezes para acondicionamento dos produtos, e isso contraria as regras do art. 93, § 1º, do RICMS. Assinala que se encontram apensadas às fls. 135 a 327 cópias de Notas Fiscais que provam a reutilização dos referidos bens. Observa que, nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de ilidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal. Opina pela manutenção da autuação em sua totalidade.

Na fase de instrução, esta Junta, ao analisar os demonstrativos fiscais, notando que, realmente, não consta que cópias dos mesmos tivessem sido entregues ao contribuinte, tendo o fiscal fornecido apenas o demonstrativo sintético às fls. 5/7, que é insuficiente para que o contribuinte compreendesse de que modo foram levantados os débitos, infringindo-se assim o mandamento do art. 46 do RPAF, determinou que os autos retornassem em diligência à repartição de origem para que, após a entrega das cópias dos demonstrativos fiscais, fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Cumprida a diligência, o contribuinte apresentou nova defesa, repetindo o que disse na peça anterior, palavra por palavra.

O fiscal autuante manifestou-se grifando que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais não implicam a nulidade do procedimento fiscal. Transcreve o § 1º do art. 18 do RPAF. Quanto à alegação do autuado de que foram consumidos no

processo industrial, nos exercícios de 2002 e 2003, 14.398 “bags” e por isso faz jus ao crédito do imposto, o fiscal contrapõe que os bens em questão podem ser reutilizados e empregados várias vezes para acondicionamento dos produtos, e isso contraria as regras do art. 93, § 1º, do RICMS. Observa que o autuado não juntou documentos ou relatórios fiscais e contábeis que possam comprovar as suas alegações, tais como, controles internos, livro de produção e estoque, etc. Aduz que se encontram apensadas às fls. 135 a 327 cópias de Notas Fiscais que provam a reutilização dos referidos “big-bags”. Opina pela manutenção da autuação em sua totalidade.

VOTO

Este Auto é composto de quatro itens. O autuado defendeu-se apenas do lançamento do item 1º.

O contribuinte questionou preliminarmente que não havia recebido toda a documentação que deu embasamento à autuação.

De fato, não consta que cópias dos demonstrativos fiscais tivessem sido entregues ao contribuinte, tendo o fiscal fornecido apenas o demonstrativo sintético às fls. 5/7, que é insuficiente para que o contribuinte compreendesse de que modo foram levantados os débitos, infringindo-se assim o mandamento do art. 46 do RPAF. Em face desse vício procedimental, foi determinado que os autos retornassem em diligência à repartição de origem para que, após a entrega das cópias dos demonstrativos fiscais, fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias). A diligência foi cumprida. Considero superada a preliminar suscitada.

O contribuinte tem razão ao alegar que o art. 93, I, “b”, do RICMS prevê o crédito do imposto relativo a materiais de embalagem. Porém o direito ao crédito está associado ao débito do imposto, em função do mecanismo da compensação, que se materializa assim: *a)* ao adquirir os materiais de embalagem, o contribuinte faz o registro do “crédito” do imposto em sua escrita fiscal e, na contabilidade, registra a compra como custo; *b)* tendo os materiais de embalagem composto o custo de produção das mercadorias, isso significa que, quando estas são vendidas, no preço de venda se encontra embutido aquele custo, com reflexos, por conseguinte, na base de cálculo do imposto a ser escriturado como “débito” na escrita fiscal; *c)* feita a compensação, ou seja, abatendo-se o crédito do débito do tributo, o contribuinte paga a diferença, haja vista que o ICMS é um tributo não cumulativo.

No presente caso, contudo, consta que os materiais de embalagem retornam ao estabelecimento para acondicionamento de outras mercadorias. Embora o contribuinte negue que isso ocorra, alegando que apenas haveria retorno de uns poucos materiais de embalagem, foram anexadas aos autos, às fls. 135 a 327, cópias de Notas Fiscais que provam a reutilização das embalagens.

Ora, se o material de embalagem empregado no acondicionamento dos produtos vendidos retorna depois ao estabelecimento fabricante dos produtos, isto significa que no preço dos produtos vendidos não foi incluído o custo do material de embalagem, ou seja, o material de embalagem apenas circulou fisicamente, porém não houve circulação nem econômica, nem jurídica, tanto assim que ele retorna ao estabelecimento vendedor. Noutras palavras, as operações mercantis com os produtos fabricados dizem respeito apenas às mercadorias, não fazendo parte das vendas os materiais de embalagem das mercadorias vendidas, de modo que as embalagens continuam pertencendo ao vendedor, tanto assim que a ele retornam. Desse modo, não há débito do imposto nas saídas das embalagens. Por conseguinte, se não há débito nas saídas, não pode haver crédito nas entradas.

Por esses comentários, quero assinalar a situação em que o material de embalagem constitui um produto intermediário (insumo), diferentemente da situação em que o material de embalagem é um bem do ativo imobilizado do estabelecimento. No primeiro caso, quando o material de embalagem integra o valor da operação mercantil, na condição de produto intermediário

(insumo), é legítimo o direito ao crédito, nos termos do art. 93, I, “b”, do RICMS. Por outro lado, quando o material de embalagem não integra o valor da operação mercantil porque retorna ao estabelecimento de origem para ser reutilizado outras vezes, tem ele a natureza de bem do ativo imobilizado, sendo igualmente previsto o direito ao crédito, porém sua utilização não pode ser feita de uma só vez, haja vista as regras dos §§ 11, 12 e 17 do art. 93 e do § 2º do art. 339 do RICMS.

É preocupante o fato de que, segundo a defesa, uma parte dos materiais de embalagem está sujeita a retorno, e outra parte, não. Não se pode admitir que o crédito fiscal seja utilizado sem um critério definido. A empresa deve estabelecer a forma como prefere operar: ou considerando os materiais de embalagem como insumos, ou dando-lhes o tratamento fiscal concernente aos bens do ativo imobilizado.

Faço o registro de que, a fim de evitar problemas na fiscalização de trânsito, o RICMS disciplinou as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem no art. 19. Deixo de aprofundar a análise desse dispositivo, pois o cerne da questão aqui é outro.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Os demais lançamentos não foram impugnados.

Consta nos autos que parte dos valores lançados já foi objeto de pedido de parcelamento. A repartição homologará os valores já pagos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278999.0006/07-4, lavrado contra **XILOLITE S.A.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$165.569,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2008

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR