

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, MINISTRA ELLEN GRACIE**

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos termos do art. 4º e § 2º da Lei n.º 4.348/64, combinado com o art. 4º e §§ da Lei n.º 8.437/92, com as alterações promovidas pela MP n.º 2.180-35, vem requerer a Vossa Excelência, **com pedido de apreciação liminar do pedido**, a

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA LIMINAR

deferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do mandado de segurança n.º 2007.004.00555, impetrado por **REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S/A**, no qual figurou como autoridade coatora Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, ora em curso perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelos motivos e para os fins adiante expostos.

I - BREVE HISTÓRICO

1. O presente pedido de suspensão, *fundado no grave risco de lesão à ordem e à economia públicas*, tem por objeto a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”), por meio da qual se desproveu o agravo regimental interposto pelo requerente (Estado do Rio de Janeiro) contra a liminar concedida pelo relator do mandado de segurança n.º 2007.004.00555.

2. Nesta decisão, *a do agravo regimental*, o Órgão Especial do TJRJ, por maioria de votos (15 x 8; impedido o Exmo. Sr. Presidente do Tribunal, em razão do ingresso superveniente na causa de um de seus filhos, cf. substabelecimento de fl. 138 – doc. 1), manteve o provimento jurisdicional liminar que suspendeu os efeitos do Decreto estadual n.º 40.578, de 30 de janeiro de 2007 (“Dec. 40.578”).

3. O Dec. 40.578, cuja eficácia foi judicialmente suspensa, se limitava a revogar o Decreto estadual n.º 37.486, de 28 de abril de 2005 (“Dec. 37.486”). O Dec. 37.486, a seu turno, concedia à Refinaria de Petróleos de Manguinhos S/A (“Manguinhos”) um tratamento tributário diferenciado, consistente no diferimento do ICMS por ela devido.

4. Assim, por força da decisão do Órgão Especial, foi protraída a vigência do diferimento concedido a Manguinhos, em contrariedade ao que dispunha o Dec. 40.578 (revogatório do aludido regime especial).

II - CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO PERANTE O STF

5. A matéria concretamente discutida no mandado de segurança é, toda ela, de índole constitucional, uma vez que a impetrante postula o seu pretenso direito o fundamento de que, *em razão do modo pelo qual o Estado do Rio de Janeiro levou a efeito a revogação do Dec. 37.486* (pondo fim ao diferimento do ICMS), teriam sido afrontados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do dever de motivação dos atos públicos.

6. De outra parte, a confirmar a natureza constitucional da discussão, tem-se a significativa circunstância de a impetrante, com fundamento numa alegada

conexão, haver requerido a distribuição do writ por dependência aos autos da representação por inconstitucionalidade n.º 2005.007.00065, em trâmite no TJRJ há dois anos, e onde se discute precisamente a compatibilidade do Dec. 37.486 com a Carta Estadual.

7. De resto, os próprios termos em que foi vazada a liminar deferida pelo relator do mandado de segurança comprovam o escalão constitucional das normas (princípios) em debate:

“No que tange ao aspecto jurídico da questão, limitado, por ora, ao pleito liminar de suspensividade, deve se considerar que a hipótese não caracteriza uma isenção, ou um benefício ou incentivos fiscais, porquanto não há redução no valor a ser pago, a título de tributo.

O que se verifica é a existência de um tratamento fiscal diferenciado, concedido sob determinadas condições onerosas para o contribuinte, por prazo determinado. Leia-se o teor do decreto em referência.(...)

No caso sub examen, o tratamento fiscal diferenciado estabelece uma determinada relação jurídica entre o Estado por um lado e a refinaria impetrante por outro, que pode ser objeto de ato administrativo anulatório, desde que, devidamente fundamentado no descumprimento dos requisitos exigidos no Decreto concessivo do diferimento, sob pena de se ver compelido a compensar o ônus da revogação.

São princípios da segurança jurídica que não podem ser escamoteados sem qualquer fundamentação.

Consigne-se entre os inúmeros precedentes deste Tribunal os fundamentos aduzidos na concessão da ordem no MS n.º 880/2004, Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho:

‘Ato administrativo. Anulação. Necessidade do devido processo legal. Cerceamento de defesa. Violação do contraditório.

Embora possa a administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, não está ela desobrigada da observância, nesses casos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente quando já integrado ao patrimônio de seu destinatário os direitos dele decorrentes’.

No caso, a revogação está imotivada, sendo certo que por outro lado a impetrante, para usufruir do tratamento tributário diferenciado foi compelida a cumprir as condições lá previstas.

Mesmo nas hipóteses mais vantajosas para o contribuinte, quando este é beneficiado com isenções, o que, evidentemente, é um plus em relação ao tratamento fiscal diferenciado, a Súmula n.º 544 do Supremo Tribunal Federal dispõe:

‘Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas’.

Destarte, face à relevância dos fundamentos aduzidos e a certeza da ineficácia da medida, caso deferida, em razão

do ato impugnado tornar inexistente no mundo jurídico, o direito da impetrante, impõe-se como tutela jurisdicional adequada a concessão da medida liminar para o fim de sustar a eficácia do Decreto n.º 40.578/2007, até final julgamento desta ação” (doc. 1, fls. 130/134; grifou-se).

8. Como se nota, essa decisão se fundou, basicamente, na suposta violação aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da motivação.

9. Matéria constitucional, portanto, inequivocamente.

10. Daí por que é competente para conhecer do presente pedido o Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 297 do Regimento Interno dessa Corte (“*Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais*”).

III - URGÊNCIA DE APRECIÇÃO DO PEDIDO (INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO)

11. Por último, cabe notar que o acórdão do Órgão Especial que desproveu o agravo regimental do Estado do Rio de Janeiro, mantendo a liminar acima reproduzida, ainda não foi publicado no diário oficial (doc. 2).

12. Todavia, como a suspensão de execução de liminar não é um recurso propriamente dito, e considerando, ainda, a urgência em suspender desde logo a eficácia dessa decisão — em razão dos grandes prejuízos decorrentes da manutenção do malsinado diferimento —, não há óbice ao imediato aforamento da presente medida, a qual, de todo modo, vem instruída com uma folha do andamento processual atualizado (em 28-6-07), extraída do site do TJRJ, onde se comprova não ter havido publicação do acórdão até o momento (doc. 2). Posteriormente, tão logo se faça a publicação do acórdão no órgão oficial, o Estado providenciará a sua juntada aos autos.

13. Passa-se, agora, a expor os fundamentos do presente pedido.

IV - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA X SONEGAÇÃO

14. Durante muitos anos, ao longo da última década, o Estado do Rio de Janeiro, juntamente com os demais estados-membros da Federação, lutaram no Judiciário para fazer valer o regime de substituição tributária “para frente”, previsto tanto nas legislações nacional e estaduais que regem o ICMS, como na Constituição Federal, nesta aliás em preceito específico, qual seja, o art. 150, § 7º.

15. No julgamento da ADIn n.º 1.851-4/AL, essa Suprema Corte, encerrando a polêmica, declarou a constitucionalidade do mencionado regime, sobre cujas virtudes assim se pronunciou o Ministro Ilmar Galvão (relator da ação direta):

“Além da finalidade arrecadatória, permite o instituto seja alcançada maior justiça fiscal, pela distribuição equitativa da carga tributária que o sistema propicia, ao evitar a sonegação.

Por meio do instituto, a obrigação tributária é transferida àquele contribuinte que oferece melhores condições para o seu cumprimento” (grifou-se).

16. O empenho do Estado tinha, portanto, bons fundamentos, como se reconheceu a final.

17. Com efeito, o regime de substituição tributária era, e é, de importância fundamental para uma boa e eficaz administração do ICMS, uma vez que, em determinados ciclos econômicos — entre eles, nomeadamente, o do petróleo e seus derivados —, a cobrança, se feita diretamente de cada um dos participantes do ciclo, resultaria onerosíssima e, na prática, ineficaz, porquanto não se conseguiria jamais evitar a sonegação em algum ponto da cadeia de circulação da mercadoria (como se sabe, trata-se de uma cadeia de circulação intensamente ramificada, que se estende até os mais remotos confins do território nacional).

18. No que toca, em particular, ao ciclo do petróleo e derivados, impunha o interesse público que se promovesse a concentração da exigência do imposto nas refinarias — dada a presumida idoneidade destas —, pois, não fosse assim, ter-se-ia que tributar também as distribuidoras e, além delas, toda a malha de postos de venda, a qual, como já se disse, é extremamente capilarizada e, justamente por isso, infiscalizável na prática.

19. Ademais, a fiscalização de tal segmento econômico é ainda bastante dificultada por se tratar de uma mercadoria que não deixa rastros, pois, tanto que consumida, se transforma em fumaça (literalmente).

20. Por outro lado, a concentração das atenções da Administração Tributária sobre apenas alguns poucos contribuintes traz, como é óbvio, uma grande redução de custos para todas as empresas que participam desse ciclo econômico, uma vez que inúmeras despesas com controles contábeis e cumprimento de obrigações acessórias deixam de ser necessárias.

21. Há, ainda, e sobretudo, a razão da **justiça fiscal**, devidamente enaltecida pelo Ministro Ilmar Galvão na ADIn n.º 1.851-4: de fato, sendo a substituição tributária um regime que praticamente impede a sonegação, obtém-se, por meio dela, uma equânime distribuição dos ônus tributários entre todos os agentes econômicos que atuam nesse segmento. Se ninguém leva vantagem sobre ninguém, a tributação se torna neutra para fins competitivos — o que constitui sempre um dos mais importantes objetivos de qualquer política tributária racional.

22. Com base nessas premissas, editou-se, em 1999, o Convênio n.º 3/99, que generalizou o regime de substituição tributária para as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo (além de alguns outros produtos).

23. Pouco a pouco, assim, a substituição tributária foi-se acomodando ao setor do petróleo, e parecia mesmo que os problemas e litígios tendiam a se tornar coisa do passado (salvo um ou outro caso pontual, sem qualquer impacto apreciável sobre o funcionamento do sistema).

24. Eis que, de modo absolutamente inexplicável — na contramão, como visto, de uma luta histórica dos Estados —, e em total desconsideração aos efeitos economicamente nocivos do ato, a então Chefe do Executivo estadual baixou, em 28 de abril de 2005, o Dec. 37.486, concedendo a Manguinhos um *diferimento* (i.e., uma postergação) do pagamento do ICMS relativo às operações de importação e de comercialização no mercado interno, tendo por objeto a extensa lista de produtos constante do anexo ao Decreto.

25. Assim é que, segundo o Dec. 37.486, o ICMS relativo às operações pra-

ticadas por Manguinhos passaria a ser pago (i) englobadamente com o devido pela ulterior saída tributada promovida pelas distribuidoras de combustíveis que adquirissem produtos da refinaria; ou (ii) na saída de produtos industrializados promovida por consumidor final, que os utilizasse com matérias-primas ou insumos, e nas operações interestaduais (doc. 1, fls. 233/236).

26. Manguinhos, assim, nos termos desse regime, passou a não mais recolher o ICMS nas citadas operações. Segundo a “otimista” previsão do Decreto, o imposto seria recolhido nas etapas subseqüentes do ciclo, por outras pessoas — exatamente ao contrário do que sucederia na substituição tributária, por força da qual caberia a Manguinhos recolher o imposto por si e, também, pelos demais contribuintes na seqüência da circulação da mercadoria.

27. Afigura-se gigantesco o potencial de sonegação — e, bem assim, a sonegação efetiva — resultantes desse regime diferenciado.

28. O Estado não tem, na prática, como assegurar a fiscalização do tributo incidente sobre tais produtos. Para que Vossa Excelência possa ter uma idéia das dificuldades que se instalam quando afastado o regime de substituição, basta referir aqui a ocorrência de casos — já apurados pela fiscalização — de distribuidoras que se absterem de recolher o ICMS, sob o pretexto de que iriam realizar operações interestaduais (imunes), mas na realidade enviam seus caminhões, repletos de combustível, para fora do território do Estado — quando então a fiscalização nada mais pode fazer. Posteriormente, porém, esses mesmos caminhões re-ingressam no território de onde há pouco haviam saído, desta feita por estradas secundárias, e as distribuidoras acabam vendendo o combustível a postos de gasolina situados no território fluminense. Sem pagar um centavo de ICMS!

29. Isso sem falar nos numerosos casos de notas fiscais adulteradas — ex.: a NF indica um comprador em Minas e, posteriormente, apura-se que esse estabelecimento mineiro jamais adquiriu aquela mercadoria —, igualmente já flagrados pela fiscalização do imposto.

30. Nesse contexto, convém reproduzir aqui as inteiramente aplicáveis considerações do Grupo de Fiscalização instituído pela Resolução n.º 246, de 9 de janeiro de 2006, a respeito de um ato normativo estadual (Res. 6.488/02) que, no passado, transferira para as distribuidoras a obrigação de pagar o ICMS incidente especificamente sobre a gasolina “C”:

“O Grupo de Fiscalização é favorável à revogação da Res. 6.488/02 pelos motivos destacados abaixo:

1. Instituir a condição de substituto tributário para a distribuidora prejudica o controle da fiscalização, pois a substituição tende a ser mais eficiente na proporção em que a retenção do imposto for centralizada no menor número possível de contribuintes, como ocorre quando a refinaria promove a retenção.

2. A citada resolução dispensou o pagamento do imposto em operações interestaduais, ao invés de exigir o pagamento e a apresentação da GNRE – Guia Nacional de Recolhimento do ICMS, estimulando, dessa forma, a simulação dessas operações, fato agravado pelo precário monitoramento atualmente realizado pela SER: não se pode controlar a efetiva saída do produto deste Estado apenas com a retenção de uma via na barreira fiscal, pois o valor do frete em relação a

carga tributária envolvida é desprezível, possibilitando que o caminhão trafegue sem carga, ou que retorne novamente ao Estado através de estrada desprovida de posto fiscal. Vale lembrar que a refinaria está obrigada a recolher antecipadamente em operação interestadual.

3. A presunção de que as detentoras de Termo de Acordo possam temer a perda do benefício fiscal não é garantia de que o produto não retorne ao Estado, pois a partir do momento em que o mesmo for destinado a distribuidora de outra unidade da Federação, seu destino final é ignorado, nada impede que o mesmo retorne ao Estado do Rio de Janeiro, fato que independe da vontade das beneficiárias do regime.

(...)
5. A existência de consistentes indícios de evasão fiscal constatados em duas distribuidoras signatárias de Termo de Acordo: Alcom Comércio de Óleos Ltda.¹, IE 86.320.762 e Inca Combustíveis Ltda., IE 77.263.071 (...)" (doc. 3, grifou-se).

31. Enfim: afastado o regime da substituição tributária, não há como, eficazmente, evitar-se a sonegação.

32. Em tese, considerando-se a propensão de uma parte² dos agentes econômicos que atuam nesse segmento à prática de ilícitos fiscais e outros (v.g., adulteração de combustíveis), só se conseguiria diminuir a sonegação mediante um acompanhamento absolutamente rigoroso e permanente de cada caminhão-transportador, desde a origem até a entrega da mercadoria ao destinatário final. Não é preciso ser um especialista em custos de arrecadação para perceber que um tal acompanhamento não se mostra factível no mundo real.

33. Factível e relativamente simples é, no entanto, impor-se uma tributação igualitária e com reduzidíssima margem para sonegação — para isso, justamente, foi concebida a substituição tributária. Basta que ela vigore para todos.

34. Dito o quê, passa-se a examinar a situação específica de Manguinhos.

V - OS DANOS À ORDEM E À ECONOMIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

35. Chama a atenção, e causa mesmo muita estranheza, logo de início, o fato de Manguinhos alegar que, sem o diferimento do Dec. 37.486, as suas operações restariam economicamente inviabilizadas.

36. Ora, em princípio — ou, melhor dizendo, em circunstâncias normais, de observância do ordenamento jurídico —, o diferimento é uma técnica arrecadatória neutra do ponto de vista econômico.

37. De fato, figure-se a hipótese de um produto que tem, em si considerado, o valor de R\$ 100,00; pois bem: se Manguinhos, com base no diferimento, vendesse esse produto à distribuidora por apenas R\$ 100,00, isso não traria benefício concreto algum à distribuidora, já que esta, quando fosse vender o produto, teria

¹ A Inca e a Alcom, coincidentemente, são as duas mais habituais compradoras da gasolina vendida por Manguinhos, cf. doc. 4, quesito n.º 7 e anexo "Venda de Gasolina".

² Bastante minoritária, evidentemente.

que pagar *todo* o ICMS devido (i.e., o ICMS *diferido*, imputável a Manguinhos, e o ICMS *próprio*, relativo à operação que ela, distribuidora, estaria praticando). Assim, o preço da operação final não seria de modo algum alterado em razão do mecanismo do diferimento.

38. Só haveria alteração do preço final se, porventura, não ocorresse mais à frente o pagamento de todo o ICMS devido...

39. Quicá para não dar muito na vista, Manguinhos alega que o diferimento em questão teria "*como principal objetivo aliviar o fluxo de caixa da empresa*" (v. a petição inicial do MS — doc. 1, fl. 11, § 25).

40. Essa alegação, todavia, é inconsistente e não resiste a uma análise séria. É que, na realidade, o que poderia propiciar um alívio no fluxo de caixa seria, bem ao contrário, o regime de substituição tributária, mas nunca o diferimento. Explique-se o porquê dessa afirmação.

41. Com o diferimento, Manguinhos deixa de reter o ICMS relativo à substituição tributária em suas vendas. Num exemplo simplificado, pode-se esboçar a seguinte comparação:

(1º) venda da mercadoria com diferimento (sem retenção do ICMS)

• Manguinhos → Distribuidoras

Valor da mercadoria "em si": R\$ 100,00

Valor da NF de venda: R\$ 100,00

(2º) venda da mercadoria sem diferimento (com retenção do ICMS, em razão do regime de substituição tributária)

• Manguinhos → Distribuidoras

Valor da mercadoria "em si": R\$ 100,00

Valor hipotético do ICMS: R\$ 42,8571 (alíq. 30%)

Valor da NF de venda: R\$ 142,8571

42. Ora, extrai-se da comparação acima que é justamente no bojo do regime de substituição tributária — i.e., sem o diferimento — que pode ter lugar o tal "alívio" no fluxo de caixa da empresa, na medida em que ela teria um período mais ou menos longo para girar com o capital decorrente da venda das mercadorias (no qual está embutido o valor do ICMS), até o momento em que fosse obrigada a recolher aos cofres públicos o imposto anteriormente retido.

43. Ao contrário, o regime com diferimento — o regime do Dec. 37.486 — não traz qualquer benefício possível ao fluxo de caixa da Refinaria, pois Manguinhos recebe estritamente o preço da mercadoria, e nada mais. Se Manguinhos, presentemente, obtém algum "alívio" no fluxo de caixa, é certo que tal alívio não decorre do regime de diferimento a ela concedido.

44. Essa conclusão, aliás, é expressa de modo categórico pelo Superintendente de Energia da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços, Sr. Adilson de Sousa Araújo:

"O fato de a Refinaria deixar de ser substituto tributário não lhe concede nenhuma vantagem econômica ou financeira, já que repassa o diferimento para as distribuidoras. Os valores referentes aos tributos não são por ela retidos. Logo, não há relação entre estes valores e a cobertura às suas necessidades" (doc. 5, grifou-se).

45. Visto, assim, que o argumento do alívio no fluxo de caixa (formulado por Manguinhos) é de todo em todo inconsistente, remanesce a perplexidade: por que, afinal de contas, Manguinhos diz ser tão vital assim — *sem o quê a Refinaria não sobreviveria...* — a manutenção desse regime diferenciado, exclusivamente para ela?

46. Se a explicação não está no “alívio” do fluxo de caixa, onde estará?

47. Para respondê-lo, será preciso ter presente alguns aspectos da realidade subjacente às operações de Manguinhos.

48. É sabido, e está comprovado nos autos (doc. 4, quesito n.º 8), que a Refinaria de Manguinhos *não mais tem refinado óleo cru, nem tampouco tem produzido gasolina*. Isso não obstante, Manguinhos vem reportando grandes quantidades de vendas às distribuidoras Inca e Alcon: ao longo do ano de 2006, exemplificativamente, a Inca e a Alcon responderam pela quase totalidade das vendas realizadas por Manguinhos, como se vê na informação prestada pela ANP (v. doc. 4, especialmente o anexo “Venda de Gasolina”).

49. Essa gasolina, a seu turno, é adquirida por Manguinhos, sem ICMS³, da COPESUL – Central Petroquímica, localizada no Município de Triunfo, no Rio Grande do Sul (doc. 4, quesito n.º 6).

50. Ora, segundo cálculos da Secretaria de Estado de Fazenda, o custo do frete, nessa operação, do Rio Grande do Sul para o Rio de Janeiro (1.500 km de distância), seria de pelo menos R\$ 0,24 por litro. Além disso, o custo em si do litro de gasolina vendido pela COPESUL é cerca de R\$ 0,026 superior ao custo da gasolina adquirida no Rio de Janeiro.

51. Assim, Manguinhos, em sua operação atual mais freqüente (qual seja: COPESUL → Manguinhos → distribuidora Inca), venderia a gasolina às distribuidoras com um sobre-custo, em termos comparativos, de **R\$ 0,266 a mais por litro de gasolina** (R\$ 0,24 do frete + R\$ 0,026 do preço da COPESUL) (doc. 1, fls. 285/288).

52. Em tais condições, é praticamente impossível imaginar como a distribuidora que adquire o produto de Manguinhos — com o preço bem acima dos outros produtores — consegue comercializar a gasolina e, *ao mesmo tempo*, pagar todos os tributos.

53. Segundo a PETROBRAS Distribuidora, em correspondência dirigida à ANP (na qual reporta um “*desequilíbrio no mercado de comercialização de combustíveis no Estado do Rio de Janeiro*”, em razão do Dec. 37.486), trata-se de operação que, em princípio, só se viabiliza se houver evasão fiscal:

“De acordo com informações do mercado, apesar da redução, e por vezes paralisação, das atividades de Manguinhos, a Refinaria continua comercializando produtos (principalmente para a Distribuidora Inca), só que oriundos da Copesul, Rio Grande do Sul, o que torna, no mínimo, curiosa a operação, considerando os custos de logística e tributos envolvidos. (...) [A] situação favorece a sonegação de tributo” (doc. 6, grifou-se).

54. Alertando para o mesmo risco, veja-se a manifestação do Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços:

³ Por se tratar de operação interestadual, sem incidência do imposto.

“O valor do ICMS incidente sobre a gasolina ‘A’ vendida pelas refinarias no RJ chega a cerca de R\$ 1,05 por litro. Desde maio de 2006, quando o benefício do Decreto passou a ser utilizado, a Refinaria de Manguinhos já comercializou mais de 60 milhões de litros de gasolina ‘A’ sem a incidência de ICMS (aproximadamente R\$ 63 milhões). Este valor deveria ter sido recolhido aos cofres do Estado pelas distribuidoras que adquiriram a gasolina.

Observe-se que a Refinaria de Manguinhos não vem refinando petróleo para produção de gasolina. Este combustível vem sendo adquirido da Copesul, situada em Triunfo, RS, de onde é transportado até o RJ por caminhões tanques, sendo aqui comercializado por Manguinhos para sua clientela. Esta operação seria considerada normalmente anti-econômica (...).

Apesar da aparente inviabilidade, Manguinhos tem vendido mais de 8 milhões de litros de Gasolina ‘A’ por mês para um único cliente, a distribuidora Inca Combustíveis Ltda., empresa com origem em São Paulo, atualmente sediada em Duque de Caxias. A SEFAZ/SP cassou a inscrição estadual da Inca naquele Estado, por não recolhimento de impostos, motivo pelo qual ela deixou de operar em São Paulo” (doc. 7, grifou-se).

55. No mesmo sentido, consta ainda do processo administrativo n.º E-34/011.544/06 o seguinte relatório do Grupo de Fiscalização criado pela Resolução n.º 242/06:

“Indícios de fraudes praticadas por duas distribuidoras signatárias de Termo de Acordo.

Duas distribuidoras detentoras de Termo de Acordo apresentaram operações atípicas: Alcom Comércio de Óleos Ltda., IE 86.320.762 e Inca Combustíveis Ltda., IE 77.263.071. De acordo com o levantamento efetuado pela SINDICOM, as duas empresas deixaram de recolher imposto no valor de R\$ 711.329.000,00. Trabalho elaborado pela fiscalização, contido no processo E-34/063259/03 e encaminhado ao GAB/SER em 25/10/2004, contém informações adicionais sobre o assunto. O Jornal Valor Econômico publicou em 17/01/2005 matéria relatando providências adotadas pelo Estado de São Paulo:

“O Estado de São Paulo solicitou inquérito civil para apurar suposta falta de pagamento de ICMS por algumas distribuidoras de combustível. Segundo o secretário da Fazenda, Eduardo Guardia, o Estado tenta recuperar cerca de R\$ 600 milhões que seriam devidos principalmente por duas distribuidoras: Alcom Comércio de Óleos e Inca Combustíveis. Segundo Guardia, as empresas conseguem deixar

⁴ Alcom e Inca são, recorde-se, as duas distribuidoras que adquirem gasolina de Manguinhos (doc. 4, quesito n.º 7 e anexo “Venda de Gasolina”).

de pagar o imposto porque compram gasolina de refinarias do Rio sem retenção de ICMS. Resolução do governo fluminense permite que a responsabilidade pelo pagamento passe da refinaria para as distribuidoras. O secretário de Finanças do Rio, Henrique Bellúcio, diz que a medida foi uma resposta à decisão 'arbitrária' de São Paulo de tributar a venda de álcool anidro. A Inca alega que não deve ICMS a São Paulo.'

Cabe esclarecer finalmente que as práticas irregulares das empresas citadas acima resultaram em concorrência predatória, prejudicando a participação no mercado das empresas que cumprem a legislação tributária e pagam os impostos devidos, razão pela qual o SINDICOM, apesar de possuir empresas beneficiadas pelo Termo de Acordo, solicita a revogação da Res 6.488/02.

Destacam-se os seguintes indícios de irregularidades:

Inca:

1. Começou a operar no Estado do Rio de Janeiro somente após a concessão do Termo de Acordo.

2. Nos primeiros 8 meses de funcionamento não realizou operações internas. Se o objetivo da edição da Res. 6.488/02 foi evitar o acúmulo de créditos de ICMS em virtude da tributação do álcool anidro pelo Estado de São Paulo, esse benefício não foi utilizado pela empresa, pois não há incidência do imposto em operação interestadual com gasolina. O objetivo da empresa ao assinar o Termo de Acordo não foi usufruir esse benefício, mas realizar operação interestadual com gasolina com desoneração de imposto. Ocorre que não se pode afirmar com certeza, conforme relatado anteriormente, que o prejuízo na arrecadação tenha sido absorvido apenas por outras unidades federadas, pois a fiscalização não possui controle eficaz para comprovar que o produto efetivamente saiu do Estado do Rio de Janeiro. Na hipótese do produto realmente ter saído não há garantias de que não tenha retornado ao Estado.

3. Ao analisarmos a GIA no período de 10/2004 a 12/2004 (Anexo XX) verificamos que a empresa realizou operação interna sob o CFOP 5655 – Venda de Combustível adquirido de terceiros destinado a comercialização, operação tributada de acordo com a Res. 6.488/02, porém não pagou o imposto devido, apesar de constar imposto retido.

O montante que deixou de ser recolhido atinge R\$ 45.487.628,58. Tal fato demonstra a fragilidade do controle da Secretaria de Estado de Receita sobre as operações realizadas pelos contribuintes signatários do Termo de Acordo, apesar de a empresa ter sido enquadrada em Regime Especial de Fiscalização através da Portaria SAF n.º 24/03” (doc. 8, grifou-se).

56. Muito elucidativa, a propósito da atuação das distribuidoras Inca e Alcon — i.e., as compradoras da gasolina vendida por Manguinhos (cf. doc. 4, quesito

n.º 7 e anexo “Venda de Gasolina”) —, é a notícia publicada no Globo de 1º-6-2007:

“Três distribuidoras de combustível do Rio foram autuadas no início deste ano pela Secretaria de Fazenda de Santa Catarina por sonegação de impostos na venda de combustíveis. O valor, que inclui multa e imposto sonegado, chega a cerca de R\$ 200 milhões.

As três companhias se beneficiavam de um regime especial, instituído pela Fazenda do Rio em 2002, que permitia o não-recolhimento do ICMS na compra de gasolina na refinaria, o que acontece em todo o país. Elas teriam que recolher na venda, mas, de acordo com as informações do Fisco catarinense, o imposto nunca foi recolhido.

As empresas multadas foram a Inca Combustíveis, a Alcom Petróleo e a Nacional Distribuidora de Petróleo. A Inca e a Alcom são investigadas pela CPI da Arrecadação na Assembléia Legislativa.

Depoimentos prestados dão conta de que o estado pode ter deixado de arrecadar mais de R\$ 900 milhões de ICMS por causa do regime que permitia a compra de gasolina nas refinarias sem o recolhimento do imposto.

As distribuidoras do Rio venderam a gasolina para outras cinco distribuidoras catarinenses, que também já foram multadas” (doc. 17, grifou-se).

57. O diferimento dado a Manguinhos, assim, se transformou num grande ralo, pelo qual vêm escoando milhões de reais todo mês. É o que atesta o Sr. Subsecretário de Receita do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Alexandre da Cunha Ribeiro Filho, segundo o qual a transferência às distribuidoras (Inca, Alcon, Nacional) da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS provocou uma perda de arrecadação na ordem de (doc. 9):

R\$ 96 milhões, de maio de 2005 a maio de 2006; e

R\$ 96,5 milhões, de maio de 2006 a fevereiro de 2007.

58. Total da perda estimada no período: R\$ 192,5 milhões.

59. Esse quadro rende ensejo, de outra parte, à instauração de uma concorrência predatória no mercado de distribuição de combustíveis no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que, com a sonegação, as distribuidoras que vendem o produto livre da carga fiscal conseguem praticar preços bem inferiores aos das distribuidoras sérias, que comercializam o produto onerado dos impostos previstos na legislação em vigor.

60. Em caso análogo (MS-QO n.º 24.159), também Vossa Excelência reconheceu que a concessão, pela via judicial, de uma posição de “vantagem” tributária a uma empresa é medida que causa profundo abalo à concorrência:

“No entretentes, perdeu a arrecadação federal vulto-

⁵ A Nacional Distribuidora de Petróleo, por uma impressionante coincidência, é a distribuidora que, segundo os dados da ANP, adquiriu a maior parte da gasolina vendida por Manguinhos em 2007 (v. doc. 4, anexo “Venda de Gasolina”).

sa quantia deixada de recolher pela refinaria – por força de decisão monocrática – e igualmente não recolhida pela empresa beneficiária do tratamento diferenciado. Dados alcançados pela Receita Federal revelam uma perda de receita de mais de 11 milhões e novecentos mil reais apenas para o período entre outubro e dezembro de 2001. A prolongar-se no tempo, como já se prolonga, tal situação, não há como deixar de ver caracterizada a grave lesão à economia e à saúde públicas, mais especificamente, aos cofres da seguridade social, à qual se destina o produto de tais exações e aos beneficiários do respectivo sistema. Ademais, a situação de privilégio acarreta a desestruturação do mercado de combustíveis, ao assegurar a uma só empresa a aquisição de combustíveis, junto à refinaria, por preço inferior ao que é cobrado às demais empresas do setor, em afronta ao princípio da livre concorrência. Quando ajuizou o pedido de suspensão, a União demonstrou que o preço final do litro de gasolina com recolhimento do PIS/COFINS pela refinaria era de R\$ 1,5686, caindo para R\$ 1,2522, sem tais contribuições, resultando numa diferença de 20,17%. Apoiada em dados do sindicato do próprio setor, a União apontou que a margem de lucro, por litro é, para as distribuidoras, em média, de R\$ 0,050, enquanto o da impetrante pode ter passado a ser de R\$ 0,36, ou seja, 720% a maior. Para demonstrá-lo juntou gráficos que apontam o desmesurado crescimento das aquisições da empresa, a partir das decisões desonerativas. Basta ver que a empresa Macon adquiriu ao longo do ano de 2000, em média 3 milhões de litros/mês, mas após a sentença (17/11/00) passou a comprar 50 milhões de litros/mês” (doc. 10).

61. São patentes, assim, os danos à ordem e à economia públicas, decorrentes da manutenção do malsinado diferimento do Dec. 37.486.

62. Assim, espera o Estado seja imediatamente suspensa a eficácia da decisão do TJRJ, de modo a afastar o quadro de permanente lesão à ordem e à economia dessa unidade federativa.

VI - MÍNIMO DE DELIBACÃO SOBRE A QUESTÃO DE FUNDO A FALÁCIA DA “CONTRAPARTIDA” DE MANGUINHOS

63. Sabendo-se que no pedido de suspensão se exige, por vezes, um *mínimo de delibação* a respeito da questão jurídica de fundo, passa o requerente a tecer algumas considerações para o fim de demonstrar a Vossa Excelência que, ao contrário do que sustenta Manguinhos, o diferimento em questão não estava condicionado a qualquer tipo de “contrapartida” por parte da Refinaria-impetrante.

64. Com efeito, procura a impetrante, no mandado de segurança n.º 2007.004.00555, convencer o órgão jurisdicional de que a sua “contrapartida” corresponderia aos investimentos aludidos no bojo do processo administrativo n.º E-12/1366/2005 (doc. 11).

65. Tal processo administrativo se inicia com uma correspondência na qual

Manguinhos formula um pleito à então Governadora Rosinha Garotinho, no sentido de que fosse concedido um diferimento do ICMS em relação a todos os produtos por ela comercializados (doc. 11, fl. 7).

66. Como *suposta* “moeda de troca”, Manguinhos acenou então com a possibilidade de realizar dois investimentos, quais sejam: (a) melhorias na planta, de modo a modernizá-la, com a construção, especificamente, de uma unidade de hidrodesulfurização de diesel (valor do investimento: US\$ 15 milhões); e (b) a construção de um novo terminal marítimo, em substituição ao já existente (valor: US\$ 17 milhões).

67. Ocorre que não há, em absoluto, qualquer *relação de prestação-e-contraprestação* — ou *relação de causa e efeito* — ou qualquer vínculo lógico que seja — entre, de um lado, o diferimento concedido pela Governadora a Manguinhos e, de outro, os mencionados investimentos.

68. Com efeito, a modernização da planta, com a instalação de uma unidade de hidrodesulfurização de diesel, teria por *finalidade única e imediata* adequar a produção de Manguinhos às novas especificações técnicas do diesel, editadas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP). É a própria Refinaria quem o confessa à fl. 3 do processo n.º E-12/1366/2005:

“No que tange ao óleo diesel, [a] Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis disponibilizou para Consulta Pública minuta de alteração na portaria que define a especificação do produto. Da leitura da referida minuta, verifica-se que, a exemplo do ocorrido com a gasolina, haverá diminuição do percentual de enxofre, o que reafirma a preocupação da Agência com a utilização de combustíveis menos poluentes.

Para adequar-se às novas especificações do óleo diesel Manguinhos necessitará de modernizar sua planta, mediante a introdução de unidade de hidrodesulfurização de diesel, que possibilita a diminuição do teor de enxofre.

Os investimentos necessários à adequação da planta de Manguinhos às novas especificações do óleo diesel montam a importância de aproximadamente US\$ 15.000 mil” (doc. 11, grifou-se).

69. Já no que concerne à substituição do Terminal Marítimo, trata-se de obrigação expressamente assumida pela impetrante em Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com a FEEMA, de modo a prevenir danos ao meio ambiente nas operações de carga e descarga de petróleo e seus derivados. Mais uma vez, quem o reconhece é a própria autora:

“Um dos compromissos assumidos por Manguinhos por ocasião da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com a FEEMA foi a construção de um novo terminal marítimo em substituição ao já existente.

O novo Terminal Marítimo servirá para carga e descarga de petróleo, produtos derivados do petróleo ou similares, através de tubulações conectadas com os mangotes de carregamento em terra. (...)

O investimento necessário para a construção do Terminal

(realização das adaptações no cais, compra e colocação dos dutos, mais a construção de novos tanques na refinaria) perfaz o montante de US\$ 17.000 mil” (doc. 11, grifou-se).

70. De todo modo, é importante salientar, no que respeita ao Terminal Marítimo, que a própria impetrante, no processo administrativo n.º E-07/202.524/04 (relativo ao Termo de Ajustamento de Conduta), já declarou textualmente, e de forma explícita, que não pretende e não vai mais construir Terminal Marítimo algum, pois hoje seus planos são outros. De fato, a obrigação de Manguinhos, relativamente ao Terminal, estava assim descrita no Anexo ao TAC:

“3 – Terminal e Dutos

Ação 3-A – (...)

Ação 3-B – Conclusão das negociações em curso relacionadas com o uso da área externa viável à instalação do pier de atracação, dos novos dutos e do terminal de abastecimento.

Ação 3-C – Realização do Projeto de Construção do Terminal e novos dutos, seguido da construção e emissão das Licenças Ambientais, conforme anexo 10” (doc. 12, sublinhou-se).

71. Pois bem: em recente relatório apresentado à FEEMA, disse Manguinhos, a respeito dos compromissos “3-B” e “3-C”, acima transcritos:

“(3) TERMINAL E DUTOS (ações 3A até 3C) (...)

Ação 3-B – Conclusão das negociações em curso relacionadas com o uso da área externa viável à instalação do pier de atracação, dos novos dutos e do terminal de abastecimento.

Constatações: A ação não foi cumprida. Conforme carta protocolada na FEEMA em 17-8-06, a RPDM informou que não pretende executar o projeto mencionado na referida ação.

Ação 3-C – Realização do Projeto de Construção do Terminal e novos dutos, seguido de construção e emissão das Licenças Ambientais, conforme Anexo 10.

Constatações: a ação não foi cumprida. Conforme carta protocolada na FEEMA em 17-8-06, a RPDM informou que não pretende executar o projeto mencionado na referida ação” (doc. 13 – fl. 516 do p.adm. n.º E-07/202.524/04, grifou-se).

72. Assim, embora a Refinaria argumente com a natureza “condicionada” do diferimento do Dec. 37.486, para disso extrair proveito judicial, esquece-se ela de reproduzir aqui, nestes autos, o que já dissera lá, no processo administrativo n.º E-07/202.524/04, i.e., que “não pretende executar o projeto mencionado na referida ação” (Projeto de Construção do Terminal e novos dutos).

73. De todo modo, é importante salientar que a situação da impetrante não pode ser assimilada, nem mesmo por analogia (que seria aqui descabida), às hipóteses de benefícios “condicionados”, em que o contribuinte efetivamente

se obriga, em função do benefício, a realizar prestações onerosas que, de outro modo, não estaria obrigado a efetivar.

74. Os dois investimentos “prometidos” por Manguinhos no p.a. n.º E-12/1366/2005 são investimentos que ela está obrigada a fazer, se de fato pretende continuar a desenvolver as suas atividades econômicas em conformidade com as normas regulatórias (ANP) e ambientais (FEEMA).

75. São investimentos que ela está obrigada a fazer, portanto, *com ou sem regime tributário diferenciado*.

76. Caracterizar tais investimentos como contrapartida “onerosa” afigura-se de todo em todo impróprio. É como se um bacharel em direito, hipoteticamente, oferecesse como “contrapartida” para fazer jus a um determinado tratamento tributário diferenciado (no âmbito da atividade de advocacia) a promessa de “inscrever-se nos quadros da OAB”... Ora, a inscrição na OAB é pré-requisito essencial para o desempenho regular da atividade — todo profissional a ela está obrigado —, logo não pode servir de fundamento lógico para o discrimen pretendido.

77. Daí se segue, pois, que os investimentos referidos por Manguinhos não constituíram uma “moeda de troca” para a concessão do tratamento diferenciado.

78. Insista-se: a ausência de onerosidade do Dec. 37.486 decorre de os investimentos não se relacionarem com o tratamento tributário diferenciado, mas, sim, com as **exigências da ANP e da FEEMA**; é dessas exigências (anteriores à concessão do diferimento) que realmente deriva a obrigatoriedade daquelas prestações.

79. Ora, se é certo que Manguinhos não assumiu obrigação alguma perante o Estado em função da edição do Dec. 37.486, restaria apenas examinar se desse ato teria advindo uma *situação de vantagem* para a impetrante.

80. É que, como já se viu acima, a impetrante vem alegando perante a Corte local, em derradeiro recurso de retórica, que o tratamento tributário diferenciado teria “*como principal objetivo aliviar o fluxo de caixa da empresa*”; e, ainda, que a extinção do diferimento “*acabaria por determinar o encerramento das atividades de Manguinhos por falta de caixa*” (docs. 1 e 11 – respectivamente, petição inicial do MS e correspondência que deu início ao p.a. n.º E-12/1366/2005).

81. Ora, a respeito desse ponto o Estado apenas se reporta à refutação já feita acima, nos §§ 39/44 — como se demonstrou ali, o tal “alívio” do fluxo de caixa é uma falácia que se desmonta sem maior dificuldade.

82. Assim, considerando-se que: (a) o regime de diferimento previsto no Dec. 37.486 não era, em substância — afastadas as aparências enganosas —, condicionado a qualquer tipo de “contrapartida” por parte de Manguinhos; (b) tal regime não poderia, num ambiente de normal obediência à ordem jurídica, trazer qualquer tipo de benefício econômico a Manguinhos; e (c) o referido decreto, em seus dois anos de vigência, tem dado margem à sonegação em grande escala; tudo isso considerado, **impunha-se ao Governador do Estado, com urgência, promover a revogação do Dec. 37.486**, como única medida apta a restaurar o primado do interesse público na hipótese.

83. Tal era o que postulava, com veemência, o já mencionado Grupo de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda, desde o ano de 2006:

“Em 29/04/95 foi publicado o Decreto n.º 37.486/05 (Anexo XXI) que concede diferimento, exclusivamente para a Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A., na saída de gasoli-

na, óleo diesel, óleo combustível, GLP e solventes alifáticos. Neste caso, qualquer distribuidora (mesmo se não for detentora de termo de acordo) pode adquirir gasolina (e outros derivados, conforme relacionado acima) sem retenção do imposto. Se promover saída interestadual também não precisará recolher o impostor através de GNRE. **O problema gerado pela Res. 6.488/02⁶ foi ampliado pelo mencionado decreto e, pelo mesmo motivo, o Grupo de Fiscalização considera necessária sua revogação**" (doc. 3, grifou-se).

84. Pleiteava-o igualmente o SINDICOM, entidade de classe de âmbito nacional que congrega as principais empresas distribuidoras de combustíveis e de lubrificantes do país (Air BP, BR, Castrol, Esso, FL Brasil, Ipiranga, Repsol, Shell, Texaco):

"(...) o mercado de distribuição e revenda de combustíveis passou por profundas mudanças na última década. Neste sentido, várias iniciativas foram tomadas para garantir uma tributação adequada às novas condições de mercado.

Entre essas medidas, cabe ressaltar a incidência monofásica (da CIDE e do PIS/COFINS) e a substituição tributária nas refinarias (do ICMS) para os principais combustíveis automotivos. Estas medidas foram adotadas pelo Governo Federal e pelos Estados para eliminar o risco de evasão fiscal nas distribuidoras e nos postos revendedores. A tributação exclusivamente nas refinarias é imprescindível para assegurar a arrecadação e garantir o clima adequado de concorrência entre as empresas.

O tratamento diferenciado, concedido pelo decreto acima mencionado, vem na contramão do adotado por todos os estados da federação, permitindo que parte significativa do ICMS no Estado do Rio de Janeiro fique completamente desprotegida" (doc. 14).

85. Finalmente, cabe registrar que, na Representação por Inconstitucionalidade n.º 65/2005 (tendo por objeto o Dec. 37.486), o Órgão Especial do TJRJ chegou a deferir uma liminar para suspender a eficácia do Decreto, por considerar que o regime em questão se afigurava intrinsecamente nocivo para a economia do Estado:

"Resta o aspecto da conveniência, à consideração da possibilidade dos prejuízos potenciais no sistema de distribuição de combustíveis no Estado, considerando os precedentes sobre a matéria.

O que se constata é que a norma em questão (...) libera a refinaria beneficiada de embutir no preço do produto o valor do ICMS, ou seja, não tem a responsabilidade mais de

⁶ A Resolução n.º 6.488/02 (hoje já revogada), recorde-se, atribuía às distribuidoras de combustíveis a responsabilidade pelo pagamento do imposto relativo às operações anteriores e subsequentes (a partir da operação que estiverem realizando), tendo por objeto a gasolina "A".

*recolher o tributo, que passa a ser recolhido pela distribuidora dos combustíveis ou consumidor final, de acordo com o estabelecido no art. 1º, § 1º, do Decreto impugnado [o Dec. 37.486], o que não deixa de caracterizar uma substituição tributária; e, isto, é justificado pela necessidade da empresa em questão fazer grandes investimentos em suas instalações, o que não guarda, em princípio, qualquer relação de funcionalidade, ou seja, não se vislumbra economia e/ou retenção de valores pela empresa beneficiada. **O QUE É FEITO EM DETRIMENTO DA ECONOMIA DO ESTADO**" (doc. 15).*

86. Essa decisão, posteriormente, foi revogada pelo mesmo Relator, mas sem qualquer modificação no juízo de valor acima expresso, apenas em razão de se ter decidido, na ADIn n.º 3.528-RJ (tendo por objeto o mesmo Dec. 37.486), que o caso não seria de controle concentrado de constitucionalidade na hipótese (doc. 1, fls. 95/98).

87. Seja como for, o certo é que a Administração Pública **agiu dentro de seu mais estrito dever legal**, visando pôr fim a um estado de coisas que dava azo à reiterada evasão de impostos (sem que houvesse meios práticos de evitá-la) e à concorrência predatória, com efeitos reflexos, ainda, sobre os princípios constitucionais da economicidade, da eficiência, da legalidade, da isonomia e da moralidade, todos eles menoscabados pelo diferimento do Dec. 37.486.

88. Havia uma aguda conveniência, à luz de interesses genuinamente públicos (primado da lei, justiça fiscal, igualdade, livre concorrência), em extinguir o diferimento disciplinado no Dec. 37.486.

89. Mas, tendo em consideração a natureza específica dos fundamentos que inspiraram a revogação, seria inútil, como é intuitivo, *formalizar* um contraditório *prévio* à edição do Decreto revogatório.

90. Manguinhos, por óbvio, não admitiria jamais que o diferimento que lhe beneficiava constituía, na verdade, um "pré-requisito" para a sonegação de impostos praticada (ou possibilitada) pelos seus compradores imediatos.

91. Um tal contraditório *prévio* não passaria de uma farsa, de uma encenação "para-ínglês-ver", uma vez que a decisão de revogar o benefício — **decisão de conveniência e oportunidade** — já fora tomada pelo atual Governo desde a época da transição.

92. Mesmo assim, ciente de que, numa ponderação de valores, deve-se dar a máxima eficácia possível aos princípios em colisão (no caso, os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, *de um lado*; e os da legalidade, isonomia, moralidade, livre concorrência, economicidade, eficiência e interesse público, *de outro*), o Estado fez publicar o Decreto revogatório em 31-1-2007, mas protraiu expressamente os seus efeitos para o dia 1º-4-2007.

93. Não havia nenhuma outra razão para o Estado ter concedido essa *vacatio senão* a de dar chance à Refinaria de se defender adequadamente, acaso fosse de seu interesse.

94. Em poucas situações se poderá imaginar uma maior reverência ao direito de defesa do que esta: Manguinhos teve dois meses para refletir sobre o assunto e decidir o que iria fazer⁷.

⁷ Em 1º-2-2007 os advogados de Manguinhos solicitaram cópia integral do processo administrativo n.º E-28/000.207/2006 e obtiveram, já no dia seguinte (2-2-2007), a cópia integral dos autos (doc. 16).

95. Tão certo é que Manguinhos pôde exercer com plenitude o seu direito de defesa que hoje o Decreto revogatório encontra-se suspenso, precisamente porque a impetrante teve tempo suficiente para consultar eminentes especialistas (v. doc. 1, parecer de fls. 99/115) e, com toda a tranqüilidade, elaborar a petição inicial de fls. 2/39, fruto de trabalho metucioso e apoiado em detido estudo sobre a matéria litigiosa.

96. A efetividade do direito de defesa não poderia ser mais contundente!

97. Por fim, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não devem ser vistos sob uma ótica exclusivamente *formalista*, sob pena de se transformarem em armas preciosas nas mãos de litigantes menos bem intencionados.

98. Assim, não há necessidade, em todo e qualquer caso — e a jurisprudência o tem proclamado —, de se instaurar um contraditório *prévio*. Há situações em que o contraditório pode perfeitamente ser *posterior* ao ato. Tudo vai depender da natureza e do conteúdo da decisão a ser levada a efeito.

99. O caso dos autos é uma hipótese típica em que o contraditório *posterior* se mostra bem mais adequado do que o contraditório *prévio*.

100. Por isso, o fato de se ter dado à impetrante **dois meses** para articular a sua defesa *após* a vigência do ato, *mas ainda antes do início de sua eficácia*, é mais do que suficiente para atender, em medida ótima, aos referidos princípios constitucionais.

101. Espera-se que Judiciário, neste momento, não deixe de ponderar adequadamente os princípios que apontam no sentido da *legitimidade* do ato de revogação do diferimento — quais sejam, os princípios da legalidade, isonomia, moralidade, livre concorrência, economicidade, eficiência e interesse público —, e dê a esses princípios a devida realização/otimização no caso concreto.

102. Por fim, resta dizer uma palavra quanto ao argumento, invocado na inicial do *mandamus*, segundo o qual o Decreto revogatório não teria motivação.

103. Na verdade, como é comuníssimo nesses casos, o texto do Dec. 40.578 se reportou ao conteúdo do processo administrativo n.º E-28/000.207/2006. Confira-se:

*“O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,
no uso de suas atribuições constitucionais e legais, e tendo
em vista o que consta do Processo n.º E-28/000.207/2006,
DECRETA:
Art. 1º – Fica revogado o Decreto n.º 37.486 (...).”*

104. Desse modo, basta ler o processo n.º E-28/000.207/2006 — juntado na íntegra a seguir, como documento n.º 16 — para perceber que é farta a motivação ali contida.

105. Tal motivação consta, em especial, das seguintes peças do referido processo:

- correspondência inicial do SINDICOM, na qual se alude ao risco de sonegação, à concorrência predatória e à ausência de benefício financeiro real para a Refinaria de Manguinhos (fls. 2/4);
- manifestação da Superintendência de Tributação da SEFAZ, também favorável à extinção do diferimento, por razões de ordem técnicas, jurídi-

co-tributárias (fls. 9/10);

- petição da BR Distribuidora à ANP, solicitando providências no âmbito do Direito da Concorrência, e explicitando a inviabilidade econômica da cadeia de circulação COPELUL–Manguinhos–Inca (a menos que não se paguem os impostos...) (fls. 14/15);
- outro pronunciamento da Secretaria de Tributação (já no atual governo), igualmente favorável à imediata revogação do Dec. 37.486, sobretudo em razão dos prejuízos que aquele diferimento vinha causando aos cofres estaduais (fls. 17/18);
- parecer do Subsecretário Adjunto para Assuntos Jurídicos (o Procurador do Estado Fabrício do Rozário Valle Dantas Leite), onde se sumariam todos os argumentos anteriormente expostos, faz-se referência ao trabalho do Grupo Fiscal constante do processo n.º E-34/011.544/06⁸ e, a final, conclui-se pela inexistência de vícios legais na proposição de revogação do Dec. 37.486 (fls. 20/24);
- despacho final do Secretário de Estado de Fazenda, chancelando as manifestações anteriores e sugerindo ao Governador a imediata revogação do Dec. 37.486 (fl. 26).

106. Logo, não há falar em falta ou insuficiência de motivação.

VII – *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA*

107. Estão inequivocamente presentes, no caso, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Quanto ao primeiro, reside na demonstração, já feita acima, de que os pressupostos legais para o deferimento da medida — o grave risco de danos à ordem e à economia públicas — comparecem, aqui, com rara intensidade. A propósito, reporta-se o Estado ao que já foi dito nos §§ 14/62 desta petição.

108. Já o *periculum in mora* decorre do fato de o Estado vir sofrendo, em razão do diferimento em tela, uma perda de arrecadação de cerca de R\$ 10 milhões por mês. O prejuízo global é estimado pelas autoridades fiscais em R\$ 192 milhões. E a cada semana que se passa, mais se agiganta esse rombo.

109. Daí por que é imperioso o deferimento da suspensão em caráter liminar.

VIII – CONCLUSÃO

110. Isto posto, tendo em vista o manifesto interesse público na revogação do diferimento concedido a Manguinhos, e bem assim os graves danos à ordem e à economia advindos da suspensão da eficácia do decreto revogatório (Dec. 40.578) — o prejuízo é quantificado em mais de R\$ 192 milhões (só no período de MAIO/05 a FEV/07) —, requer o Estado do Rio de Janeiro a Vossa Excelência se digne deferir, **liminarmente**, a suspensão da r. decisão liminar proferida pelo Órgão Especial do TJRJ, no julgamento do agravo regimental interposto pelo ora requerente (decisão esta que confirmou a liminar monocrática anteriormente de-

⁸ O meritório trabalho deste Grupo Fiscal pode ser visto nos documentos n.º 3 e n.º 8, ambos extraídos do p.a. E-34/011.544/06. Ali se evidenciou, sobretudo, a forte sonegação decorrente das operações das Distribuidoras Inca e Alcom (justamente as duas maiores compradoras de Manguinhos, segundo os dados da ANP).

ferida pelo Relator do mandado de segurança n.º 2007.004.00555, impetrado por Manguinhos), de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto n.º 40.578/07, confirmando-se a final, após o regular processamento do presente pedido, a suspensão da decisão judicial até o trânsito em julgado do acórdão final que vier a ser proferido no *writ*, nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei n.º 8.437/92, com a redação dada pela MP n.º 2.180-35/01.

111. Informa que os representantes do Estado poderão ser intimados na SCN, Quadra 4, Bloco "B", Centro Empresarial Varig, Pétala "C", Conjunto 803, Brasília - DF.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2007.

Luís Alberto Miranda Garcia de Sousa
Procurador do Estado

Lucia Léa Guimarães Tavares
Procuradora-Geral do Estado