

Direito Tributário. Refinaria de petróleo. Atividade empresarial preponderante a distribuição de derivados de petróleo. A tributação pelo ICMS deve considerar a atividade preponderante.

1ª CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.31438

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: REFINARIA DE PETRÓLEO DE MANGUINHOS S/A

ORIGEM: 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

RELATORA: DESEMBARGADORA VERA MARIA SOARES VAN HOMBEECK

MINISTÉRIO PÚBLICO: Procurador ERTULEI MATOS

PARECER Nº 253/2009

Agravo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro. A decisão impugnada — que não poderia ir além da suspensão eventual da eficácia, se acaso presente pressuposto cautelar, tampouco inibir a atividade estatal no âmbito da fiscalização tributária —, praticamente antecipou o objeto da demanda, o que não me parece adequado. A atividade empresarial preponderante é o pressuposto à classificação do contribuinte pelo Estado. A Agravada opera basicamente como distribuidora de derivados de petróleo, ainda que mantenha registro administrativo na ANP como refinaria de petróleo e, claro, ao que consta, detenha a licença respectiva. A situação jurídico-administrativa junto à ANP afigura-se irrelevante para fins tributários. A licença apenas autoriza a atividade de refino, não prova que efetivamente seja exercida. A nova classificação para efeitos tributários deve considerar a atividade empresarial preponderantemente explorada que, no caso, é a distribuição de derivados de petróleo, não o refino. Parecer no sentido do provimento para cassar a decisão agravada e restabelecer, até julgamento final do processo, a eficácia da decisão administrativa impugnada.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento (fls. 02/29) interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra decisão do Juízo de Direito da 11ª Vara

de Fazenda Pública da Comarca da Capital, reproduzida a fls. 43/44, nos autos da cautelar, com pedido liminar, que lhe move REFINARIA DE PETRÓLEO DE MANGUINHOS S/A.

A decisão vergastada concedeu liminar para suspender os efeitos do ato administrativo do Estado do Rio de Janeiro e determinar que a empresa Brasken S/A passe a reter o ICMS nas remessas interestaduais de gasolina "A" em favor da ora Agravada, por entender que é distribuidora de combustíveis, desconsiderando a prática industrial da atividade de refino.

Insurge-se o Agravante contra tal decisão, requer a concessão de do efeito suspensivo ativo a fim de que a Agravada seja impedida de continuar adquirindo a gasolina do tipo "A" de empresas localizadas em outras unidades federadas sem que o ICMS sobre operação interestadual de compra e venda de combustíveis e derivados seja retido pela empresa vendedora

Aduz que: **"Tratando-se, por óbvio, de operação interestadual, a compra de combustível praticada pela agravada é regulamentada pelos Convênios ICMS nº 03/99 e 110/07, que estabelecem, de modo claro e inequívoco, ser obrigação da refinaria remetente do combustível (Braskem), e não do adquirente da mercadoria, efetuar a retenção do ICMS devido ao Estado do Rio de Janeiro"**.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, a fim de reformar-se a decisão guerreada.

Junta os documentos de fls. 30/286.

Decisão, a fls. 290, negando o pedido de suspensão formulado.

Informações do Juízo *a quo*, a fls. 329, afirmando o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC pelo Agravante, mantendo a decisão agravada.

Contrarrazões a fls. 331/345, pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

Passo à fundamentação.

Agravo tempestivo. O Estado tomou ciência da decisão impugnada em 27/07/09 (fl. 61) e recorreu em 10/08, dentro do prazo em dobro que o beneficia.

Peças obrigatórias trasladadas, o que infirma a alegação da agravada sobre ser defectivo o instrumento.

O agravo, em regra, visa a resolver crise no processo, não a obter prestação jurisdicional sobre o pedido principal ou sobre questões relacionadas a direito material.

Ocorre que, também em regra, talvez pela facilidade que a gravação digital propicie, as partes tem-se habituado a, em sede de agravo, trazer ao segundo grau questões ainda não passíveis de serem aqui sindicadas, por constituírem

o conteúdo da ação principal, que, evidentemente, deve ser decidido pelo juiz natural e, claro, chegarão ao órgão revisor por via recursal, com amplo espectro devolutivo, não por agravo, cujos limites restritos nenhum operador do direito ignora.

A longa petição com as razões do recurso ora analisado se estende por exatas 24 páginas; e tudo isso apenas para requerer a desconstituição de decisão que concedeu liminar para sustar os efeitos jurídicos de determinado ato administrativo-tributário que o Estado, por sua Secretaria de Fazenda, praticara.

A impugnação, também longa e abrangente de outras questões que não podem – ou não devem – ser sindicadas nesta fase, por inoportunas, pede que se não conceda efeito suspensivo ativo e que se negue provimento ao recurso.

A decisão agravada praticamente antecipou a tutela cautelar solicitada, isso porque não se limitou a eventualmente suspender a eficácia do ato administrativo-tributário que atribuiu nova classificação, decorrente do recadastramento, à Refinaria Manguinhos, passando a considerá-la distribuidora de derivados, por ser – segundo afirma o Estado – a atual atividade empresária preponderante da dita refinaria.

E não se limitou a meramente suspender a eficácia, *si et in quantum*, do ato administrativo que reclassificou a atividade principal da agravada, para efeitos tributários, de refinaria para distribuidora, porque o dispositivo não deixa margem a qualquer dúvida, *verbis*:

“Por conta de tais razões, DEFIRO o provimento liminar postulado, tal como requerido” (fl.44).

Ora, ordinariamente os provimentos liminares de cunho puramente processual não devem ter a equivalência de antecipação da tutela de mérito e, s m j, neste caso a liminar praticamente satisfaz todo o pedido cautelar, isso ao explicitar no dispositivo que a liminar fora deferida tal como requerido.

E a locução “tal como requerido”, contida na decisão, não pode significar outra coisa que não congruência plena com o conteúdo do pedido, o que significou total satisfação da pretensão autoral, vedada em cautelares de cunho processual, como a proposta.

E o pedido de concessão da liminar, que acabou por ser deferida, está assim redigido:

“a) Seja deferida a liminar, inaudita altera pars, a fim de que seja (sic) suspenso os efeitos do Of.012 encaminhado à Empresa Brasken (doc. 07), impedindo o Estado do Rio de Janeiro de impor retaliações à Requerente, tal como obstar de forma indireta o exercício do seu mister, especialmente a sua condição de substituta tributária por força do art.2º

da Lei Estadual nº2.439/95. Por conseguinte, seja determinada a imediata expedição de ofício à Brasken S/A.,.....**desta forma ressaltando a permanência da Requerente na condição de substituta tributária..."**

Ora, não há dúvida que a Agravada conseguiu a antecipação de tudo o que perseguia na cautelar, ao obter o deferimento da liminar **da maneira abrangente como feita, e tudo isso sem oitiva da parte contrária, inaudita altera pars.**

Tudo o que alegado para a obtenção da liminar, s m j, não prescindiria de cognição mais ampla e, ainda que fosse caso de concessão de algum provimento incidental, esse eventual provimento não poderia importar em antecipação plena da cautela pretendida, que, s m j, se me afigura de inviável concessão, ainda que em decisão final, pela abrangência de cassação que o pedido encerra.

Como redigida a liminar tem tudo para engessar a atividade fiscal-tributária estatal e tornar a agravada titular de uma classificação tributária que privilegia atividade empresária que ela, Manguinhos, não só deixou de exercer, talvez por período, como alega, como não provou que, sequer residualmente, estaria a exercer, **porque atualmente outra a atividade empresarial preponderante: a de distribuidora de derivados.**

E a classificação do contribuinte há de ser congruente com a atividade econômica preponderantemente exercida.

Não se argumente com o fato de haver registro como refinaria (refino de petróleo, deve ser dito) na ANP, como o fundamento determinante para assegurar o tratamento tributário que quer lhe seja concedido, se no mundo real dos negócios, se no mercado, se posiciona atualmente, de modo efetivo, preponderantemente **no exercício a atividade comercial de distribuição de derivados de petróleo.**

Se, como alega Manguinhos, o registro na ANP não lhe permite o exercício da atividade empresária de comercialização de derivados, essa questão não teria relevância para obstar o exercício regular da competência tributária pelo Estado onde sediada e da qual é contribuinte do ICMS.

O Estado deve classificar o contribuinte com foco na atividade econômica preponderante explorada, não com base naquela a que, formalmente, pretende-se o contribuinte vinculado em razão de eventual licença ainda não cancelada, porque, deve ser lembrado, licenciar significa apenas autorizar.

Daí afirmar-se que, por licenciado pela ANP, estaria o contribuinte efetivamente a exercer a atividade objeto do licenciamento seria no mínimo temerário.

Manguinhos explora, atualmente, a distribuição de derivados, funciona como distribuidora, assim adequadamente classificada pelo fisco estadual, o que a planilha de fls. 67/70 demonstra.

E se acaso irregular, por incongruente com o registro na Agência Nacional do Petróleo, a exploração da atividade de distribuição pela agravada, essa questão não poderia – como não pode – ser validamente oposta para inibir a eficácia de ato administrativo-tributário que atribuiu novo enquadramento tributário à sociedade empresária, isso após constatar a atividade econômica preponderantemente exercida, no caso a distribuição de derivados de petróleo, tampouco para inibir efeitos tributários presumíveis como adequados em razão da nova classificação tributária, porque congruente com a atividade comercial preponderantemente – se não exclusivamente - explorada pela sociedade anônima contribuinte do ICMS, ora agravada.

Merece registro que a argumentação de que estaria o Estado a inibir o funcionamento da agravada não merece acolhida, porque o Estado apenas quer obter a receita tributária devida, nos termos da legislação própria, que assegura a retenção na fonte, pelo vendedor, no caso de venda de derivados de petróleo para empresas que exploram a distribuição desses derivados, caso da agravada, que atua como distribuidora, embora irregularmente, vez que formalmente licenciada como refinaria na ANP, porque, para efeitos tributários, o que importa é a atividade efetivamente explorada, não aquela para a qual licenciada por ente administrativo não tributário.

Diante do exposto alvitro se dê provimento ao Agravo para desconstituir, mediante cassação, a decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2009.

Procurador Ertulei Laureano Matos

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro