



---

**Súmula n. 491**



---

**SÚMULA N. 491**

---

É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

**Referência:**

LEP, art. 112.

**Precedentes:**

HC	84.302-SP	(5ª T, 19.03.2009 – DJe 13.04.2009)
HC	112.138-SP	(5ª T, 19.08.2009 – DJe 13.10.2009)
HC	136.856-SP	(5ª T, 04.02.2010 – DJe 08.03.2010)
HC	153.478-SP	(5ª T, 11.05.2010 – DJe 07.06.2010)
HC	157.861-SP	(5ª T, 27.05.2010 – DJe 02.08.2010)
HC	191.223-SP	(5ª T, 1º.03.2012 – DJe 08.03.2012)
HC	46.478-PR	(6ª T, 26.04.2007 – DJe 04.08.2008)
HC	151.268-PR	(6ª T, 20.04.2010 – DJe 10.05.2010)
HC	168.588-SP	(6ª T, 14.12.2010 – DJe 1º.02.2011)
HC	175.477-SP	(6ª T, 15.02.2011 – DJe 09.03.2011)
HC	<b>173.668-SP</b>	<b>(6ª T, 1º.09.2011 – DJe 14.09.2011) – acórdão publicado na íntegra</b>

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012



---

**HABEAS CORPUS N. 173.668-SP (2010/0093168-2)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Marcelo Pinto Duarte

Advogado: Marcelo P Duarte

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Leandro Monteiro Ferreira da Silva (Preso)

---

**EMENTA**

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO. PRETENSÃO DE PASSAGEM DO REGIME SEMIABERTO AO ABERTO SEM O CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA NO REGIME INTERMEDIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 122 DA LEI 7.210/84.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em atenção ao art. 112 da Lei 7.210/84, não se admite a progressão *per saltum*, diretamente do regime fechado para o aberto ou diretamente do semiaberto ao aberto sem, contudo, preenchimento do lapso temporal de 1/6 exigido pela lei, sendo obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime intermediário.

2. Hipótese em que o Paciente não preencheu o requisito objetivo de 1/6 da pena no regime intermediário para possibilitar a concessão da progressão ao regime aberto.

2. Ordem denegada.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 14.9.2011

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO MONTEIRO FERREIRA DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 990.10.124036-0).

Consta dos autos que o Juízo da Vara das Execuções Criminais indeferiu o pedido de progressão ao regime aberto, consignando (fl. 28):

Do exame dos autos constata-se que o sentenciado não preenche o requisito objetivo, conforme cálculo à fl. 92 do apenso de roteiro de penas já que não resgatou um sexto da pena, contado a partir da concessão da progressão ao regime intermediário, conforme preceitua o art. 112, *caput*, da Lei de Execuções Penais.

Assim, não preenchido o requisito de ordem objetiva, desnecessária a análise do requisito de ordem subjetiva.

Pelo exposto, indefiro ao sentenciado a progressão ao regime aberto.

Irresignada, a Defesa impetrou prévio *writ*, tendo o Tribunal de origem denegado a ordem, nos seguintes termos (fls. 40/41):

2 - Não cabe conhecer de pedido de *habeas corpus* que vise a impugnar decisão denegatória de progressão de regime carcerário. O recurso cabível é o agravo em execução, de que o *mandamus* não faz as vezes, porque de âmbito reconhecidamente estreito, não admitindo exame de fatos e de provas.

Na hipótese, contudo, cuidando-se de matéria exclusivamente de direito, vou ao mérito.

3 - Sem razão o impetrante.

Ainda que houvesse satisfeito, de há muito, o requisito objetivo para o regime intermediário, o certo é que somente foi promovido tempos depois. É a partir da progressão que se conta o prazo para a nova progressão. É indispensável a observação do condenado no regime intermediário, a fim de se saber se terá condições de progredir ao aberto. Afinal, a passagem pelo regime intermediário tem finalidade específica, não sendo mera formalidade.

Entender-se de outro modo seria clara afronta ao determinado no artigo 112, da Lei de Execução Penal. O prazo de observação do preso sob determinado regime prisional é o previsto no mencionado dispositivo legal.

O requisito objetivo só será satisfeito em 16 de janeiro de 2012, segundo o roteiro de penas.

4 - Pelo exposto, denego a ordem.

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante alega que o paciente “já vem descontando quantidade de pena mais do que suficiente para a concessão da progressão a regime aberto” (fl. 2).

Sustenta que “o lapso a ser exigido, segundo o disposto no artigo 112 da LEP, deve ser, portanto, o de 1/6 a iniciar da data da sentença de progressão ao regime semiaberto, até porque o prazo cumprido excessivamente no regime fechado deve ser considerado como se já estivesse no regime intermediário” (fl. 4).

Ressalta que o paciente já teria direito à progressão ao regime aberto em 24.08.2009.

Requer, liminarmente, “que o paciente aguarde provisoriamente em prisão albergue domiciliar” (fl. 9). No mérito, pugna pela cassação do acórdão objurgado.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 46/47, oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade indigitada coatora, prestadas às fls. 62/100, e ao Juízo da Execução, trazidas às fls. 51/52, 56/60, 103/107 e 112/113.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 47-53, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Zélia O. Gomes, opinando pela denegação da ordem.

O paciente impetrante requereu preferência no julgamento às fls. 116/117.

Solicitadas informações atualizadas à autoridade apontada coatora à fl. 121, as quais foram prestadas às fls. 125/140, trazendo a notícia de que atualmente o Paciente se encontra cumprindo pena no regime semiaberto.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da impetração cinge-se ao pleito de progressão de regime, que, segundo se pede,

deveria ter sido deferido do fechado ao aberto, dado que o paciente, iniciando o cumprimento da pena de 25 (vinte e cinco) anos, 4 (quatro) meses de reclusão, em 9 de setembro de 2003, somente foi transferido ao regime semiaberto em 4 de novembro de 2008, com término da reprimenda previsto para 24 de janeiro de 2028.

O desconto da reprimenda, a bem da sistemática constitucional, dá-se de maneira individualizada, respeitando o binômio *lapso temporal-mérito do apenado*. Assim, para que o sistema progressivo cumpra a sua missão de ministrar a liberdade gradativamente, é imperioso que o condenado demonstre, a cada etapa, capacidade de retorno ao convívio social.

Nesta toada, tem-se o seguinte comando da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

(...) (destaquei).

Observa-se, portanto, que o aresto impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que não admite a progressão *per saltum*, sendo obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime anterior (semiaberto). Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (...) PROGRESSÃO *PER SALTUM*. INADMISSIBILIDADE.

1. A exigência de cumprimento de 2/3 da pena para o livramento condicional, nos casos de crime hediondo, advém da Lei n. 8.072/90, não sofreu qualquer alteração pela Lei n. 11.464/07, que apenas modificou o lapso para a progressão de regime prisional.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se admite a progressão *per saltum*, diretamente do regime fechado para o aberto, sendo obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime anterior (semiaberto).

3. Ordem denegada.

(HC 168.588/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. PROGRESSÃO DE REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO

DO BENEFÍCIO PARA O ABERTO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO LAPSO TEMPORAL. INTELIGÊNCIA ARTIGO 112 DA LEP. "PROGRESSÃO POR SALTO". INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO PEDIDO MINISTERIAL DE PROGRESSÃO AO REGIME INTERMEDIÁRIO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Estabelece art. 112, da Lei Execução Penal que o sentenciado tem que cumprir o requisito temporal de 1/6 no regime em que se encontra e posteriormente progredir para o regime subsequente.

2. A referida lei não autoriza a progressão direta do regime fechado para o aberto, em que pese o paciente ter cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado, pois configuraria progressão *per saltum*.

3. O acórdão proferido no agravo em execução, ora impugnado, não analisou a possibilidade da progressão do Paciente ao regime intermediário, "como postulado pelos representantes do *Parquet* em ambas as Instâncias [...], vez que pressupõe análise dos requisitos de ordem subjetivas para tal, o que deve ser feito em sede própria levando-se em consideração o momento de sua apreciação, sob pena de suprimir-se um grau de Jurisdição".

4. O agravo em execução é justamente o momento processual específico para se rediscutir, em segunda instância, a decisão do magistrado singular que declara estar o Paciente em conformidade com os requisitos objetivos e subjetivos, não só para progredir para o regime intermediário, como para progredir ao regime aberto, evidenciando-se, assim, afronta à norma constitucional que determina a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República).

5. Ordem denegada. Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão ora impugnado e determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgue o agravo em execução n. 990.09.124134-2, como entender de direito.

(HC 165.623/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 11/10/2010)

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 10 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, POR ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO *PER SALTUM*. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO LAPSO TEMPORAL LEGALMENTE PREVISTO NO REGIME PRISIONAL ANTERIOR. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante jurisprudência consolidada desta Corte Superior, é inadmissível a chamada progressão *per saltum*, uma vez que, para a mudança do regime de cumprimento de pena, deverá o sentenciado cumprir o lapso necessário no regime anterior ao que pretende ascender.

2. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

3. Ordem denegada.

(HC 157.861/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2010, DJe 02/08/2010)

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO POR SALTO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 11.464/2007. DELITO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DA LEI. IRRETROATIVIDADE. EXAME CRIMINOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.792/03.

1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que devem ser respeitados os períodos de tempo a serem cumpridos em cada regime prisional, não sendo admitida a progressão “por salto”. Nem o fato de paciente ter cumprido tempo suficiente autoriza a progressão direta do fechado para o aberto.

2. Se o paciente cometeu crime hediondo antes do advento da Lei n. 11.464/2007, deve ser mantida a exigência de cumprimento de 1/6 de pena para a concessão da progressão, nos termos do art. 112 da LEP.

3. O advento da Lei n. 10.792/03 tornou prescindíveis os exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional. São suficientes agora a satisfação dos requisitos objetivo (decorso do lapso temporal) e subjetivo (atestado de bom comportamento carcerário).

4. A gravidade abstrata do delito praticado e a longevidade da pena a cumprir, por si sós, não constituem fundamentação idônea a exigir a realização de exame criminológico.

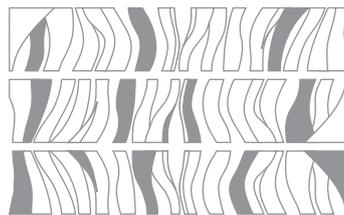
5. Ordem parcialmente concedida com o intuito de determinar que se adote, na progressão de regime, os requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execuções Penais, sem realização de exame criminológico.

(HC 151.268/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

Assim, apura-se que a pretensão deduzida não se encontra em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



---

**Súmula n. 492**



---

**SÚMULA N. 492**

---

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

**Referência:**

ECA, art. 122.

**Precedentes:**

HC	164.819-SP	(5ª T, 21.09.2010 – DJe 18.10.2010)
HC	185.474-SP	(5ª T, 07.04.2011 – DJe 28.04.2011)
HC	195.460-SP	(5ª T, 07.04.2011 – DJe 12.05.2011)
HC	180.953-PE	(5ª T, 05.05.2011 – DJe 18.05.2011)
HC	223.113-SP	(5ª T, 14.02.2012 – DJe 1º.03.2012)
<b>HC</b>	<b>229.303-SP</b>	<b>(5ª T, 20.03.2012 – DJe 30.04.2012) – acórdão publicado na íntegra</b>
HC	213.778-RJ	(5ª T, 22.05.2012 – DJe 28.05.2012)
HC	173.636-PE	(6ª T, 16.09.2010 – DJe 04.10.2010)
HC	180.924-RJ	(6ª T, 03.02.2011 – DJe 21.02.2011)
EDcl no HC	180.924-RJ	(6ª T, 1º.03.2011 – DJe 16.03.2011)
HC	202.970-SP	(6ª T, 19.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
HC	157.364-SP	(6ª T, 16.06.2011 – DJe 28.06.2011)
HC	231.459-PE	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 14.05.2012)
HC	236.694-PE	(6ª T, 03.05.2012 – DJe 16.05.2012)

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012



---

**HABEAS CORPUS N. 229.303-SP (2011/0309969-6)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Rodolfo Marques da Silva - Defensor Público e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: P H de O S (Internado)

---

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. 1. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. 2. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. FIXAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM MEIO ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.

3. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de que a reiteração prevista nos incisos II e III do artigo 122 do Estatuto Menorista não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para a sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, três atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta.

4. A fixação de medida socioeducativa em meio aberto não é possível nesta instância, devendo o Juiz de primeiro grau, que

possui maior proximidade com os fatos, analisar as circunstâncias que particularizam o caso e aplicar a medida mais apropriada ao menor.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para anular a sentença proferida pelo Juízo monocrático, apenas na parte referente à medida socioeducativa, a fim de que seja imposta ao paciente medida diversa da internação, devendo permanecer, nesse ínterim, em regime de semiliberdade.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 30.4.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de P. H. de O. S., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narra a impetração que o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado à conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Ao final, a representação foi julgada procedente, sendo aplicada ao adolescente a medida socioeducativa de internação, cumulada com a medida protetiva para tratamento da narcotização, ficando comprovado a prática de ato análogo ao tráfico de entorpecentes.

Impetrado *habeas corpus*, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo denegou a ordem em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 29):

*HABEAS CORPUS. Menor. Representação acolhida pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Aplicação de medida socioeducativa de internação cumulada com medida protetiva de tratamento para drogadição. Alegação de coação ilegal por inobservância do disposto no artigo 122 e incisos, da Lei 8.069/90. Descabimento. Medida de internação adequada. 1. O habeas corpus não é a via processual adequada para rever medida socioeducativa aplicada em sentença. 2. Ausência de ilegalidade e de decisão teratológica, em internação por ato infracional correspondente a tráfico de entorpecentes, que tem amparo no artigo 122, I, do ECA, interpretado sistemática e teleologicamente, em cotejo com as condições pessoais desfavoráveis do adolescente em conflito com a lei. Ordem denegada.*

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante a ilegalidade da decisão que manteve a medida socioeducativa de internação. Argumenta que o caso em análise não se subsume às hipóteses taxativas do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No pormenor, invoca o princípio da excepcionalidade da medida de internação, nos termos do art. 122, § 2º, da Lei n. 8.069/90.

Pondera que o ato infracional imputado ao adolescente não foi praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa, além de ressaltar que “não está presente a hipótese do art. 122, inc. II, do ECA, pois, da cópia da certidão em anexo, verifica-se que ao adolescente foi aplicada, somente uma vez, a medida de liberdade assistida, não havendo se falar em reiteração de ato infracional grave, uma vez que a reiteração no cometimento de outras infrações graves exige, no mínimo, a prática de três atos infracionais” (fl. 4).

Pleiteia “seja concedida a ordem para, em caráter liminar, determinar a imediata desinternação do adolescente e, diante da ilegalidade do ato, ao final do procedimento, de forma definitiva, julgar ilegal o ato que aplicou a internação, determinando-se substituição da medida por outra em meio aberto” (fl. 8).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 39/40).

Prestadas as informações (fls. 53/54), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 85/91).

Em consulta ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Presidente Prudente/SP, novas informações foram prestadas esclarecendo que o recurso de apelação foi julgado, ao qual não foi dado provimento pelo Tribunal de Justiça, tendo o acórdão transitado em julgado em 12/3/2012.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A medida socioeducativa de internação, por importar na privação da liberdade do adolescente, é albergada pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos termos dos arts. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

Dentre os princípios apontados, destaca-se o da excepcionalidade. Este assegura ao adolescente a inaplicabilidade da medida socioeducativa de internação quando houver a possibilidade de aplicação de medida menos onerosa ao seu direito de liberdade.

Além disso, a internação somente pode ser imposta quando o menor incidir nas hipóteses previstas taxativamente no art. 122 da Lei n. 8.069/1990, ou seja, quando o ato infracional for praticado mediante grave ameaça ou violência a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente aplicada.

No caso, disse o Juiz de primeiro grau, no que interessa (fls. 44/53):

*Diante disso, a procedência da representação é medida de rigor. Resta, pois, analisar qual a medida socioeducativa aplicável ao caso. O ato infracional praticado é de natureza grave e traz repercussão social, sendo considerado crime hediondo. Nas, não é só, pois cada caso concreto deve ser analisado com suas particularidades, não sendo oportuno o posicionamento jurisprudencial que aplica a letra fria da lei quanto ao não cabimento da internação, fora dos casos previstos no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É certo que a violência da conduta do menor não é direcionada a uma única pessoa, como erroneamente se exige a letra fria do dispositivo legal citado, porém, tal violência no caso em questão é direcionada a um número indeterminado de pessoas, considerando que milhares e milhares de famílias são destruídas pela conduta nefasta do tráfico, a qual o menor está praticando. A internação não pode ser vista unicamente como pena privativa de liberdade, mas também como a possibilidade de oferecer aos menores o acesso a valores sociais como esporte, educação, lazer, saúde, respeito ao próximo, profissionalização, etc. Que na maioria das vezes não lhe são propiciados ou não se interessam quando cumprem medidas no meio aberto. Registre-se que nos dias atuais a Fundação CASA trabalha com poucos jovens em cada unidade, precisamente em torno de 50 (cinquenta) adolescentes, propiciando alimentação adequada em horários estabelecidos, prática de esporte e lazer, educação, profissionalização e, em especial, regras de conduta em sociedade, bem como acompanhamento individualizado por equipe composta por psicólogos e assistentes sociais, visando a sua reinserção*

*no meio social de forma que não volte a praticar delitos e seja encaminhado para os estudos e o trabalho. Outrossim, muito se discute no meio jurídico e na própria sociedade quanto à pertinência da redução da maioridade penal, em especial para coibir a conduta de adolescentes envolvidos com a criminalidade, em faixa etária próxima aos dezoito anos de idade. Ora, cabe ao operador do direito analisar de forma criteriosa a conduta de cada adolescente e seus reflexos perante a sociedade e também quanto à formação do menor, visando que não retornem a delinquir. Não parece adequado, ainda, que um jovem de dezoito anos de idade que cometa o mesmo delito praticado pelo adolescente em questão, receba uma pena privativa de liberdade superior a cinco anos de reclusão, pois o delito é considerado hediondo e exige o cumprimento inicial da pena em regime fechado, enquanto o menor em questão, mesmo possuindo o discernimento que tais condutas são ilícitas, não permaneça sequer poucos meses internado perante unidade da Fundação CASA, visando a ressocialização, conforme já dito.*

(...)

*Mas não é só, pois a certidão de fls. 26/28 bem demonstra que o adolescente já respondeu por ato infracional, sendo que foi aplicada a ele medida socioeducativa em meio aberto, ficando claro que a medida no meio aberto não surtiu efeito na recuperação do menor. Pertinente, ainda, a aplicação de medida protetiva de tratamento para drogadição, considerando as informações constantes no estudo social de fls. 84/88.*

O Tribunal de origem consignou, às fls. 30/32, o seguinte:

*Ademais, sem embargo do respeito devotado ao posicionamento adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, ainda quando considerada a excepcionalidade que marca a aplicação da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se revela apropriada a exegese restritiva do inciso I do art. 122 do referido diploma legal, limitada ao alcance gramatical da expressão 'ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa'.*

*Inexiste qualquer razão lógica a justificar a interpretação no sentido de a violência dever necessariamente integrar o tipo penal correspondente ao ato infracional, desconsiderando-se situações outras, de igual ou maior gravidade, nas quais pese embora isso não ocorra, o ato infracional expresse inexorável atentado ao bem jurídico vida humana, ainda que reflexamente.*

(...)

*Além disso, o paciente revela sério desvio de personalidade, permitindo entrever ousadia e carência de freios inibitórios, haja vista as circunstâncias da empreitada infracional a que se propôs, ao realizar o narcotráfico, culminando com a apreensão de 16 (dezesseis) pedras de crack, com peso aproximado de 4,5g, cuja dimensão de nocividade social se impõe cotejar no mister de aplicar medida socioeducativa proporcional à concreta gravidade da conduta.*

*Sob outro vértice, o adolescente conta com outras passagens pela Justiça Especializada, inclusive agraciado com liberdade assistida (fls. 13/14), a denotar respaldo familiar insuficiente.*

*Tudo, pois, confirma, para o momento e nesta sede, que medida diversa da internação, em meio aberto, leva consigo a prognose de insuficiência à ressocialização. Exame de maior profundidade, pois, só nos próprios autos, em sede de apelação.*

*Estes elementos de convicção corroboram a ausência de ilegalidade do ato judicial atacado e, pelo que consta nestes autos, a adequação da medida socioeducativa em meio fechado, imprescindível o afastamento temporário do paciente do ambiente social no qual a oportunidade delitiva se faz presente, em ordem a viabilizar orientação e acompanhamento eficaz, hábil a lograr a ressocialização almejada.*

Como visto, o ato infracional não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, situação que afasta a possibilidade de aplicação do inciso I do citado artigo.

Também não se configuram as hipóteses previstas nos incisos II e III, sendo pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de que a reiteração neles prevista não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, três atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente, o que não se observa no caso em apreço, uma vez que na certidão de fls. 11/13 (fls. 26/28 na origem) existem apenas dois registros em desfavor do adolescente, tendo sido no primeiro caso aplicada a medida de liberdade assistida pela prática de ato infracional equiparado ao roubo, estando o segundo procedimento em curso. Igualmente, não há menção a qualquer descumprimento reiterado de medida socioeducativa anteriormente imposta, o que impede a incidência do inciso III.

Assim, não se enquadrando o caso em exame em quaisquer dos referidos incisos, incabível a internação por prazo indeterminado, não sendo fundamento suficiente a gravidade abstrata do ato infracional, tampouco a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que ele está submetido, mormente no ato infracional análogo ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, que não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

**A - INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E FURTO. INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE**

EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTRA PESSOA. REITERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DA MEDIDA EXTREMA POR TEMPO INDETERMINADO PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

**I. Medida extrema de internação que só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente no art. 122, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade - em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do menor à sociedade.**

**II. Condutas praticadas pelo adolescente que são desprovidas de violência ou grave ameaça à pessoa, não se admitindo a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas.**

**III. Consoante entendimento pacífico desta Corte, a reiteração não se confunde com a reincidência, sendo necessária a prática de, ao menos, três atos graves anteriores para a aplicação da medida de internação, o que na hipótese não foi demonstrado.**

(...)

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 188.697/SP, Ministro **GILSON DIPP**, DJe 31/08/2011.)

**B - AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE.**

**1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

**2. O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.**

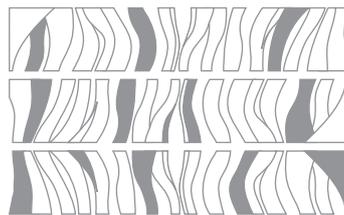
**3. O inciso II do artigo 122 do ECA somente se aplica quando constatada a prática de 3 (três) atos infracionais graves. Precedentes.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 211.845/SP, Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 21/11/2011.)

No entanto, a fixação de medida socioeducativa em meio aberto não é possível nesta instância, devendo o Juiz de primeiro grau, que possui maior proximidade com os fatos, analisar as circunstâncias que particularizam o caso e aplicar a medida mais apropriada ao menor.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para anular a sentença proferida pelo Juízo monocrático na parte referente à medida socioeducativa, a fim de que seja imposta ao paciente medida diversa da internação, devendo permanecer, nesse ínterim, na medida socioeducativa de semiliberdade.

É o voto.



---

**Súmula n. 493**



---

**SÚMULA N. 493**

---

É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

**Referências:**

CP, art. 44.

CPC, art. 543-C

LEP, art. 115.

**Precedentes:**

(*)REsp	1.107.314-PR	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011) – acórdão publicado na íntegra
(*)REsp	1.110.823-PR	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011)
(*)REsp	1.110.824-PR	(3ª S, 13.12.2010 – DJe 05.10.2011)
HC	125.410-SP	(5ª T, 12.04.2011 – DJe 09.05.2011)
HC	139.457-SP	(5ª T, 17.05.2011 – DJe 1º.06.2011)
HC	164.326-SP	(5ª T, 14.06.2011 – DJe 1º.08.2011)
HC	228.668-SP	(5ª T, 15.03.2012 – DJe 22.03.2012)
AgRg no REsp	1.102.543-PR	(6ª T, 15.03.2011 – DJe 04.04.2011)
HC	167.390-SP	(6ª T, 10.05.2011 – DJe 25.05.2011)
AgRg no HC	194.120-SP	(6ª T, 02.02.2012 – DJe 21.03.2012)

**(\*) Recursos repetitivos.**

Terceira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.107.314-PR (2008/0282442-8)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Relator para o acórdão: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorrido: Adelino Gonçalves

Advogado: Eurolino Sechinell dos Reis - Defensor Dativo

---

**EMENTA**

PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REGIME ABERTO. CONDIÇÕES ESPECIAIS. ART. 115 DA LEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. *BIS IN IDEM*. RECURSO DESPROVIDO.

1. É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável *bis in idem*, importando na aplicação de dúplice sanção.

2. Recurso Especial desprovido.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), que deu provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Gilson Dipp.

Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 5.10.2011

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa.

O Juízo da Vara Criminal da Comarca de Cruzeiro do Oeste/PR condenou Adelino Gonçalves, ora Recorrido, como incurso no art. 218 do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 02 anos e 11 meses, fixando o regime aberto para o inicial cumprimento das penas, mediante condições, inclusive prestação de serviços à comunidade e multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao apelo defensivo. Contudo, de ofício, excluiu a prestação de serviços à comunidade da condenação do Recorrido, ao entendimento que se estaria cumulando a pena privativa de liberdade em regime aberto com uma pena restritiva de direitos, o que não é previsto pela legislação.

O *Parquet* paranaense opôs embargos de declaração, aduzindo omissão e obscuridade, porque a prestação de serviços à comunidade seria condição facultativa e especial do regime aberto, segundo o permissivo do art. 115 da Lei de Execuções Penais.

Os embargos foram rejeitados por maioria, vencida a Relatora que os acolhia com efeito modificativos.

Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, violação aos arts. 115 e 119 da Lei n. 7.210/84, alegando, em suma, que “*é perfeitamente possível, sim, o estabelecimento de prestação de serviços à comunidade como uma das condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto*” (fl. 778).

Requer, assim, que seja restabelecida a sentença de primeiro grau.

Diante da multiplicidade de recursos especiais que veiculam a matéria, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com fulcro na Resolução n. 08/STJ, de 07/08/2008, admitiu o presente recurso especial

como representativo da controvérsia e o encaminhou a esta Corte, tendo sido distribuído à minha relatoria.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 958/979, opinando pelo provimento do recurso, em parecer assim sumariado:

*“RECURSO ESPECIAL.ART. 105, III, a E c, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.*

*Essa c. Corte entende que o art. 115 da LEP autoriza o Magistrado fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto, como forma de se alcançar a finalidade da execução penal.*

*A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. O item 7.2.2.1 do Código de Normas da Corregedoria da Justiça do Paraná prevê a prestação de serviços à comunidade como condição especial, não havendo qualquer ilegalidade em sua exigência para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.*

*Precedentes.*

*Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso, para restabelecer a r. sentença condenatória, que impôs, dentre as condições para o cumprimento da pena em regime aberto, a prestação de serviços à comunidade.”*

É o relatório.

## **VOTO VENCIDO**

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso, interposto com fulcro na alínea *a* do dispositivo constitucional, merece ser conhecido, tendo em vista o devido questionamento da matéria e a demonstração, nos moldes regimentais, de contrariedade à lei federal.

Passo ao exame do mérito recursal.

Na hipótese sob exame, o Juízo de Direito da Comarca de Cruzeiro do Oeste/PA, ao condenar o Recorrido à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, pela prática do crime de corrupção de menores, previsto do art. 218 do Código Penal, em continuidade delitiva, determinou, quanto ao regime de cumprimento da pena, o seguinte:

*“Estabeleço ao réu como regime inicial para o cumprimento de pena, o aberto, (artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, a ser cumprido da seguinte forma:*

*a)- prestação de serviço à comunidade na forma do artigo 46 do Código Penal (quatro horas semanais durante o tempo de cumprimento da pena, de acordo com a aptidão do condenado), cuja entidade ou órgão será designada na oportunidade da audiência admonitória ou pagamento de cesta básica no valor de dois salários mínimos mensais para instituição da comarca pelo mesmo período.*

*b)- comparecer mensalmente em Juízo justificar suas atividades e atualizar endereço;*

*c)- não frequentar casas de jogos e bares;*

*d)- não deixar sua residência depois das 22:00 (vinte e duas) horas nos dias úteis e nele permanecer durante todo o período nos dias de folga ao trabalho, ante a ausência de casa e albergados nesta circunscrição judiciária.” (fl. 643)*

O Tribunal de Justiça paranaense negou provimento ao apelo defensivo. Contudo, de ofício, excluiu a prestação de serviços como condição para o cumprimento da pena em regime aberto, no seguintes termos:

*“A imposição da prestação de serviços à comunidade como condição ao cumprimento da pena em regime aberto deve ser extirpada, pois esta restrição de direitos tem caráter substitutivo em relação à pena imposta e tal implicaria na concorrência de uma terceira pena, não cominada, lesando, em consequência, o princípio da reserva legal.” (fl. 719)*

Irresignado, o Ministério Público paranaense interpôs o presente recurso, sustentado que *“a prestação de serviços à comunidade, na qualidade de pena restritiva de direitos, efetivamente não se pode cumular com a pena privativa de liberdade. Nada obsta, porém, que ela figure como condição especial do regime aberto, na forma do art. 115 da LEP, caso em que se despe das características inerentes ao art. 44 do CP” (fl. 794).*

O recurso do *Parquet* estadual merece ser provido.

De fato, ao contrário do que concebe o acórdão recorrido, a Lei de Execuções Penais autoriza o Magistrado a fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto, inclusive a prestação de serviços à comunidade.

Confira-se o disposto no art. 115 da Lei n. 7.210/84:

*“Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:*

- I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;*
- II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;*
- III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;*
- IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.”*

O dispositivo acima transcrito, ao permitir que o Magistrado fixe condição especial para cumprimento da pena em regime aberto, busca adequar o regime mais benéfico às particularidades do condenado, com a finalidade de melhor promover sua reintegração à sociedade, objetivo precípua da execução penal.

A obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade, no caso, não se confunde com a pena restritiva de direito prevista no art. 44 do Código Penal, inexistindo, portanto, cumulação com a pena privativa de liberdade.

A possibilidade de o Magistrado estabelecer outras obrigações aos condenados em regime aberto é reforçada, inclusive, pelo texto do art. 119 da Lei n.º 7.210/84, que preceitua o seguinte:

*“Art. 119. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (artigo 36, § 1º, do Código Penal).”*

Nesse contexto, consoante afirma o Recorrente, o Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná, em observância à possibilidade aberta pela Lei das Execuções, expressamente prevê que: *“Ao fixar o regime aberto, o juiz poderá estabelecer, como uma condição, dentre outras, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, bem como a prestação pecuniária e limitação de fim de semana.”*

Ressalte-se que, como condições especiais, aplicam-se aquelas fixadas para a concessão de liberdade vigiada, suspensão condicional da pena e livramento condicional. Quanto à suspensão condicional da pena, afirma o § 1º do art. 78 do Código Penal que *“no primeiro ano do prazo, deverá o condenado **prestar serviços à comunidade**”* (grifei).

Acerca do tema, convém trazer à colação o escólio de JÚLIO FABRINI MIRABETE, que corrobora o entendimento acima apresentado, *in verbis*:

*“Além das condições obrigatórias, pode o juiz fixar outras, facultativamente. Levando em conta a natureza do delito e as condições pessoais de seu autor, como já foi visto, **imporá ele condições idênticas às anteriormente previstas para a***

***liberdade vigiada ou as que se fixam para a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.*** (in Execução Penal, 11ª edição, Ed. Atlas, p. 465 - grifei.)

Idêntico posicionamento colhe-se do magistério de Gilberto Ferreira, in “Aplicação da pena”, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1998, p. 170:

*“(...) se a prestação de serviços à comunidade é dotada de tantas vantagens por que não colocá-la como uma das condições para cumprimento da pena em regime domiciliar? Note-se que aí o regime aberto teria algum sentido. (...) É esta, pois, a minha sugestão. E ela não é arbitrária, nem ilegal. Está implicitamente prevista no art. 115 da LEP. Atente-se para o que diz esse art. 115: ‘O juiz poderá estabelecer ‘condições especiais’ para a concessão do regime aberto’ (...) E quais são essas condições especiais? Uma delas outra não é que a prestação de serviços à comunidade, a qual já é condição expressa do sursis (arts. 78, parágrafo 1º; 158, parágrafo 1º da LEP; e 698, parágrafo 2º, II, do CPP) e, inclusive, do livramento condicional (arts. 718, combinado com o art. 698, parágrafo 2º, II, ambos do CPP e 132 da LEP...)”*

Como se vê, afigura-se permitido ao magistrado, ao fixar o regime aberto, estabelecer a obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade, uma vez que não se trata de cumulação de penas, e sim, de condição especial prevista no art. 115 da Lei de Execuções Penais.

É sabido que, em recentes precedentes, a Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu no sentido de que: *“A prestação de serviço à comunidade não pode ser prevista como condição especial do regime aberto, já que é pena restritiva de direitos, que deve ser considerada autônoma e substitutiva da pena privativa de liberdade.”* (REsp 867.959/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 16/09/2010, DJe de 04/10/2010). No mesmo diapasão foram os julgamentos proferidos pelo órgão julgador nos autos do HC 153.296/SP, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe de 02/08/2010, e do HC 138.122/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 01/02/2010.

Filho-me, contudo, à jurisprudência firmada na Quinta Turma desta Corte Superior no sentido de que *“o Magistrado, nos termos previstos pelo art. 115 da LEP, está autorizado a fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto”* (HC 157.716/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010).

Com efeito, a imposição de condições complementares ao regime aberto, além de permitida, contribui com a finalidade preventiva e retributiva da pena, porquanto em face da fiscalização precária e da ausência de casa do albergado na maioria dos locais, em termos práticos, a condenação a pena privativa de

liberdade no regime aberto torna-se menos gravosa do que a imposição de penas alternativas, cuja fiscalização é mais eficaz, que provoca uma preocupante incoerência legal.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes da Quinta Turma:

*“HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/03. PENA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS, E MULTA. NÃO-CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AGRAVO EM EXECUÇÃO DO MP PARA INCLUIR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. CONCESSÃO PELO TRIBUNAL. EXIGÊNCIA POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.*

*1. A 5ª Turma desta Corte já decidiu pela inexistência de ilegalidade no estabelecimento da prestação de serviços à comunidade como condição especial de cumprimento da pena em regime aberto, observados os termos dos arts. 115 e 119 da LEP.*

*2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.” (HC 140.069/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 29/03/2010.)*

*“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.*

*I - O art. 115 da LEP autoriza o Magistrado fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto (Precedentes).*

*II - In casu, não se trata de pena restritiva de direitos substitutiva de pena privativa de liberdade (art. 43, inciso IV, e art. 46 do Código Penal), mas sim de condição especial na fixação do regime aberto, como forma de se alcançar a finalidade da execução penal.*

*Ordem denegada.” (HC 159.975/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/06/2010.)*

*“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FURTO QUALIFICADO. REGIME ABERTO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.*

*1. Afigura-se permitido ao magistrado, ao fixar o regime aberto, estabelecer a obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade, uma vez que não se trata de cumulação de penas, como alega o Impetrante, e sim, de condição especial prevista no art. 115 da Lei de Execuções Penais. Precedente desta Corte.*

*2. Ordem denegada.” (HC 94.246/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 09/03/2009.)*

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.*

*1. Segundo estabelece o art. 115 da LEP, o Juízo singular poderá fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da reprimenda em regime aberto.*

*2. Não há ilegalidade na exigência para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto concomitante com a prestação de serviços à comunidade como condição especial, desde que prevista na legislação local, nos termos do art. 119 da LEP.*

*3. Trata-se, na espécie, de condição especial na fixação do regime aberto, como forma de se alcançar a finalidade da execução penal, e não de pena restritiva de direitos substitutiva de pena privativa de liberdade.*

*4. Recurso especial provido.” (REsp 1.012.953/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 30/03/2009.)*

*“EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.*

*I - O art. 115 da LEP autoriza o Magistrado fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto.*

*II - Havendo previsão na legislação local da prestação de serviços à comunidade como condição especial, não há qualquer ilegalidade em sua exigência para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 119 da LEP).*

*III - In casu, não se trata de pena restritiva de direitos substitutiva de pena privativa de liberdade (art. 43, inciso IV, e art. 46 do Código Penal), mas sim de condição especial na fixação do regime aberto, como forma de se alcançar a finalidade da execução penal.*

*Recurso provido.” (REsp 982.847/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2008.)*

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, que impôs a prestação de serviços à comunidade como condição especial para o regime aberto.

É o voto.

#### **VOTO-VENCEDOR**

*EMENTA: PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REGIME ABERTO. CONDIÇÕES ESPECIAIS. ART. 115 DA LEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. BIS IN IDEM. RECURSO DESPROVIDO.*

1. *É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem, importando na aplicação de dúplice sanção.*

2. *Recurso Especial desprovido.*

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. A discussão cinge-se a possibilidade de o Juiz fixar, com base no art. 115 da LEP, como condição especial para cumprimento da pena em regime aberto, condições que são previstas no Código Penal como *tipo de pena substitutiva* (art. 44 do CPB).

2. Assim como para toda decisão judicial, exige-se que a imposição de condições especiais para o progresso do preso para o regime aberto ou mesmo para a fixação deste como inicial para o cumprimento da pena seja devidamente motivada, para se controlar a sua legitimidade e a sua adequação aos propósitos da pena e da progressão em causa, evitando-se, assim, o extravio desse magnífico poder do Juiz em subjetivismos incompatíveis com as garantias processuais e os impostergáveis direitos do condenado.

3. Não há norma legal disciplinando o que seriam essas *condições especiais* para a concessão do regime prisional aberto, de maneira a orientar a atividade do Juiz no tocante à sua determinação, sendo impreciso o rol dessas medidas; em virtude desse vácuo, alguns Tribunais de Justiça, como o do Estado do Paraná, por exemplo, editaram normas complementares ao art. 115 da LEP, prevendo a prestação de serviços à comunidade como condição especial para a progressão para o regime aberto, sem dúvida nenhuma inspirados nos mais altos propósitos.

4. Mas essa complementação por norma jurídica local parece não se conformar com a privatividade da União Federal para legislar sobre Direito Penal e Processual (art. 22, I da Constituição), pelo que as Cortes de Justiça Estaduais melhor farão em se abster de editar normativos com esse conteúdo, para não provocar alegações de incompatibilidade com a Carta Magna.

5. O eminente Professor Guilherme de Souza Nucci observa com inteira razão que *a legislação estadual pode criar mais regras para aprimorar o cumprimento da pena em regime aberto, como, por exemplo, criar e dar o contorno a cursos e outras atividades para preencher o tempo do albergado nas horas vagas, como durante os finais de semana. Infelizmente, se nem mesmo Casa de Albergado existe em muitas Comarcas, o que se dirá de normas em complementação a isso* (Leis Penais Especiais Comentadas, São Paulo, RT, 2010, p. 539); mas, não poderá o Magistrado

impor a prestação de serviços à comunidade, a título de condição especial para a concessão do regime prisional aberto, porque consistiria em estabelecer uma obrigação já legalmente prevista como pena (sanção penal) autônoma (art. 44 do CPB), não se admitindo e nem se justificando o seu desvirtuamento por força de regra estadual.

6. Ao meu sentir, essas *condições especiais* não podem ser tais que se confundam com uma *pena* legalmente prevista pela legislação penal. As condições especiais, portanto, identificam-se melhor com medidas de caráter educativo, profissionalizante, de reforço à valorização da cidadania ou de acompanhamento médico e psicológico, quando necessários.

7. Em conclusão, é lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável *bis in idem*, importando na aplicação de dúplice sanção.

8. Ante o exposto, rogando vênias à ilustre Relatora, nego provimento ao recurso.

## VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, Srs. Ministros, há duas questões acerca do tema ora em debate que me parece ganhar relevo:

A *primeira* delas, diz respeito ao fato de que a prestação de serviços à comunidade, a prestação pecuniária e também as outras previstas no art. 44, da Lei Penal são, efetivamente, penas (substitutivas). Assim, entendo indevida a cumulação da imposição do regime prisional aberto com uma das medidas já citadas. O que pode ser levado a efeito, por certo, é a não imposição do regime aberto em virtude da substituição da sanção corporal.

Discorrendo sobre o art. 115 da Lei de Execuções Penais, Nucci faz referência ao caso específico do Estado do Paraná, quando conclui pelo acerto do que fora decidido pelo TJ/PR - e aqui combatido em sede de especial. Diz ele que a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de outra medida consistiria em “condições legalmente inexistentes” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 563).

E há mais: veja-se o comentário feito pelo ilustre doutrinador no que diz respeito ao art. 119, da LEP:

*Normas complementares: a legislação estadual pode criar mais regras para aprimorar o cumprimento da pena em regime aberto, como, por exemplo, criar e dar o contorno a cursos e outras atividades para preencher o tempo do albergado nas horas vagas, como, por exemplo, durante os finais de semana. Infelizmente, se nem mesmo Casa de Albergado existe em muitas Comarcas, o que se dirá de normas em complementação a isso. (op. cit., p. 539)*

A *segunda*, diz respeito à (falta de) legitimidade de um ato infralegal – no caso, o Código de Normas da Corregedoria da Justiça do Paraná – complementar a lei federal.

Entendo, salvo melhor juízo, que a matéria haveria de ser veiculada por meio de *lei em sentido formal*, sob pena de vulneração do preceito vazado no art. 22, I, da Constituição da República. O referido preceito está assim redigido:

**Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:**

*I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (...).*

É com base nessas aligeiradas razões que proponho a meus Eminentíssimos pares, caso se entenda pela prevalência do entendimento hoje sufragado pela douta Quinta Turma, que seja a questão submetida ao crivo da Corte Especial, de acordo com o que reza o art. 200 do RISTJ, *verbis*:

**Art. 200.** *A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida.*

*§ 1º Acolhida a arguição, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante do Ministério Público, em quinze dias.*

*§ 2º Devolvidos os autos, observar-se-á o disposto nos parágrafos 1º e 3º do artigo anterior.*

*§ 3º O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.*

Assim, voto pelo desprovimento do recurso ou, ainda, pela afetação do julgamento à Corte Especial, a fim de que seja apreciada a constitucionalidade do dispositivo em comento.

## VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE): Cinge-se a controvérsia na possibilidade de o magistrado sentenciante,

ao fixar o regime aberto para o desconto da sanção corporal, estabelecer como condição especial a prestação de serviços à comunidade.

Acosto-me aqueles que entendem que a pena restritiva de direito, a teor do artigo 44 do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, não podendo, portanto, cumular com a pena privativa de liberdade, ante a ausência de previsão legal.

Nesse sentido, confira-se precedente desta Corte:

*“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME ABERTO. CUMULAÇÃO COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. FIXAÇÃO COMO CONDIÇÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. 3. DUPLA APENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Embora o colegiado do Tribunal de origem não tenha examinado a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.*

*2. A prestação de serviços à comunidade consiste em uma pena autônoma e substitutiva, eis que prevista no rol das restritivas de direitos, não podendo ser fixada como condição especial para o cumprimento de pena no regime aberto. In casu, inexistente a previsão legal para a cumulação da reprimenda restritiva com a privativa de liberdade.*

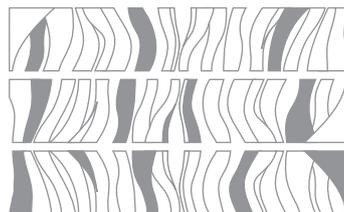
*3. Extrai-se que a intenção do legislador, ao facultar a estipulação de condições especiais para o cumprimento do regime aberto, engloba circunstâncias inerentes ao próprio regime, conquanto diversas das obrigatórias previstas no art. 115 da LEP, não sendo a especialidade da condição uma fixação de outra pena pois, se assim o fosse, consistiria em pena em dobro para um mesmo ilícito penal, sem a previsão prévia do legislador ou a imposição na sentença condenatória, incidindo a hipótese em bis in idem.*

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de excluir a prestação de serviços à comunidade como condição especial para o cumprimento de pena no regime aberto.”*

*(HC n. 164.056/SP, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 1º/7/2010.)*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



---

**Súmula n. 494**



---

**SÚMULA N. 494**

---

O benefício fiscal do ressarcimento do crédito presumido do IPI relativo às exportações incide mesmo quando as matérias-primas ou os insumos sejam adquiridos de pessoa física ou jurídica não contribuinte do PIS/PASEP.

**Referências:**

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.363/1996.

IN n. 23/1997-SRF, art. 2º, § 2º, revogada pela IN n. 313/2003-SRF, art. 41.

**Precedentes:**

**(\*)REsp 993.164-MG (1ª S, 13.12.2010 – DJe 17.12.2010) –  
acórdão publicado na íntegra**

REsp 767.617-CE (1ª T, 12.12.2006 – DJ 15.02.2007)

REsp 840.056-CE (1ª T, 10.04.2007 – DJ 07.05.2007)

REsp 921.397-CE (1ª T, 28.08.2007 – DJ 13.09.2007)

REsp 586.392-RN (2ª T, 19.10.2004 – DJ 06.12.2004)

REsp 763.521-PI (2ª T, 11.10.2005 – DJ 07.11.2005)

REsp 627.941-CE (2ª T, 15.02.2007 – DJ 07.03.2007)

REsp 719.433-CE (2ª T, 28.08.2007 – DJ 12.09.2007)

**(\*) Recurso repetitivo.**

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012



---

**RECURSO ESPECIAL N. 993.164-MG (2007/0231187-3)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux  
Recorrente: Exportadora Princesa do Sul Ltda  
Advogado: Adriano Ferreira Sodré e outro(s)  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho  
                  Everton Lopes Nunes e outro(s)  
Recorrido: Os Mesmos

---

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESSARCIMENTO DO VALOR DO PIS/PASEP E DA COFINS. EMPRESAS PRODUTORAS E EXPORTADORAS DE MERCADORIAS NACIONAIS. LEI 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 23/97. CONDICIONAMENTO DO INCENTIVO FISCAL AOS INSUMOS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO PIS E PELA COFINS. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI ORDINÁRIA. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. OBSERVÂNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA (ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O crédito presumido de IPI, instituído pela Lei 9.363/96, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal.

2. A Lei 9.363/96 instituiu crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS/PASEP e COFINS, ao dispor que:

*“Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.”*

3. O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que *“o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo ressarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.*

4. O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a Portaria 38/97, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido instituído pela Lei 9.363/96 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (artigo 12).

5. Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 23/97 (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa 419/2004), assim preceituando:

*“Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais.*

*§ 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive:*

*I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero;*

*II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação.*

*§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção*

*bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.”*

6. Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei 9.363/96), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/PASEP e à COFINS.

7. Como de sabença, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivizar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *ADI 531 AgR*, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e *ADI 365 AgR*, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).

8. Conseqüentemente, sobressai a “ilegalidade” da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei 9.363/96, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/PASEP e pela COFINS (Precedentes das Turmas de Direito Público: *REsp 849.287/RS*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010; *AgRg no REsp 913.433/ES*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009; *REsp 1.109.034/PR*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009; *REsp 1.008.021/CE*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe 11.04.2008; *REsp 767.617/CE*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007; *REsp 617.733/CE*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006; e *REsp 586.392/RN*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004).

9. É que: (i) “a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-

*exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição”; (ii) “o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais”; e (iii) “a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes” (REsp 586.392/RN).*

10. A Súmula Vinculante 10/STF cristalizou o entendimento de que:

*“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”*

11. Entrementes, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público, uma vez não estabelecido confronto direto com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante 10/STF à espécie.

12. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), descaracteriza referido crédito como escritural (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), exurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

13. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) autoriza a aplicação da Taxa SELIC (a partir de janeiro de 1996) na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco (REsp 1.150.188/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

14. Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se,

ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

15. Recurso especial da empresa provido para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic.

16. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.

17. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da Empresa e negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 17.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos pela FAZENDA NACIONAL, com fulcro na alínea “a”, do permissivo constitucional, e por EXPORTADORA PRINCESA DO SUL LTDA., com espeque nas alíneas “a” e “c”, no intuito de verem reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

*“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. PRESCRIÇÃO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA 23/97. DIREITO DE CREDITAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC.*

I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural de IPI, o prazo prescricional é de cinco anos, contados da data da propositura da ação.

II. Não subsiste qualquer condicionamento para fazer jus ao benefício fiscal do crédito presumido de IPI a não ser a comprovação de ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais, pois sendo um benefício que visa o incentivo à exportação, basta seja comprovada tal atividade pela empresa postulante.

III. O reconhecimento do direito ao crédito presumido de IPI depende da subsunção dos fatos trazidos pela empresa requerente ao disposto no art. 1º, da Lei 9.363/96. A apuração dos valores, especialmente da base de cálculo, será definida no âmbito administrativo pelas autoridades competentes (SRF).

IV. Não poderia instrução normativa ir além das previsões contidas na Lei 9.363/96, extrapolando os limites estabelecidos por esta lei, sob pena de ferir o princípio da hierarquia de normas jurídicas.

V. A IN 23/97, restringindo a dedução do crédito presumido do IPI somente às pessoas jurídicas contribuintes efetivas do PIS/PASEP e COFINS, fere o princípio da legalidade estrita, ao ultrapassar os limites impostos pela Lei 9.363/96.

VI. Não cabe correção monetária na operação de simples escrituração.

VII. Apelação da União improvida.

VIII. Remessa oficial parcialmente provida, para excluir a aplicação da taxa SELIC.”

Noticiam os autos que EXPORTADORA PRINCESA DO SUL LTDA., pessoa jurídica destinada ao comércio, produção e exportação de café em grão, ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, em desfavor da FAZENDA NACIONAL, objetivando a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Instrução Normativa 23/97 e o reconhecimento de seu direito de usufruir do benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI, previsto na Medida Provisória 948/95 (convertida na Lei 9.363/96), “*para ressarcimento de 5,37% sobre as bases de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre os insumos destinados à produção do café cru adquirido de produtores rurais e suas cooperativas, e utilizado no processo de industrialização de que resultam os diversos tipos de cafés para exportação, podendo incluir na base de cálculo do incentivo fiscal a energia elétrica consumida pelas máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo, bem como o material de embalagem utilizado no acondicionamento do produto final exportado, em conformidade com a IN 21/97, na redação dada pela IN 73/97*”.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, por força da Súmula 212/STJ e do artigo 1º, § 5º, da Lei 8.437/92, que vedam o deferimento de compensação via medida liminar.

O pedido de reconsideração formulado pela empresa autora também restou indeferido.

Sobreveio sentença que julgou procedente o pedido, “*declarando inválida (porque inconstitucional) a IN/SRF n. 23/97, e reconhecendo à autora o direito de beneficiar-se do incentivo fiscal correspondente ao período compreendido entre a edição da MP 948/95 (convertida na Lei n. 9.363/96) e o advento da MP 1807, aplicando-se a taxa referencial SELIC na correção do crédito*”.

O Tribunal de origem, nos termos da ementa anteriormente transcrita, negou provimento à apelação fazendária e deu parcial provimento à remessa oficial a fim de que excluída a aplicação da Taxa Selic na correção do crédito. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

*“A autora, Exportadora Princesa do Sul Ltda., sociedade comercial cujo objeto é a exploração de compra, venda, armazenagem, preparo e exportação de café, pleiteia, por meio desta ação ordinária, seja declarada a inconstitucionalidade da Instrução Normativa 23/97.*

*Requer, em antecipação dos efeitos da tutela, seja determinado à autoridade administrativa que conceda o benefício fiscal advindo do crédito presumido da MP 948/95, convertida na Lei 9.363/96, para ressarcimento dos 5,37% sobre as bases de cálculo do PIS e COFINS incidentes sobre os insumos destinados à produção de café cru adquirido de produtores rurais e suas cooperativas, e utilizado no processo de industrialização de que resultam os diversos tipos de café para exportação, podendo incluir na base de cálculo do incentivo fiscal a energia elétrica consumida pelas máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo, bem como o material de embalagem usada no acondicionamento do produto final exportado, nos termos da IN 21/97, na redação dada pela IN 73/97.*

*Em pedido final, pleiteia a procedência da ação, para declarar o direito desta Suplicante ao crédito presumido sobre exportação e condenar a suplicada a se abster de negar o direito ao aproveitamento perquirido.*

*A sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo à autora o direito de beneficiar-se do incentivo fiscal correspondente ao período compreendido entre a edição da MP 948/95 (convertida em Lei 9.363/96) e o advento da MP 1.807, aplicando-se a taxa referencial SELIC na correção do crédito.*

*Importante, assim, delinear tais aspectos para assentar que a controvérsia gira em torno do reconhecimento quanto ao benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI, previsto na Lei 9.363/96, e, conseqüentemente, de ter o direito de aproveitamento dos créditos fiscais pretéritos por meio da compensação, no âmbito administrativo.*

**PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR:**

*Em preliminar, a Fazenda suscita carência de interesse e direito de postular da autora, pois não seria ela contribuinte do IPI, não havendo crédito, por não ter*

*havido pagamento nas operações anteriores ou comprovação de tais pagamentos e nem cascata que desaguasse nos custos da apelada; e também, não há como presumir crédito se não houve operações potencialmente tributáveis pelo IPI, não configurando, assim, o fato gerador e a base de cálculo.*

*Entendendo que tal preliminar se confunde com o próprio mérito da controvérsia, pelo que passo a examinar.*

**PREJUDICIAL – PRESCRIÇÃO:**

*O prazo prescricional, no tópico, conta-se na forma de créditos não-tributários sendo, portanto, quinquenal, nos termos de Decreto 20.910/32. É que busca a Autora o reconhecimento do direito ao benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI e, não, de restituição de pagamento indevido ou a maior.*

*Assim, a meu ver, fica afastada a aplicação do art. 165 do CTN e, bem como, a prescrição contada do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter ocorrido.*

*(...)*

*Em que pese o argumento da apelante, tendo como termo inicial o ajuizamento da ação em 23/02/2000, e tratando-se de direito cujo período pleiteado se refere a 1995 até 1999, não há de se falar em prescrição do pleito quanto ao crédito presumido de IPI. Superada tal prejudicial, passo à análise do mérito.*

**MÉRITO:**

*Aprecio, inicialmente, a alegada necessidade de comprovação das operações internas, com a exibição das notas fiscais de cada operação e aquisição levada a efeito no mercado interno.*

*O crédito presumido de IPI, previsto na Lei 9.363/96, benefício fiscal destinado ao incentivo da exportação, está delineado nos seguintes artigos, verbis:*

**Art. 1º** *A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 7 de setembro de 1970; 8, de 3 de dezembro de 1970; e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.*

**Art. 2º** *A base de cálculo do crédito presumido será determinada mediante a aplicação, sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem referidos no artigo anterior, do percentual correspondente à relação entre a receita de exportação e a receita operacional bruta do produtor exportador.*

*§ 1º O crédito fiscal será o resultado da aplicação do percentual de 5,37% sobre a base de cálculo definida neste artigo.*

*Desde a Medida Provisória 905, de 21 de fevereiro de 1995, sucessivamente reeditada até a conversão na Lei 9.393/96, não há a previsão contida na Medida Provisória 674/94, na qual seu art. 5º dispunha que o benefício ora instituído é condicionado à apresentação, pelo exportador, das guias correspondentes ao recolhimento, pelo seu fornecedor imediato, das contribuições devidas nos termos das Leis Complementares 7 e 8, de 1970, e 70, de 1991.*

*O direito ao crédito presumido, em interpretação à citada legislação, tem como condição para seu reconhecimento ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais, sendo que a mesma Lei 9.363/96 define como base de cálculo a aplicação, sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem referidos no artigo anterior, do percentual correspondente à relação entre a receita de exportação e a receita operacional bruta do produtor exportador (art. 2º).*

*Não subsiste, assim, qualquer condicionamento para fazer jus ao benefício fiscal do crédito presumido de IPI a não ser a comprovação de ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais (no caso, café), fato este que, pelos documentos acostados às fls. 97/113, está suficientemente demonstrado. Isto porque, sendo benefício que visa ao incentivo à exportação, basta que seja comprovada tal atividade pela empresa postulante.*

*Vale destacar, por oportuno, o teor da Exposição de Motivos 120, relativa à Medida Provisória 948/95, que dispôs sobre a instituição do crédito presumido do IPI, esclarecendo o Ministro da Fazenda que sendo as contribuições da COFINS e PIS/PASEP incidentes em cascata, sobre todas as etapas do processo produtivo, parece mais razoável que a desoneração corresponda não apenas à última etapa do processo produtivo, mas sim às duas etapas antecedentes, o que revela que a alíquota a ser aplicada deve ser elevada para 5,37%, atenuando ainda mais a carga tributária incidente sobre os produtos exportados, e se revelando compatível com a necessidade de ajuste fiscal.*

*Cumpra-me analisar o direito ao crédito presumido, ou seja, a subsunção dos fatos trazidos pela Autora ao disposto no art. 1º, da Lei 9.363/96, o que efetivamente restou demonstrado. Por outro lado, a apuração dos valores, especialmente da base de cálculo, será definida no âmbito administrativo pelas autoridades competentes (SRF).*

*A autora comprovou suficientemente, por documentos hábeis, ser produtora e exportadora de diversos tipos de café, conforme demonstram os registros de venda e exportação acostados às fls. 87/113. Evidentemente, na cadeia produtiva, a autora adquire matérias-primas, insumos, material de embalagem, energia, produtos intermediários, gerando, com isso, o efeito cascata sobre o produto, ainda que não tenha havido incidência na última aquisição.*

*Nesse sentido, a fim de afastar as alegações trazidas pela apelante, trago à colação trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido em caso análogo ao presente – REsp 586.392/RN, em que restou explanado que:*

*'Muito poderei sobre o tema, especialmente diante de algumas reflexões trazidas nos memoriais, dentre as quais destaco:*

*1) a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição;*

*2) o Decreto 2.367/98 – Regulamento do IPI –, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais;*

*3) a base de cálculo de ressarcimento é o valor total das aquisições de insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.*

*Depois de todas essas avaliações, concluí da seguinte maneira:*

*1º) o produtor-exportador adquire insumo, por exemplo, tecidos, linhas, agulhas, botões, etc, e em todas essas aquisições é ele contribuinte de fato da PIS/COFINS, paga pelo vendedor que, no preço, já embutiu a PIS/COFINS paga pelos seus insumos. Na hipótese, a lei permite o ressarcimento sobre o final da aquisição, o que leva também deduzir as antecedentes incidências da PIS/COFINS;*

*2º) mesmo quando o produtor-exportador adquire matéria-prima ou insumo agrícola diretamente do produtor rural pessoa física, paga, embutido no preço dessas mercadorias o tributo (PIS/COFINS) indiretamente em outros insumos ou produtos, tais como ferramentas, maquinário, adubos, etc., adquiridos no mercado e empregados no respectivo processo produtivo.*

*Parece-me, portanto, que razão assiste aos que entendem ter a instrução normativa aqui questionada extrapolado o conteúdo da lei.'*

*Não vislumbro, destarte, que a exibição das notas fiscais referentes à aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagens, no mercado interno, seja pressuposto para reconhecimento do direito ao crédito, pois a apresentação destes é necessária para se perquirir a base de cálculo de tal benefício, para se apurar o montante do eventual crédito (como, inclusive, afirmado pela própria apelante), mas não para se constatar o direito ao crédito presumido de IPI, nos termos determinados pelo art. 1º, da Lei 9.363/96.*

*Ultrapassadas tais assertivas, cabe, ainda, analisar a questão referente à Instrução Normativa 23/97. Novamente, não merecem guarida, as alegações trazidas pela apelante, devendo ser mantido o entendimento trazido pela sentença vergastada, no sentido de que não se apresenta válida a mencionada Instrução Normativa, porquanto esse ato da autoridade administrativa não apenas interpreta um diploma legal, mas altera a dimensão da lei. E o faz desapropriadamente.*

*A IN 23/97, em seu art. 2º, trouxe uma restrição relativamente ao crédito presumido de IPI, delimitando que tal benefício seria, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.*

*Não poderia instrução normativa ir além das previsões contidas na Lei 9.363/96, extrapolando os limites estabelecidos por esta lei, sob pena de ferir o princípio da hierarquia de normas jurídicas. A IN 23/97, restringindo a dedução do crédito presumido do IPI somente às pessoas jurídicas contribuintes efetivas do PIS/PASEP e COFINS, fere, outrossim, o princípio da legalidade estrita, ao ultrapassar os limites impostos pela Lei 9.363/96.*

*Nesta linha, no recente julgamento do Recurso Especial 586.392/RN, a relatora Ministra Eliana Calmon assentou que desprezando-se a Instrução Normativa SRF 23/97 e interpretando-se o art. 1º da Lei 9.363/96, pode-se perfeitamente contemplar como ressarcimento os produtos agrícolas adquiridos de pessoas físicas e assim favorecê-las na oferta de suas mercadorias, para que o produto exportado seja menos onerado.*

(...)

*Assim como delimitado pela sentença recorrida, convém ressaltar que a autora, ora apelada, faz jus ao crédito presumido do IPI, nos termos da Lei 9.363/96, afastando-se a aplicação da IN 23/97, desde a edição da MP 948/95 (convertida na Lei 9.363/96) até o advento da MP 1.807, que suspendeu o crédito presumido do IPI.*

*Por fim, em sede de remessa oficial, merece análise a aplicação da taxa SELIC na correção dos créditos, conforme determinado pelo magistrado sentenciante. Isto porque, tenho entendimento de que não cabe correção monetária na operação de simples escrituração, isto é, meramente contábil.*

*Ademais, o provimento conferido nesta ação pelo rito ordinário contém carga eminentemente declaratória, pois, tão-somente, reconhece o direito ao creditamento relativo ao benefício fiscal previsto na Lei 9.363/96.*

*Por oportuno, transcrevo excerto do voto condutor do acórdão proferido no julgamento do REsp 449.768/PR, D.J./I de 04/08/2003, p. 270:*

*'Verifica-se que inexistente legislação autorizando a correção monetária, o que, aliás, nem poderia. Observe-se que a escrituração vai sendo feita de débitos e de créditos, nascidos em datas bem próximas uma da outra, de forma que, para que se fizesse a correção dos créditos do contribuinte, dever-se-ia também, atualizar os seus débitos, em simetria perfeita. Ora, após a escrituração pelo valor histórico, a correção de ambos em nada altera o resultado e se de um só desequilibraria uma das contas, de modo que o mais certo e justo é manter os valores históricos, sem correção.'*

*Assim definido, verifico a necessidade de reforma parcial da sentença, a fim de que seja excluída a taxa SELIC na correção do crédito.*

*Com estas considerações, nego provimento à apelação da União.*

*Outrossim, dou parcial provimento à remessa oficial, tão-somente, para que seja excluída a aplicação da taxa SELIC na correção do crédito.*

*Mantenho, com base no parágrafo único do art. 21, do CPC, os honorários advocatícios fixados na sentença recorrida.”*

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados, uma vez não vislumbrados quaisquer dos vícios enumerados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial da empresa, sustenta-se que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos artigos 1º, da Lei 6.899/81, e 884, do Código Civil de 2002, pugnano pela correção monetária dos créditos escriturais de IPI, uma vez que “*não pôde utilizar-se do crédito presumido em virtude de ato administrativo editado pela Secretaria da Receita Federal (IN/SRF 23/97), o qual a impediu de escriturar os créditos em questão na sua escrita contábil*”. Outrossim, aponta como contrariado o artigo 39, § 4º, da Lei 9.250/95, ao argumento de que “*no presente caso, o que se busca é o ressarcimento do crédito presumido de IPI, tal como previsto na Medida Provisória 948/95 e na Lei 9.363/96, e, sendo o ressarcimento espécie do gênero restituição, plenamente aplicável a Taxa Selic ao caso*”. Ao final, traz arestos do STJ para confronto. Caso não sejam considerados prequestionados os dispositivos legais apontados como vulnerados, a despeito da oposição de embargos de declaração, alega ofensa ao artigo 535, do CPC.

Por seu turno, a Fazenda Nacional, em suas razões de recorrer, alega, preliminarmente, a nulidade do acórdão regional, por ofensa aos artigos 458, II, e 535, do CPC, “*uma vez que não efetivou a prestação jurisdicional de forma completa, deixando de apresentar fundamentação e de corrigir vício de omissão, apesar da oportuna interposição de embargos de declaração*”, bem como dos artigos 480, 481 e 482, do CPC, “*ao deixar de observar a regra de reserva de plenário para afastamento de um dispositivo de ato normativo do Poder Público por suposta inconstitucionalidade*”. Meritoriamente, aduz contrariedade aos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei 9.363/96, e 111, do CTN, por ter o acórdão hostilizado assentado “*que para fazer jus ao crédito presumido, o exportador/ produtor não precisa comprovar que o fornecedor dos insumos e matérias-primas contribuiu efetivamente para o PIS/PASEP e a COFINS*”. De acordo com a recorrente:

*“... a Lei n. 9.363/96 não conferiu ao produtor/exportador o direito ao crédito presumido quando o fornecedor não é contribuinte de PIS/PASEP e COFINS (por exemplo, pessoa física, cooperativa, etc.), assim, a IN SRF 23/97 não extrapolou os limites da lei.*

*Isto porque se trata de lei que prevê um incentivo fiscal, a qual, de acordo não só com o disposto pelo Código Tributário Nacional (art. 111, do CTN), mas com a doutrina e a jurisprudência, deve ser interpretada restritivamente. Ademais, o modo com que o 'crédito presumido de IPI se encontra delineado pela Lei 9.363, de 1996, não permite ao intérprete concluir de outra forma, senão que o legislador condicionou a fruição do incentivo ao pagamento de PIS/PASEP e da COFINS pelo fornecedor do insumo adquirido pela beneficiário do crédito presumido.*

(...)

*Quando o PIS/PASEP e a COFINS oneram de forma indireta o produto final, isto significa que os tributos não 'incidiram' sobre o insumo adquirido pelo beneficiário do crédito presumido (o fornecedor não é contribuinte de PIS/PASEP e da COFINS), mas nos produtos anteriores, que compõem este insumo. Ocorre que o legislador prevê, textualmente, que serão ressarcidas as contribuições 'incidentes' sobre o insumo adquirido pelo produtor/exportador, e não sobre as aquisições de terceiros, que ocorreram em fases anteriores da cadeia produtiva.*

*Ao contrário, para admitir que o legislador teria previsto o crédito presumido como um ressarcimento dos tributos que oneraram toda a cadeia produtiva, seria necessária uma interpretação extensiva da norma legal, inadmitida, nessa específica hipótese, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Tributário Nacional (art. 111).*

(...)

*Assim, a condição legalmente disposta para que o produtor exportador possa adicionar o valor do insumo à base de cálculo do crédito presumido, é a exigência de tributos ao fornecedor do insumo. Sem que tal condição seja cumprida, é inadmissível, ao contribuinte, benefício de crédito presumido.*

*Prova inequívoca de que o legislador condicionou a fruição do crédito presumido ao pagamento de PIS/PASEP e da COFINS pelo fornecedor do insumo é depreendida da leitura do artigo 5º, da Lei 9.363/96:*

*'Art. 5º A eventual restituição, ao fornecedor, das importâncias recolhidas em pagamento das contribuições referidas no art. 1º, bem assim a compensação mediante crédito, implica imediato estorno, pelo produtor exportador, do valor correspondente.'*

*Ou seja, o tributo pago pelo fornecedor do insumo adquirido pelo beneficiário do crédito presumido, que for restituído ou compensado mediante crédito, será abatido do crédito presumido respectivo."*

Apresentadas contra-razões por ambas as partes.

O recurso especial da empresa recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

Por sua vez, o apelo extremo fazendário restou inadmitido na instância ordinária, tendo sido provido o agravo de instrumento dirigido a esta Corte (convertido no Recurso Especial 1.111.372/MG).

Em 19.02.2010, o Recurso Especial 1.111.372/MG foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção desta Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução STJ 8/2008), uma vez vislumbrada a multiplicidade de recursos que versam sobre a legalidade da Instrução Normativa 23/97 que restringiu o direito ao crédito presumido do IPI às pessoas jurídicas efetivamente sujeitas à incidência da contribuição destinada ao PIS/PASEP e da COFINS, à luz do disposto na Lei 9.363/96.

Em 02.08.2010, determinou-se a substituição do REsp 1.111.372/MG pelo REsp 993.164/MG (autos principais do feito).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento parcial e provimento em parte do recurso especial empresarial e pelo desprovimento do recurso fazendário, nos termos da seguinte ementa:

*“Recurso especial, interposto pela referida empresa exportadora, com base nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do inciso III do art. 105 da CF. Violação ao art. 535 inciso II do CPC não demonstrada. Súmula n. 284 do STF. Art. 884 do CC/2002; art. 108 inciso I e 161 do CTN. Não prequestionados. Súmula n. 211 do STJ. Crédito presumido de IPI. Lei n. 9.363/96. Acórdão afastou a incidência da Instrução Normativa SRF n. 23/97 por ter ultrapassado os limites impostos pela lei. A referida instrução normativa implicou em procrastinação do crédito da recorrente. Necessidade de buscar o Poder Judiciário, fato que ocasiona a demora no reconhecimento do direito pleiteado, por força da tramitação normal dos feitos judiciais. Ação proposta em 23/02/2000, para declarar a inconstitucionalidade da IN n. 23/97. Cabimento da correção monetária. Precedentes do STJ. Valor do crédito a ser definido no âmbito administrativo. Correção monetária limitada à data do trânsito em julgado da decisão que afastou o óbice ao aproveitamento do crédito. Pelo conhecimento parcial e pelo provimento em parte do recurso especial, interposto pela Exportadora Princesa do Sul Ltda. e ratificado o Parecer n. 7.657/2010-FG (em anexo), pelo desprovimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.”*

No bojo do parecer apresentado nos autos do REsp 1.111.372/MG, o Ministério Público, com base na jurisprudência pacífica do STJ, pugnou pela ilegalidade do artigo 2º, § 2º, da Instrução Normativa 23/97, que erigiu restrição não prevista na Lei 9.363/96.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revelam-se cognoscíveis as insurgências especiais, uma vez prequestionadas as matérias federais ventiladas.

A controvérsia submetida ao rito do artigo 543-C, do CPC, cinge-se sobre a legalidade da Instrução Normativa 23/97 que restringiu o direito ao crédito presumido do IPI às pessoas jurídicas efetivamente sujeitas à incidência da contribuição destinada ao PIS/PASEP e da COFINS, à luz do disposto na Lei 9.363/96.

A Lei 9.363/96 instituiu crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS/PASEP e COFINS, ao dispor que:

*“Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.”*

O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que “o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo ressarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a Portaria 38/97, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido instituído pela Lei 9.363/96 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (artigo 12).

Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 23/97 (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa 419/2004), assim preceituando:

*“Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais.*

*§ 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive:*

*I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero;*

*II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação.*

*§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.”*

Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei 9.363/96), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/PASEP e à COFINS.

Como de sabença, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

No mesmo diapasão, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 62, DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL - SUA NATUREZA REGULAMENTAR - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SEGUIMENTO NEGADO POR DECISÃO SINGULAR - COMPETÊNCIA DO RELATOR (RISTF, ART. 21, PAR. 1.; LEI 8.038, ART. 38) - PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO PRESERVADO (CF, ART. 97) - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - E inquestionável que assiste a Suprema Corte, em sua composição plenária, a competência exclusiva para julgar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, art. 5., VII e art. 173). Essa regra de competência, no entanto, muito embora de observância indeclinável por qualquer órgão judiciário colegiado, não subtrai ao Relator da causa o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle “previo” dos*

*requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta. A possibilidade de controle recursal, "a posteriori", dos atos decisórios que o Relator pratica, no desempenho de sua competência monocrática, da concreção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao "princípio da reserva de Plenário", inscrito no art. 97 da Lei Fundamental da República. - As Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de carácter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Não se revelam, por isso mesmo, aptas a sofrerem o controle concentrado de constitucionalidade, que pressupõe o confronto "direto" do ato impugnado com a Lei Fundamental." (ADI 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992)*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - AGRAVO REGIMENTAL - IMPUGNAÇÃO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL - ALEGADA VULNERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS - SEGUIMENTO NEGADO - NATUREZA DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS - CARÁTER ACESSÓRIO DO ATO IMPUGNADO - JUÍZO PREVIÓ DE LEGALIDADE - MATÉRIA ESTRANHA AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA - DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FUNDADAS EM MEDIDA PROVISÓRIA NÃO CONVERTIDA EM LEI - EFEITOS RADICAIS DA AUSÊNCIA DE CONVERSÃO LEGISLATIVA - INSUBSISTÊNCIA DOS ATOS REGULAMENTARES FUNDADOS EM MEDIDA PROVISÓRIA NÃO-CONVERTIDA - AGRAVO NÃO PROVIDO. - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM-SE - ORIENTADO NO SENTIDO DE REPELIR A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, POR VIA DE AÇÃO, NAS SITUAÇÕES EM QUE A IMPUGNAÇÃO "IN ABSTRACTO" INCIDE SOBRE ATOS QUE, INOBTANTE VEICULADORES DE CONTEÚDO NORMATIVO, OSTENTAM CARÁTER MERAMENTE ANCILAR OU SECUNDÁRIO, EM FUNÇÃO DAS LEIS, OU DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS, A QUE ADEREM E CUJO TEXTO PRETENDEM REGULAMENTAR. EM TAIS CASOS, O EVENTUAL EXTRAVASAMENTO DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI, OU PELA MEDIDA PROVISÓRIA, CARACTERIZARA SITUAÇÃO DE MERA ILEGALIDADE, INAPRECIÁVEL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. - A CRISES DE LEGALIDADE, QUE IRROMPEM NO ÂMBITO DO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO, CARACTERIZADAS POR INOBTERVÂNCIA, PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, DO SEU DEVER JURÍDICO DE SUBORDINAÇÃO A LEI, REVELAM-SE, POR SUA NATUREZA MESMA, INSUSCETÍVEIS DO CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO, CUJA FINALIDADE EXCLUSIVA RESTRINGE-O, TÃO-SOMENTE, A AFERIÇÃO DE SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. - AS INSTRUÇÕES NORMATIVAS, EDITADAS POR ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, CONSTITUEM ESPÉCIES JURÍDICAS DE CARÁTER SECUNDÁRIO. CUJA VALIDADE E EFICÁCIA RESULTAM, IMEDIATAMENTE, DE SUA ESTRITA OBTERVÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELAS LEIS, TRATADOS,*

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, OU DECRETOS PRESIDENCIAIS, DE QUE DEVEM CONSTITUIR NORMAS COMPLEMENTARES. ESSAS INSTRUÇÕES NADA MAIS SÃO, EM SUA CONFIGURAÇÃO JURÍDICO-FORMAL, DO QUE PROVIMENTOS EXECUTIVOS CUJA NORMATIVIDADE ESTA DIRETAMENTE SUBORDINADA AOS ATOS DE NATUREZA PRIMARIA, COMO AS LEIS E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS, A QUE SE VINCULAM POR UM CLARO NEXO DE ACESSORIEDADE E DE DEPENDÊNCIA. SE A INSTRUÇÃO NORMATIVA, EDITADA COM FUNDAMENTO NO ART. 100, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, VEM A POSITIVAR EM SEU TEXTO, EM DECORRÊNCIA DE MA INTERPRETAÇÃO DE LEI OU MEDIDA PROVISÓRIA, UMA EXEGESE QUE POSSA ROMPER A HIERARQUIA NORMATIVA QUE DEVE MANTER COM ESTES ATOS PRIMARIOS, VICIAR-SE-A DE ILEGALIDADE E NÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. - MEDIDAS PROVISÓRIAS. A REJEIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA DESPOJA-A DE EFICÁCIA JURÍDICA DESDE O MOMENTO DE SUA EDIÇÃO, DESTITUINDO DE VALIDADE TODOS OS ATOS PRATICADOS COM FUNDAMENTO NELA. ESSA MESMA CONSEQUENCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL DERIVA DO DECURSO "IN ALBIS" DO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, SEM QUE, NELE, TENHA HAVIDO QUALQUER EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DECISÓRIA DO CONGRESSO NACIONAL. A DISCIPLINA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FORMADAS COM BASE NO ATO CAUTELAR NÃO CONVERTIDO EM LEI CONSTITUI OBRIGAÇÃO INDECLINÁVEL DO PODER LEGISLATIVO DA UNIÃO, QUE DEVERA REGRA-LAS MEDIANTE PROCEDIMENTO LEGISLATIVO ADEQUADO. O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA CONGRESSIONAL DECORRE, FUNDAMENTALMENTE, DE UM PRINCÍPIO ESSENCIAL DE NOSSO SISTEMA CONSTITUCIONAL: O PRINCÍPIO DA RESERVA DE COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. A DISCIPLINA A QUE SE REFERE A CARTA POLITICA EM SEU ART. 62, PARAGRAFO ÚNICO, TEM, NA LEI FORMAL, DE EXCLUSIVA ATRIBUIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL, SEU INSTRUMENTO JURÍDICO IDONEO. - OS ATOS REGULAMENTARES DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO-CONVERTIDAS EM LEI NÃO SUBSISTEM AUTONOMAMENTE, EIS QUE NELAS RESIDE, DE MODO DIRETO E IMEDIATO, O SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO DE VALIDADE E DE EFICÁCIA. A AUSÊNCIA DE CONVERSAO LEGISLATIVA OPERA EFEITOS EXTINTIVOS RADICAIS E GÊNICOS, DE MODO A AFETAR TODOS OS ATOS QUE ESTEJAM, DE QUALQUER MODO, CAUSALMENTE VINCULADOS A MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA OU NÃO-TRANSFORMADA EM LEI, ESPECIALMENTE AQUELES QUE, EDITADOS PELO PRÓPRIO PODER PÚBLICO, COM ELA MANTINHAM - OU DEVERIAM MANTER - ESTRITA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA NORMATIVA E DE ACESSORIEDADE JURÍDICA, TAIS COMO AS INSTRUÇÕES NORMATIVAS." (ADI 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991)

Conseqüentemente, sobressai a "ilegalidade" da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei 9.363/96, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/PASEP e pela COFINS.

É que: (i) “a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição”; (ii) “o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais”; e (iii) “a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes” (REsp 586.392/RN).

À guisa de exemplos, destacam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos das Turmas de Direito Público:

“TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. ART. 1º DA LEI N. 9.363/96. ILEGALIDADE DA IN SRF 23/97. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a IN/ SRF 23/1997, por se tratar de norma hierarquicamente inferior, extrapolou os limites do art. 1º da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições relativas aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, haja vista não serem contribuintes diretos do PIS/PASEP e da COFINS.

2. O acórdão recorrido se orientou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

3. Recurso especial não provido.” (REsp 849.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010)

“AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL – TRIBUTÁRIO – CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI – RESSARCIMENTO DE PIS/COFINS – ART. 1º DA LEI N. 9.363/96 – RESTRIÇÃO PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 23/97 – ILEGALIDADE.

É pacífico no STJ que a IN/SRF 23/1997, por se tratar de norma hierarquicamente inferior, extrapolou os limites do art. 1º, da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/PASEP e da COFINS.

Agravo regimental da FAZENDA NACIONAL improvido.

(...)” (AgRg no REsp 913.433/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. BASE DE CÁLCULO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI N. 9.363/1996. AQUISIÇÃO DE INSUMOS DE PESSOAS FÍSICAS E/OU COOPERATIVAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA NORMATIVA. INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 111 DO CTN. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ.

1. “Não consubstancia fundamento de natureza constitucional, a exigir a interposição de recurso extraordinário, a afirmação de que instrução normativa extrapolou os limites da lei que pretendia regulamentar. Trata-se de mero juízo de legalidade, para cuja formulação é indispensável a investigação da interpretação dada pelo acórdão recorrido aos dispositivos cotejados, incidindo, portanto, a orientação expressa na Súmula 636/STF, segundo a qual ‘não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida’” (REsp 509.963/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/8/2005, DJ 3/10/2005 p. 122).

2. No caso, interpretar-se a Lei n. 9.363/96 com a exclusão das aquisições de insumos de pessoas físicas e/ou cooperativas da base de cálculo do crédito presumido do IPI é fazer distinção onde a lei não a fez. Não há como, numa interpretação literal do citado art. 1º, chegar-se à conclusão de que os insumos adquiridos de pessoas físicas ou cooperativas não podem compor a base de cálculo do crédito presumido do IPI. É certo que a interpretação literal preconizada pela lei tributária objetiva evitar interpretações ampliativas ou analógicas (v.g.: REsp 62.436/SP, Min. Francisco Peçanha Martins), mas também não pode levar a interpretações que restrinjam mais do que a lei quis.

3. Com efeito, Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De consequência, à luz dos art. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI.

4. O acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que tem entre suas atribuições constitucionais a de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional.

5. Recurso especial não provido.” (REsp 1.109.034/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009)

“TRIBUTÁRIO – CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI – AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS-PRIMAS E INSUMOS DE PESSOA FÍSICA – LEI 9.363/96 E IN/SRF 23/97 – LEGALIDADE – PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A IN/SRF 23/97 extrapolou a regra prevista no art. 1º, da Lei 9.363/96 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições, relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/PASEP e da COFINS.

2. Entendimento que se baseia nas seguintes premissas:

a) a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição;

b) o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais;

c) a base cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.

3. Regra que tentou resgatar exigência prevista na MP 674/94 quanto à apresentação das guias de recolhimentos das contribuições do PIS e da COFINS, mas que, diante de sua caducidade, não foi renovada pela MP 948/95 e nem na Lei 9.363/96.

4. Inúmeros precedentes desta Corte.

5. Recurso especial provido." (REsp 1.008.021/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe 11.04.2008)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. LEI N. 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF N. 23/97. ILEGALIDADE.

1. O incentivo cognominado crédito presumido de IPI, instituído pela Lei n. 9.363/96, revela como ratio essendi, desonerar as exportações do valor do PIS/PASEP e da COFINS incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva, independentemente do fato de estar ou não o fornecedor direto do exportador sujeito ao pagamento destas contribuições.

2. Conseqüentemente, o não pagamento do PIS e da COFINS pelo fornecedor dos insumos não pode impedir o nascimento do crédito presumido.

3. Deveras, este ressarcimento, que por ser presumido e estimado na forma da lei, refere-se às possíveis incidências das contribuições em todas as etapas anteriores à aquisição dos insumos e à exportação.

3. Referida sistemática deve, destarte, ser aplicada também para o cálculo do crédito quanto a insumos adquiridos de não-contribuintes (Precedentes: REsp n. 617.733/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 24/08/2006; REsp n. 813.280/SC, Re. Min. José Delgado, DJU de 02/05/2006; REsp n. 529.758/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 20/02/2006; e REsp n. 699.898/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 03/10/2005).

(...)

5. Recurso especial desprovido." (REsp 767.617/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007)

*“TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. IN/SRF 23/97 ILEGALIDADE.*

1. O crédito presumido de IPI instituído pela Lei 9.363/96 teve por objetivo desonerar as exportações do valor do PIS/PASEP e da COFINS incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva, independentemente de estar ou não o fornecedor direto do exportador sujeito ao pagamento dessas contribuições. Por isso mesmo, é ilegítima a limitação constante do art. 2º, § 2º da IN SRF 23/97, segundo o qual “o crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção de bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS”. Precedente: REsp 586.392/RN, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 06.12.2004.

2. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 617.733/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006)

*“TRIBUTÁRIO – CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI – AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS-PRIMAS E INSUMOS DE PESSOA FÍSICA – LEI 9.363/96 E IN/SRF 23/97 – LEGALIDADE.*

1. A IN/SRF 23/97 extrapolou a regra prevista no art. 1º, da Lei 9.363/96 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições, relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/PASEP e da COFINS.

2. Entendimento que se baseia nas seguintes premissas: a) a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição; b) o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais; c) a base cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.

3. Regra que tentou resgatar exigência prevista na MP 674/94 quanto à apresentação das guias de recolhimentos das contribuições do PIS e da COFINS, mas que, diante de sua caducidade, não foi renovada pela MP 948/95 e nem na Lei 9.363/96.

4. Recurso especial improvido.” (REsp 586.392/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004)

A Súmula Vinculante 10/STF cristalizou o entendimento de que:

*“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”*

Entrementes, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público, uma vez não estabelecido confronto direto com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante 10/STF à espécie.

Assim é que o crédito presumido de IPI, instituído pela Lei 9.363/96, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal, não merecendo reforma o acórdão regional no particular.

Merece prosperar a pretensão recursal da empresa.

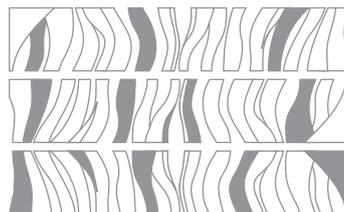
Com efeito, a oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), descaracteriza referido crédito como escritural (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), exurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) autoriza a aplicação da Taxa SELIC (a partir de janeiro de 1996) na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco (REsp 1.150.188/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA, para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic, e NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL.

O presente é recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, por isso que se impõe, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ 08/2008). disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ 08/2008).



---

**Súmula n. 495**



---

**SÚMULA N. 495**

---

A aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a creditamento de IPI.

**Referências:**

CPC, art. 543-C.

Decreto n. 4.544/2002, art. 164, I, revogado pelo Decreto n. 7.212/2010, art. 617.

**Precedentes:**

<b>(*) REsp</b>	<b>1.075.508-SC</b>	<b>(1ª S, 23.09.2009 – DJe 13.10.2009) – acórdão publicado na íntegra</b>
REsp	608.181-SC	(1ª T, 06.10.2005 – DJ 08.06.2006)
REsp	886.249-SC	(1ª T, 18.09.2007 – DJ 15.10.2007)
AgRg no REsp	1.063.630-RJ	(1ª T, 16.09.2008 – DJe 29.09.2008)
AgRg no REsp	1.082.522-SP	(2ª T, 16.12.2008 – DJe 04.02.2009)
AgRg no REsp	639.948-SC	(2ª T, 17.12.2009 – DJe 04.02.2010)

**(\*) Recurso repetitivo.**

Primeira Seção, em 8.8.2012

DJe 13.8.2012



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.075.508-SC (2008/0153290-5)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Metalúrgica Riosulense S/A

Advogado: João Joaquim Martinelli e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E AO USO E CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE. *RATIO ESSENDI* DOS DECRETOS 4.544/2002 E 2.637/98.

1. A aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa ou de insumos que não se incorporam ao produto final ou cujo desgaste não ocorra de forma imediata e integral durante o processo de industrialização não gera direito a creditamento de IPI, consoante a *ratio essendi* do artigo 164, I, do Decreto 4.544/2002 (Precedentes das Turmas de Direito Público: *AgRg no REsp 1.082.522/SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 04.02.2009; *AgRg no REsp 1.063.630/RJ*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008, DJe 29.09.2008; *REsp 886.249/SC*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 15.10.2007; *REsp 608.181/SC*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.10.2005, DJ 27.03.2006; e *REsp 497.187/SC*, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 17.06.2003, DJ 08.09.2003).

2. Deveras, o artigo 164, I, do Decreto 4.544/2002 (assim como o artigo 147, I, do revogado Decreto 2.637/98), determina que os estabelecimentos industriais (e os que lhes são equiparados), entre outras hipóteses, podem creditar-se do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se

*“aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente”.*

3. *In casu*, consoante assente na instância ordinária, cuida-se de estabelecimento industrial que adquire produtos “*que não são consumidos no processo de industrialização (...), mas que são componentes do maquinário (bem do ativo permanente) que sofrem o desgaste indireto no processo produtivo e cujo preço já integra a planilha de custos do produto final*”, razão pela qual não há direito ao creditamento do IPI.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 13.10.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por METALÚRGICA RIOSULENSE S/A, com fulcro na alínea “a”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

*“TRIBUTÁRIO. IPI. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS QUE NÃO SE INTEGRAM AO PRODUTO FINAL. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITOS.*

1 - Produto que não integra o produto final não gera crédito do IPI. Essa premissa parte da interpretação do art. 153, § 3º, II, da Constituição, segundo o qual o IPI “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”.

2 - O termo cada operação diz respeito a cada momento do processo de transformação do qual resulta o produto final (art. 46, parágrafo único, do CTN). Operação é o processo pelo qual o produto é alterado, dando lugar - ainda que por simples agregação - a produto novo.

3 - Se nesse processo se integram produtos que geraram o pagamento do IPI, o respectivo valor será deduzido na operação seguinte, até se chegar ao produto final. Mas só o IPI pago pelo produto que se integrou ao produto final, é que pode ser abatido.”

Noticiam os autos que METALÚRGICA RIOSULENSE S/A, “fabricante de peças e acessórios para o sistema motor”, ajuizou ação ordinária, em 12.11.2004, contra a UNIÃO, objetivando o reconhecimento, nos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação, do direito aos créditos do IPI decorrentes da aquisição de materiais intermediários (que se desgastam durante o processo produtivo sem contato físico ou químico direto com as matérias-primas). Na inicial, alegou que “*dentre os vários materiais utilizados no processo produtivo, a Autora vale-se de produtos intermediários tais como anéis de retenção, rolos de esfera, rotores, selos mecânicos, brocas, hastes, cilindros, ogivas, palhetas, e outros que se desgastam no processo produtivo, todavia, sem integrarem-se física ou quimicamente ao novo produto*”. De acordo com a autora, “*produto secundário (ou intermediário) é todo elemento utilizado no processo produtivo que não se integra física ou quimicamente ao novo produto, mas que nele está inserido*”, não se podendo impor restrições ao creditamento do IPI.

Sobreveio sentença que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa e julgou improcedente o pedido. Na oportunidade, o Juízo Singular considerou que:

*“... não é todo o IPI pago pelas indústrias que gera creditamento.*

*A legislação do IPI limita o creditamento aos produtos intermediários utilizados na produção de bens industriais, isto é, produtos que tenham contato físico direto com o bem produzido - produtos que embora não se integrando ao novo produto são consumidos no processo de industrialização.*

*Note-se que a doutrina e a jurisprudência também adotam o conceito de crédito físico para reconhecer o direito ao creditamento.*

*No caso, as notas fiscais de fls. 31 a 42 indicam a compra de ‘anel retenção’, ‘rol esfera’, ‘rolos con.’, ‘voluta em fofo inferior’, ‘rotor em bronze’, ‘selo mecânico*

*metal duro, 'rolamento', 'facas retas', 'cilindro polido', 'jogo de palheta', 'rodizio', 'ogiva mecânica com contado para controlar' e 'palheta delta', produtos estes que não são consumidos no processo de industrialização (consigne-se que a inicial não veio acompanhada de descrição do processo produtivo da empresa), mas que são componentes do maquinário (bem do ativo permanente) que sofrem o desgaste indireto no processo produtivo e cujo preço já integra a planilha de custos do produto final.*

*Não há, portanto, que se confundir o consumo do produto com o mero desgaste do produto.*

*Note-se que no caso a empresa autora é a consumidora final, pois não existe operação posterior à aquisição dos referidos produtos, e como consumidora final, deve arcar com o IPI, não havendo que se falar em creditamento.*

*(...)*

*Assim, não há que se falar em desrespeito à Constituição Federal (art. 153, § 3º), como quer a autora.*

*Ao contrário, se adotada a tese da autora, todo e qualquer bem adquirido pela empresa daria direito ao creditamento, o que é incompatível com o princípio da não-cumulatividade, que pressupõe o pagamento sucessivo de IPI nas várias etapas de produção."*

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da ementa anteriormente transcrita.

Opostos embargos de declaração, parcialmente acolhidos apenas para explicitar que "a decisão embargada não violou, nem negou vigência aos arts. 153, § 3º, II, da CF/88, 4º, 164, I, 519, II, do Decreto n. 4.544/02, e 49, do CTN".

Nas razões do especial, a empresa sustenta que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos artigos 49, do CTN, e 25, da Lei 4.502/64, uma vez indiscutível seu direito a escriturar e manter os créditos decorrentes do IPI pago nas aquisições de bens destinados ao uso e consumo (materiais intermediários). De acordo com a recorrente, "a regra para o creditamento foi determinada tanto pelo legislador constituinte, prevendo-a no inciso II, do § 3º, do artigo 153, como também no artigo 49, § único, não havendo qualquer vedação ao crédito fiscal muito menos a possibilidade de estorno ou exclusão de tal crédito, diferentemente do ICMS, no qual o constituinte expressamente dispôs a possibilidade de tal supressão, ex vi do art. 155, § 2º, II, 'b', da CF". Aponta ainda como violado o artigo 97, do CTN, ao argumento de que "a vedação ao crédito do IPI, quando da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo da empresa, acarreta majoração do imposto, o que viola o art. 97, do CTN, posto que não houve lei majorando este tributo".

Às fls. 142/153, consta recurso extraordinário interposto pela ora recorrente.

Apresentadas contra-razões aos apelos extremos, ambos admitidos na origem.

Em 15.05.2009, por decisão desta relatoria, o presente recurso especial foi submetido ao regime dos recursos representativos de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção desta Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução n. 08, de 07.08.2008, do STJ).

Parecer do *parquet* federal pelo conhecimento e desprovimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

*“Recurso Especial. Multiplicidade de recursos com o mesmo fundamento. Art. 543-C, do CPC. Resolução n. 8/2008-STJ. Tributário. IPI. Produtos intermediários pertencentes ao ativo permanente da empresa. Desgaste indireto no processo produtivo. Inexistência de direito ao creditamento. Artigo 164, I, do Regulamento do IPI (Decreto Federal n. 4.544/2002). Precedentes da 1ª e da 2ª Turmas do STJ. Pelo conhecimento e não provimento do recurso.”*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

O ponto nodal da atual controvérsia cinge-se à possibilidade de creditamento, a título de IPI, dos valores decorrentes da aquisição de bens destinados ao uso e consumo e ao ativo fixo do estabelecimento que, apesar de não integrarem fisicamente o produto final nem se desgastarem por ação direta - física ou química -, sofrem desgaste indireto no processo produtivo, integrando-se financeiramente ao produto final.

A sentença bem concluiu, ao vaticinar que:

*“... não é todo o IPI pago pelas indústrias que gera creditamento.*

*A legislação do IPI limita o creditamento aos produtos intermediários utilizados na produção de bens industriais, isto é, produtos que tenham contato físico direto com o bem produzido - produtos que embora não se integram ao novo produto são consumidos no processo de industrialização.*

*Note-se que a doutrina e a jurisprudência também adotam o conceito de crédito físico para reconhecer o direito ao creditamento.*

No caso, as notas fiscais de fls. 31 a 42 indicam a compra de 'anel retenção', 'rol esfera', 'rolos con.', 'voluta em fofo inferior', 'rotor em bronze', 'selo mecânico metal duro', 'rolamento', 'facas retas', 'cilindro polido', 'jogo de palheta', 'rodizio', 'ogiva mecânica com contado para controlar' e 'palheta delta', produtos estes que não são consumidos no processo de industrialização (consigne-se que a inicial não veio acompanhada de descrição do processo produtivo da empresa), mas que são componentes do maquinário (bem do ativo permanente) que sofrem o desgaste indireto no processo produtivo e cujo preço já integra a planilha de custos do produto final.

Não há, portanto, que se confundir o consumo do produto com o mero desgaste do produto.

Note-se que no caso a empresa autora é a consumidora final, pois não existe operação posterior à aquisição dos referidos produtos, e como consumidora final, deve arcar com o IPI, não havendo que se falar em creditamento.

(...)

Assim, não há que se falar em desrespeito à Constituição Federal (art. 153, § 3º), como quer a autora.

Ao contrário, se adotada a tese da autora, todo e qualquer bem adquirido pela empresa daria direito ao creditamento, o que é incompatível com o princípio da não-cumulatividade, que pressupõe o pagamento sucessivo de IPI nas várias etapas de produção."

Deveras, ao proferir voto-vista no Recurso Especial 608.181/SC, destaquei que:

"Trata-se de recurso especial interposto por Fábio Perini S/A Indústria e Comércio de Máquinas, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, com o intuito de ver reformado acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação da empresa ora recorrente, nos termos da ementa a seguir transcrita:

**'TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. BENS DE USO E CONSUMO. DIREITO DE CREDITAMENTO.**

O aproveitamento do crédito de IPI dos insumos que não integram o produto final pressupõe o consumo, ou seja, o desgaste de forma imediata e integral do produto intermediário durante o processo de industrialização, não havendo, assim, permissão legal à utilização de crédito do IPI oriundo da aquisição de bens de uso e consumo, tais como fitas, roldanas, correias, óleos lubrificantes, etc.

Apelação desprovida.'

*Opostos embargos de declaração pela empresa, restaram os mesmos acolhidos para fins de prequestionamento dos artigos 5º, 150, I, da Constituição Federal de 1988, 97 e 100, I, do CTN.*

*Nas razões do especial, sustenta a recorrente que o acórdão hostilizado contrariou o disposto no art. 49, do CTN, uma vez que 'a vedação expressa em se creditar do IPI pago na aquisição de materiais de uso e consumo, contida no Parecer 65, acabou por malferir o preceito tributário da não-cumulatividade...'. Alega ainda que a referida proibição de creditamento viola o disposto no art. 97, do CTN, posto que não houve lei majorando o tributo.*

*Às fls. 117/130 consta recurso extraordinário do ora recorrente.*

*Apresentadas contra-razões às fls. 133/135, no sentido de que, 'no que tange ao creditamento pela aquisição de bens destinados a integrar o ativo fixo, a hipótese é vedada pelo art. 147, inciso I, in fine, do atual Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/98)'.*

*O recurso recebeu crivo positivo na instância de origem.*

*O e. Ministro Teori Albino Zavascki negou provimento ao recurso especial, por entender que, 'no caso concreto, o Tribunal de origem considerou que os bens de uso e consumo sofreram apenas desgaste indireto no processo produtivo', inexistindo, assim, direito ao creditamento do IPI pago na sua aquisição.*

*Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.*

*Primeiramente, impende transcrever excerto do voto-condutor que delineou o contexto fático-probatório constante dos autos:*

*'A controvérsia centra-se no direito ao creditamento de IPI na aquisição de bens de uso e consumo que sofrem desgaste indireto no processo de industrialização.*

*O IPI é um imposto não cumulativo, por expressa disposição constitucional, o que implica dizer que deve ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF/88, art. 153, § 3º, II).*

*A questão é saber se cabe algum creditamento para ser abatido do IPI devido sobre o produto industrial no caso de bens de uso e consumo que, apesar de não integrarem fisicamente o produto final nem se desgastarem por ação direta (física ou química), sofrem desgaste indireto no processo produtivo, integrando-se financeiramente ao produto final.*

*Com respeito à questão, dispõe o art. 147, inciso I, do RIPI (Decreto 2.637/98) que os estabelecimentos industriais poderão creditar-se do IPI relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente.*

*Assim, o aproveitamento do crédito de IPI dos insumos que não integram o produto pressupõe o consumo, ou seja, o desgaste de forma imediata e integral do produto intermediário durante o processo de industrialização e que o produto não esteja compreendido no ativo permanente da empresa.*

*Portanto, não há como reconhecer o direito ao creditamento de IPI dos bens de uso e consumo que sofrem apenas desgaste indireto no processo produtivo, tais como fitas, roldanas, correias, óleos lubrificantes, etc.*

*(...)*

*Dessarte, a impossibilidade de creditamento do IPI referente a produtos intermediários que se exaurem gradualmente durante o processo produtivo, agregando-se apenas indiretamente ao produto final, não viola o princípio da não-cumulatividade do IPI.*

*No recurso especial, a empresa alega que 'os materiais de uso e consumo, dentre eles fitas, roldanas, produtos químicos, etc, não se integram ao produto final, mas agregam-se a ele em razão do custo de produção, integrando o produto final'. Segundo a ora recorrente, inexistente expressa vedação constitucional ao creditamento do IPI referente a entrada de bens no ativo imobilizado da empresa. Aduz que deve ser creditado o valor do IPI efetivamente pago na aquisição dos materiais de uso e consumo incorporados financeiramente aos produtos finais.*

*O Decreto 2.367/98, que revogou o Decreto 87.981/82 (Regulamento do IPI), aplicável, in casu, assim dispunha:*

*'Art. 146. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo (Lei n. 5.172, de 1966, art. 49).*

*(...)*

*'Art. 147. Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei n. 4.502, de 1964, art. 25):*

*I - do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integram ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;*

*Sobre o tema manifestou-se Aroldo Gomes de Matos, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 81, Junho de 2002, litteris:*

*'omissis*

8. Os Bens e Produtos que geram Créditos Presumidos Geram “créditos básicos” do IPI, conforme dispõe o art. 147 do Decreto n. 2.637 (RIPI/98), os bens e insumos empregados no processo de industrialização de produtos tributados, a saber:

*‘Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei n. 4.502, de 1964, art. 25):*

*I - do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integram ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente.’*

*Tais bens e insumos, designados genericamente como matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, são inúmeros, tendo o vetusto Parecer Normativo CST n. 181/74 elencado os seguintes:*

*‘Entre outros, admitem o crédito do imposto, desde que utilizados na fabricação de produtos tributados: varetas de latão, ferro e estanho, eletrodos e oxigênio, utilizados em solda; abrihantadores, ácidos, bissulfato de sódio, carbonatos, cianetos, sais, cloretos, sulfatos e outras substâncias empregadas na formação de banhos para cromagem e niquelagem de peças; terra diatomácea sulfato ferroso, carvão ativo e ativado e placas filtrantes, empregados na filtração de bebidas e que se utilizam ao término de cada etapa do processo industrial; soda cáustica, detergentes e sabões, utilizados na lavagem de garrafas; lixas para polimento de artefatos de madeira e metal, que se inutilizam ao término de cada etapa do processo industrial: bentonita, carvão Cardiff, ‘espaguete de cera de camaúba’, mogul, corfix, óleo de oiticica, ‘terra tipo Lisboa’, óxido de ferro, silicato de sódio alcalino e outros produtos que se consomem nas areias de moldagem, bem como placas refratárias para canais de lingoteiras, materiais esses empregados em processos de fundição de peças de metal, quando se inutilizam ao término de cada etapa do processo industrial’*

*Ainda consoante esse Parecer Normativo, não geram crédito:*

*‘Por outro lado, ressalvados os casos de incentivos expressamente previstos em lei, não geram direito ao crédito do imposto os produtos incorporados às instalações industriais, as partes, peças e acessórios de máquinas, equipamentos e ferramentas, mesmo que se desgastem ou se consumam no decorrer do processo de industrialização, bem como os produtos empregados na manutenção das instalações, das máquinas e equipamentos, inclusive lubrificantes e combustíveis necessários ao seu acionamento. Entre outros, são produtos dessa natureza: lima, rebolos, lâminas de serra, mandris, brocas, tijolos refratários usados em fornos de fusão de metais, tintas e lubrificantes empregados na manutenção de máquinas e equipamentos, etc.’*

*O rol dos produtos que geram crédito, retomados, não é, a toda evidência, exaustivo, numerus clausus, podendo nele ser incluídos quaisquer outros, desde que participem e sejam consumidos no processo de industrialização. Por outro lado, a lista dos supostamente excluídos vem sofrendo reparos ao longo do tempo por inúmeras decisões judiciais, dentre os quais:*

- *materiais refratários consumidos no processo industrial, de maneira lenta mas integrando o novo produto, e não compondo o ativo fixo;*
- *sucata de papel, utilizada para a fabricação de outros produtos;*
- *máquinas e equipamentos, com vida útil inferior a doze meses, adquiridos para emprego na industrialização em geral;*
- *lixas, lâminas de serra, etc., desde que não integrantes do ativo fixo e que sofram alterações em função da ação exercida sobre os produtos em fabricação, ou por ele diretamente sofrida, tais como o desgaste, dano ou perda de propriedades físicas ou químicas;*
- *produtos adquiridos de pessoas físicas por empresa produtora;*
- *óleo diesel e energia elétrica (vide também a MP n. 2.202-2/2001, art. 1º, inc. I, adiante transcrito).*

*Hugo de Brito Machado, comentando sobre a não-cumulatividade do IPI, ao definir os insumos que dão direito a créditos, assim asseverou:*

*'Objetivando superar dificuldades de interpretação, o Regulamento do IPI estabeleceu que entre as matérias-primas e produtos intermediários cuja entrada enseja o crédito do imposto, estão 'aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente' (art. 82, item I), Ficou, assim, afastado o rigor do sistema de crédito físico. O direito ao crédito já não depende de integração física do insumo ao produto. Basta que a matéria-prima ou produto intermediário tenha sido consumido no processo de industrialização, e não se exige que o tenha sido imediata e integralmente, como ocorria em face de legislação anterior.' (grifo nosso)*

*Nessas condições, geram 'créditos básicos' as incidências do IPI sobre bens (excluídos os compreendidos no ativo permanente) e insumos (matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem), adquiridos e consumidos no processo industrial. Já os não-tributados (com imunidade, isenção, não-incidência - 'N. T.' - e alíquota zero), embora omitidos no citado Parecer Normativo, implicam 'créditos presumidos', tudo em homenagem ao princípio constitucional da não-cumulatividade desse imposto.' (págs. 15/17)*

*Destarte, a interpretação sistemática do art. 147 do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/88) revela a expressa vedação à utilização de créditos do IPI oriundos da aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa, não se vislumbrando a ofensa aos dispositivos legais apontados.*

Neste sentido, confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados desta Corte:

*'TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CREDITAMENTO DO IPI DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE ATIVO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE.*

*I - Os materiais destinados ao ativo permanente da empresa não se integram no preço do produto final para efeito de tributação do IPI em operações posteriores ou anteriores ao processo de industrialização, não gerando o creditamento do tributo, diante do fenômeno da não cumulatividade e da substituição tributária.*

*II - Considerando que somente há o direito de creditamento do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral, não há que se falar em crédito no caso em exame.*

*III - 'A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral.' (REsp n. 30.398/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 07/03/1994).*

*IV - Recurso especial improvido. (REsp 500.076/PR; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 15.03.2004)*

*'RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE - ALÍNEAS "A" E "C" - TRIBUTÁRIO - IPI - AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA ISENTA, NÃO TRIBUTADA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO E BENS DE PRODUÇÃO CONSUMIDOS NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO - CRÉDITO - COMPENSAÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 49 DO CTN - IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DE BENS INTEGRANTES DO ATIVO PERMANENTE - ART. 147 DO DECRETO N. 2.637/98 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 108, I, DO CTN - ARTS. 66 DA LEI N. 8.383/91 E 73 E 74 DA LEI N. 9.420/96 - INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE - NON REFORMATIO IN PEJUS - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.*

*Não prospera a alegação de que restou malferido o comando do artigo 49 do CTN, pois, consoante asseverou o nobre relator do v. acórdão objurgado, o Regulamento do IPI (art. 147, do Decreto n. 2.637/98) veda expressamente o aproveitamento dos bens do ativo permanente da empresa, mesmo se houver seu natural desgaste no curso do processo de industrialização. Aplicam-se os mesmos fundamentos, dessarte, para o não conhecimento do recurso pela letra "c". (grifo nosso)*

*omissis*

*Recurso especial do contribuinte não conhecido." (REsp 497.187/SC, Rel. Min Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003)*

*Com essas considerações, ACOMPANHO o relator para negar provimento ao recurso especial."*

Destarte, o artigo 164, I, do Decreto 4.544/2002 (assim como o artigo 147, I, do revogado Decreto 2.637/98), determina que os estabelecimentos industriais (e os que lhes são equiparados), entre outras hipóteses, podem creditar-se do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se *“aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente”*.

Dessume-se da norma insculpida no supracitado preceito legal que o aproveitamento do crédito de IPI dos insumos que não integram o produto pressupõe o consumo, ou seja, o desgaste de forma imediata e integral do produto intermediário durante o processo de industrialização e que o produto não esteja compreendido no ativo permanente da empresa.

No mesmo diapasão, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados das Turmas de Direito Público:

*“TRIBUTÁRIO - IPI - CREDITAMENTO - PRODUTO ADQUIRIDO E UTILIZADO DE FORMA IMEDIATA E INTEGRALMENTE.*

*1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a dedução do IPI somente se aplica aos casos em que os produtos intermediários, matérias-primas e embalagens adquiridos pela empresa destinem-se à fabricação do produto final.*

*2. No caso em análise, merece reparo a decisão do Tribunal de origem que deferiu a apropriação de créditos de IPI decorrentes da aquisição de bens que não se consomem imediata e integralmente no processo produtivo.*

*Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1.082.522/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 04.02.2009)*

*“IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CREDITAMENTO DO IPI DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS AO ATIVO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE.*

*I - Os materiais destinados ao ativo permanente da empresa não se integram no preço do produto final para efeito de tributação do IPI em operações posteriores ou anteriores ao processo de industrialização, não gerando o creditamento do tributo, diante do fenômeno da não cumulatividade e da substituição tributária.*

*II - Considerando que somente há o direito de creditamento do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e*

*integral, não há que se falar em crédito no caso em exame. Precedentes: AgRg no Ag n. 940.241/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/03/08; REsp n. 886.249/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 15/10/07 e REsp n. 608.181/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 27/03/06.*

*III - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1.063.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008, DJe 29.09.2008)*

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E AO USO E CONSUMO. DECRETO 2.637/98. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 49, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA.*

*1. É vedada a utilização de créditos do IPI, oriundos da aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa ou de insumos cujo desgaste não ocorra de forma imediata e integral durante o processo de industrialização, consoante a ratio essendi do artigo 147, inciso I, do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/98), que estabelecia que, entre as matérias-primas e produtos intermediários, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluíam-se “aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente”.*

*2. In casu, pretende a recorrente o creditamento de IPI relativo à aquisição de bens de uso e consumo, tais como material de expediente, uniformes e alimentação, conservação e manutenção, bens duráveis de pequeno valor etc, além das máquinas e equipamentos que serão incorporados ao seu ativo permanente, que, segundo incontroversa inferência da instância ordinária, apesar de não integrarem fisicamente o produto final, nem se desgastarem por ação direta (física ou química), sofrem desgaste indireto no processo produtivo, integrando-se financeiramente ao produto final.*

*3. Precedentes desta Corte: REsp 608.181/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 27/03/2006; REsp 500.076/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 15.03.2004; REsp 497.187/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003).*

*4. Recurso especial desprovido.” (REsp 886.249/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 15.10.2007)*

*“TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO DE VALORES PAGOS NA AQUISIÇÃO DE BENS DE USO E CONSUMO UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. DESGASTE INDIRETO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO AO CRÉDITO.*

*1. “A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral”. (REsp 30.938/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.03.1994; REsp 500.076/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 15.03.2004).*

2. No caso dos autos, ficou assentado que os bens de uso e consumo sofreram desgaste indireto no processo produtivo, não sendo cabível o creditamento do IPI pago na sua aquisição.

3. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 608.181/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.10.2005, DJ 27.03.2006)

"RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL - ALÍNEAS "A" E "C" - IPI - AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA ISENTA, NÃO TRIBUTADA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO - CRÉDITO - COMPENSAÇÃO - ART. 166 DO CTN - INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COTEJADOS.

(...)

Não prospera a alegação de que restou malferido o comando do artigo 49 do CTN, pois, consoante asseverou o nobre relator do v. acórdão objurgado, o Regulamento do IPI (art. 147, do Decreto n. 2.637/98) veda expressamente o aproveitamento dos bens do ativo permanente da empresa, mesmo se houver seu natural desgaste no curso do processo de industrialização.

(...)" (REsp 497.187/SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 17.06.2003, DJ 08.09.2003)

*In casu*, consoante assente na instância ordinária, cuida-se de estabelecimento industrial que adquire produtos "que não são consumidos no processo de industrialização (...), mas que são componentes do maquinário (bem do ativo permanente) que sofrem o desgaste indireto no processo produtivo e cujo preço já integra a planilha de custos do produto final", razão pela qual não há direito ao creditamento do IPI.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.**

Uma vez tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do *Codex* Processual (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).