



**Poder Judiciário**  
**Supremo Tribunal Federal**

**Recibo de Petição Eletrônica**

<b>Petição</b>	97527/2020
<b>Processo</b>	RHC 163334
<b>Tipo de pedido</b>	Embargos de Declaração
<b>Relação de Peças</b>	1 - Petição de Oposição de Embargos de Declaração Assinado por: Igor Mauler Santiago
<b>Data/Hora do Envio</b>	16/11/2020, às 12:40:07
<b>Enviado por</b>	IGOR MAULER SANTIAGO (CPF: 517.266.883-72)

Impresso por: 517.266.883-72 RHC 163334  
Em: 16/11/2020 - 12:41:47

EXMO. SR. MINISTRO ROBERTO BARROSO, DO COLENDO STF

Referência: RHC nº 163.334/SC

**ROBSON SCHUMACHER**, nos autos do processo em tela, verificando a necessidade de **MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS** do v. acórdão que desproveu o seu apelo, vem perante V. Exa., por seu advogado que esta subscreve, contra ele opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, na forma dos arts. 619-620 do CPP e 337-339 do RISTF e nos termos a seguir.

## 1. DO CABIMENTO

É assente nesta Corte a admissibilidade de embargos declaratórios para pleitear a modulação dos efeitos temporais de acórdão.

Cabível ainda a modulação em *habeas corpus* versando matéria legal, e não constitucional (*in casu*, o alcance do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90). É conferir:

**“Habeas corpus. Penal e Processual Penal Militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.**

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão

*de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).*

*2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.*

*3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).*

*4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).*

*5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.*

*6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.*

*7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.” (STF, Pleno, HC nº 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 03.08.2016)*

## **2. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO V. ACÓRDÃO EMBARGADO**

O v. acórdão fixou a seguinte tese: “o contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

O Embargante não pretende rediscutir nenhum ponto do *decisum*, seja quanto aos respectivos fundamentos, seja quanto à análise de sua conduta pessoal e das circunstâncias que a cercam.

Tudo o que busca é obter a modulação dos efeitos temporais do aresto. A teor do CPC:

*“Art. 927, § 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”*

A regra é invocada por analogia e a título expletivo, pois o STF jamais necessitou de autorização legal para modular os efeitos temporais de

# MAULER

ADVOGADOS

suas decisões quando entendeu necessário. É ver, por exemplo, o RE nº 78.594/SP (2ª Turma, Rel. Min. BILAC PINTO, DJ 04.11.74), o RE nº 79.343/BA (2ª Turma, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU, DJ 02.09.77) e o RE nº 122.202/MG (2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJ 08.04.94), todos eles muito anteriores à positivação do instituto.

Pois bem: o caso dos autos é sem dúvida de virada jurisprudencial, face à orientação fixada pelo Plenário no RE em HC nº 67.668/DF (Rel. para o acórdão Min. PEÇANHA MARTINS, convocado, DJ 21.12.71), em que se discutia o art. 2º do Decreto-lei nº 326/67, assim redigido:

*“Art. 2º. A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância. (...)”*

O acórdão foi assim ementado:

*“Prisão administrativa inaplicável a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados. Habeas corpus concedido pelo Tribunal Federal de Recursos. Questão constitucional superada. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido.” (STF, Pleno, RE nº 67.668/DF, Rel. para o acórdão Min. PEÇANHA MARTINS, convocado, DJ 21.12.71).*

A favor da União votaram os Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, NÉRI DA SILVEIRA e ANTONIO NEDER (os dois últimos convocados do TFR). A favor dos contribuintes votaram:

- o Min. PEÇANHA MARTINS (convocado do TFR), que afastou do IPI a figura do depósito;
- os Min. AMARAL SANTOS e ADAUCTO CARDOSO, que deram pela inconstitucionalidade material do art. 2º do Decreto-lei nº 326/67 por ofensa à vedação da prisão por dívida;
- os Min. THOMPSON FLORES e DJACI FALCÃO, que mantiveram o aresto do TFR sem declinar quais dos seus fundamentos acolhiam.

A radical alteração de jurisprudência torna-se ainda mais clara quando se nota que a decisão em comento foi proferida malgrado a existência de lei expressa equiparando a depositário, sujeito a apropriação indébita, o contribuinte do IPI, lei que não existe quanto ao devedor de ICMS próprio.

A conclusão não é infirmada pelo ARE nº 999.425/SC-RG (Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 16.03.2017), no qual o STF se limitou a atestar a constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 – única matéria suscitada pelo contribuinte naquele processo, e que não é

[www.mauleradvogados.com.br](http://www.mauleradvogados.com.br)

+ 55 11 3995 6889 | Av. Dr. Cardoso de Melo, 1308 Cj. 102. Vila Olímpia | CEP 04548-004 | São Paulo SP  
+ 55 61 3181 0044 | SHS Q. 6 Cj. A Bloco C Salas 1126/1127. Complexo Brasil 21 | CEP 70316-109 | Brasília DF

# MAULER

A D V O G A D O S

posta em questão nos presentes autos –, nada dizendo sobre o seu alcance, especialmente no que toca ao ICMS próprio.

Nem pela Extensão da Extradicação nº 1.139/Portugal (1ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 19.02.2013), quer por se tratar de decisão de órgão fracionário, quer porque a dupla tipicidade foi reconhecida sem necessidade de maior perquirição jurídica, dada a concordância do extraditando.

Nem tampouco pelo HC nº 77.631/SC-MC (decisão monocrática do Min. CELSO DE MELLO, DJ 19.08.98). Embora a decisão não indique o tributo a que se referia, o fato de ter-se por autoridade coatora o TRF da 4ª Região revela que o caso não versava ICMS próprio, mas alguma exigência federal (possivelmente IR-fonte ou contribuição previdenciária retida pelo empregador).

É fato que no RE nº 574.706/PR (Pleno, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 02.10.2017), o STF afirmou que o ICMS não constitui receita do contribuinte, mas valor desde sempre pertencente ao Estado que apenas transita pelas mãos do empresário – por isso mesmo não se sujeitando ao PIS/COFINS. A *ratio decidendi* desse julgado e o imperativo de coerência jurisprudencial (manutenção da premissa também para efeitos penais) foram invocados em 6 dos 7 votos componentes da corrente majoritária (Min. ROBERTO BARROSO, EDSON FACHIN, ROSA WEBER, CÁRMEN LÚCIA, DIAS TOFFOLI e LUIZ FUX).

Ocorre que o referido acórdão é objeto de arrojado pleito de modulação por parte da União: pede-se que a tese ali fixada só se aplique a partir do julgamento dos declaratórios, ainda pendentes de exame. 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.

Tamanho desequilíbrio não há de passar pela Suprema Corte de nosso país.

### 3. DO PEDIDO

Pelo exposto, pede o Embargante seja este recurso conhecido e provido para modularem-se os efeitos temporais do v. acórdão embargado,

[www.mauleradvogados.com.br](http://www.mauleradvogados.com.br)

+ 55 11 3995 6889 | Av. Dr. Cardoso de Melo, 1308 Cj. 102. Vila Olímpia | CEP 04548-004 | São Paulo SP  
+ 55 61 3181 0044 | SHS Q. 6 Cj. A Bloco C Salas 1126/1127. Complexo Brasil 21 | CEP 70316-109 | Brasília DF

# MAULER

A D V O G A D O S

de maneira a que a tese ali fixada só alcance os fatos geradores de ICMS ocorridos:

- i) após a conclusão do julgamento (18.12.2019); ou
- ii) após o termo inicial de aplicação dos efeitos do RE nº 574.706/PR, caso este seja fixado em data posterior a 18.12.2019.

Deferida a modulação, pede – como consequência necessária – a concessão da ordem em seu favor.

Requer a intimação dos Embargados para se manifestarem.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 16 de novembro de 2020.



IGOR MAULER SANTIAGO  
OAB/SP nº 249.340