

24/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 936.653 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : DROGAVIDA COMERCIAL DE DROGAS LTDA  
**ADV.(A/S)** : JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24. EXCEPCIONALIDADE. MULTA ISOLADA E DE REVALIDAÇÃO. LEGITIMIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTES.

1. Os crimes contra a ordem tributária pressupõem a prévia constituição definitiva do crédito na via administrativa para fins de tipificação da conduta. A jurisprudência desta Corte deu origem à Súmula Vinculante 24, a qual dispõe: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

2. Não obstante a jurisprudência pacífica quanto ao termo inicial dos crimes contra a ordem tributária, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a regra contida na Súmula Vinculante 24 pode ser mitigada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sendo possível dar início à persecução penal antes de encerrado o procedimento administrativo, nos casos de embaraço à fiscalização tributária ou diante de indícios da prática de outros delitos, de natureza não fiscal.

**ARE 936653 AGR / MG**

3. O Tribunal de origem, com apoio no acervo fático-probatório e na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, decidiu pela legitimidade da multa isolada e da multa de revalidação. Para firmar entendimento diverso do acórdão recorrido, seria indispensável o reexame da legislação infraconstitucional e do acervo probatório dos autos, providências vedadas em sede de recurso extraordinário.

4. Esta Corte já decidiu que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de maio de 2016.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

24/05/2016

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 936.653 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : DROGAVIDA COMERCIAL DE DROGAS LTDA  
**ADV.(A/S)** : JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Trata-se de agravo regimental cujo objeto é decisão monocrática que conheceu do agravo para negar-lhe provimento, pelos seguintes fundamentos:

“Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado:

‘APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO FISCAL - AÇÃO CAUTELAR - MINISTÉRIO PÚBLICO - OBTENÇÃO DE PROVAS - POSSIBILIDADE - MERCADORIAS - DOCUMENTAÇÃO FISCAL - AUSÊNCIA - ICMS/ST - NÃO RECOLHIMENTO - COMPROVAÇÃO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - MULTA ISOLADA - CABIMENTO - JUROS - INCIDÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

- Mostra-se legítima a autuação fiscal lastreada em documentos apreendidos nos autos de ação cautelar proposta pelo Ministério Público, sendo certo que, demonstrada a insuficiência da documentação fornecida

**ARE 936653 AGR / MG**

pelo contribuinte, não há que se falar na necessidade do encerramento do processo administrativo-fiscal para se dar início à persecução criminal.

- A legislação arrola procedimentos necessários à verificação do direito do contribuinte que não se tratam de meras obrigações acessórias formais ou burocráticas, mas de normas fundamentais à aferição, pelo Fisco, do controle entre as mercadorias adquiridas com a incidência de ICMS/ST e as enviadas a outros estados, a fim de que se possa identificar eventual fraude ou irregularidade.

- Comprovado nos autos a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal do estabelecimento de empresa localizada no Estado de São Paulo, coobrigada ao recolhimento do ICMS, pelo regime da substituição tributária (ST), bem como a posterior entrada de tais produtos em estabelecimentos situados no Estado de Minas Gerais, impõe-se a manutenção da imputação fiscal decorrente do não recolhimento do imposto devido, nos termos do art. 22 da Lei nº 6.763/75.

- A multa de revalidação justifica-se pelo descumprimento da obrigação principal, no caso, o não recolhimento total do imposto devido. Já a multa isolada decorre do descumprimento de obrigação acessória.

- Considerando que as multas não foram pagas em suas respectivas datas de vencimento, não há que se questionar a incidência de juros sobre os valores devidos, nos termos do art. 161 do CTN'.

O recurso busca fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, LIV, LVI; 103-A; 129, IX; 132; e 150, IV, todos da Carta. A recorrente alega que foram produzidas provas em procedimento criminal antes da existência de qualquer procedimento administrativo de fiscalização. Aduz que o procedimento criminal de busca e apreensão antecedeu ao início da ação fiscal, em afronta a Súmula Vinculante nº 24.

**ARE 936653 AGR / MG**

Sustenta o caráter confiscatório das multas de revalidação e isolada, uma vez que equivalem a 210% do imposto apurado, argumentando, ainda, pela existência de *bis in idem*. Defende a ilicitude das provas colhidas e a violação do devido processo legal.

A pretensão recursal não merece prosperar, tendo em vista que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, em hipóteses excepcionais há que se relativizar o entendimento da Súmula Vinculante nº 24, especialmente nos casos em que a instauração da investigação criminal tem como finalidade permitir que a fazenda pública realize uma fiscalização completa na sociedade empresária investigada. Nesse sentido:

*'HABEAS CORPUS . CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. (...) No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. 2. ILEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ANTE*

**ARE 936653 AGR / MG**

A FALTA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. De fato, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, formou-se, nesta Corte, jurisprudência remansosa no sentido de que o crime de sonegação fiscal (art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. No entanto, o presente caso não versa, propriamente, sobre sonegação de tributos, mas, sim, de crimes supostamente praticados por servidores públicos em detrimento da administração tributária. Anoto que o procedimento investigatório foi instaurado pelo *Parquet* com o escopo de apurar o envolvimento de servidores públicos da Receita estadual na prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário. Daí, plenamente razoável concluir pela razoabilidade da instauração da persecução penal. Insta lembrar que um dos argumentos que motivaram a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos. 3. ORDEM DENEGADA'. (HC 84965/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes)

'A Turma concluiu julgamento de habeas corpus em que se discutia a possibilidade, ou não, de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes de encerrado o procedimento administrativo-fiscal v. Informativo 557. Indeferiu-se o writ. Observou-se que, em que pese orientação firmada pelo STF no HC 81611/DF (DJU de 13.5.2005) no sentido da necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária, o caso guardaria peculiaridades a afastar a aplicação do precedente. Asseverou-se que, na

**ARE 936653 AGR / MG**

espécie, a instauração do inquérito policial tivera como escopo possibilitar à Fazenda estadual uma completa fiscalização na empresa dos pacientes, que apresentava sérios indícios de irregularidade. Aduziu-se que, durante a fiscalização, foram identificados, pelo Fisco estadual, depósitos realizados na conta da empresa dos pacientes, sem o devido registro nos livros fiscais e contábeis, revelando, assim, a possível venda de mercadorias correspondentes aos depósitos mencionados sem a emissão dos respectivos documentos fiscais. Enfatizou-se que tais depósitos configurariam fortes indícios de ausência de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS nas operações realizadas. Salientou-se que, diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornara-se necessária a instauração do procedimento inquisitorial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário. Concluiu-se que considerar ilegal, na presente hipótese, a instauração de inquérito policial, que seria indispensável para possibilitar uma completa fiscalização da empresa, equivaleria a assegurar a impunidade da sonegação fiscal, na medida em que não haveria como concluir a fiscalização sem o afastamento do sigilo bancário. Dessa forma, julgou-se possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. O Min. Cezar Peluso acrescentou que, se a abertura do inquérito não estaria fundada apenas na existência de indícios de delitos tributários materiais, não haveria que se falar em falta de justa causa para a sua instauração'. HC 95.443/SC, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, 2.2.2010.

**ARE 936653 AGR / MG**

Desse modo, julgou-se possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. No caso, portanto, não há que se falar em ausência da condição objetiva de punibilidade (prévio procedimento fiscal de lançamento), por ausência de tipicidade penal. Ademais, no caso dos autos, o Tribunal de origem consignou necessária a realização de busca e apreensão, e para divergir desse entendimento demandaria tão somente o reexame do acervo probatório constante dos autos, providência vedada nesta fase processual.

No que tocante às multas, tal como assentou a decisão agravada, para dissentir da conclusão a que chegou o tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático e probatório existente nos autos, bem como a análise da legislação infraconstitucional de regência, providências vedadas em sede de recurso excepcional.

Por fim, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal já assentou a ausência de repercussão geral da controvérsia referente à violação aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais (ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, *a*, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo para negar-lhe provimento”.

2. A parte agravante sustenta que: (i) sem a existência de lançamento definitivo, não há de se cogitar de crime contra a ordem tributária, o que tornaria injustificável a cautelar de busca e apreensão em juízo criminal. Alega que a instauração de investigação criminal antes do encerramento do procedimento administrativo contraria a Súmula Vinculante 24; (ii) o exame da discussão relativa às multas aplicadas pode ser realizado por esta Corte; (iii) a atuação do Ministério Público violou o



**ARE 936653 AGR / MG**

princípio do devido processo legal.

3. É o relatório.

24/05/2016

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 936.653 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. O agravo regimental não merece provimento, tendo em vista que a parte recorrente se restringiu a repetir as alegações já deduzidas no recurso extraordinário, sem trazer novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

2. De início, cumpre registrar que em regra a Corte, no que tange às infrações contra a ordem tributária, exige que seja realizado o lançamento definitivo do tributo antes de iniciada a persecução penal. Com efeito, os crimes contra a ordem tributária pressupõem a prévia constituição definitiva do crédito na via administrativa para fins de tipificação da conduta. A jurisprudência pacífica desta Corte deu origem à Súmula Vinculante 24, a qual dispõe: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

3. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem decidido que a regra contida na referida súmula pode ser mitigada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sendo possível dar início à persecução penal antes de encerrado o procedimento administrativo, nos casos de embaraço à fiscalização tributária ou diante de indícios da prática de outros delitos, de natureza não fiscal. No mesmo sentido, vejam-se os seguintes julgados:

“AÇÃO PENAL – DENÚNCIA – PARÂMETROS – LANÇAMENTO DEFINITIVO DE TRIBUTO – INEXIGIBILIDADE. Versando a denúncia, folha 100 a 129, esquema a envolver empresas visando à prática de sonegação fiscal, descabe exigir, para ter-se a sequência da persecução criminal, o término do processo administrativo-fiscal”. (HC

**ARE 936653 AGR / MG**

96.324-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. PERSECUÇÃO PENAL POR CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONEXOS ANTES DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO. VIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência do STF é unânime em repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial. No entanto, a informação apócrifa não inibe e nem prejudica a prévia coleta de elementos de informação dos fatos delituosos (STF, Inquérito 1.957-PR) com vistas a apurar a veracidade dos dados nela contidos. 2. Nos termos da Súmula Vinculante 24, a persecução criminal nas infrações contra a ordem tributária (art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90) exige a prévia constituição do crédito tributário. Entretanto, não se podendo afastar de plano a hipótese de prática de outros delitos não dependentes de processo administrativo não há falar em nulidade da medida de busca e apreensão. É que, ainda que abstraídos os fatos objeto do administrativo fiscal, o inquérito e a medida seriam juridicamente possíveis. 3. Não carece de fundamentação idônea a decisão que, de forma sucinta, acolhe os fundamentos apresentados pelo Órgão ministerial, os quais narram de forma pormenorizada as circunstâncias concretas reveladoras da necessidade e da adequação da medida de busca e apreensão. 4. Ordem denegada”. (HC 107.362- AgR, Rel. Min. Teori Zavascki)

4. Quanto às multas, incabível a análise por esta Corte. O Tribunal de origem, com apoio no acervo fático e probatório e na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, decidiu

**ARE 936653 AGR / MG**

pela legitimidade da multa isolada e da multa de revalidação. Para firmar entendimento diverso do acórdão recorrido, seria indispensável o reexame da legislação infraconstitucional e do acervo probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso extraordinário. No mesmo sentido, os julgados:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Tributário. Prequestionamento. Ausência. Multa. Caráter confiscatório. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. O caráter confiscatório da multa, no caso em exame, somente seria aferível mediante reexame do quadro fático-probatório. Incidência da Súmula nº 279 da Corte. 3. Agravamento regimental não provido”. (RE 668.364-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REMESSA DE MERCADORIAS A OUTRO ESTABELECIMENTO: NATUREZA DA OPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DE REVALIDAÇÃO. PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO E DA RAZOABILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA ISOLADA. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (RE 823.886-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia)

“DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. PROPORCIONALIDADE DE MULTA DE 100%. IMPOSSIBILIDADE DE

**ARE 936653 AGR / MG**

REAPRECIÇÃO DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 279/STF. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.9.2008. É necessário um juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade para constatação da violação do princípio do não confisco tributário (art. 150, IV, da CF/1988). Pressupõe, pois, a clara delimitação de cada um desses elementos. Assim, a aferição, por esta Corte, de eventual violação do princípio do não confisco, em decorrência da aplicação de multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido encontra óbice na natureza extraordinária do apelo extremo e, em especial, no entendimento cristalizado na Súmula 279/STF, a teor da qual, “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Agravo regimental conhecido e não provido”. (RE 760.783-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber)

5. Quanto à alegada violação ao princípio do devido processo legal, esta Corte já decidiu que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta. Dessa forma, a ofensa ao devido processo legal, se existisse, seria reflexa. Nesse sentido, confira-se:

“Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral”. (ARE nº 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes)

6. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 936.653**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : DROGAVIDA COMERCIAL DE DROGAS LTDA

ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN (002977/DF)

AGDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**Decisão:** A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 24.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma