

VOTO-VISTA VENCEDOR

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda.
2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.
3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.
4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.
5. Embargos de divergência em Recurso especial não providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Antes de desenvolver meus argumentos, esclareço que tenho conhecimento de que esta Primeira Seção já julgou a matéria no bojo dos EREsp. nº 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014. Naquela ocasião, onde o julgado se deu por uma maioria de 5 votos a 3 votos, não pude proferir voto pois estive ausente da sessão onde efetivadas as sustentações orais. De modo que não foi ali possível defender a posição que assumi em vários precedentes da Segunda Turma no sentido da legalidade da incidência da exação, os quais cito para exemplo: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Por tudo isso é que faço questão de agora, em sede de recurso representativo da controvérsia, marcar minha posição a respeito do tema.

Examino.

As empresas importadoras objetivam a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que lhes obrigue a recolher o Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI quando da revenda para o mercado nacional das mercadorias que importaram, ao fundamento de que a incidência do referido tributo somente poderia se dar quando do desembaraço aduaneiro (importação), pois se tratam de produtos já acabados e prontos para o consumo, não se justificando uma nova tributação na saída do estabelecimento comercial para os varejistas, já que ali não houve nenhuma industrialização.

Sobre esses argumentos teço algumas considerações.

Efetivamente, o fato de o nomen juris do tributo ser "Imposto sobre Produtos Industrializados" não significa que seu fato gerador esteja necessariamente atrelado a uma imediata operação de industrialização. A este respeito, rememoro que o IPI, antes da Emenda Constitucional n. 18/65 e do Decreto-Lei n. 34/66, denominava-se "Imposto de Consumo", e assim o era porque seu ônus econômico era e é suportado pelo consumidor e em suas origens incidia sobre bens de consumo. O fato de o tributo incidir sobre o produto industrializado significa somente que é necessário e relevante que essa operação de industrialização em algum momento tenha ocorrido, pois a circulação que se tributa é de um produto industrializado, mas não que ela tenha que ocorrer simultaneamente a cada vez que se realize uma hipótese de incidência do tributo (fato gerador). Por todos, transcrevo as lições de Ricardo Lobo Torres e Fábio Fanucchi, in verbis:

Tanto que industrializado o produto, aqui ou no estrangeiro, a sua circulação, seja pela saída econômico-jurídica do estabelecimento industrial, seja pela arrematação em leilão, seja pelo desembaraço aduaneiro, constitui fato gerador do IPI (TORRES, R. L. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, vol. IV - Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 174).

O fato gerador do tributo é instantâneo (...). Cada desembaraço aduaneiro, cada saída de produto de estabelecimento contribuinte e cada produto arrematado em leilão, faz nascer uma obrigação tributária distinta (FANUCCHI, F. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: IBET/Resenha Tributária, 1986. vol. II, p. 129).

À toda evidência, quando se está a falar da importação de produtos, a primeira incidência do IPI encontra guarida no art. 46, I, do CTN, que assim define o fato gerador:

Lei n. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

[...]

Veja-se que para essa hipótese de incidência não há a necessidade de operação de industrialização imediatamente associada ao desembaraço aduaneiro. Até porque o produto pode ser adquirido do exterior depois de ter trafegado pelas mãos de vários intermediários, sejam ou não industriais produtores. O que importa aqui é que em algum momento tenha havido a industrialização (produto industrializado) e não que ela ocorra imediatamente antes da operação que leva ao desembaraço.

Essa mesma lógica subsiste quando se tributa "o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os fornece a estabelecimento industrial ou equiparado a industrial", ou "o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados", pois nesses dois casos também não há atividade de industrialização desenvolvida pelos contribuintes. Transcrevo:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

[...]

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

[...]

Não foge a esta linha a segunda incidência do tributo sobre o importador, no momento em que promove a saída do produto do seu estabelecimento a título de revenda, veja-se:

Lei n. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

[...]

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

[...]

Art. 51. [...]

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

Ora, muito embora existam respeitadas posições com contrário, tudo isso demonstra que a tese de que somente é contribuinte do IPI quem participa do processo de industrialização, ou de que cada incidência do IPI deve estar atrelada a uma nova operação de industrialização específica é, com todo o respeito, completamente descabida, sob o ponto de vista infraconstitucional, que limita o exame da matéria por esta Corte.

O problema então merece outra abordagem.

O certo é que, na letra da Lei n. 4.502/64, o "Imposto de Consumo" tinha duas hipóteses de incidência clássicas a depender de onde se dava a produção do bem industrializado:

Se ocorrida a produção no exterior, o fato gerador era o desembaraço aduaneiro (art. 2º, I, da Lei n. 4.502/64);

Se ocorrida a produção no Brasil, o fato gerador era a saída do estabelecimento produtor (art. 2º, II, da Lei n. 4.502/64).

Tal levava a crer que se a produção fosse no exterior não se dava o fato gerador na saída do estabelecimento produtor, pois não se podia compor uma norma de incidência cruzada. Transcrevo a Lei n. 4.502/64, in litteris:

Art. 2º Constitui fato gerador do impôsto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

II - quanto aos de produção nacional, a saída do respectivo estabelecimento produtor.

[...]

Com o advento do IPI na Lei n. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN, essa discriminação tomou novos contornos, pois não foi repetida a regra contida no art. 2º, II, da Lei n. 4.502/64 que limitou o critério temporal "saída" apenas para os produtos de produção nacional. Sendo assim, a lei permitiu que também os produtos de procedência estrangeira estejam sujeitos novamente ao fato gerador do imposto quando da saída do estabelecimento produtor ou equiparado. Veja-se:

Lei n. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

[...]

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

[...]

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

De ver que essa autorização é perfeitamente compatível com o art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, que equipara os importadores a estabelecimento produtor, isto porque o próprio art. 51, II, do CTN, admitiu a equiparação. Transcrevo os dois dispositivos:

Lei n. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

[...]

Lei n. 4.502/64

Art. 4º Equiparam-se a estabelecimento produtor, para todos os efeitos desta Lei:

I - os importadores e os arrematantes de produtos de procedência estrangeira;

[...]

Outrossim, legislação mais recente estabeleceu a referida equiparação entre estabelecimento industrial e os estabelecimentos atacadistas ou varejistas que adquirem produtos de procedência estrangeira. A saber:

Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001

Art. 79. Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Lei n. 11.281/2006

Art. 13. Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por encomenda ou por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Desta forma, seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda.

Interpretando esse conjunto de dispositivos legais, o atual Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - RIPI/2010 (Decreto n. 7.212/2010), assim estabeleceu:

Estabelecimentos Equiparados a Industrial

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

I - os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que derem saída a esses produtos (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso I);

[...]

Hipóteses de Ocorrência

Art. 35. Fato gerador do imposto é (Lei nº 4.502, de 1964, art. 2º):

[...]

II - a saída de produto do estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial.

[...]

Desse modo, não vejo qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006, tudo com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

Também observo que essa incidência do IPI:

a) não se caracteriza como bis in idem, dupla tributação ou bitributação, isto porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora;

b) não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do

imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

Nessa linha, data vênua, considero equivocado o precedente firmado pela Primeira Turma no REsp. n. 841.269 - BA, Rel. Min. Francisco Falcão, in verbis:

EMPRESA IMPORTADORA. FATO GERADOR DO IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO.

I - O fato gerador do IPI, nos termos do artigo 46 do CTN, ocorre alternativamente na saída do produto do estabelecimento; no desembaraço aduaneiro ou na arrematação em leilão.

II - Tratando-se de empresa importadora o fato gerador ocorre no desembaraço aduaneiro, não sendo viável nova cobrança do IPI na saída do produto quando de sua comercialização, ante a vedação ao fenômeno da bitributação.

III - Recurso especial provido (REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006).

No precedente criticado, considerou o Relator Min. Francisco Falcão que a indicação constante da parte final do inciso II do artigo 46 do CTN ("saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51") não atingiria a hipótese descrita no inciso I, específica para o produto de procedência estrangeira. Essa linha de pensar encontra guarida em notáveis doutrinadores, tendo inclusive Aliomar Baleeiro (in BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 343) considerado que o art. 46, II, do CTN, cometeu "falha técnica" ao invocar o parágrafo único do art. 51 do mesmo diploma.

No entanto, não é possível superar a letra da lei invocando mera impropriedade técnica e, como já o vimos, a linha de argumentação que impedia a nova incidência para produtos provenientes do exterior somente fazia sentido durante a vigência da Lei n. 4.502/64, que vinculava a hipótese de incidência ao local de produção do bem. Essa argumentação foi, portanto, superada pelo advento do CTN e pela legislação posterior (art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006).

Quanto ao argumento da bitributação também utilizado naquele acórdão, também já ressaltamos que não ocorre dada a duplicidade de fatos geradores.

Do mesmo modo, quanto à tão falada questão da bitributação entre o IPI e o ICMS na revenda interna do produto importado. Nesse ponto, esclareço que a Lei Kandir (LC N. 87/96) admite hipóteses expressas de bitributação entre o IPI e o ICMS. O art. 13, §2º estabelece que o valor do IPI não integra a base de cálculo do ICMS toda a vez que a operação configurar fato gerador de ambos os impostos. Ou, seja, a lei permite a bitributação, mas minora seus efeitos ao retirar o IPI da base de cálculo do ICMS. Essa regra é uma mera reprodução do disposto no art. 155, §2º, XI, da CF/88 que parte do pressuposto justamente da possibilidade de se bitributar pelo IPI e pelo ICMS. Tal não transforma, de modo algum, o IPI em ICMS, ou cria o chamado "ICMS Federal", dada as competências tributárias distintas das exações.

Insisto que a CF/88 não veda a bitributação entre as duas exações, o exemplo clássico é a sua incidência dupla (IPI e ICMS) na importação (até quádrupla, se considerarmos o PIS/COFINS na importação e a CIDE - importação), tudo em situações perfeitamente autorizadas pela Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, renovando vênias ao eminente Ministro-Relator, NEGO PROVIMENTO aos presentes embargos de divergência em recurso especial.

É como voto.