



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria e Estratégia da Representação Judicial e
Administrativa Tributária
Coordenação-Geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional

Nota SEI nº 60/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF

Documento público. Ausência de sigilo.

Análise de inclusão de tema em lista de dispensa.
IPI na hipótese de roubo ou furto de mercadoria antes da efetiva entrega ao comprador.
Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Portaria PGFN nº 502/2016.
Processo SEI nº 10951.104604/2018-76

I

A Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região – PRFN 1ª Região encaminha, por intermédio de *e-mail* s/n, de 18 de outubro de 2017, à Coordenação de Atuação Judicial perante o Superior Tribunal de Justiça – CASTJ questionamento acerca da possibilidade de reversão de entendimento firmado pelo STJ acerca do tema “IPI na hipótese de roubo ou furto de mercadoria antes da entrega ao comprador”, tendo em vista a existência de precedentes favoráveis ao contribuinte na Primeira e Segunda Turma da Corte Superior de Justiça.

II

2. Em resposta ao questionamento formulado pela PRFN 1ª Região, a CASTJ, também por meio de *e-mail*, datado de 18 de outubro de 2017, informou que a jurisprudência do STJ é uníssona em desfavor da Fazenda Nacional, acreditando-se ser baixíssima a chance de reversão. Ademais, acrescentou que, como há julgados de ambas as Turmas do STJ, seria possível a aplicação da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016¹, ao presente caso.

3. Em seguida, o expediente foi encaminhado à Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD para exame da viabilidade de inclusão do tema em lista de dispensa de contestar e de recorrer.

4. Por fim, relata-se que, em reunião realizada em agosto/2018 com a CASTJ, fora reiterado o entendimento de difícil reversão da posição firmada pelo STJ sobre o tema ora em análise.

5. Feito o breve relato acima, passa-se ao exame da matéria.

III

6. Especificamente sobre o tema objeto da presente consulta, não há, no âmbito do STJ, um grande quantitativo de acórdãos sobre o assunto. Porém, nos julgados pesquisados, a posição atual firmada é contrária à tese defendida, em juízo, pela Fazenda Nacional, entendendo a Corte de Justiça que a mera saída de mercadoria do estabelecimento comercial ou a ele equiparado não caracteriza, por si só, a ocorrência do fato gerador do IPI, fazendo-se necessária a efetivação da operação mercantil. Veja o disposto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. IPI. FATO GERADOR. MOMENTO TEMPORAL. FURTO/ROUBO. TRADIÇÃO. CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA SUBJETIVA. EXAÇÃO INDEVIDA.

1. **A empresa ajuizou Ação Ordinária com o intuito de anular lançamentos de IPI sobre mercadorias (cigarros) destinadas à exportação que foram furtadas. O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal Regional Federal.**

2. (...)

3. **Em relação ao mérito, esta Turma se posicionara inicialmente no sentido de que "o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98". (REsp 734.403/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.10.2010). Nessa oportunidade, fiquei vencido ao lado do Eminentíssimo Ministro Castro Meira, cujas considerações ali feitas motivaram aqui maior reflexão sobre a justiça de onerar o contribuinte com tributação que não corresponde ao proveito decorrente da operação. Tais observações prevalecem nos seguintes termos:**

4. **O fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.**

5. **Não se pode confundir o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.**

6. **A antecipação do elemento temporal criada por ficção legal não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, que é presumida e pode ser contraposta em caso de furto, roubo, perecimento da coisa ou desistência do comprador.**

7. **A obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo definitiva nos termos dos arts. 116, II, e 117 do CTN. Não há razão para tratar, de forma diferenciada, a desistência do comprador e o furto ou o roubo da mercadoria, dado que em todos eles a realização do negócio jurídico base foi frustrada.**

8. **O furto ou o roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõem o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não cumulatividade. Do contrário, além da perda da mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal.**

9. **Desarrazoado entender que a parte que tem a mercadoria roubada deva suportar prejuízo decorrente de déficit da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolher o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação. Quando há proveito econômico, não se recolhe tributo. Quando não há, o pagamento é indevido? Tratar-se-ia de afirmação kafkiana.**

10. **O furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, já não se avista o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não confisco.**

11. Recurso Especial provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): **A empresa ajuizou Ação Ordinária com o intuito de anular lançamentos de IPI sobre mercadorias (cigarros) destinadas à exportação que foram furtadas. O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal Regional Federal nos termos de acórdão assim ementado:**

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE. IPI. MERCADORIA DESTINADA À EXPORTAÇÃO. I. A CF/88 dispõe que faz jus à imunidade de IPI o produto destinado à exportação (art. 153, § 3º, inciso III). II. Ocorre o fato gerador do IPI com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial e para que incida a imunidade prevista constitucionalmente, o mínimo que se exige e que seja efetivamente exportada. III. Não demonstrada a saída da mercadoria do território nacional não se configura hipótese constitucional para a imunidade que dispensaria o recolhimento devido. IV. Ademais, a Lei nº 9.532, de 10/12/97, prevê o pagamento da exação em tela nos casos de extravio ou roubo, incidindo a responsabilidade do pagamento sobre o exportador. V. Apelação improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (e-STJ, fl. 433-437).

Nas razões do Recurso Especial, a recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC; dos arts. 46, 47, 51, 105, 110 e 116 do CTN; dos arts. 620, 1.122, 1.127 e 1.627 do Código Civil; e do art. 12, § 3º, da Lei 7.789/1989. Defende, em síntese, que a mera saída física do produto do estabelecimento comercial não é suficiente para constituir fato gerador do IPI, sendo necessária a efetivação da entrega ao adquirente, que no caso não ocorreu em razão de furto.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 569-577).

A recorrente reitera, em memoriais, os argumentos constantes do Recurso Especial, de que a simples saída física do produto do estabelecimento não é suficiente para caracterizar o fato gerador do IPI. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

(...)

Em relação ao mérito, esta Turma se posicionara inicialmente no sentido de que "o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98. O prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido" (REsp 734.403/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/10/2010).

Naquela oportunidade manifestei minha contrariedade em relação ao tema ao

acompanhar o Eminentíssimo Ministro Castro Meira em posição até então vencida. A matéria é novamente trazida a debate. Boa oportunidade para maior reflexão sobre a justiça de onerar o contribuinte com tributação que não corresponde com o proveito decorrente da operação.

No âmbito do direito tributário, a saída do produto do estabelecimento industrial materializa o fato gerador antes do possível furto ou roubo do produto. Contudo, tal premissa não justifica a exação, conforme bem sintetizado pelo eminentíssimo Ministro Castro Meira em voto vencido prolatado no REsp 734.403/RS:

a) o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados;

Aduz que não se pode confundir "o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados".

O sistema nacional, valendo-se da presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega da mercadoria ao comprador, antecipou o elemento temporal do fato gerador do IPI para a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado (art. 46, II, do CTN).

A antecipação do elemento temporal criada por ficção legal não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, que é presumida e pode ser contraposta em caso de furto, roubo, perecimento da coisa ou desistência do comprador.

O raciocínio é alcançado após menção aos profícuos ensinamentos de Geraldo Ataliba, Cleber Giardino, Eduardo Domingos Bottallo, Leandro Paulsen, Misabel Derzi, Rubens Gomes de Sousa, Pêrsio de Oliveira Lima, Alberto Xavier, Paulo de Barros Carvalho, inclusive com menção ao direito comparado.

b) a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo, portanto, definitiva nos termos dos arts. 116, II e 117 do CTN;

Fixada essa premissa, não haveria fundamento para tratar, de forma diferenciada, a desistência do comprador e o furto ou o roubo da mercadoria, dado que em todos eles a realização do negócio jurídico base foi frustrada. Em qualquer um deles a obrigação está sujeita a condição resolutória. Bem aplicados, portanto, os dispositivos mencionados, com a seguinte redação:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...) II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados: (...) II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

As conclusões foram fundadas nas lições de Alberto Xavier, Guilherme Cezaroti e Humberto Ávila, que trabalham o conceito de frustração de operações e seus efeitos sobre a tributação.

c) o furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Do contrário, além da perda da

mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal; e

O raciocínio propõe uma solução à situação kafkiana já mencionada, na qual a parte tem a mercadoria roubada, suporta o prejuízo decorrente de déficit da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolhe o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação.

O recolhimento derivaria então de uma "circulação interna" provocada por ato ilícito (roubo) para o qual contribuiu indiretamente o Estado, por meio de falha de segurança pública.

Em miúdos, quando há proveito econômico, não se recolhe tributo. Quando não há, o pagamento é indevido. Tal raciocínio me parece inadequado.

(d) o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

Em palavras já utilizadas, o furto faz desaparecer a presunção de riqueza (signos presuntivos de riqueza) e sua relação com a capacidade contributiva subjetiva, (que não se confunde com capacidade contributiva objetiva ou capacidade econômica).

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

(STJ, REsp nº 1.203.236/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 21/06/2012) (grifou-se)

7. Para melhor compreensão da matéria, importante examinar outros julgados sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - IPI - FATO GERADOR - ROUBO DE MERCADORIA - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - NECESSIDADE DE EFETIVA OPERAÇÃO MERCANTIL - RECURSO PROVIDO -

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. **A mera saída de mercadoria do estabelecimento comercial ou a ele equiparado não caracteriza, por si só, a ocorrência do fato gerador do IPI, fazendo-se necessária a efetivação de operação mercantil, à luz do que dispõe o art. 46, II, do CTN, c/c o art. 153, §3º, II, da CF/88.**

3. **Mudança de entendimento da Segunda Turma (REsp 1203236/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 30/08/2012)**

3. **Hipótese em que a mercadoria foi objeto de roubo após saída do estabelecimento comercial.**

4. Recurso especial parcialmente provido.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: – Trata-se de recurso especial (fls. 348/386) interposto por PHILIP MORRIS BRASIL S/A com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo TRF 4ª REGIÃO, assim ementado (fls. 248/253):

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL FISCAL. FATO GERADOR. IPI. SAÍDA DA MERCADORIA. SUBTRAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. INDIFERENÇA. 1. O fato gerador do IPI ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto nos artigos 46, II e 51 do Código Tributário Nacional. 2. A Lei é indiferente se o contribuinte teve ou não proveito econômico com a mercadoria, sendo bastante que se caracterize o fato gerador. 3. Inexistindo previsão legal que ampare o procedimento adotado pela embargante, merece ser mantida a exigência fiscal. (TRF4, AC 2008.71.11.000508-1, Segunda Turma, Relatora Luciane Amaral Corrêa Munch, D.E. 03/06/2009) (fl. 322)

(...)

É o relatório

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): – **Tem-se na origem embargos ajuizados pela PHILIP MORRIS BRASIL S/A em face da UNIÃO (Fazenda Nacional), com a finalidade de desconstituir o título executivo que embasa a execução fiscal n. 2008.71.11.000508-1/RS, cujo objeto corresponde à cobrança de créditos tributários de IPI relativos a cargas de cigarros roubadas após saída do estabelecimento comercial, ao argumento da não ocorrência do fato gerador, por não ter havido a formalização de uma operação mercantil.**

(...)

No mérito temos para exame a questão quanto à possibilidade de se considerar ocorrido o fato gerador do IPI apenas com saída da mercadoria do estabelecimento comercial, desconsiderando a formalização de uma operação mercantil.

O legislador, quando da edição de lei para a instituição de um tributo, deve atentar para a adequada indicação dos critérios da regra matriz de incidência tributária, entre eles os critérios material e temporal.

O critério material corresponde ao fato social sobre qual incidirá a norma tributária. Já o critério temporal corresponde ao momento, no tempo, que essa norma incidirá sobre aquele fato social, dando origem à obrigação tributária cujo objeto é próprio tributo.

Na situação objeto de análise a Fazenda Nacional considerou ocorrido o fato gerador do IPI no momento em que as mercadorias produzidas pelo recorrente saíram do estabelecimento comercial, isto com fundamento no art. 46 do Código Tributário Nacional abaixo transcrito:

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;

Ocorre que, da análise sistemática desse dispositivo e do art. 153, §3º, inc. II, da Constituição Federal (§ 3º - O imposto previsto no inciso IV: II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores), tem-se que o fato gerador do IPI não é simplesmente a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Este seria apenas o momento (critério temporal) da incidência da norma sobre a hipótese fática indicada pelo legislador constituinte (critério material), qual seja, a realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

Assim, não se pode confundir o critério temporal (momento para a incidência da norma) com o próprio fato gerador do tributo, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

Desta forma, não merece prosperar a constituição do crédito tributário referente ao IPI incidente sobre a saída de mercadorias de estabelecimento comercial ou a ele

equiparado, mas não comercializadas, como por exemplo, as mercadorias roubadas ou furtadas, fato que impede a realização de uma operação mercantil.

A questão aqui colocada já foi apreciada em duas outras oportunidades. Na primeira esta Segunda Turma posicionou-se no sentido de que "o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade industrial do produtor", e se "roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98", isto ao fundamento de que o "prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido" (REsp 734.403/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/10/2010).

Na oportunidade acompanhei o relator, restando vencido o Ministro Castro Meira.

Mais recentemente veio a turma a se pronunciar, mudando de entendimento para considerar que a mera saída de mercadoria de estabelecimento comercial, sem a consequente operação mercantil, é situação fática insuficiente para caracterizar ocorrido o fato gerador o IPI.

(...)

Penitencio-me nesta oportunidade para dizer que está corrento o novo entendimento da turma, ao interpretar de forma sistemática os dispositivos que descrevem o fato gerador do IPI.

Fica portanto prejudicada a análise de suposta ofensa ao art. 398 do CPC.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para declarar a nulidade do crédito tributário objeto de cobrança na execução fiscal n. 2008.71.11.000242-0.

Em consequência, condeno a parte ré ao pagamento de honorários, que ora fixo em 5 % (cinco por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º do CPC. É o voto.

(STJ, REsp nº 1.184.354/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 03/03/2013) (grifou-se)

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. FURTO/ROUBO DE MERCADORIAS. IPI. FATO GERADOR. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. **Não configura fato gerador de IPI a mera saída de mercadoria de estabelecimento comercial, sem a consequente operação mercantil, na hipótese em que as mercadorias são roubadas antes da entrega ao comprador.** Precedentes: REsp 1.203.236/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/8/2012 e REsp 1184354/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 3/6/2013.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno fundado no Novo CPC/2015, interposto pela Fazenda Nacional desafiando decisão que deu provimento ao recurso especial de Souza Cruz S.A., para reconhecer a não-ocorrência do fato gerador do IPI na hipótese em que as mercadorias são roubadas antes da entrega ao comprador.

O agravante, em suas razões, sustenta que: (I) o recurso especial não poderia ter sido provido por decisão monocrática, visto que há no STJ "entendimento contrário, em que se reconhece como devido o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre produto final objeto de roubo, após a saída destes do estabelecimento, e que o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor" (fl. 702), fazendo referência ao REsp 734.403/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/10/2010; e (II) "a simples saída do produto final do estabelecimento é a situação definida em lei (pelo artigo 46 do CTN) como necessária e suficiente à configuração do fato gerador do IPI (artigo 114 do CTN); a saída do produto final do estabelecimento é o

fato e a própria circunstância material necessária à produção dos efeitos do fato gerador, qual seja, a incidência do IPI (artigo 116 do CTN)" (fl. 703).

Aberta vista ao agravado, Souza Cruz S.A. manifestou-se pela manutenção da decisão agravada, asserindo que: (I) "a prolação de decisão monocrática, em casos que tais, tem previsão no artigo 34, inciso XVIII, alínea "c", do RISTJ, o qual é taxativo ao permitir que o Relator proveja, monocraticamente, o recurso especial, quando o acórdão recorrido encontrar-se em confronto com a jurisprudência dominante desta C. Corte" (fl. 710); (II) "a Agravante deveria ter mencionado que o entendimento contido naquele julgado já foi superado pela 2ª Turma, conforme reconhecido expressamente no julgamento do Recurso Especial nº 1.184.354/RS" (fl. 712); além do que "o Ministro Relator do precedente citado pela Agravante em seu agravo interno, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.184.354/RJ se curvou ao entendimento então consolidado sobre a matéria e acompanhou o voto da Relatora neste último julgado, que foi decidido por unanimidade" (fl. 713); (...)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

(...)

Com efeito, conforme bem pontuado pela parte agravada, o entendimento espelhado no REsp 734.403/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/10/2010, apontado pela agravante como dissonante à linha perseguida no decisum alvejado, restou superado no âmbito desta Corte Superior, como mesmo destacado na ementa do REsp 1184354/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 3/6/2013, um dos precedentes colacionados na decisão agravada.

A fim de que não parem quaisquer dúvidas a respeito, convém transcrever trecho do voto condutor do referido precedente (REsp 1184354/RS), bastante esclarecedor:

(...)

Assim, como antes demonstrado, não subsiste o argumento da parte agravante de que o recurso especial não poderia ter sido provido por decisão monocrática, alegando existir no STJ "entendimento contrário, em que se reconhece como devido o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre produto final objeto de roubo, após a saída destes do estabelecimento, e que o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor" (fl. 702), fazendo referência ao REsp 734.403/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/10/2010.

Ressalte-se, por oportuno, que, recentemente, a Corte Especial editou o enunciado sumular nº 568/STJ, pelo qual: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema", exatamente essa a hipótese dos autos, em que o STJ expressamente se manifestou sobre a superação do entendimento anterior, defendido pela agravante, passando a adotar o posicionamento estampado no decisum objurgado.

Assim, perfeitamente possível a solução da contenda pela via monocrática, haja vista que fundada no hodierno posicionamento do STJ sobre o tema.

Por outro lado, em relação à tese defendida pela agravante, qual seja, a de que "a simples saída do produto final do estabelecimento é a situação definida em lei (pelo artigo 46 do CTN) como necessária e suficiente à configuração do fato gerador do IPI (artigo 114 do CTN); a saída do produto final do estabelecimento é o fato e a própria circunstância material necessária à produção dos efeitos do fato gerador, qual seja, a incidência do IPI (artigo 116 do CTN)" (fl. 703), calha destacar trecho do voto do Em. Ministro Herman Benjamin, no REsp 1203236/RJ, mencionado alhures:

(...)

Como se vê, a tese defendida pela parte agravante já restou expressamente refutada por este Tribunal Superior, não havendo, pois, reparos a se fazer na decisão agravada.

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto. (grifou-se)

(STJ, AgInt no REsp nº 1.190.231/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 17/08/2016) (grifou-se)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. JULGAMENTO COLEGIADO, EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. PREJUDICIALIDADE DE EVENTUAL VÍCIO, ADVINDO DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO. IPI. FURTO OU ROUBO DE MERCADORIAS, ANTES DA ENTREGA AO COMPRADOR. NÃO CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. (...)

II. De acordo com o entendimento desta Corte, não deve incidir IPI sobre a venda de produtos, na hipótese de roubo ou furto da mercadoria, antes da entrega ao comprador, porquanto não configurado o fator gerador, com a conclusão da operação mercantil. Precedentes: STJ, AgInt no REsp 1.190.231/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/08/2016; REsp 1.184.354/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/06/2013; REsp 1.203.236/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2012.

III. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES(Relatora): Não merece censura a decisão ora agravada.

De início, cumpre registrar que, na origem, **trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por PHILIP MORRIS BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e filiais, em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTA CRUZ DO SUL/RS, com o objetivo de reconhecimento da inexistência do IPI sobre produtos industrializados e comercializados pelas impetrantes, que tenham sido objeto de furto ou roubo ocorrido após a saída das mercadorias dos estabelecimentos das fabricantes, e antes da entrega ao comércio varejista.**

(...)

No caso dos autos, a questão ora controvertida possui entendimento dominante, na Segunda Turma desta Corte, fato esse que autoriza a apreciação monocrática do Recurso Especial.

Nesse ponto, anote-se que o precedente da Segunda Turma desta Corte, citado nas razões do Agravo interno, a fim de demonstrar a inexistência de entendimento pacífico sobre o tema, e segundo o qual o IPI deve incidir, ainda que roubada a mercadoria após a saída do estabelecimento produtor – REsp 734.403/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – foi publicado em 06/10/2010, ao passo que os precedentes utilizados como fundamento para o improvido do Recurso Especial – REsp 1.184.354/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON e REsp 1.203.236/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN –, foram publicados, respectivamente, em 03/06/2013 e 30/06/2012, ou seja, posteriormente ao julgado citado pela ora agravante.

(...)

Melhor sorte não assiste à parte recorrente, em relação ao mérito da demanda.

Na esteira da jurisprudência firmada nesta Corte, não deve incidir IPI sobre a venda de produtos, na hipótese de roubo ou furto da mercadoria, antes da entrega ao comprador, porquanto não configurado o fator gerador, consistente na conclusão da operação mercantil.

Com efeito, apesar de a legislação prever, como critério temporal para incidência do IPI, a saída do produto do estabelecimento industrial (art. 46, II, do CTN), esta não configura o fato gerador da exação, mas apenas o momento temporal da hipótese de incidência, uma vez que o aspecto material do fato gerador é a operação de transferência da propriedade ou posse dos produtos industrializados.

Sendo assim, a ocorrência do fato gerador do IPI, que é presumida, no momento da saída da mercadoria, por ficção legal, para fins de controle tributário, não se realiza, nos casos de roubo ou furto da mercadoria, antes de sua entrega ao adquirente, uma vez que não concretizada a operação mercantil.

Nesse sentido, os precedentes já citados na decisão ora agravada:

(...)

Este entendimento foi sufragado, recentemente, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. FURTO/ROUBO DE MERCADORIAS. IPI. FATO GERADOR. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Não configura fato gerador de IPI a mera saída de mercadoria de estabelecimento comercial, sem a consequente operação mercantil, na hipótese em que as mercadorias são roubadas antes da entrega ao comprador. Precedentes: REsp 1.203.236/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/8/2012 e REsp 1184354/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 3/6/2013. 2. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no REsp 1.190.231/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/08/2016).

Assim, não tendo a parte agravante logrado êxito em infirmar os fundamentos que nortearam a decisão ora agravada, impõe-se a sua manutenção, em todos os seus termos.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.552.257/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 22/11/2016) (grifou-se)

8. Ademais, insta mencionar a decisão monocrática proferida no AREsp nº 1.220.141/ES (Rel. Min. Assusete Magalhães – DJe 12/04/2018) e o acórdão de recurso repetitivo firmado no REsp nº 1.125.133/SP (Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/09/2010 – tema 259) que, embora versem sobre tributo diferente (ICMS) do aqui analisado, trazem solução com linha de raciocínio semelhante à acima adotada.

9. Da leitura dos julgados supratranscritos, constata-se que a posição outrora firmada pelo STJ no REsp nº 734.403/RS (o roubo ou furto de mercadoria é risco inerente à atividade do industrial produtor, assim, se roubados os produtos depois da saída do estabelecimento comercial – implementação do fato gerador do IPI – deve haver a tributação), restou superada no âmbito da Corte Superior de Justiça. Desse modo, é firme o entendimento atual de que o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Este seria apenas o momento (critério temporal) da incidência da norma sobre a hipótese fática indicada pelo legislador constituinte (critério material), qual seja, a realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados. Nesse sentido, a mera saída de mercadoria do estabelecimento comercial ou a ele equiparado não caracteriza, por si só, a ocorrência do fato gerador do IPI, fazendo-se necessária a efetivação de operação mercantil, à luz do que dispõe o art. 46, inciso II, do CTN², c/c o art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal³, o

que não ocorre nos casos de roubo ou furto.

10. No tocante à discussão da matéria no Supremo Tribunal Federal – STF, destaca-se que a questão não ostenta contornos constitucionais ([RE 799.160 AgR/RS](#)), o que inviabiliza a sua submissão, via recurso extraordinário, à apreciação da Suprema Corte.

11. Com efeito, considerando a pacificação da jurisprudência no STJ e a consequente inviabilidade de reversão do entendimento desfavorável à União, o tema ora apreciado enquadra-se na previsão do art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016⁴, que dispensa a apresentação de contestação, o oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, em temas sobre os quais exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

12. Desse modo, sugere-se a inclusão de novo tema no item 1.20 (IPI) da lista relativa ao art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, nos seguintes termos:

f) IPI. Roubo ou furto de mercadoria antes da efetiva entrega ao comprador.

Resumo: A mera saída de mercadoria do estabelecimento comercial ou a ele equiparado não caracteriza, por si só, a ocorrência do fato gerador do IPI, fazendo-se necessária a efetivação de operação mercantil, o que não acontece nos casos de roubo ou furto.

Precedentes: REsp nº 1.203.236/RJ, REsp nº 1.184.354/RS, AgInt no REsp nº 1.190.231/RJ e AgInt no REsp nº 1.552.257/RS

Referência: Nota PGFN/CRJ/Nº XXX/2018.

Data da inclusão: XX/XX/2018.

IV

13. São essas as considerações que esta Coordenação reputa úteis acerca da matéria trazida para análise, sugerindo-se, em caso de aprovação, ampla divulgação à carreira de Procurador da Fazenda Nacional e inclusão do tema na Lista de Dispensa do art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016.

14. Recomenda-se, ainda, o encaminhamento de cópia da presente Nota à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB para manifestação preliminar à proposição de edição de ato declaratório e à Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região – PRFN 1ª Região para ciência.

À consideração superior.

LORETTA PAZ SAMPAIO

Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

FILIPPE AGUIAR DE BARROS

Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

Aprovo. Encaminhe-se conforme sugerido.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Estratégia da Representação Judicial e Administrativa
Tributária

1. Revoga as Portarias PGFN Nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio de 2015 e o item 3.8, coluna “múltiplas assinaturas (item 3.6.5)”, (sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN ° 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional.

2. 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.

3. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

(...)

4. Art. 2º Sem prejuízo do disposto no artigo precedente, fica dispensada a apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, interposição de recursos, bem como recomendada a desistência dos já interpostos, nas seguintes hipóteses:

(...)

VII - tema sobre o qual exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional;

(...)



Documento assinado eletronicamente por **Loretta Paz Sampaio, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 15/09/2018, às 09:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Filipe Aguiar de Barros, Coordenador(a)-Geral da Representação Judicial**, em 15/09/2018, às 14:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Claudio Xavier Seelfelder Filho, Procurador(a)-Geral Adjunto(a) da PGACET**, em 17/09/2018, às 13:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1151439** e o código CRC **EDA64E62**.
