



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 2042/2019 – AJC/SGJ/PGR
Sistema Único n.º 242932/2019

SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA 102/RJ

REQUERENTE: Estado de São Paulo
REQUERIDO: 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
INTERESSADAS: Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A e outras
INTERESSADO: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
RELATOR: Ministro Presidente

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. PROCESSO TRIBUTÁRIO. ICMS. REFINARIAS DE PETRÓLEO EM PLANO DE RECUPERAÇÃO. CASSAÇÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA CONTUMAZ. SANÇÃO POLÍTICA NÃO CONFIGURADA. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. PROVÁVEL EFEITO MULTIPLICADOR. DEFERIMENTO DA CONTRACAUTELA.

- 1. Pedido de suspensão da tutela provisória que atribuiu efeito suspensivo a recurso extraordinário com agravo, impedindo a cassação de inscrição estadual de substituto tributário na cobrança do ICMS.**
 - 2. Não configura hipótese de sanção política a excepcional cassação de inscrição estadual de substituto tributário, quando há descumprimento reiterado, injustificado e substancial de obrigações tributárias, estimadas em mais de 2 bilhões de reais.**
 - 3. A decisão que impede a cassação de inscrição estadual de substituto tributário devedor contumaz do Fisco gera risco de lesão à ordem e à economia públicas, por ocasionar grave impacto no orçamento estadual e injustificado embaraço na execução das políticas públicas.**
 - 4. A possibilidade de concretização do chamado efeito multiplicador e a demonstração do risco de lesão à ordem e à economia públicas levam ao deferimento da contracautela.**
- Parecer pelo deferimento do pedido de suspensão.**

Trata-se de pedido de suspensão formulado pelo Estado de São Paulo contra decisão do 3º Vice-Presidente do respectivo Tribunal de Justiça que, ao atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário com agravo, impediu a cassação de inscrição estadual de substituto tributário – Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A – na cobrança do ICMS.

Alega risco de lesão à ordem econômica, noticiando que, *“só em débitos inscritos em dívida ativa, a Refinaria de Petróleos de Manguinhos já é devedora do Estado de São Paulo no montante de R\$ 2,7 bilhões de reais. Quase a totalidade desses débitos é de ICMS declarado de substituição tributária, o que torna a referida empresa uma das maiores devedoras do Estado de São Paulo, se enquadrando como verdadeira devedora contumaz”*.

Afirma não haver criação de óbice ilegítimo ao plano de recuperação das empresas, porque, na sistemática da substituição tributária, as distribuidoras alegam o recolhimento do ICMS devido, mas as refinarias apropriam-se do valor arrecadado, sem repassá-lo ao Estado de São Paulo, o que, por si só, inviabiliza o plano de recuperação, *“que só poderá ser cumprido com base na sistemática e reiterada sonegação fiscal, que configura, em tese, reiterado crime contra a ordem tributária (art. 2º, II, Lei nº 8.137/90)”*.

Acrescenta que a quantia sonegada seria suficiente para, em poucos meses, pagar todos os credores concursais da recuperação judicial e que a cobrança do devedor contumaz pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo é medida que evita o desequilíbrio concorrencial no mercado de combustível e protege o patrimônio público.

Refuta a incidência do Tema 31 da repercussão geral ao caso, ao argumento de que a cassação da inscrição estadual de substituto tributário não obsta o livre exercício de atividade econômica. Destaca que *“a Refinaria Manguinhos jamais foi impedida de exercer suas atividades comerciais no Estado de São Paulo, tanto que nesse período emitiu 1.188 notas fiscais eletrônicas”*.

Defende que a decisão concessiva gera risco de lesão à ordem administrativa, porque, mediante claro tumulto processual, impede o Estado de São Paulo de dar andamento a processo que diferentes Câmaras do Tribunal de Justiça local reconheceram válido, ameaçando, assim, comprometer seriamente – também em razão do risco de demandas repetitivas – o fluxo normal dos trabalhos do fisco estadual, em um momento de crise econômica que que reforça a dependência do ente federado da arrecadação do ICMS.

A Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A, a Gásdiesel Distribuidora de Petróleo S/A, a Manguinhos Distribuidora S/A e a Manguinhos Química S/A – todas em recuperação judicial – suscitam preliminar de não cabimento da suspensão de tutela provisória, por não ter havido juízo de admissibilidade do recurso extraordinário na origem, e pugnam pelo indeferimento da contracautela, ao argumento de estar a decisão fustigada devidamente fun-

damentada no prejuízo que a cassação de inscrição estadual da refinaria causaria a seu soerguimento e das demais peticionantes e na natureza de sanção política da providência defendida pelo Estado de São Paulo, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal no Tema 31 da repercussão geral.

II

Evidencia-se a competência do Supremo Tribunal Federal para examinar o pedido de suspensão, uma vez que a matéria jacente tem natureza constitucional, circunscrevendo-se ao sistema tributário constitucional e à ordem econômica.

Ainda em sede preliminar, verifica-se que a alegada ausência do juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário na origem não impede o processo e julgamento da Suspensão de Tutela Provisória, porque são autônomos entre si: têm pressupostos e objetivos diferentes e a decisão em qualquer deles não vincula ou influencia a outra, exceto se o óbice ao conhecimento do recurso extraordinário for a inexistência de ofensa direta ao texto constitucional – o que, de fato, impediria o conhecimento do pedido de contracautela, por incompetência do Supremo Tribunal Federal –, mas essa hipótese, como dito acima, não se revela na espécie.

Tampouco há afronta ao princípio da singularidade, sendo plenamente possível a interposição de recurso extraordinário e de pedido de contracautela. Enquanto o recurso extraordinário visa à reforma ou cassação do acórdão, a suspensão de tutela provisória destina-se apenas a suspender os efeitos da decisão que cause grave lesão à ordem, segurança, saúde e economia públicas, além de não se submeter a prazo específico, podendo ser proposta a qualquer momento até o trânsito em julgado.

De resto, sabe-se que o deferimento dos pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de tutela provisória tem caráter notoriamente excepcional, sendo imprescindível perquirir a potencialidade de a decisão concessiva ocasionar lesão à ordem, segurança, saúde e economia públicas, não cabendo nesta sede, em princípio, a análise do mérito.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, firmou orientação no sentido de ser possível um juízo mínimo acerca da matéria de fundo analisada na origem, para concluir-se pela viabilidade ou inviabilidade da suspensão da decisão concessiva.

Na hipótese, procedendo-se a um exame primeiro da questão, próprio das medidas de contracautela, nota-se que a imediata execução da decisão questionada – de modo a impedir a cassação de inscrição estadual de substituto tributário na cobrança do ICMS – causa risco de grave lesão à economia pública, uma vez que a redução na arrecadação do tributo gera importante impacto nas finanças públicas, além de injustificado embaraço na execução das políticas públicas, parecendo recomendável a suspensão dos seus efeitos até o trânsito em julgado da ação originária.

O risco de lesão à economia pública torna-se ainda mais evidente no cenário atual, tendo em vista a situação de notória e grave crise financeira por que passam os Estados-membros – inclusive o Estado de São Paulo –, podendo a execução imediata dos efeitos da decisão impugnada, de fato, prejudicar a prestação de serviços públicos, considerada a importância do imposto para o orçamento estadual.

Patente, por outro lado, a possibilidade de concretização do chamado efeito multiplicador da medida, pois inúmeros outros contribuintes podem pleitear provimento judicial semelhante, o que, aliás, evidencia-se pelas várias outras ações propostas por devedores do Fisco e pela própria manifestação, neste incidente, de outras refinaria interessadas, além da Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A.

Há, também, risco de lesão à ordem pública administrativa, ante a possibilidade de a decisão concessiva – e as demais que eventualmente sigam o precedente – servir de estímulo para que o devedor contumaz permaneça em inadimplência. Ora, manter suspensa a cassação da inscrição das substitutas tributárias significa, em última análise, conferir ao princípio da manutenção da empresa um valor mais expressivo que o do princípio da moralidade administrativa, criando um cenário destrutivo ao Estado e ao setor de combustíveis, ao permitir que empresas continuem a valer-se da recuperação judicial como blindagem patrimonial, isentando-se de sanções ou fiscalizações pela Administração.

O requerente demonstrou que, no caso, essa blindagem, lamentavelmente, tem funcionado, pois, em razão dos Repetitivos Especiais Paradigmas 1.694.316/SP, 1.694.261/SP e 1.712.484/SP, encontram-se suspensas as execuções fiscais contra a refinaria

interessada e, em decorrência da decisão concessiva, nada pode o Estado de São Paulo fazer para minimizar seus danos e impedir o prejuízo que pode chegar a de 13 bilhões de reais ao ano.

Consta dos autos que, em apenas um mês de apropriação, a Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A deixa de recolher mais de 57 milhões de reais em substituição tributária e utiliza esse valor para aumentar seu *market sheare*, mantendo, atualmente, mais de 3% do mercado de combustível do Estado de São Paulo e mais 9% do mercado do Estado do Rio de Janeiro.

É possível, ainda, falar em risco de lesão à ordem na acepção jurídico-constitucional, ante o entendimento de que o descumprimento reiterado, injustificado e substancial das obrigações tributárias legitima a cassação de inscrição estadual de substituto tributário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de normas que preveem a cassação da inscrição especial de empresa considerada devedora contumaz pelo Fisco, ao julgar improcedente o RE 550.769, interposto por empresa do ramo tabagista contra acórdão que reconheceu constitucional o cancelamento do registro de empresa na Receita Federal quando há descumprimento reiterado de obrigação tributária.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, deixou clara a sistemática da empresa, semelhante à da Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A:

[...] o descumprimento injustificado e reiterado de obrigações tributárias principais e acessórias por parte da recorrente acarreta notória distorção no sistema concorrencial do mercado tabagista, na medida em que lhe permite comercializar os seus produtos em patamar de preço inferior ao de seus concorrentes.

Com base no *modus operandi* da empresa, o Supremo afastou a natureza de sanção política, para decidir pela cassação do registro da empresa na Receita Federal, destacando o princípio constitucional da livre concorrência e a necessidade de combate à inadimplência tributária sistemática:

Ministro Joaquim Barbosa: [...] não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica [cassação] objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. [...] optando por abordar a questão a partir do exame do impacto que a preordena e desleal inadimplência tributária tem na livre concorrência, concluiu Tércio Sampaio Ferraz que o Decreto Lei 1.593/1977 está de acordo com os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório (ampla defesa).

Ministro Ricardo Lewandowski: estamos diante de um caso absolutamente excepcional, estamos diante de uma macrodelinquência tributária reiterada. [...] ao preservar o descumprimento de suas obrigações tributárias, a recorrente atua com indevida vantagem em relação às demais empresas do mesmo ramo de atividade, o que, quando mais não seja, constituiu flagrante afronta ao princípio constitucional da livre concorrência. [...] a liberdade de iniciativa, como se sabe, não é absoluta, encontrando limites, dentre outros, no princípio constitucional da livre concorrência, do qual é serviente, e que se encontra protegido por diversos diplomas legais, arsenal do qual faz parte também o Decreto-Lei 1.593/77.

O acórdão viu-se assim ementar:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento [Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* 2/4/2014].

Apesar de o RE 550.769 referir-se ao registro especial de empresa do ramo tabagista e discutir o pagamento de IPI, verifica-se semelhança no *modus operandi* da Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A e das demais empresas do grupo, e, no precedente citado, analisando a atuação da empresa, o STF concluiu pela existência de afronta à ordem econômica e à livre concorrência, além de prejuízo irrecuperável ao Poder Público, o que também parece evidenciado neste incidente suspensivo.

O ARE 1.060.488 trata de situação em tudo semelhante à presente; aliás, até as partes são as mesmas – Estado de São Paulo e Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A –, e, ali, malgrado não tenha a Suprema Corte adentrado o mérito, por entender presente óbice processual ao conhecimento do recurso – revisão de matéria fático probatória –, parece ter o Plenário aceitado a tese de que não configura hipótese de sanção política a excepcional cassa-

ção de inscrição estadual de substituto tributário, quando este é devedor contumaz do Fisco. É o que faz ver trecho da ementa:

O acórdão recorrido está fundado na premissa de que a inscrição estadual da sociedade empresária não é renovável, uma vez que o indeferimento de renovação impede o desenvolvimento das suas atividades. Assim, o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da inadimplência reiterada da recorrida nem quanto à aplicação ao caso do entendimento firmado no RE 550.769, não sendo possível ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente da matéria, sob pena de supressão de instância. Óbice para apreciação do recurso na Súmula 284/STF. (Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, *DJe* 14/2/2018).

Na mesma linha, o trecho final do voto do Ministro Cezar Peluso na AC 1.657 (Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, *DJe* 31/8/2019), que, aliás, menciona os pareceres de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Afonso da Silva:

Noutras palavras, conquanto se reconheça e reafirme a aturada orientação desta Corte que, à luz da ordem constitucional, não admite imposição de sanções políticas tendentes a compelir contribuinte inadimplente a pagar tributo, nem motivadas por descumprimentos de menor relevo, estou convencido de que se não configura, aqui, caso estreme de sanção política, diante, não só da finalidade jurídica autônoma de que se reveste a norma, em tutela da livre concorrência, mas também de sua razoabilidade, porque, conforme acentua TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, coexistem aqui os requisitos da necessidade ('em setor marcado pela sonegação de tributos, falsificação do produto, o aproveitamento de técnicas capazes de facilitar a fiscalização e a arrecadação, é uma exigência indispensável'), da adequação ('o registro especial, sob condição de regularidade fiscal, é específico para a sua destinação, isto é, o controle necessário da fabricação de cigarros') e da proporcionalidade (não há excesso, pois a prestação limita-se 'ao suficiente para atingir os fins colimados')

[...] Há, contudo, como venho sustentando, dissimilaridades decisivas que apontam para a singularidade do caso em relação à jurisprudência da Corte: (a) existe justificativa extrafiscal para exigência da regularidade tributária, que é proporcional e razoável à vista das características do mercado concentrado da indústria de cigarros; (b) não se trata de simples 'imposição de restrições e limitações à atividade em débito com a Fazenda (...) autorizada em lei' (RE nº 414.714, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), mas de comando preordenado também ao resguardo de valor jurídico-constitucional de igual predicamento e dignidade, que é o princípio ou regra da livre concorrência; (c) o precedente do RE nº 415.018 (Rel. Min. CELSO DE MELLO) cuida de restrições 'fundadas em exigências que transgridam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade', 'sem justo fundamento', 'limitações arbitrárias', atividade legislativa 'abusiva ou imoderada', dentre outros predicados, que, como visto, não se aplicam, sequer remotamente, a este caso; (d) as súmulas invocadas não quadram à hipótese, pois que, como decidi acertadamente o TRF-2, 'o caso dos autos envolve a análise sobre a possibilidade do Estado exigir, com base em norma infraconstitucional, regularidade fiscal para manutenção de registro especial em ramo produtivo específico, inexistindo correlação com a simples adoção de medidas coercitivas para cobrar tributos'. É o que, aliás, sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA, no parecer, onde afirma que 'não se trata, no caso, de mero inadimplemento de obrigações tributárias', arrematando:

'Essas súmulas não são invocáveis por diversas razões. Em primeiro lugar, porque se voltam contra ato administrativo concreto de interdição, ou apreensão, ou de proibição, sem base legal expressa e específica, simplesmente com o objetivo de obter o pagamento do tributo. Ora, o art. 2º

daquele decreto-lei não estabelece meio coercitivo para cobrança de tributo, mas sim sanções por práticas de atos ilícitos contra a ordem tributária [...].

Recomenda-se, assim, o deferimento do pedido suspensivo, para manter a decisão do Colegiado da 13ª e da 22ª Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois também aqui a cassação do registro é medida compatível com o sistema constitucional vigente, protegendo, entre outros, a livre concorrência (art. 174–IV), e contrapondo-se ao abuso de poder econômico “*que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (art. 173–§4º).

A Procuradoria-Geral da República não pretende, com esta manifestação, afastar-se da teleologia da tese que a Suprema Corte fixou em repercussão geral no RE 565.048, considerando inconstitucional norma local que impede a emissão de documentos fiscais quando o contribuinte encontra-se em débito com a Fazenda Pública ou condiciona referida emissão à prestação de garantia, dado o caráter de sanção política. Ao reverso, na via do incidente suspensivo, o Ministério Público Federal busca tão somente reconhecer que há potencialidade lesiva na decisão fustigada e necessidade de medida judicial que proteja a ordem e a economia públicas.

Aliás, o risco de lesão à ordem econômica evidencia-se não somente pela crise financeira que assola os entes da federação, incluindo-se o Estado de São Paulo, bem como pela potencialidade de a dívida tributária discutida na origem vir a tornar-se impagável. Ora, o fato de a prática da Refinaria levá-la a um patamar de um débito de mais de 2 bilhões de reais – que é efetivamente um capital irrecuperável pelo poder público – implica a necessidade de um combate específico a essa atividade nociva ao Estado, que ocasiona prejuízo ao ente federado e a sua população. Sem dúvida, é uma situação de inafastável defesa da ordem econômica e social.

Assim, opino pelo deferimento do pedido de suspensão.

Brasília, 16 de agosto de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República