



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. VIA ADEQUADA. SÚMULA 213 DO STJ.**

- É cabível mandado de segurança com o fim de declarar o direito à compensação tributária. Entendimento externado no enunciado da súmula 213, do Superior Tribunal de Justiça.

**ICMS. CREDITAMENTO. EMBALAGENS INDISPENSÁVEIS À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE.**

- O TJRS possui entendimento firme quanto à possibilidade de creditamento do imposto incidente na aquisição de materiais como bandejas de isopor, filmes plásticos e cartuchos de papel para embalar produtos in natura, porquanto indispensáveis à comercialização de bens perecíveis como carne, pão, frutas, legumes, dentre outros da mesma espécie.

- Caso em que a análise da atividade desenvolvida pela parte impetrante é suficiente à conclusão de que os materiais empregados para embalar ou acondicionar os produtos por ela comercializados, tais como embalagens plásticas, bandejas de isopor e papel filme, configuram insumos, isto é, constituem-se materiais utilizados na fase de acondicionamento do processo produtivo, restando desnecessária, portanto, qualquer outra prova para tanto.

**EXCLUSÃO DO CRÉDITO RELATIVO ÀS SACOLAS PLÁSTICAS.**

- "É indevido o creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de sacolas plásticas personalizadas. As sacolas plásticas oferecidas para auxiliar o transporte dos produtos adquiridos nos supermercados configuram uma facilidade posta à disposição do consumidor, sendo que essas embalagens não integram o produto final comercializado pelo estabelecimento e, portanto, não são indispensáveis ao exercício da sua atividade-fim" (AP 70070057989).

**APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**

APELAÇÃO REMESSA NECESSÁRIA

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

JUIZ(A) DE DIREITO

APRESENTANTE



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE

ELAIZE SILVA PEZZI & CIA LTDA

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso de apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA.**

Porto Alegre, 14 de setembro de 2017.

**DES.ª MARILENE BONZANINI,**

**Relatora.**

## RELATÓRIO

**DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)**

Adoto o relatório da sentença:

*ELAIZE SILVA PEZZI & CIA LTDA. impetrou MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR contra ato do DIRETOR DO DEPARTAMENTO DA RECEITA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disse atuar no ramo de supermercados, comercializando produtos que necessitavam de invólucros como "(...) embalagens, sacolas plásticas, bandejas especiais para acondicionamento, rolos e bobinas de plásticos para hortifruti, filmes plásticos dentre outros" (fl. 2). Na aquisição dos referidos materiais, o ICMS era destacado, gerando crédito para as operações seguintes. Assim, sustentou que possuía direito ao creditamento, afirmando que eram "(...) insumos agregados aos produtos sem os quais impossibilitariam suas*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*comercializações” (fl. 3). Contudo, a autoridade apontada como coatora não autorizava o creditamento. Desse modo, mencionando a Súmula n. 213 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), disse que poderia obter declaração do direito à compensação e aproveitamento do crédito fiscal, referindo decisões judiciais acerca da matéria. Pediu, então, inclusive em sede de liminar, fosse reconhecido o direito ao crédito do ICMS decorrente da aquisição de embalagens e insumos (bandejas plásticas, embalagens plásticas, sacolas plásticas, bobina, dentre outros) utilizados para acondicionar produtos comercializados, autorizando-se a compensação, respeitado o prazo prescricional de 5 anos.*

*Deferida a liminar e apensado o Mandado de Segurança n. 001/1.16.0089748-8 (fl. 73), informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora nas fls. 81/89. Em suma, alegou que: (a) a simples embalagem plástica não gerava direito ao crédito, pois não havia integração física à mercadoria vendida; (b) inexistia direito líquido e certo materializado em prova pré-constituída; (c) era inviável o pedido de compensação; (d) havia limitação temporal restringindo a vigência do artigo 20 da Lei Complementar (LC) n. 87/96, conforme artigo 33, inciso I, do referido diploma; (e) somente a embalagem de apresentação do produto a ser comercializado viabilizava adjudicação. Pleiteou o acolhimento das preliminares ou a denegação da ordem, com a cassação da liminar.*

*O Ministério Público opinou nas fls. 92/93.*

*O Estado do Rio Grande do Sul peticionou nas fls. 95/99, destacando, no essencial, o ressaltado nas informações prestadas, e postulou fosse intimado de todos os atos processuais.*

*Na sequência, houve petição da impetrante (fls. 101/102).*

Sobreveio decisão, concedendo a ordem para assegurar “à impetrante o direito de aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de sacolas plásticas e demais embalagens utilizadas no acondicionamento e comercialização dos produtos disponibilizados ao consumidor final, permitindo, ainda, a compensação dos créditos, respeitado o período anterior de 5 anos, contados da data de ajuizamento dos mandados de segurança (12/07/2016)”.

Nas razões recursais, defendeu que “somente é possível a adjudicação de crédito em relação às operações que envolverem a embalagem de apresentação do produto comercializado, ou seja, daquela que tem contato direto com o objeto adquirido pelo comprador, tendo em vista que, no entendimento do próprio Supremo Tribunal federal, o direito de crédito assegurado pela Constituição Federal é aquele que corresponde às mercadorias fisicamente integradas à mercadoria final”, aduzindo, em razão disso, ser necessário que as mercadorias estejam “fisicamente integradas ao processo produtivo”. Destacou, por conseguinte, que “a



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

simples embalagem plástica destinada ao auxílio no transporte dos produtos, principalmente sacolas plásticas, de uso atualmente desaconselhado dada a preocupação ecológica com a reciclagem e descarte desse tipo de material, não gera direito ao crédito postulado, pois não há integração física à mercadoria vendida”. Ainda, alegou que a hipótese dos autos envolve crédito físico, não cabendo o direito de crédito fiscal, ainda que se trate de mercadorias essenciais ao processo produtivo, de acordo com previsão constitucional (art. 155, II, §2º, I, CF). Apontou que o dispositivo de LC nº 138/10, em seu art. 33, I, que ampliou a previsão constitucional, entrará em vigência apenas em 1º de janeiro de 2020, sendo válido ainda o critério de crédito físico. Pediu provimento ao recurso para que seja denegada a segurança (fls. 110/118).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 120/128).

Remetidos os autos a este Tribunal, vieram conclusos, após distribuição por sorteio (fl. 130).

Instado, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação (fls. 131/134).

Registro que os procedimentos dispostos nos arts. 549, 551 e 552 do CPC e 931, 934 e 935 do NCPC foram observados, com a adoção do sistema informatizado de sessões por esta Corte.

É o relatório.

## V O T O S

### **DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)**

Colegas.

A impetrante, atuante no ramo de supermercados, pretende seja-lhe reconhecido o direito ao creditamento dos valores decorrentes do ICMS relativo à aquisição de embalagens, sacolas plásticas, bandejas especiais para acondicionamento, rolos e bobinas de plásticos para hortifruti, filmes plásticos, dentre outros.

Inicialmente, no que diz com a possibilidade de utilização do mandado de segurança para o fim de declarar o direito à compensação, registro que o Superior Tribunal



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

de Justiça possui entendimento uniforme no sentido do seu cabimento, do que é exemplo o EREsp 1.020.910/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado pelo PRIMEIRA SEÇÃO, em 26/05/2010, DJe 08/06/2010, cuja ementa reproduzo:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CABIMENTO DO WRIT PARA DECLARAR O DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.*

*1. Esta Corte já se pronunciou no sentido de se admitir a impetração de mandado de segurança com o fim de declarar o direito à compensação tributária e, não havendo discussão de valores, não se pode dizer que o provimento judicial estaria produzindo efeitos pretéritos. Precedentes: REsp 782.893/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007; EAg 387.556/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ de 9.5.2005.*

*2. Na hipótese, a impetração defende direito líquido e certo de o contribuinte proceder ao creditamento dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS, hipótese na qual a concessão da ordem vindicada irradiará efeitos patrimoniais para o futuro, e não para o passado, eis que apenas após a declaração do direito é que se concretizará o creditamento do ICMS, por força da decisão judicial.*

*Assim, o mandado de segurança tem natureza eminentemente declaratória, além de ter caráter preventivo, na medida em que se postula afastar a atuação do Fisco no pertinente à exigência de estorno do crédito de ICMS relativo às mercadorias que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas de produtos da cesta básica.*

*Portanto, impõe-se concluir que não se está utilizando o mandado de segurança como substitutiva da ação de cobrança, nem possui o provimento final efeito condenatório, o que afasta a aplicação das Súmulas 269 e 271, ambas do STF.*

*3. Cumpre salientar que, em recente julgado (EResp 727260 / SP, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe 23/03/2009), a Primeira Seção desta Corte consolidou posicionamento no sentido de que o creditamento de ICMS na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária".*

*4. Embargos de divergência providos".*

*(EResp 1020910/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 08/06/2010).*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

Aliás, o entendimento restou sedimentado na súmula 213, daquela Corte, que expressamente afirma que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Assim, sendo cabível a utilização do mandado de segurança de segurança para obter declaração do direito à compensação, avanço no exame do mérito.

A discussão posta cinge-se à possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS oriundos da aquisição de materiais destinados ao acondicionamento dos produtos vendidos no supermercado impetrante.

A possibilidade de creditamento dos valores referentes às embalagens, sacolas e afins tem como escopo a aplicação do princípio da não cumulatividade, sendo indispensável que estes sejam agregados ao bem cujo comércio constitui a atividade desenvolvida pelo contribuinte.

Tal princípio tem matriz constitucional:

*Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.*

*Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.*

Do dispositivo se infere que o sistema tributário exige regulamentação específica por parte do ente para que seja admitida a compensação, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte precedente, que bem retrata a posição daquele Tribunal:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO DECRETO ESTADUAL 5.154/2001. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA.*

*1. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

2. *Caso em que se discute a compensação de débitos tributários de ICMS com precatório judicial vencido e não pago (art. 78, § 2º, do ADCT).*

3. *É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que a compensação tributária, prevista no art. 170 do CTN, só poderá ser autorizada por lei que atribua à administração fazendária a prerrogativa de deferir ou não a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.*

4. *No Estado do Paraná o Decreto estadual 5.154/2001 exige inscrição na dívida ativa para compensação de crédito.*

5. *Cabe à Administração Pública, por meio de lei, determinar as condições para compensação. O Poder Judiciário não pode invadir a esfera daquela e declarar se existe possibilidade de compensação.*

6. *Agravo Regimental não provido.*

*(EDcl no AgRg no Ag 1303056/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJE 02/02/2011).*

No caso do Estado do Rio Grande do Sul, há a Lei 8.820/89, cujo art. 27 assim dispõe:

*Art. 27 - O Poder Executivo poderá, nas condições previstas em regulamento, autorizar a compensação de créditos tributários, inclusive acréscimos legais: (Redação dada pelo art. 1º da Lei 10.908, de 30/12/96. (DOE 31/12/96) - Efeitos a partir de 01/11/96).*

*I - lançados ou não, com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública; (Redação dada pelo art. 1º da Lei 10.908, de 30/12/96. (DOE 31/12/96) - Efeitos a partir de 01/11/96).*

*II - lançados, com saldo credor do contribuinte, a qualquer título, existente no término do período de apuração imediatamente anterior ao do pedido de compensação e ainda não utilizado. (Redação dada pelo art. 1º da Lei 10.908, de 30/12/96. (DOE 31/12/96) - Efeitos a partir de 01/11/96).*

Pertinente analisar a questão considerando os fundamentos constitucionais do tributo em questão (art. 155, §2º, I), relevando-se a previsão de que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

A previsão constitucional, por si só, diferencia a sistemática da compensação em relação ao ICMS, constituindo a não-cumulatividade do tributo em direito fundamental individual do contribuinte.

Neste aspecto, este Egrégio TJRS já se pronunciou reiteradamente quanto à possibilidade de creditamento do imposto incidente na aquisição de materiais como bandejas de isopor, filmes plásticos e cartuchos de papel para embalar produtos *in natura*, porquanto indispensáveis à comercialização de bens perecíveis como carne, pão, frutas e legumes, dentre outros da mesma espécie.

É o que se infere dos seguintes julgados:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE EMBALAGENS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. Os insumos integram o produto final a ser entregue ao consumidor, gerando, portanto, direito ao aproveitamento do crédito fiscal relativo ao ICMS. Embalagens que não podem ser consideradas, de forma alguma, como destinadas ao uso e consumo do estabelecimento ou, ainda, como pertencentes ao ativo permanente da empresa - uma vez que integram o produto final. Precedentes do TJRS. Viável pedido de compensação do crédito tributário em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula 213 do STJ. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70066627209, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 24/11/2015)*

*APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CREDITAMENTO. EMBALAGENS PLÁSTICAS QUE SE AGREGAM COMO INSUMOS AO PRODUTO FINAL. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 213 DO STJ. EXCEÇÃO. SACOLAS PLÁSTICAS. MERA FACILIDADE EM BENEFÍCIO DO CLIENTE. 1. O material das embalagens dos produtos comercializados pelo supermercado, quando integra o produto final, pode ensejar aproveitamento de crédito fiscal de ICMS. 2. Em sede de mandado de segurança, a teor da Súmula nº 213 do STJ, afigura-se possível assentar o direito ao creditamento do montante indevidamente recolhido para fins de compensação (observado o prazo prescricional quinquenal). 3. As sacolas plásticas, que não são indispensáveis à comercialização dos produtos e mercadorias, senão que mera facilidade para o seu transporte, não autorizam o creditamento, ponto em que vai reformada a sentença, mantida quanto aos demais materiais. 4. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO DO ESTADO. A declaração de*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*inconstitucionalidade da Lei 13.471/10 impede a imposição ao Estado do pagamento de custas processuais. Lei Estadual nº 8.121/85. Excetuadas as despesas de reembolso. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70062803416, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 11/11/2015)*

De mais a mais, a análise da atividade desenvolvida pela parte impetrante é suficiente à conclusão de que os materiais empregados para embalar ou acondicionar os produtos por ela comercializados nos setores de açougue, padaria, friamberia e hortifrutigranjeiros, tais como embalagens plásticas, bandejas de isopor e papel filme, configuram insumos, isto é, constituem-se materiais utilizados na fase de acondicionamento do processo produtivo, restando desnecessária, portanto, qualquer outra prova para tanto.

É possível, inclusive, que a declaração obtida no *mandamus* alcance créditos anteriores à impetração, desde que observado o prazo prescricional quinquenal para tanto, retroativo à data da propositura da ação.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ICMS. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DIFERIMENTO. PEDIDO DECLARATÓRIO DO DIREITO AO CREDITAMENTO. SÚMULA 213/STJ. APONTADAS IRREGULARIDADES NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO VALOR DO FRETE COM BASE NO ART. 13, § 1º, INCISO II, B, DA LC 87/96. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. VENDA INFERIOR AO VALOR DA PAUTA FISCAL. DEVOLUÇÃO DESCABIDA. ADI 1.851/AL. CREDITAMENTO EM DECORRÊNCIA DA EVAPORAÇÃO DA GASOLINA. IMPOSSIBILIDADE. FENÔMENO NATURAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DO TRIBUTO INCIDENTE SOBRE O ÁLCOOL ANIDRO POR DIFERIMENTO. OFENSA AO ART. 128 DO CTN E CREDITAMENTO DO ICMS INCIDENTE NA CADEIA DE PRODUÇÃO DO ÁLCOOL (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE). FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.*

*1. Hipótese em que o recorrente, Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes no Rio Grande do Sul, impetrou mandado de segurança coletivo a fim de assegurar aos seus filiados o creditamento de ICMS decorrente de supostas*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

*irregularidades levadas a efeito pela Administração tributária no concernente à base de cálculo desse imposto nas operações envolvendo o comércio de combustíveis.*

**2. A Primeira Seção decidiu que "o creditamento na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ, 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'" (REsp 727.260/SP, de minha relatoria, DJ 23/3/2009). A declaração eventualmente obtida no provimento mandamental possibilita, também, o aproveitamento de créditos anteriores ao ajuizamento da impetração, desde que não atingidos pela prescrição.**

3. (...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.

(REsp 1122126/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, Dje 01/07/2010)

Portanto, no caso, tal como reconheceu a magistrada, “o ato de utilização de invólucros plásticos está diretamente relacionado à atividade comercial exercida pela impetrante, configurando-se como insumo, visto que, sem a embalagem, fica naturalmente inviabilizado o acondicionamento das mercadorias comercializadas”, mostrando-se cabível, em razão disso, o aproveitamento do crédito de ICMS no que se refere a tais embalagens, não prosperando a tese recursal do Estado quanto ao ponto.

Por outro lado, em relação ao pedido de creditamento relativo às sacolas plásticas, porque não podem ser consideradas insumos necessários para a atividade, pois não integrante do produto final comercializado, a sentença merece reparo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado pela inviabilidade de creditamento, a exemplo do seguinte precedente, que bem retrata a orientação daquele Tribunal:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC INEXISTENTE. ICMS. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRODUTO INTERMEDIÁRIO. ESSENCIALIDADE. BEM DE CONSUMO OU USO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. LEGITIMIDADE. SACOLAS PLÁSTICAS.*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*PRODUTO PRESCINDÍVEL E DESPROVIDO DE ESSENCIALIDADE À ATIVIDADE EMPRESARIAL. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ.*

*1. Não há a alegada violação dos arts. 458 e 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou a questão do direito de creditamento de ICMS.*

*2. As razões recursais envolvem tema de índole eminentemente constitucional - princípio da não cumulatividade -, o que torna inviável sua apreciação por esta Corte, em especial quando embasada na alegação de violação aos arts. 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/96, que reproduzem comando da Carta Magna (art. 155, § 2º, I). Precedentes.*

*3. Outrossim, segundo se observa dos fundamentos que serviram de base para a Corte de origem apreciar a controvérsia acerca da inexistência de creditamento de ICMS sobre as sacolas plásticas, o tema foi dirimido no âmbito local (Decreto Estadual n. 43.080/2002 - RICMS/2002), de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial. Súmula 280/STF.*

*4. Ainda que superado os óbices já elencados, a agravante não faria jus ao creditamento pleiteado. Isto porque o direito de crédito somente é assegurado aos produtos intermediários que sejam efetivamente empregados no processo de industrialização, mostrando-se imprescindíveis à atividade empresarial. REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/8/2010, DJe 20/08/2010; AgRg no RESP 139.996/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/4/2002, DJ 12/8/2002 p. 166; RESP 235.324/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/2/2000, DJ 13/3/2000 p. 163; AgRg no AG 438.945/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 3/2/2003 p. 284, REPDJ 31/3/2003 p. 156.*

*5. Aos demais bens adquiridos ao uso ou consumo do estabelecimento somente poderão gerar créditos quando superada a limitação temporal prevista no art. 33 do normativo complementar. AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; RMS 37.329/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 31/10/2012.*

**6. Nos contornos delineados pela Corte de origem, somente é possível classificar as alegadas "sacolas plásticas" como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não têm essencialidade na atividade empresarial da contribuinte, sendo inclusive, prescindíveis, pois configuram mero regalo posto à disposição dos consumidores.**



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*7. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador frente às circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual incabível a revisão em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.*

*8. O afastamento do óbice apontado somente é possível quando a verba honorária é fixada em patamar exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu na espécie.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp 1393151/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).*

No mesmo sentido, o entendimento deste Colegiado, como retrata o seguinte precedente:

*APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS Á EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTA E BASE DE CÁLCULO REDUZIDAS PARA REFEIÇÕES PRONTAS. CABIMENTO. BIS IN IDEM. CRÉDITO QUE JÁ FOI OBJETO DE OUTRO AUTO DE LANÇAMENTO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA. OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS REFERENTES À AQUISIÇÃO DE SACOLAS PLÁSTICAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA DE 120% PARA 100%. POSIÇÃO FIRMADA NO STF. I) Na hipótese de imposto sujeito a lançamento por homologação, aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do CTN quando o contribuinte efetua o pagamento antecipado do tributo, ainda que a menor. Transcorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador relativamente ao período de 01/01/2006 a 04/12/2011, evidente a ocorrência da decadência. II) No caso, verifica-se a cobrança de ICMS em duplicidade, bem como ocorrência da coisa julgada material, no tocante ao diferencial de alíquota exigido para o alimentos prontos, por já ter sido objeto do auto de lançamento nº 11694408 (CDA nº 12/02492), que amparou a execução fiscal nº 001/112.0037166-7. A matéria tratada, envolvendo as mesmas partes e correspondente ao mesmo período exigido pelo Fisco, já foi julgado no âmbito desta Corte. Não fosse por isso, a atividade da embargante de fornecer refeições prontas para o consumo produzidas no próprio estabelecimento é atividade similar àquela realizada por "bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e empresas preparadoras de refeições coletivas", não havendo razão para se conceder tratamento diferenciado entre os referidos estabelecimentos e os supermercados, quando realizada esta mesma atividade. Portanto, a embargante sujeita-se à*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*alíquota de 12%, conforme o art. 12 da Lei Estadual nº 8.820/89 c/c art. 27, V, Livro I, do RICMS, vigentes à época do fato gerador do imposto. Da mesma forma, a base de cálculo é reduzida para 60%, conforme o art. 23, VI, Livro I, também do RICMS. III) É indevido o creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de sacolas plásticas personalizadas. As sacolas plásticas oferecidas para auxiliar o transporte dos produtos adquiridos nos supermercados configuram uma facilidade posta posta à disposição do consumidor, sendo que essas embalagens não integram o produto final comercializado pelo estabelecimento e, portanto, não são indispensáveis ao exercício da sua atividade-fim. Tratando-se de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, é inviável o creditamento pretendido, pois o art. 33, inciso I, da LC nº 87/96 postergou o direito ao crédito, que será concedido somente a partir de janeiro de 2020. Precedentes do STJ e desta Corte. IV) A multa de 120%, devida por infração material qualificada, prevista no art. 9º, III da Lei nº 6.537/73, deve ser reduzida para 100%, uma vez que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que são c fixadas em patamar superior a 100% do valor do tributo devido. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70070057989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 15/12/2016)*

*REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CREDITAMENTO. SACOLAS PLÁSTICAS. O pedido deduzido no mandado de segurança é a declaração do direito à compensação de um crédito tributário, via eleita que está respaldada na Súmula n. 213 do STJ e no entendimento daquela Corte Superior de que é possível a natureza declaratória do mandamus. Preliminar de não cabimento do mandado de segurança repelida. O creditamento/compensação de créditos tributários tem essência constitucional e há autorização na legislação infraconstitucional para tanto. Contudo, o direito de creditamento do ICMS pago anteriormente somente exsurge quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização. Precedentes do STJ. As sacolas plásticas não se agregam ao produto final e representam uma opção do comerciante para facilitar o trânsito das mercadorias adquiridas pelo seu cliente e que poderiam ser substituídas facilmente por outros invólucros. Caso em que não se caracteriza como insumo para admitir o creditamento e posterior compensação do ICMS. APELO PROVIDO. JULGARAM PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70070690433, Vigésima Primeira Câmara Cível,*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

*Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo,  
Julgado em 26/10/2016)*

Do primeiro precedente citado, de relatoria do Des. Francisco José Mesch, extrai-se o seguinte fundamento relativo as sacolas plásticas, que adoto como razões de decidir, *in verbis*:

(...)

*As sacolas plásticas oferecidas para auxiliar o transporte dos produtos adquiridos no supermercado configuram uma facilidade posta à disposição do consumidor, sendo que essas embalagens não integram o produto final comercializado pelo estabelecimento e, portanto, não são indispensáveis ao exercício da sua atividade-fim.*

*O Des. Marcelo Bandeira Pereira, quando do julgamento da AC nº 70062803416, fez uma adequada distinção entre “as embalagens que são indispensáveis à comercialização de determinados produtos, que se agregam como produto final, das embalagens (sacolas plásticas) que visam à comodidade e facilidade oferecidas pelo estabelecimento.”*

*Ao contrário das embalagens para acondicionamento, que envolvem individualmente os próprios produtos vendidos pelo estabelecimento, as sacolas plásticas personalizadas não fazem parte do processo de industrialização dessas mercadorias, o que afasta o direito ao crédito de ICMS.*

*Há precedente do Superior Tribunal de Justiça afastando a essencialidade da utilização das sacolas plásticas no exercício da atividade empresarial, consignando serem, inclusive, dispensáveis, por configurarem mero regalo posto à disposição dos consumidores:*

**“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC INEXISTENTE. ICMS. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRODUTO INTERMEDIÁRIO. ESSENCIALIDADE. BEM DE CONSUMO OU USO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. LEGITIMIDADE. SACOLAS PLÁSTICAS. PRODUTO PRESCINDÍVEL E DESPROVIDO DE ESSENCIALIDADE À ATIVIDADE EMPRESARIAL. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há a alegada violação dos arts. 458 e 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou a questão do direito de creditamento de ICMS. 2. As razões recursais envolvem tema de índole eminentemente constitucional - princípio da não cumulatividade -, o que torna inviável sua apreciação por esta Corte, em**



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*especial quando embasada na alegação de violação aos arts. 19 e 20 da Lei Complementar n.*

*87/96, que reproduzem comando da Carta Magna (art. 155, § 2º, I). Precedentes. 3. Outrossim, segundo se observa dos fundamentos que serviram de base para a Corte de origem apreciar a controvérsia acerca da inexistência de creditamento de ICMS sobre as sacolas plásticas, o tema foi dirimido no âmbito local (Decreto Estadual n. 43.080/2002 - RICMS/2002), de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial. Súmula 280/STF. 4. Ainda que superado os óbices já elencados, a agravante não faria jus ao creditamento pleiteado. Isto porque o direito de crédito somente é assegurado aos produtos intermediários que sejam efetivamente empregados no processo de industrialização, mostrando-se imprescindíveis à atividade empresarial. REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/8/2010, DJe 20/08/2010; AgRg no RESP 139.996/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/4/2002, DJ 12/8/2002 p. 166; RESP 235.324/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/2/2000, DJ 13/3/2000 p. 163; AgRg no AG 438.945/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 3/2/2003 p. 284, REPDJ 31/3/2003 p. 156. 5. Aos demais bens adquiridos ao uso ou consumo do estabelecimento somente poderão gerar créditos quando superada a limitação temporal prevista no art. 33 do normativo complementar. AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; RMS 37.329/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 31/10/2012.*

***6. Nos contornos delineados pela Corte de origem, somente é possível classificar as alegadas "sacolas plásticas" como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não têm essencialidade na atividade empresarial da contribuinte, sendo inclusive, prescindíveis, pois configuram mero regalo posto à disposição dos consumidores. 7. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador frente às circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual incabível a revisão em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 8. O afastamento do óbice apontado somente é possível quando a verba honorária é fixada em patamar exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu na espécie. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1393151/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014) (grifou-se)***



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

*E ainda:*

**“RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.851 - MG (2013/0041715-6) RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S) RECORRENTE : DMA DISTRIBUIDORA S/A ADVOGADOS : VINICIO KALID ANTÔNIO E OUTRO(S) VIVIANE ARAÚJO DE AGUIAR E OUTRO(S) THIAGO LUIZ BARBOSA ROCHA E OUTRO(S) RECORRIDO : OS MESMOS PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS. ICMS. SACOLAS PLÁSTICAS. DIREITO DE CREDITAMENTO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. TRIBUTO SUJEITO A HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. RECURSOS ESPECIAIS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recursos especiais interpostos por DMA Distribuidora S/A e pelo Estado de Minas Gerais, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça Mineiro, assim ementado (fl. 485): TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DO DEVEDOR - ICMS - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS - DECADÊNCIA- TERMO INICIAL - DATA DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - ART. 150, § 4º, DO CTN - PRECEDENTES DO STJ. SEGUNDA APELAÇÃO DESPROVIDA. - Na sistemática do lançamento por homologação, está pacificado na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual à luz do disposto no art. 150, § 4º, do CTN, decorrido o prazo de cinco anos desde a ocorrência do fato gerador, sem que a homologação do pagamento tenha sido expressamente realizada, não apenas aperfeiçoa-se a homologação tácita, como também a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo a qualquer diferença entre o valor antecipado pelo sujeito passivo e aquele que a Administração Tributária entende como correto. - A regra geral de decadência prevista no art. 173, I, do CTN, que fixa como termo inicial de contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação tem aplicação limitada às hipóteses em que não há pagamento antecipado pelo contribuinte, ou em que o pagamento antecipado é feito com dolo, fraude, ou simulação. Recurso desprovido. EMBARGOS DEVEDOR - CREDITAMENTO DE ICMS - SACOLAS PLÁSTICAS - MATERIAL DE EMBALAGEM - NÃO**



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*CONFIGURAÇÃO - BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO DA SOCIEDADE - IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CREDITO DE ICMS. – Conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a Lei Complementar nº 87/96, Lei Kandir, inovou a técnica da não cumulatividade até então adotada pelo Convênio 66/88, por ela revogado, assegurando aos contribuintes o crédito decorrente da entrada de bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento. - Quanto aos bens destinados ao uso e consumo, houve limitação temporal para o exercício do direito de crédito, que, atualmente, com a edição da Lei Complementar 138/2010, foi postergado para 1º de Janeiro de 2020. - As mercadorias adquiridas pela apelante - sacolas plásticas - não podem ser consideradas insumos, porquanto não integram o produto final comercializado.- Não há comprovação de que os bens em comento tenham se agregado às mercadorias vendidas, qualificando-se como material de embalagem, e possibilitando o aproveitamento do crédito do ICMS pretendido, nos termos do inciso V do art. 66 do RICMS/2002. - Recurso desprovido. Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 519. No apelo especial, DMA Distribuidora S/A alega violação dos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, e 19 da Lei Complementar 87/96. Para tanto afirma que: a) a Corte local não se manifestou sobre pontos importantes para o deslinde da controvérsia, em especial acerca da afronta ao artigo 110 do CTN; b) deve ser assegurado à recorrente o aproveitamento de créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de aquisição de sacolas plásticas, uma vez que estas são cedidas à clientela na embalagem final dos produtos adquiridos em seus estabelecimentos, circunstância que as caracteriza como material de embalagem e não como bens de uso e consumo; c) inexistente vedação legal ao creditamento de ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de sacolas plásticas. O Estado de Minas Gerais, por sua vez, além de dissídio jurisprudencial, sustenta que "considerando a ausência de um fato gerador específico, assim como da data determinada da sua ocorrência, não há como ser aplicado o disposto no § 4º, do art. 150, do CTN, ao caso dos autos. Aplica-se, sim, o art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Como o recolhimento a menor ocorreu a partir do exercício de 2003, o prazo decadencial, a teor do art. 173, I, do CTN, somente se iniciou em janeiro de 2004, findando em 31/12/2008. Como a notificação do lançamento se deu em 19/12/2008, conforme consignado no próprio acórdão recorrido, não há que se falar em decadência" (fl. 585). Contrarrazões apresentadas*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

*por DMA Distribuidora S/A às fls. 645-660 e pelo Estado de Minas Gerais às fls. 662-673. Juízo positivo de admissibilidade às fls. 691-697 e 824. É o relatório. Passo a decidir. Análise, inicialmente, o recurso especial interposto por DMA Distribuidora S/A, o qual não merece prosperar. De início, afasta-se a alegada violação dos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados, manifestou-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente. Quanto ao mérito, colhe-se do acórdão a quo a seguinte fundamentação (fls. 497-504): [...] A matéria discutida nos presentes embargos diz respeito à existência (ou não) do direito da DMA Distribuidora S.A. aproveitar os créditos de ICMS relativos a aquisição de sacolas plásticas. Ao entendimento do Fisco, tal produto não gera o direito de crédito, pois é evidente que não há integração ao produto final, diante da constatação de que a primeira apelante é um supermercado, que não industrializa e/ou produz qualquer produto que pudesse integrar-se às sacolas plásticas, ao passo que, no entendimento do contribuinte, a aquisição de tal produto gera direito de crédito de ICMS, aos termos do art. 66, V, 'a', do RICMS/2002, porquanto consistem as sacolas plásticas em material de embalagem, revelando-se verdadeiros insumos, na medida em que integram o produto final vendido pela primeira apelante, seja física ou economicamente (custo da mercadoria). [...] Na hipótese específica dos autos, cumpre avaliar em qual categoria se enquadra o produto sacolas plásticas, para fins de verificar a possibilidade ou não de aproveitamento de ICMS. Evidentemente, não se trata de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento, aliás, como reconhece a própria apelante DMA Distribuidora S.A. Cumpre verificar, pois, se as sacolas plásticas em comento consistem em insumos, capazes de gerarem o já mencionado crédito físico, por integrarem fisicamente o novo produto, ou se as mesmas consistem em bens de uso e consumo incapazes de autorizar o creditamento de ICMS, diante da limitação temporal supramencionada. Neste particular, sustenta a primeira apelante que o fundamento legal para o aproveitamento do crédito de ICMS decorrente da aquisição das sacolas plásticas estaria no art. 66, V do RICMS de 2002, verbis: "Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente: (...) V - a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, para emprego*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que: a) incluem-se na embalagem todos os elementos que a componham, a protejam ou lhe assegurem a resistência; b) são compreendidos entre as matérias-primas e os produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição;" Data máxima venia, descabe à recorrente conferir novos contornos à classificação de insumos, para justificar o aproveitamento do crédito. Segundo o Dicionário Houaiss, diz-se de insumos, 'cada um dos elementos (matéria-prima, equipamentos, capital, horas de trabalho etc.) necessários para produzir mercadorias ou serviços'. E, no meu entender, as sacolas plásticas em questão não se amoldam a tal conceito, consistindo em mera comodidade oferecida aos consumidores. Tampouco pode se afirmar que as sacolas plásticas possam ser consideradas como material de embalagem, pois não há nos autos nenhuma prova de que as mesmas seriam da essência do acondicionamento do produto. Não desconheço que existem hipóteses em que se admite a possibilidade de que bens da natureza daqueles considerados no caso em espeque - sacolas plásticas - venham a incorporar-se a determinados bens, como embalagens primárias. Todavia, frise-se, in casu, não existe comprovação de que os bens em comento tenham se agregado às mercadorias vendidas, qualificando-se como material de embalagem, e possibilitando o aproveitamento do crédito do ICMS pretendido, nos termos do inciso V do art. 66 do RICMS/2002. [...] Ante todo exposto, parece-me certo que a presunção de liquidez e certeza da CDA não foi ilidida, prevalecendo, pois, que as sacolas plásticas adquiridas pela DMA Distribuidora S.A. consistem em mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, às quais não é autorizado o aproveitamento de crédito de ICMS, nos termos da fundamentação supra.[...] Conforme de observa, o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia atinente ao creditamento de ICMS com enfoque na legislação local (RICMS/2002), o que atrai o óbice da Súmula 280/STF. (...) 4. Ainda que superado os óbices já elencados, a agravante não faria jus ao creditamento pleiteado. Isto porque o direito de crédito somente é assegurado aos produtos intermediários que sejam efetivamente empregados no processo de industrialização, mostrando-se imprescindíveis à atividade empresarial. REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/8/2010, DJe 20/08/2010; AgRg no RESP 139.996/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/4/2002, DJ 12/8/2002 p. 166; RESP 235.324/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/2/2000, DJ 13/3/2000 p. 163; AgRg no AG*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

**438.945/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 3/2/2003 p. 284, REPDJ 31/3/2003 p. 156. 5. Aos demais bens adquiridos ao uso ou consumo do estabelecimento somente poderão gerar créditos quando superada a limitação temporal prevista no art. 33 do normativo complementar. AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; RMS 37.329/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 31/10/2012. 6. Nos contornos delineados pela Corte de origem, somente é possível classificar as alegadas "sacolas plásticas" como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não têm essencialidade na atividade empresarial da contribuinte, sendo inclusive, prescindíveis, pois configuram mero regalo posto à disposição dos consumidores. 7. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador frente às circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual incabível a revisão em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 8. O afastamento do óbice apontado somente é possível quando a verba honorária é fixada em patamar exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu na espécie. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.393.151/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/12/2014). Outrossim, para infirmar a conclusão do acórdão recorrido alusiva à ausência de comprovação de que as sacolas plásticas tenham se agregado às mercadorias vendidas, qualificando-se como material de embalagem, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que enseja a aplicação da Súmula 7/STJ. [...] Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento aos recursos especiais. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 29 de junho de 2015. Ministro BENEDITO GONÇALVES Relator (Ministro BENEDITO GONÇALVES, 04/08/2015)" (grifou-se)**

Oportuno citar os seguintes precedentes desta Corte, que se alinham no mesmo sentido:

**TRIBUTÁRIO. ICMS. SACOLAS PLÁSTICAS. PERSONALIZADAS OU NÃO. OPÇÃO MERCADOLÓGICA.** As sacolas plásticas, personalizadas ou não, usualmente utilizadas por estabelecimentos comerciais, correspondem a nítida opção mercadológica, ausente nexó de indispensabilidade, descabido aproveitamento de crédito tributário. **EMBALAGENS. ICMS E CREDITAMENTO. CABIMENTO.** Há de se assegurar direito ao aproveitamento do crédito de ICMS relativamente a mercadorias



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*efetivamente empregadas pela impetrante na embalagem de suas mercadorias, uma vez evidenciada a sua indispensabilidade para consumação da própria materialização da venda. (Apelação Cível Nº 70071658900, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 23/11/2016)*

*REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CREDITAMENTO. SACOLAS PLÁSTICAS. O pedido deduzido no mandado de segurança é a declaração do direito à compensação de um crédito tributário, via eleita que está respaldada na Súmula n. 213 do STJ e no entendimento daquela Corte Superior de que é possível a natureza declaratória do mandamus. Preliminar de não cabimento do mandado de segurança repelida. O creditamento/compensação de créditos tributários tem essência constitucional e há autorização na legislação infraconstitucional para tanto. **Contudo, o direito de creditamento do ICMS pago anteriormente somente exsurge quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização. Precedentes do STJ. As sacolas plásticas não se agregam ao produto final e representam uma opção do comerciante para facilitar o trânsito das mercadorias adquiridas pelo seu cliente e que poderiam ser substituídas facilmente por outros invólucros. Caso em que não se caracteriza como insumo para admitir o creditamento e posterior compensação do ICMS.** APELO PROVIDO. JULGARAM PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70070690433, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 26/10/2016)*

*APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CREDITAMENTO. EMBALAGENS PLÁSTICAS QUE SE AGREGAM COMO INSUMOS AO PRODUTO FINAL. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 213 DO STJ. EXCEÇÃO. SACOLAS PLÁSTICAS. MERA FACILIDADE EM BENEFÍCIO DO CLIENTE. 1. O material das embalagens dos produtos comercializados pelo supermercado, quando integra o produto final, pode ensejar aproveitamento de crédito fiscal de ICMS. 2. Em sede de mandado de segurança, a teor da Súmula nº 213 do STJ, afigura-se possível assentar o direito ao creditamento do montante indevidamente recolhido para fins de compensação (observado o prazo prescricional quinquenal). 3. **As sacolas plásticas, que não são indispensáveis à comercialização dos produtos e mercadorias, senão que mera facilidade para o seu transporte, não autorizam o creditamento, ponto em que vai reformada a sentença, mantida quanto aos demais materiais.** 4. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO DO ESTADO. A declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.471/10 impede a imposição ao Estado do pagamento de custas processuais. Lei Estadual nº 8.121/85. Excetuadas as despesas de reembolso. APELAÇÃO PARCIALMENTE*



MB

Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70071012777, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 28/09/2016)*

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. DESACOLHIMENTO. A *apelação, cujas razões atacam os fundamentos da sentença, atende o disposto no art. 514, II, do CPC. ICMS. CREDITAMENTO. EMBALAGENS PARA COMERCIALIZAÇÃO E ACONDICIONAMENTO DE PRODUTOS. ITENS GENÉRICOS, SEM ESPECIFICAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. O Mandado de Segurança exige prova pré-constituída, condição de verificação do direito líquido e certo. A dilação probatória é incompatível com a natureza da ação constitucional, não se concedendo a segurança caso não vislumbrado o direito de plano. Caso em que a discussão demanda dilação probatória, não havendo como verificar se os itens genericamente arrolados pela impetrante na sua inicial têm, ou não, natureza de embalagem para acondicionamento de produtos a serem comercializados, de modo a integrá-los para fins de creditamento. Não se pode afirmar, ainda, que serão efetivamente empregados na embalagem de produtos, podendo inclusive serem utilizados como produto final nas prateleiras do estabelecimento comercial, compondo, assim, o ativo permanente da empresa na qualidade de bens de uso e consumo. O acolhimento da pretensão, nos termos em que proposta, equivaleria à concessão de um alvará genérico em favor da impetrante, por meio do qual poderia valer-se de creditamentos aleatórios sobre a aquisição de produtos inespecíficos. SACOLAS PLÁSTICAS. ITEM DE COMODIDADE OFERECIDO AO CONSUMIDOR QUE NÃO INTEGRA PRODUTO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. As sacolas plásticas constituem mera facilidade ofertada ao consumidor para o transporte da mercadoria, não se afigurando indispensáveis à comercialização, o que desautoriza o creditamento. Precedentes do STJ e do TJRS. Sentença extintiva do processo mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70067639609, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 25/08/2016)**

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. CREDITAMENTO. SUPERMERCADO. SACOLAS PLÁSTICAS PARA TRANSPORTE DE PRODUTOS. BEM NÃO ESSENCIAL. MERA FACILIDADE EM BENEFÍCIO DO CLIENTE. DISTINÇÃO DOS INVÓLUCROS INDISPENSÁVEIS À COMERCIALIZAÇÃO DE DETERMINADOS PRODUTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. Para fins de assunção de competência, na forma da lei, devem ser conjugados os fatores relevante questão de direito, grande repercussão social e não haver repetição em múltiplos*



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

*processos. Não se configura relevância na questão de direito, com grande repercussão social, sendo a argumentação relativa à repercussão meramente econômica. E diversamente do sustentado, há julgado do STJ com entendimento contrário à tese que defende a embargante, e que foi adotado no acórdão. **SACOLAS PLÁSTICAS. CREDITAMENTO. As sacolas plásticas personalizadas fornecidas aos clientes para acondicionar e transportar as mercadorias não geram o aproveitamento de crédito do ICMS. Conforme enfrentado no acórdão embargado, não são elas indispensáveis à comercialização de seus produtos, tratando-se de mera comodidade oferecida pelo estabelecimento aos clientes. O plástico que envolve o pão, frutas, frios, carne e outros produtos do tipo, é essencial para o seu acondicionamento, constituindo insumo, o que gera direito ao creditamento de ICMS, distintamente das sacolas plásticas fornecidas para o transporte destes mesmos produtos, embalados previamente, e de todos os demais que são comercializados no estabelecimento. Nas palavras do STJ, "somente é possível classificar as alegadas sacolas plásticas como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não têm essencialidade na atividade empresarial da contribuinte, sendo inclusive, prescindíveis, pois configuram mero regalo posto à disposição dos consumidores."** Prequestionamento do art. 110 do CTN realizado. Inexistência dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70070525373, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 17/08/2016)*

(...)

Ademais, as sacolas, na grande maioria das vezes, têm sido utilizadas como veículo de propaganda por conterem o logotipo do estabelecimento comercial.

Portanto, quanto às sacolas plásticas, descabe o creditamento pretendido, motivo pelo qual reformo a sentença, no ponto.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação.

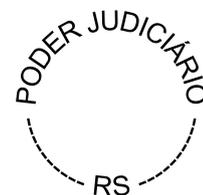
**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH** - Presidente - Apelação Remessa Necessária nº 70074531989, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MB  
Nº 70074531989 (Nº CNJ: 0217313-87.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: LEANDRO FIGUEIRA MARTINS