

Opostos embargos contra criminalização do não recolhimento de ICMS

Dollar Photo Club



No fim de 2019, STF fixou tese que criminalizou não recolhimento de ICMS
Dollar Photo Club

O advogado **Igor Mauler Santiago** apresentou [embargos de declaração](#) à [decisão](#) do Supremo Tribunal Federal que criminalizou o não recolhimento de ICMS. O entendimento foi fixado pelo Plenário da Corte no fim do ano passado, mas o [acórdão](#) — RHC 163.334 (SC) — só foi publicado nesta sexta-feira (13/11). Na oportunidade, o STF fixou a tese de que "o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990".

Segundo o dispositivo, é crime contra a ordem tributária "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

No caso concreto, o RHC foi interposto em defesa de comerciantes de Santa Catarina denunciados pelo Ministério Público de Santa Catarina por não terem recolhido o imposto.

Em sua peça, Mauler Santiago — que é [colunista](#) da **ConJur** — pleiteia a modulação de efeitos do acórdão. Para o advogado, o acórdão promove alteração na jurisprudência dominante do STF. Assim, invoca o artigo 927 do Código de Processo Civil, segundo o qual, ocorrendo tal guinada jurisprudencial, "pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Segundo os embargos, a jurisprudência até então prevalecente no Supremo foi fixada em Plenário quando do julgamento do recurso extraordinário em HC 67.668 (DF). À época — em 1971 —, a Corte entendeu que a prisão administrativa seria inaplicável ao contribuinte que não tivesse recolhido IPI.

O advogado ainda ressaltou que, no caso do julgado de 1971, existia lei expressa que equiparava o contribuinte de IPI a depositário — sujeito, portanto, ao crime de apropriação indébita. Mas inexistia

essa previsão legal quanto ao ICMS.

Dois pesos

Os embargos propostos contra o acórdão do STF também fazem referência a outro julgado, o [recurso extraordinário 574.706](#) (PR), por meio do qual o Supremo afastou o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins — pois o ICMS não constitui receita do contribuinte, mas valor desde sempre pertencente ao Estado que apenas transita pelas mãos do empresário.

Mas contra esse acórdão existe o pleito, por parte da União, de modulação de efeitos. Assim, concluem os embargos, parece natural

que "o termo inicial a ser estabelecido naqueles autos sirva de limite mínimo também aqui, de forma a evitar-se que o mesmo ICMS, relativo ao mesmo mês, constitua receita da empresa para fins tributários (impossibilidade de sua exclusão da base de cálculo do PIS/Cofins) e receita do Estado para fins criminais (subsunção ao art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90)".

"Ambos os julgados trazem ganhos e perdas para o Fisco e o particular. O descasamento temporal na sua aplicação acarretaria a supina injustiça de, quanto a todo o passado, garantir ao primeiro somente os bônus, impondo ao segundo todas as desvantagens", prossegue a peça.

Assim, o advogado pede que a tese fixada no RHC 163.334 (SC) só alcance os fatos geradores de ICMS ocorridos após a conclusão do seu julgamento (18/12/19) ou após o termo inicial de aplicação dos efeitos do RE 574.706 (PR) — caso este seja fixado em data posterior a 18/12/19.

Clique [aqui](#) para ler os embargos

Clique [aqui](#) para ler o acórdão embargado

RHC 163.334 (SC)

Date Created

16/11/2020