

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Sandro Marcondes Rangel

***PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS
NO COMBATE A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS***

Sorocaba/SP

2011

Sandro Marcondes Rangel

***PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS
NO COMBATE A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS***

Monografia apresentada à PUC-SP/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos.

Orientadora: Professora Maria Antonieta Zanardo Donato

Sorocaca/SP
2011

Sandro Marcondes Rangel

***PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS
NO COMBATE A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS***

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos.

Orientadora: Professora Maria Antonieta Zanardo Donato

Sorocaba/SP

Data da aprovação: ___/___/___

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e ao meu filho
nascido e aqueles que estão por vir.

RESUMO

Dado ao fato de se tratar de uma matéria com pouquíssima divulgação, campo de trabalho e doutrina específica, esclareço que o presente trabalho foi dividido em alguns aspectos e tópicos para melhor entendê-lo.

Enfatizamos que dividimos o trabalho quanto a história do petróleo no país; a criação da agência reguladora; a edição da norma punitiva; dos princípios constitucionais e por fim os processuais afetados por tal legislação.

Porém, frisamos que se trata de um puro ponto de vista pessoal sobre o assunto sem qualquer outro compromisso legal.

A distribuição de petróleo e seus derivados obedeciam até um certo tempo um determinado oligopólio, ou seja, somente as grandes distribuidoras é que detinham a prerrogativa de explorarem tal ramo de atividades.

Todavia, diferentemente das regras de mercado de combustíveis estabelecidas no passado e tendo em vista a liberdade de preços praticados no país, ocorreu o surgimento de várias outras distribuidoras e conseqüentemente diversas irregularidades começaram a surgir na atividade, desde atos contra o consumidor, contra a ordem econômica e principalmente no que tange a adulteração de combustíveis.

Com base nisso, foi editada no Estado de São Paulo pela Coordenadoria da Administração Tributária a Portaria CAT

28/05, onde estabeleceu diversas regras para a apuração de irregularidades tanto no posto revendedor como também nas distribuidoras de combustíveis. Entretanto, tal portaria veio de encontro com vários preceitos legais e pressupostos processuais, gerando grande transtornos não só para os contribuintes afetados, bem como para os operadores do direito daquele seguimento.

Assim sendo, devido ao fato de ter acompanhado o desenvolver da aludida portaria, desde a sua edição como também as suas várias modificações e principalmente as mais desastrosas conseqüências advindas dela, é que se procurou realizar esse trabalho focado na ajuda àquele que trabalha em tal seguimento, juntando julgados e teorias acerca do assunto em tela.

* * *

Sumário

1. Introdução.....	1
2. Síntese da história brasileira do petróleo.....	7
3. Da Agência Nacional do Petróleo	9
4. Lei 11.929/05	11
5. Principais adulterações de Combustíveis	14
6. Dos princípios processuais constitucionais afetados pela aplicação da norma ao combate da adulteração de combustíveis	15
7. Do princípio da Isonomia	26
8. Do devido processo legal	28
9. Do princípio do contraditório e da Ampla Defesa.....	30
10. Da proporcionalidade e razoabilidade.....	35
11. Da livre iniciativa e do direito ao trabalho	46
12. Conclusão.....	48
Bibliografia	59

1. Introdução

O mercado de distribuição e revenda de combustíveis é um seguimento sem muitos artigos e matérias jurídicas, bem como muito complexo, desde o recebimento do produto até o fornecimento direto para o consumidor, mesmo porque na maioria das vezes devem-se acreditar nos simples documentos apresentados quando do recebimento do combustível pelo posto revendedor.

O posto revendedor estando no meio da relação comercial entre a distribuidora e o consumidor é justamente aquele que mais sofre a pressão e conseqüentemente se depara com a maioria dos problemas e com os reflexos legais, desde a natureza administrativa até mesmo a criminal.

Há rumores de que em meados de 2005, uma certa companhia de distribuição de petróleo visando ser adquirida por uma outra ainda maior, iniciou uma forte campanha para denegrir a imagem de outras operadoras do mesmo ramo, porém menores, valorizando assim o seu produto através de propaganda em massa e outros meios.

Afirmando o disposto acima e tornando ainda mais interessante a questão posta em tela, colacionamos a matéria publicada na Revista Isto É, edição nº 1856 de maio de 2005, denominada de “Não há mocinhos”, de autoria do repórter Mino Pedrosa:

“Uma explosiva mistura de espionagem industrial, operações de fiscalização de empresas distribuidoras de combustíveis e solventes, cartelização do mercado – associada à péssima situação financeira do Grupo Ipiranga Petróleo, um dos maiores do Brasil, que está à

venda sem encontrar comprador – joga luzes sobre um mercado complicado, o de combustíveis, no qual não há bandidos de um lado e mocinhos de outro. ISTOÉ teve acesso a fitas gravadas e a documentos que mostram um conluio entre o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis (Sindicom) e membros da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e da Ipiranga Petróleo, com o objetivo de provocar megaoperações de fiscalização contra os postos de gasolina e distribuidoras de menor porte, o que neste momento está acontecendo em São Paulo. A operação, travestida de defesa do consumidor, de acordo com as denúncias encaminhadas a ISTOÉ, teria objetivos bem menos nobres: breca o crescimento das empresas menores, que praticam preços mais baixos, manter ou aumentar o controle das grandes sobre o mercado – do qual ainda detêm hoje 85% – e melhorar a situação econômica da Ipiranga, que teve os postos com sua bandeira preservados da presença dos fiscais, para que suas ações sejam valorizadas às vésperas de uma possível venda para a estatal do petróleo venezuelana, a PDVSA.

Não que as pequenas distribuidoras sejam os mocinhos da história. Longe disso. Há, entre as pequenas, um pouco de tudo – de sonegação a adulteração. Mas as grandes não são as mocinhas: usam as mesmas práticas, têm um histórico de cartelização de preços e respondem por denúncias de sonegação fiscal e adulteração. Só um exemplo: a Esso garantiu, através de liminar, imunidade para o pagamento da Cofins, deixando de recolher aos cofres públicos, desde 1999, uma cifra que ultrapassa a casa dos bilhões de reais.

Por quase um ano, 22 empresas distribuidoras de combustíveis e 21 da área de solventes foram espionadas pela empresa americana Kroll Associates Brasil, contratada pelo Sindicom – que representa as grandes empresas do setor, como Shell, Esso, Texaco, Ipiranga, Agip

e BR – a um custo de R\$ 490 mil, segundo conversas gravadas entre dirigentes do grupo. A Ipiranga domina, de fato, o Sindicom – que funciona em salas do grupo – e, na prática, utiliza recursos públicos para defender seus interesses, já que a maior parte do dinheiro que sustenta o sindicato provém da BR Distribuidora (da Petrobras), que pouco uso faz do Sindicom.

A espionagem da Kroll resultou em um amplo relatório que foi entregue em 8 de março de 2002 ao vice-presidente do Sindicato, Alísio Jacques Mendes Vaz. Mas houve também contra-espionagem, e ISTOÉ obteve algumas dessas gravações. Numa das fitas há uma conversa entre os diretores do sindicato, Paulo Chaves Borgerth Teixeira e César Guimarães, em que eles denominam o contrato com a Kroll de “projetos de espionagem A e B”. As gravações mostram que os dois acertaram com o vice-presidente da Ipiranga, Alísio Jacques Mendes Vaz, como a espionagem seria conduzida.

Reuniõezinhas – *Em outra conversa gravada, Guido Silveira, diretor da Ipiranga e do Sindicom, fala sobre propina com Jorge Luiz Oliveira, também do Sindicom. Na ligação, eles citam o pagamento de uma mala de dinheiro para mudar o relatório da CPI dos Combustíveis. Em outra das fitas, Luiz Emílio Freire, diretor do Sindicom, conversa com Carlos Maligo, analista da ANP, combinando encontro para estudar a edição de nova portaria de dutos, terminais e gasodutos, e acertam “umas reuniõezinhas especiais” para tratar do assunto.*

O relatório da Kroll, nas suas 174 páginas, apresenta um detalhado trabalho. Utilizando-se de infiltração de seus agentes nas pequenas empresas distribuidoras, ela teve como alvo principal da espionagem as empresas que estavam demandando maior volume de combustível das refinarias, de acordo com informações confidenciais obtidas

junto à ANP. Para justificar as ações contra as pequenas distribuidoras, o Sindicom e a Fecombustíveis apontam a adulteração da gasolina como principal argumento. Mas, na realidade, outros interesses estão por trás desse pano de fundo: a isenção de algumas taxas e tributos pelas pequenas distribuidoras, o crescimento de outras e o preço baixo estavam incomodando as grandes.

Só para se ter uma idéia de como a adulteração não é exclusiva de algumas pequenas: em 10 de fevereiro, o Posto Carrefour, de bandeira Ipiranga, no Jardim Aquarius, em São José dos Campos, teve suas bombas lacradas e foi interditado pela polícia por venda de gasolina batizada. Há inquérito policial aberto. Mas, ao contrário de ações contra postos ligados às pequenas, quando a divulgação é maciça o caso foi abafado.

Cartel – *Em janeiro, o governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, recebeu no Palácio dos Bandeirantes representantes do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região (Recap), que cartelizam os preços em sua região, e da Fecombustíveis. Ambos defendendo os interesses do Sindicom. Entre os “defensores da moralidade” ouvidos por Alckmin estava Gil Siuffo, presidente da Fecombustíveis, incurso nos artigos 171 (estelionato) e 299 (falsidade ideológica) do Código Penal. Ele foi denunciado em 6 de agosto do ano passado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela venda, em 1997, de um posto de gasolina na Barra da Tijuca, cercada por irregularidades.*

Perante Alckmin, o grupo manifestou apoio total ao projeto de lei enviado à Assembléia pelo governador dispendo sobre medidas de combate à adulteração de combustíveis, aprovado em 12 de abril. A proposta, draconiana segundo especialistas, pode não prevalecer porque a competência para legislar sobre a matéria é da União, e

não do Estado. A Lei nº 11.929 prevê medidas complicadas, como o fechamento não só do posto onde foi constatada a irregularidade, mas de toda a rede da empresa, além da distribuidora e da transportadora. As menores são o alvo.

O interessante disso tudo é que o relatório da Kroll encomendado pelo Sindicom manifesta, exatamente, a necessidade desse tipo de operação. Na página 171 é recomendada a formação de uma força-tarefa integrada por policiais e fiscais para ações junto às pequenas distribuidoras e seus postos. “Um dos fracassos das políticas implementadas até a data tem sido a falta de uma atuação integrada entre o Fisco e as forças policiais”, destaca o texto da Kroll. O relatório sugere ao Sindicom uma mobilização junto ao governo estadual para “a formação de ‘um grupo de intocáveis’ com autonomia jurisdicional, acesso às fontes de informação, recursos de ambas as forças (polícia e Fisco) gozando de requisito de sigilo de informações e dotado de recursos simbólicos e material suficiente”. O documento ressalta que, para auxiliar os “intocáveis”, a Kroll deveria infiltrar seus agentes nas pequenas, inclusive nos postos, para “identificar quem é quem no ramo e estabelecer fontes de informação em diferentes distribuidoras”. Os “intocáveis” cuidariam de espionar exclusivamente as pequenas, deixando as grandes de lado. Ou seja: o que está acontecendo agora estava sendo planejado há tempos.

Pressão – *“Eles apontam: este vai morrer, e morre mesmo.” A afirmação é de João de Jesus, dono de postos há mais de 40 anos em São Paulo. Ele era proprietário de nove postos Shell e hoje lhe restam dois. João de Jesus briga na Justiça pela reabertura dos que foram fechados e ainda paga aluguel à distribuidora por um prédio de sua propriedade e que continua fechado. Ele foi uma das vítimas*

da pressão e do poder da multinacional com o apoio do Sindicom. O comerciante relata que por 35 anos o preço do combustível foi tabelado e que nesse período mantinha dois tipos de contrato com a Shell. O primeiro de compra e venda mercantil; o segundo, um comodato de empréstimo das bombas e tanque. Segundo João, este último levava o empresário ao abismo, pois ele, que era dono do posto, alugava o prédio para a Shell, que, por sua vez, o sublocava de volta para ele na figura de pessoa jurídica, numa operação triangular totalmente ilegal.

Com a liberação do preço, a Shell passou a induzir o dono do posto a competir no mercado, tirando sua margem de lucro. Quando o posto não conseguia aumentar a venda, a Shell saía, tirando o desconto que tinha dado, sem aviso ao dono. A Shell, para pressioná-lo, vendia combustível a R\$ 1 para os outros revendedores e dele cobrava R\$ 1,10. Dessa forma, a Shell conseguiu fechar sete postos dele.”

Portanto, a situação é um pouco mais complexa do que se enxerga aquele que está de fora de toda a relação!

Realmente com a abertura do mercado para demais distribuidoras infelizmente houve uma avalanche de empresas mal intencionadas causando prejuízos a toda coletividade, importando assim na edição de normas severas para tentar regular o mercado de combustíveis.

Somado a avalanche de reclamações dos consumidores em todo país quanto à qualidade e o preço do combustível, foi editada no Estado de São Paulo, a Lei 11.929/05 a qual culminou com a edição da portaria CAT 28/05 por parte da Secretaria da Fazenda, através da qual se autorizava a coleta de amostras de combustíveis e entregava à análise

específica e, uma vez constatada irregularidades, cancelava a inscrição do posto revendedor ou distribuidora e proibia a comercialização no mesmo ramo por 05 anos.

Então, visando sempre agasalhar os direitos do consumidor e a ordem econômica, o governo Estadual e o órgão regulador vem editando portarias e normas técnicas para garantir melhores condições do produto e dos serviços prestados. Tais portarias, muitas vezes, vem de encontro aos princípios processuais e constitucionais, sendo essa a pretensão do presente estudo, ou seja, demonstrar eventuais falhas processuais e constitucionais, bem como a forma pela qual afetam o posto revendedor e suas atividades.

2. Síntese da história brasileira do petróleo

A história do petróleo brasileiro é um tanto quanto tumultuada, tendo sido os seus primórdios datados da segunda metade do século passado ainda durante o governo do segundo reinado. Com o passar dos tempos, ocorreram várias buscas por petróleo, porém sempre com o auxílio de técnicos estrangeiros, sendo que somente em 1907 é que foi criado o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil (SGMB), vinculado ao Ministério da Agricultura. Entretanto, a exploração do petróleo, sempre se deparou com a dificuldade da falta de tecnologia e a vasta extensão de terras do Brasil.

Em 1933, alterou-se a estrutura dos órgãos encarregados pelo petróleo, criando assim o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), o qual com o passar dos tempos se limitou a

função puramente executiva já que conjunturas sócio-econômicas levaram o governo a atuar mais nas questões estratégicas, incluindo assim o petróleo.

Nesse passo, editou-se o Decreto-Lei 395 de 29 de abril de 1938, donde surgiu a primeira regulamentação da indústria do petróleo, declarando-o de utilidade pública e regulando a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio da riqueza.

Então, visando uma melhor regulamentação da norma e principalmente constituindo um instrumento de fiscalização das atividades inerentes à exploração do petróleo, foi confirmada sua declaração de utilidade através da Lei 9.847 de 26 de outubro de 1999, a qual se encontra em vigência até os dias atuais.

Ao longo de tal período foi implantada uma série de reformas no país, adotando, inclusive, um modelo de Estado Regulador e dando início a uma desestatização e privatização de muitos setores da economia nacional, restando ao poder público a função fiscalizadora. Nesse contexto, veio a Emenda Constitucional nº 09 de 09 de novembro de 1995, flexibilizando mais o mercado de combustível e de certa forma, colocando fim a exploração monopolística da atividade petrolífera, em especial a revenda de combustíveis.

Como consequência da desestatização do seguimento e principalmente com a liberação dos preços, a concorrência no setor passou a ser mais acirrada fazendo com que vários especuladores e oportunistas que já exploravam a atividade de distribuição e revenda de combustível passassem a revender produtos com baixa qualidade.

3. Da Agência Nacional do Petróleo

Nos termos da Lei 9.478/97 foi criada a Agência Nacional do Petróleo (ANP), órgão regulador das atividades ligadas a revenda de combustíveis e exploração do seguimento. A ANP passou então a ditar as regras do mercado expedindo portarias e resoluções destinadas ao posto revendedor e às distribuidoras, visando as necessidades do mercado de consumo.

Sendo a ANP a agência reguladora do mercado de combustíveis, através da Portaria 116 editada em 05 de setembro de 2000, buscou adequar os interesses do mercado de consumo à livre concorrência e à atividade não só do posto revendedor, mas também das distribuidoras. Tal portaria foi de certa forma um marco para a revenda de combustíveis, pois estabelecia também a possibilidade do posto revendedor trabalhar em regime de exclusividade ostentando uma determinada marca (por exemplo, BR, ESSO, SHELL, IPIRANGA e assim por diante), bem como ser um posto bandeira branca, ou seja, aquele que poderia adquirir o combustível da empresa distribuidora que apresentasse melhores condições de preço e frete.

O governo através da ANP e com edição de várias portarias iniciou uma grande luta contra os adulteradores de combustíveis, estipulando altas multas e severas penalidade até mesmo a interdição do posto revendedor infrator.

Como já mencionado, a lei Federal nº 9478 de 6 de agosto de 1997, determinou em seu artigo 7^o a criação da ANP, tendo como função essencial a regulamentação da indústria do petróleo. Sempre é importante frisar que tal criação decorreu da necessidade da desestatização de certos serviços públicos e ainda mais objetivando a criação de um órgão que fiscalizasse, organizasse o serviço e garantisse os direitos dos contribuintes. Como a própria letra da Lei diz, tal órgão é integrante da Administração Federal Indireta, corroborando que o poder de legislar sobre o tema seria exclusivo da União.

Nesse aspecto, a Lei de criação da ANP teceu as atribuições àquele órgão deixando evidente que ela seria responsável, dentre outros atributos, pela qualidade e fiscalização dos produtos derivados do petróleo, senão vejamos:

Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada ao caput pela Lei nº 11.097, de 13.01.2005, DOU 14.01.2005)

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e

¹ **Art. 7º** Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 11.097, de 13.01.2005, DOU 14.01.2005).

Com base a essa norma legal, editou-se portarias competentes a determinar o procedimento do posto revendedor para apuração de irregularidades na revenda de combustíveis, sendo que dentre elas vale ressaltar a de número 248 do ano de 2000 – ANP a qual estabelecia o regulamento técnico nº 03/00, onde salientava a metodologia e forma de apuração de irregularidades.

Nesse aspecto, os testes obrigatórios e exigidos pela ANP e nos termos de sua portaria, eram de natureza para simples verificação, valendo citar que utilizavam tão somente de uma proveta, densímetro e termômetro de imersão total.

A análise era puramente visual e com equipamentos de simples verificação.

Todavia, devido à alta incidência de adulteração de combustíveis, alguns Estados Brasileiros iniciaram um estudo para se ter uma fiscalização mais acirrada nos postos revendedores, sendo o que nos cabe estudar seria a atuação do Estado de São Paulo com a criação da Lei Estadual 11.929 de 12 de abril de 2005.

4. Lei 11.929/05

Basicamente, a Lei Estadual 11.929/05 disciplina regras para a cassação da eficácia da inscrição no cadastro de

contribuintes (art. 1º), de todo e qualquer estabelecimento em que for constatada irregularidade na qualidade ou comercialização do combustível. Assim sendo, editou-se a Portaria CAT 28 de abril de 2005, donde reza:

“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto na Lei 11.929 de 12-4-2005, e nos artigos 20, § 1º e 499 do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e sobre prestação de Serviços – RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490 de 30-11-2000, expede a seguinte portaria:

Art. 1º - A desconformidade de derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, com as especificações estabelecidas pelo órgão competente, será apurada na forma estabelecida nesta portaria.

(...)

Art. 10 - Apresentada defesa ou findo o prazo sem que esta seja apresentada, o Delegado Regional Tributário da área de vinculação do estabelecimento ou o Supervisor de Fiscalização da DEAT – Combustíveis proferirá decisão por escrito.

§ 1º - Na hipótese do resultado dos ensaios referidos nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º comprovar a desconformidade do combustível coletado com as especificações estabelecidas pelo órgão regulador competente, será determinada a cassação da eficácia da inscrição do estabelecimento no Cadastro de Contribuintes do ICMS, mediante decisão na qual sejam analisadas as razões da defesa, devendo a autoridade referida no “caput”:

(...)”

Nesse passo e com supedâneo em tal portaria, a autoridade competente poderia cassar a eficácia da inscrição dos estabelecimentos, impedir os sócios de comercializarem por cinco anos e ainda obstar a comercialização nos demais estabelecimentos dos sócios, bastando tão somente que a análise efetuada na amostra nº 3 demonstrasse a desconformidade com o estabelecido nas normas da ANP.

A primeira vista, nos parece estar correta a norma descrita, porém, a mesma além de ser injusta com a maioria dos postos bandeira-branca, também se tornou demais de irregular em alguns casos. E explicaremos o porquê logo adiante.

Para a aquisição de combustíveis das empresas distribuidoras de renome, o posto revendedor se deparava com uma serie de obstáculos, tais como aval, garantias hipotecárias, determinada quantidade mínima de galonagem, demora na entrega, pagamento à vista e assim por diante. Isso tudo, porque as grandes distribuidoras sempre tinham interesse em beneficiar aquele que ostentava a sua bandeira em detrimento dos demais que não possuíam exclusividade.

Nesse aspecto, quando o posto revendedor recebia o combustível adquirido de outras distribuidoras, procedia com a análise determinada pela ANP e guardava em suas dependências a amostra testemunha, confiando principalmente no laudo que acompanhava o produto o qual atestava ser de boa qualidade.

De outra banda, vinha a fiscalização tributária e procedia com a coleta de três amostras levando-as a um

laboratório para análise mais detalhada e com equipamento específico, constatando assim eventuais irregularidades que o posto não havia conseguido destacar.

5. Principais adulterações de Combustíveis

Acreditamos ser importante destacar um tópico quanto as principais adulterações de combustíveis para que assim possamos entendê-las e constatar, ao menos aos nossos olhos, como alguns dos princípios processuais e constitucionais foram afetados com a Edição da mencionada Lei Estadual (11.929/05).

Iniciamos pelo combustível álcool. A adulteração mais comum em tal combustível, como outra não seria de se esperar, é a adição de água sem medidas, passando o combustível a ser conhecido vulgarmente como “álcool molhado”. Todavia essa adulteração é facilmente detectada pela fiscalização – ANP, seja através de um condutivímetro e análise no local, equipamento este que o posto não é obrigado a possuir em suas instalações, ou então pela análise de proveta como determina o Regulamento Técnico 03/00.

Partindo agora para o combustível gasolina do tipo C, por força do Decreto 3.966 de 10 de outubro de 2001, ficou obrigado a adição de determinado percentual de álcool anidro na gasolina, obedecendo as portarias da época e à safra da cana de açúcar.

Considerando que a gasolina revendida nos postos recebia um determinado percentual de álcool, costumeiramente se encontrava presente no combustível gasolina, um percentual muito acima

daquele determinado à época, caracterizando assim pura fraude ao erário e danos ao consumidor. Noutras palavras, se o percentual autorizado por lei era de 22%, alguns postos chegavam a ter gasolina com 45% de álcool.

Todavia, tal adulteração também é de fácil constatação, cabendo ao posto revendedor ou mesmo ao próprio consumidor, realizar ou solicitar os ensaios no local para verificação do percentual de álcool na gasolina, pois tal análise consiste em exame visual feito com a proveta e mistura de solução aquosa de cloreto de sódio, deixando descansar por alguns minutos e posteriormente constatando visualmente o resultado comparando-o com tabela específica.

Outra fraude comum ocorrida na comercialização do combustível gasolina é a adição de solventes no combustível.

Esse tipo de fraude foi a que mais mobilizou a fiscalização estadual para tentar conter as irregularidades e editar normas específicas, em especial no Estado de São Paulo a Lei 11.929/05, a qual culminou na edição da portaria CAT 28/05.

6. Dos princípios processuais constitucionais afetados pela aplicação da norma ao combate da adulteração de combustíveis

Como já mencionamos noutro momento, a Lei Estadual 11.929/05 ao coibir a comercialização do combustível adulterado acabou por afetar vários preceitos legais, ao determinar que a fiscalização tributária pudesse coletar amostras e levar à laboratórios especializados para análises detalhadas, porém, permitindo ao posto revendedor tão somente

acompanhar o deslacre da amostra, mas não concedendo-o a prerrogativa de acompanhar os exames e nem formular quesitos.

As análises eram efetuadas somente em laboratórios credenciados pela ANP, e, uma vez constatadas as contrariedades à norma, o posto revendedor e bombas eram lacradas, os livros fiscais recolhidos e o sócio impedido de comercializar por longos cinco anos. Até mesmo outros estabelecimentos que o impedido tivesse participação societária, corriam o risco de serem fechados, dado ao fato de que estaria proibido de exercer a atividade.

Então a cassação da eficácia da inscrição com base na Lei 11.929/05 e respectiva portaria CAT 28/05, afetou não somente a legislação estadual, mas também legislação federal e a própria constituição.

Já mencionamos, mas é sempre bom lembrar que a lei Federal nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, determinou em seu artigo 7º a criação da ANP, tendo como função essencial a regulamentação da indústria do petróleo. Tal criação decorreu da necessidade da desestatização de certos serviços públicos e ainda mais objetivando a criação de um órgão que fiscalizasse, organizasse o serviço e garantisse os direitos dos contribuintes. Como a própria letra da Lei diz, tal órgão é integrante da Administração Federal Indireta, corroborando que o poder de legislar sobre o tema seria exclusivo da União.

Nesse aspecto, a Lei de criação da ANP teceu as atribuições ao órgão criado deixando evidente que ela seria

responsável, dentre outros atributos, pela qualidade e fiscalização dos produtos derivados do petróleo.

Com base a essa norma legal, editou-se portarias competentes a determinar o procedimento do posto revendedor com a apuração de irregularidades para a revenda de combustíveis, dentre elas e como já mencionado, a portaria 248/00 – ANP, a qual estabelecia o regulamento técnico nº 03/00 sobre a apuração da conformidade do combustível.

Nesse aspecto, os testes obrigatórios e exigidos pela ANP e nos termos de sua portaria, eram perfeitamente realizados nos moldes e com os equipamentos necessários à devida apuração, mas não conseguia apurar totalmente as irregularidades que poderiam conter no combustível, mesmo porque, havia necessidade de equipamentos mais sofisticados.

Agora vejamos bem o que salienta a Constituição Federal quanto à aplicação da Lei em seu artigo 5º, incisos II e XXXIX:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Diante de tal comando legal, a primeira vista, já percebemos que o direito do contribuinte estaria sendo nitidamente afetado, pois por um lado estaria ele a aplicar o que a lei lhe determina e mesmo assim, de outra banda haveria sério risco de estar sendo punido por uma legislação estadual emanada de um poder o qual seria discutível a sua legitimidade para legislar sobre o assunto.

Mencionamos quanto à questão da legitimidade ou não do Estado através da administração tributária em legislar sobre o tema, porque nosso ordenamento jurídico criou um conjunto de normas específicas e necessárias a protegerem e ordenarem a exploração e as relações jurídicas oriundas de certas atividades relativas às riquezas, assim denominadas de direito econômico.

Então, através do direito econômico e seus mecanismos específicos, o Estado com base nos princípios constitucionais e sempre em observação aos interesses da União, fiscaliza e regula as matérias privativas a ela, o que no nosso caso nos interessa é a Legislação Petrolífera.

Com base em tal definição, temos a edição da Lei Federal 9847/99 onde fica totalmente definido em seu preâmbulo a que se destina tal norma legal:

LEI FEDERAL Nº 9.847, DE 26 DE OUTUBRO DE 1999.

Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências.

Percebe-se, que há norma específica do direito econômico regulamentando a fiscalização e atividades ligadas ao ramo petrolífero.

Com base em tal ensinamento, temos o artigo 24, I da Constituição Federal² o qual determina que a União, Estados e Distrito Federal deverão legislar de forma concorrente sobre o direito econômico e mais adiante, em seus parágrafos, esclarece sobre a concorrência na legislação, asseverando que à União compete editar as normas gerais (Art. 24, §1º), ficando ao encargo do Estado a competência suplementar na edição das normas (Art. 24, §2º) e, ainda deixando mais evidente, que caso inexistir legislação federal sobre aquele assunto, cabe ao Estado a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades (Art. 24, § 3º). Noutras palavras, não havendo norma geral sobre determinado assunto, caberá ao Estado o dever de editar normas sobre o tema.

Entretanto, há a edição da norma federal específica sobre a matéria, quer seja, a Lei 9847/99, assim sendo, em hipótese alguma poderia o Estado de São Paulo editar qualquer norma ou portaria (no caso Lei n.º 11.929/2005 e portaria CAT/28) que visasse a regulamentação sobre a fiscalização, aplicação das penas quanto a exploração e revenda de combustíveis, mesmo porque afetaria o princípio basilar da supremacia das normas.

Não estamos sozinhos nessa linha de pensamento, pois vejamos o que ensina Maria D'Assunção Costa Menezello

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

em sua obra Comentário à Lei do Petróleo – Lei Federal 9.478, de 6-8-1997 – Ed. Atlas, pág. 54:

Impõe-se enfatizarmos que, para melhor atendimento do interesse público e dos objetivos que devem orientar a elaboração das “políticas energéticas” art. 3º), as atividades – de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, bem como a distribuição, revenda e comercialização de álcool etílico combustível – foram “consideradas de utilidade pública” por força da Lei Federal nº 9.847/99, ou seja, possuem um ônus regulatório e fiscalizatório que decorre da importância estratégica que lhes atribuiu o legislador.

Em suma, cumpre-nos advertir que, mesmo sendo atividades econômicas, as vinculadas à indústria do petróleo e gás natural são, por força legal, “atividades de utilidade pública”, sujeitas à regulação e fiscalização do Estado, representado pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) (...)

Nossa Constituição Federal traz em seu bojo diversos artigos com determinações específicas demonstrando que compete privativamente a União legislar sobre a matéria pertinente a este assunto, senão vejamos:

Art. 22 . Compete privativamente a União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

E ainda:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarburetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

(...)

§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

(...)

Portanto, a nosso ver, a portaria editada em combate a adulteração de combustíveis, vem embasada em legislação de competência estranha, e ainda mais com procedimentos nada peculiares ou corretos de acordo com a norma específica.

Antes de prosseguirmos com nossa dissertação, pedimos *venia* para transcrevermos alguns excertos do julgado nº

586.193-5/2-00 proferido pela 4ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Dr. Thales do Amaral:

“EMENTA:

COMPETÊNCIA - ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL - FECHAMENTO DE ESTABELECIMENTO PELO ESTADOMEMBRO – IMPOSSIBILIDADE COMPETÊNCIA DA UNIÃO, EXERCIDA PELA ANP - INTELIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 9.478/97 E DA LEI ESTADUAL Nº 11.929/05 - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

"E da União, em princípio, por meio da Agência Nacional do Petróleo, a competência exclusiva para a fiscalização e imposição de sanção de fechamento a posto de gasolina, por adulteração de combustível, razão pela qual não pode o Estado-membro, em lei estadual (Lei nº 11.929/05), ausente convênio com a agência reguladora, efetuar tal fiscalização e impor sanções, a pretexto de exercer competência de caráter tributário, relativa ao cancelamento de inscrição estadual". (...)

Alega a agravante, em síntese, que (1) o agravado comercializava combustível em desconformidade com a legislação vigente, razão pela qual teve a sua inscrição estadual cancelada, nos termos da Lei Estadual nº 11.929/05 e da Portaria CAT nº 28/05; (2) há, portanto, sonegação do imposto devido; (3) a competência do Estado para legislar sobre a matéria é plena, ou, no mínimo, concorrente com a da União; (4) foi obedecido o devido processo legal, com a oportunidade de defesa, sendo regular, portanto, o processo administrativo; (5) a responsabilidade do agravado é objetiva. (...)

O agravo não comporta acolhida. O agravado exerce o comércio de combustíveis - posto de gasolina-, e teve cassada a sua inscrição estadual, com a conseqüente lacração e fechamento do estabelecimento, sob a alegação de que estocava combustível fora das especificações, tudo com apoio na Lei Estadual nº 11.929, de 12.4.05, e da Portaria CAT nº 28, de 20.4.05.

Tenho que estão presentes os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, pois há verossimilhança da alegação, ou seja, a plausibilidade do direito invocado, tendo em conta que, ao menos em tese, a competência para legislar sobre matéria relativa a combustíveis, com a fiscalização da atividade e a imposição de sanções, é exclusiva da União.

*Com efeito, prescreve o art. 22, IV, da Constituição Federal, que compete exclusivamente à União legislar sobre **energia**. E com base nessa competência a União editou a Lei nº 9.478, de 6.8.97, que regulou a política energética nacional, alterada parcialmente pela Lei nº 11.097, de 13.1.05, que dispôs sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira.*

E o primeiro diploma acima referido, em seus arts. 7o e 8o, "caput" e inciso VII, instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP, à qual compete "promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis", cabendo-lhe especificamente "fiscalizar diretamente, ou mediante convênio com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções Administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato".

Vê-se, portanto, que cabe à ANP a fiscalização de tal atividade, na qual se inclui, obviamente, a comercialização de combustíveis, nos expressos termos do art. 1º, parágrafo 1º, incisos I a III, da Lei nº 9.847, de 26.10.99, que dispõe exatamente sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento em todo o território nacional.

*E pode o Estado fazê-lo, apenas, se **houver convênio**, o que não ocorre no caso concreto, já que não consta a celebração de nenhum convênio para tal fim, entre a ANP e o Estado de São Paulo.*

*Desta forma, ao menos em princípio (não se olvide que o juízo em antecipação da tutela é apenas de caráter provisório), não pode o Estado, com o pretexto de exercer competência de caráter tributário, relativo ao ICMS e à inscrição estadual do contribuinte, **proceder a indisfarçada fiscalização e imposição de sanção** em matéria cuja competência exclusiva, como dito, é da União, por meio da mencionada agência reguladora.*

Assim, a Lei Estadual nº 11.929, de 12.5.05, bem como a Portaria CAT nº 28/05, que conferem ao Estado tal poder fiscalizatório e sancionatório (cf. os seus arts. 1º e 4º), mesmo que para fins do cancelamento da inscrição estadual, desbordam da competência que é conferida a tal ente federativo pela Carta Magna, invadindo a esfera de atribuições da União.”

Portanto, vislumbra-se que não estamos sozinhos nessa linha de raciocínio.

Prosseguindo, sabe-se que uma portaria como ato administrativo que é, se faz necessário à presença de uma série de requisitos, tais como, a competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Esses requisitos são essenciais para sua validade, legitimidade e legalidade. Mas observamos que na presente portaria falta competência para ser editada a norma, pois essa competência vem enraizada no fato do ato administrativo ter sido talhado por aquela autoridade investida de poderes para o mister, o que faltaria à Secretaria da Fazenda Estadual. A competência resulta de lei e delimita poderes específicos, sendo tal competência intransferível e improrrogável; poderia ela até ser delegada a outrem, mas desde que a norma superior autorizasse.

Então, temos que todo ato emanado do poder incompetente de plano seria totalmente inválido!

Já quanto à finalidade da portaria, outro requisito específico e necessário, é importante frisar que não poderia de forma alguma contradizer à norma superior, pois poderia até caracterizar um desvio de poder sem norma autorizadora.

A Lei 9.847/99 é totalmente correta e específica sobre o tema, inclusive ditando as sanções previstas para o descumprimento da norma. Vale observar que a legislação denota em seu artigo 2º as sanções administrativas impostas aos infratores das disposições legais, e em momento algum, dispõe sobre uma aplicação de uma sanção tão severa ao estabelecimento e aos proprietários dele, tal qual a cassação da eficácia de inscrição no cadastro de contribuintes e o impedimento de comercializar ou trabalhar no mesmo ramo por 05 longos anos.

Isso tudo decorre do princípio da proporcionalidade da sanção ao ato cometido, e ainda levando em conta a observação ao disposto no artigo 4º da Lei 9.847/99 “*A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.*”

O que frisamos com todo o arrazoado é que há norma específica estabelecendo as punições aos infratores; há órgão específico ditando as regras sobre a forma de fiscalização; é de competência exclusiva da União e ANP legislar sobre o tema e principalmente não foi obedecido o devido processo legal, a ampla defesa e contraditório garantido em Legalmente.

7. Do princípio da Isonomia

Na matéria posta em tela, temos que a administração não tratava os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, mas sim justamente ao contrário.

O respeito na igualdade dos litigantes, no caso fisco e contribuinte, não havia em momento algum. Como já mencionamos alhures, ao posto revendedor era determinado que tivesse em seu estabelecimento somente equipamentos de apuração visual da qualidade do combustível, enquanto que o fisco coletava as amostras e levava para uma apuração muito mais minuciosa e detalhada.

Além disso, insta ainda asseverar quanto à desigualdade no tratamento quando da análise da prova, pois ao contribuinte

não lhe era conferido a prerrogativa de acompanhar o exame ou mesmo formular quesitos, mas em se tratando do fisco, já presenciei noutra oportunidade o fiscal adentrar nas dependências do laboratório e permanecer por lá por longo período.

Vejamos o que ensina o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves³ em sua obra intitulada “Novo Curso de Direito Processual Civil”:

“O juiz deve conduzir o processo de maneira tal que garanta a igualdade das partes, dando-lhes as mesmas oportunidades de manifestação, e decidindo a questão posta em juízo de forma que assegure a isonomia. A busca da igualdade substancial vai exigir do julgador que, muitas vezes, seja mais tolerante com um dos litigantes, desde que observe desequilíbrio econômico ou técnico entre eles. Deve o juiz ser mais paciente com pequenas falhas formais que a parte mais fraca ou o seu advogado perpetrem e examinar com mais condescendência as provas por ela produzidas. Não se trata, evidentemente, de perder a imparcialidade. Muito pelo contrário, é por meio desse tratamento desigual que o magistrado poderá assegurar um resultado mais justo, o que mostra que os princípios da igualdade e da imparcialidade interagem.”

No mesmo sentido vem o ilustre mestre Ernani Fidelis dos Santos⁴, na obra “Manual de Direito Processual Civil”

³ Rios Gonçalves, Marcus Vinicius, 2005, pág. 28

⁴ Santos, Ernani Fideli dos, 2007, pág 40

“No processo procura-se fazer justiça, que dificilmente será alcançada se não existir igualdade entre as partes. A igualdade, porém, só se pesquisa dentro de princípios comuns que se extraem da posição das partes isoladamente, ou então, da posição conjunta de ambas.”

Vê-se então que de acordo com o ensinamento do douto professor Marcus Vinicius, o magistrado deve-se ater a um possível desequilíbrio técnico entre as partes, talvez sendo mais tolerante com pequenas falhas que possam advir daquele menos prestigiado na relação.

Justamente é isso que ocorre no combate a adulteração de combustível, pois o posto não detém nem de conhecimento específico para constatar eventual irregularidade e nem possui equipamento técnico suficiente para a regular e exata averiguação. Por isso, muitas vezes há uma diferença mínima ou no percentual de álcool na gasolina ou mesmo um índice a mais ou a menos na condutividade elétrica e, mesmo assim, é punido severamente.

O mesmo pensar do magistrado deveria ser aplicado na administração, mas até o presente momento, ou que se pode constatar nada disso ocorreu! Somente arbitrariedades e ignorância a vários preceitos processuais e constitucionais.

8. Do devido processo legal

Recapitulando, chegamos a mencionar noutro momento que a fiscalização sob o manto e argumento de constatar irregularidades tributárias, comparece no posto revendedor e coleta três amostras para proceder com a análise em laboratório específico, sendo que no

caso de constatação da presença de marcador é procedido com a análise de cromatografia gasosa e no caso de percentual de álcool com a apuração em proveta devidamente aferida.

Pois bem, quando o agente fiscal chega até o local de revenda de combustível ou mesmo na distribuidora, o gerente do estabelecimento ou até mesmo o responsável pela companhia, colhe uma amostra diretamente do bico da bomba operadora e faz as análises que lhe são obrigatórias na frente da fiscalização, bem como apresenta o atestado de conformidade do combustível adquirido e fornecido pela distribuidora.

Fora isso, geralmente os postos idôneos e com o fim de se evitar eventuais irregularidades, contratam laboratórios específicos para apurar a qualidade do combustível, valendo frisar que tais laboratórios não detêm condições técnicas e nem aparelhagem correta para constatar a presença de solvente marcado (marcador). No momento da fiscalização, o posto também apresenta o laudo técnico fornecido por esse laboratório.

Esclarecemos que o laboratório contratado pelo revendedor de combustíveis não possui condições técnicas e nem aparelhos específicos, porque a substância denominada marcador e que está presente no solvente, conseqüentemente não podendo constar na gasolina tem a fórmula desconhecida da pessoa comum, ou seja, é segredo de Estado sendo de conhecimento somente dos químicos que trabalham nos laboratórios credenciados pela Agência Nacional do Petróleo.

Então, considerando que a fórmula é desconhecida pelos químicos contratados, não é perceptível aos olhos comuns

e com a aparelhagem que é obrigada a ter o posto revendedor não é possível se apurar, entendemos que diretamente fica afetado o devido processo legal.

Ensina Marcus Vinicius⁵ que *“Esse é o princípio que constitui a base de todos os demais. A Constituição Federal, no art. 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bastaria que fosse acolhido o *due process of law* para que estivessem asseguradas aos litigantes todas as garantias e o direito a um processo e a uma sentença justa.”*

Porquanto, nada de justo há na aplicação da norma 11.929/05 e da portaria CAT 28/05, principalmente quando impede que o contribuinte acompanhe a prova produzida contra ele.

9. Do princípio do contraditório e da Ampla Defesa

Prosseguindo, frise-se que anteriormente quando havia coleta do material para a respectiva análise, o contribuinte fiscalizado ficava com a amostra testemunha, aguardando eventual notificação da fiscalização. Hodiernamente, não mais fica com ela, pois as três amostras são confiadas ao fisco para sua guarda e manutenção.

Então, o laboratório a mando do poder fiscalizador procedia com a análise na primeira amostra, desacompanhada de qualquer representante tanto do posto como da distribuidora e havendo irregularidade notificava o contribuinte para que, se desejasse, efetuasse idênticos ensaios na amostra testemunha às suas expensas, indicando o laboratório que realizaria a análise.

Vale dizer que, no início da aplicação da portaria CAT 28/05, nem mesmo era possível indicar assistente ou mesmo formular quesitos, mas com a grande quantidade de ações visando tal direito, houve alteração na portaria permitindo somente formular quesitos em alguns casos e noutros até a análise ser acompanhada por perito assistente. Todavia, em se tratando de exame para constatação de solvente marcado, não poderia ser acompanhado por perito, dado ao fato da fórmula secreta do marcador.

Todavia, nada disso ocorria! Após o fiscalizado indicar laboratório para realização da análise na segunda amostra, ao posto e seus representantes era conferido somente a prerrogativa de verificar a integridade do frasco (a amostra vinha num recipiente de plástico de cor âmbar e dentro de um invólucro também de plástico, com lacre em sua extremidade), assinando o termo de constatação de integridade da amostra – caso não estivesse incólume o frasco, anotava-se no campo de observação e a análise prosseguia da mesma forma – e deslacre da mesma.

Após seu deslacre, o responsável pelo laboratório levava a amostra para o interior do laboratório e afirmava que no prazo de oito dias receberia o resultado do exame. Detalhe: a amostra não era verificada naquele momento!

Diz o professor Ernanes Fidelis dos Santos⁶ que *“No processo procura-se fazer justiça, que dificilmente será alcançada se não existir igualdade entre as partes. A igualdade, porém, só se*

⁵ Obra citada, pág. 36

⁶ Obra citada, pág.40

pesquisa dentro de princípios comuns que se extraem da posição das partes isoladamente, ou, então da posição conjunta de ambas.

Como decorrência da igualdade, o contraditório é a manifestação por excelência. Contraditório, no entanto, não significa que as partes devam sempre estar no processo, mas sim que devam sempre ser ouvidas.

Antes, o contraditório e a ampla defesa eram de previsão apenas implícita, mas, pela Constituição de 1988, tornaram-se expressos como direito individual de todos (art. 5º, LV).

As provas que amparavam as cassações e possíveis constatações de irregularidades no combustível eram especificamente técnicas e quanto a isso vemos o que diz Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁷ *“A prova deve ser realizada sob o crivo do contraditório. Quando uma das partes junta um documento novo, a outra deverá ser cientificada e ter oportunidade para manifestar-se. Quando uma arrola testemunhas, a outra tem a possibilidade de conhecer o rol com antecedência, para poder preparar eventual contradita e formular reperguntas, no curso da audiência. Na prova pericial as partes podem acompanhar o perito e apresentar pareceres por assistentes técnicos.”*

Então, desnecessário mencionar que pelos relatos já contidos no corpo desse trabalho, nada disso era e é respeitado. O princípio do contraditório é totalmente afastado.

O contraditório se manifesta justamente na oposição daquilo que está sendo produzido contra si. É a possibilidade de criticar o procedimento, a forma, a lei, a perícia em si, ou seja, uma vez dado

o conhecimento ao fiscalizado de algo irregular contra sua pessoa, ou empresa que representasse, deveria a ele também ser conferida a prerrogativa de produzir provas próprias e adequadas a demonstrar o seu direito ou afastar a pretensão da parte adversa.

Apenas para enfatizar ainda mais o desrespeito ao contraditório, vale dizer que caso fosse constatada a regularidade na amostra número 2, denominada de testemunha, a terceira amostra coletada também seria encaminhada para exames, só que no mesmo laboratório que realizou a primeira análise. Obviamente o laboratório não contrariaria seu primeiro resultado. Nesses moldes e com esses desrespeitos, a cassação era decretada.

Vejamos a observação de Wellington Luiz Teixeira, publicada na revista *Júris Síntese*⁸ *“Observa-se, portanto, que o princípio do contraditório é garantia constitucional, direito fundamental de qualquer cidadão. De observar, antemão, que trata-se de uma garantia e não de um ônus. “O contraditório é a oportunidade de participação paritária, e não de participação coativa”. Sendo assim, o juiz deve disponibilizar tal direito ao demandante para que ele, querendo, faça uso. Prova de que é garantia, e não ônus, o seu exercício é o fato de que, quando um cidadão é citado para contestar determinada ação, o mandado judicial é expresso em adverti-lo que tal só se dará caso ele queira fazê-lo, no prazo legal, justamente por ser uma faculdade o comparecimento em juízo, e não uma obrigação. O contraditório torna-se obrigatório apenas nas ações que versarem sobre direitos indisponíveis. No entanto, nas ações que não*

⁷ obra citada, pág. 31

⁸ Teixeira, Wellington Luiz, Instrumentalidade Técnica do Processo, Revista *Júris Síntese* nº 57, Jan/Fev 2006.

versarem sobre direitos indisponíveis, o não-comparecimento redundará em ônus processual.

CARREIRA ALVIM destaca que, por meio do contraditório, deve ser assegurada a defesa, não podendo ninguém ser condenado sem ela. O mesmo autor adverte, entretanto, que o contraditório é garantia de todas as partes e, sempre que a uma for dada a oportunidade de manifestar-se no procedimento idêntico direito, deve ser concedido à outra, sob pena de ferimento daquele princípio.

Entretanto, pode-se afirmar que não é suficiente a garantia da realização da igualdade formal das partes, é necessário que a todos os litigantes seja resguardada as condições de participar ativamente de todas as fases e os atos do procedimento, até o provimento final, eis que são eles, juntamente com o juiz, que irão elaborar o provimento jurisdicional, uma vez que serão os destinatários dos efeitos da sentença.

Sendo assim, pode-se dizer que o contraditório é uma moeda de duas faces: de um lado, o autor que, investido no seu direito subjetivo de acionar o Estado para as garantias do seu direito, requer um pronunciamento favorável às suas pretensões; do outro lado da moeda, está o réu que, por meio do mesmo direito ao princípio do contraditório, irá, por meio dos seus argumentos e das provas carreadas aos autos, interferir no convencimento do juiz para impedir a pretensão do autor.”

Então, uma vez mais enfatizamos que o contraditório se exterioriza na efetiva manifestação do fiscalizado naquele procedimento administrativo de apuração de irregularidade, o que em momento algum acontece plenamente.

Da mesma maneira e com as idênticas irregularidades, o princípio da ampla defesa também era desrespeitado.

O princípio da ampla defesa é a pura extensão do contraditório e da isonomia, pois sem a efetivação desses últimos, o primeiro também cairia por terra.

Em busca de uma alegada ação em combate a adulteração de combustíveis, o Estado através da Secretaria da Fazenda acabava por cercear o direito de defesa do contribuinte na maioria das vezes, pois encurtava a esfera da defesa e quando a permitia, era de forma precária.

Na verdade, a obsessão pela cassação do posto irregular com amparo na fé pública do agente estatal, não conferia ao posto revendedor qualquer prerrogativa em defender-se. Como já mencionamos, cabia a ele simplesmente constatar a integridade do frasco e o deslacre da amostra.

10. Da proporcionalidade e razoabilidade

Na grande maioria dos casos de adulteração apurados pela fiscalização constatava-se pequenas irregularidades e mesmo assim havia a lacração do posto revendedor e cassação da eficácia de sua inscrição.

Diante do ocorrido, várias eram as argumentações quanto à proporcionalidade e razoabilidade do ato, posto que

nos ditames do professor Celso Antonio Bandeira de Melo⁹, tais princípios eram diretamente afetados:

(...) Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as

⁹ Bandeira de Melo, Celso Antonio - in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros.

condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.(grifei)

(...)

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

(...)

Princípio da proporcionalidade.

Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

*Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. **É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringões em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.***

Logo, o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil

aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejavél são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. (...)

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade . Merece um destaque próprio uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob essa feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.

Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que à anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele.

Inclusive, é importante trazer a baila o inteiro teor do julgado favorável conquistado por este aluno, mencionando justamente a nítida afronta quanto à proporcionalidade e razoabilidade:

Proc. nº. 2014/09 VISTOS. LILIAN AUTO POSTO LTDA ajuizou MEDIDA CAUTELAR INOMINADA, COM PEDIDO LIMINAR, em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Asseverou, em síntese, que houve uma fiscalização fazendária, em que se constara a adição de álcool à gasolina, em percentual de 1% superior aos limites legais. Asseverou que, dos três exames realizados, apenas o primeiro e o terceiro constataram a aludida diferença, ao passo que o segundo concluiu pela legalidade na adição. Argumentou, por fim, que a penalidade de cassação da inscrição do estabelecimento destoaria do princípio constitucional da proporcionalidade. Pleiteou, então, inclusive em sede de liminar, que a Delegacia Regional Tributária se abstivesse de proceder à referida cassação. A liminar foi deferida (fls. 155 a 157). Em contestação (fls. 187 a 200), a requerida sustentou, preliminarmente, que a liminar perdeu eficácia, porquanto a ação principal não foi proposta dentro do prazo legal, além de haver conexão com mandado de segurança impetrado pela requerente. Argumentou, no mérito, que a atividade fiscalizatória seguiu os patamares legais e que a conduta da autora contrariou as disposições legais. Fez profunda análise meritória, chegando a sustentar que dois exames concluíram pela irregularidade na adição de álcool à gasolina. Pleiteou, além da revogação da liminar, a improcedência do pedido formulado na inicial. A autora manifestou-se em réplica, de tal sorte que alvissarou que asseverou que a cautelar é satisfativa, sendo desnecessário o ajuizamento de ação principal (fls. 299 e 300). Por meio de decisão em exceção de incompetência, o digno Magistrado da Vara da Fazenda Pública, em Araçatuba-SP, acabou por remeter os autos a esta Comarca de Ilha Solteira-SP. É o RELATÓRIO. Passa-se a decidir. Realmente, a presente cautelar é satisfativa. O processo civil moderno não compactua com formalismos desnecessários. Tanto que a reforma que está por vir culminará com a resolução dos litígios, na maioria das vezes, em um só processo, sendo desnecessário ajuizar

cautelares preparatórias. Assim, por obediência ao princípio da instrumentalidade das formas, acolhe-se o pedido formulado pela autora, para reconhecer o caráter satisfativo da cautelar. Por seu turno, não é hipótese de conexão. Isso porque entre o mandado de segurança e a presente demanda não existe a mesma causa de pedir ou pedido (CPC, art. 103). O ponto controvertido desta lide é saber se o percentual, a mais, de 1% constitui fundamento bastante para a cassação de um estabelecimento comercial. Isso porque o exame do IPT (fl. 123) e o exame da Unesp (fl. 133) constatariam tal diferença, ao passo que o da Unicamp, não (fl. 25%). É certo que o art. 28 da Portaria CAT assenta que o exame prevalente é o terceiro. Na hipótese, então, valeria o feito pela Unesp. É certo, igualmente, que a Lei Estadual nº 11.929/05 prevê a cassação do estabelecimento, no caso de adição, acima do permitido, do álcool à gasolina. Também não se há de esquecer de que a Lei Federal nº 8.723/93 possibilita a adição de álcool à gasolina em 22%, podendo o Executivo reduzir o percentual para 20% ou aumentá-lo para 24% (artigos 1º). O que se nota, então, é que dois exames entenderam que a autora adicionou 1% a mais do permitido, ao passo que outro chegou à conclusão de que a requerente seguiu os limites legais. Não obstante a Portaria mencionada afirmar que o que vale é o terceiro exame (e o terceiro dá conta da irregularidade), é preciso olhar com cautela tais resultados. Isso porque o próprio IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas) aponta haver incerteza no resultado dos exames (fl. 123). Aliás, principalmente se levando em conta a dúvida se houve ou não a adição de álcool acima dos parâmetros legais, a ultrapassagem de 1% não pode ensejar a cassação da inscrição. Isso porque não há, nos autos, informação de que a requerente seja reincidente na conduta, num percentual que não é exagerado. Assim, punir a autora

com tal elevada sanção significaria ofender, escancaradamente, o princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade possui três máximas parciais, ou três subprincípios. O primeiro é a adequação entre meios e fins. O segundo, a necessidade; o terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação, analisa-se a compatibilidade entre o meio empregado e o fim almejado. Trazendo esse subprincípio para esta lide, o meio que poderia ser empregado (cassação do funcionamento) poderia ser possível com a falta praticada. Porém, poder-se-ia discutir se a cassação do funcionamento seria ou não necessária, porquanto aqui se deve analisar se “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária (...). Em outras palavras – conforme o comentário de Mauns/Duerig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (‘das Prinzip der Wahl des mil-desten Mittel’)”□. Para bem explicar o subprincípio da necessidade, temos uma frase lapidar, de Jellinek: “não se abatem pardais disparando canhões”□. Aqui, então, a cassação da inscrição para funcionamento não passa pelo filtro da necessidade, devido ao percentual□ não tão elevado, aliado à ausência de registros de antecedentes por parte da requerente. Já a proporcionalidade em sentido estrito nada mais seria do que a razoabilidade, ou justificação da medida, o que, mais uma vez, nota-se a desproporcionalidade da medida. A atual evolução do Direito impõe que as decisões judiciais não se limitem mais ao positivismo puro, ao legalismo. A chamada de princípios constitucionais significa

o abandono ao Estado Formal de Direito, tão prevalecente na metade do Século XX e que significou a sufocação do indivíduo. É preciso que todas as leis e todos os atos ou decisões administrativas sejam interpretados segundo os postulados jusfilosóficos da justiça e da dignidade da pessoa humana. O positivismo puro significou a sufocação do indivíduo. E não apenas no Direito, mas também nas demais ciências. A Economia, no Século XX, por muitos foi utilizada não para a riqueza não das nações, mas de pequenas parcelas de pessoas – eis o liberalismo, a competição, o egoísmo, marcas de muitas teorias econômicas. A Medicina, também no Século XX, por muitos foi utilizada na cura de doenças que afetam o primeiro mundo, com poucos investimentos em doenças típicas dos países pobres. A Física, nesse mesmo período, por muitos foi empregada para a construção de bombas de destruição em massa. O Direito, que é a matéria que aqui nos interessa, serviu para a construção do nazismo. Quem duvida de que Hitler governava sob um Estado de Direito? Ninguém. Portanto, o positivismo puro, sem o emprego de valores humanísticos e filosóficos, sem o respeito à dignidade da pessoa humana, pode descambar para o arbítrio. Pode, a pretexto de defender a sociedade, aniquilar o indivíduo. Jürgen Habermas, conhecido filósofo alemão, citando Hegel, combate o positivismo tanto imprimido à religião quanto ao Direito□: “Assim como o espírito vivo do cristianismo primitivo abandonou a religião positiva da ortodoxia contemporânea, também na política ‘as leis perderam sua antiga vida, e a vivacidade atual de nossos dias não soube constituir-se em leis’. As formas políticas e jurídicas, enrijecidas na positividade, tornaram-se um poder estranho. Nesses anos, por volta de 1800, Hegel reserva à religião e ao Estado o mesmo veredicto de terem se reduzido a algo puramente mecânico, a uma engrenagem, a

uma máquina (grifei)”. O positivismo puro, assim, em todas as áreas do conhecimento humano, traz consigo a crise da razão pura. É a razão instrumental, isto é, utilizada não para libertar o indivíduo das amarras da ignorância, mas, sim, da razão como forma de dominação social, da razão como forma de opressão, da razão como maneira de sufocar os indivíduos. Nessa ordem de idéias, passamos a viver numa sociedade sufocada pela técnica, por essa razão meramente instrumental, em que se profliga a reflexão e se caminha para um mundo administrado. A insignificância da filosofia, do pensamento, nesse ambiente, para Luckác, é o sintoma da reificação da consciência social□. Daí que a superação dessa tecnicidade, desse positivismo estrito, envolve pensar o Direito no seio das discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, sob pena de reinar a frieza, sob pena de reinar o arbítrio, sob pena de imperar a injustiça. Eis o pensamento do mestre Eduardo C. B. Bittar□: “As pesquisas de uma filosofia social do direito devem, sobretudo, acenar no sentido desse visceral compromisso com as tarefas fundamentais que definem as premissas de ação de uma cultura democrática, com a promoção da educação para os direitos humanos e a preservação do debate sobre a dignidade da pessoa humana. O compromisso de reflexão que o direito mantém com a dignidade da pessoa humana deve caminhar no sentido dos incentivos a uma vida isenta dos níveis intoleráveis de violência, quando a dialética conceitual entre não-violência e direito parece ser um apelo essencial à idéia de que o direito possui um compromisso com a racionalidade da interação social. Em seu compromisso social parece definir a exigência de uma agenda que consinta um rico estudo do ideário da Escola de Frankfurt como uma obra em aberto, cuja significação continua de extrema atualidade, provocando as mentes do presente para a

intervenção ético-política sobre o real, como mecanismo de transformação da própria sociedade”. Isso não significa, jamais, abandonar as normas jurídicas, os postulados de Direito definidos no nosso arcabouço normativo. Significa, sim, adaptá-los aos valores humanísticos que evaporam do próprio texto constitucional, cujos postulados éticos sinalizam para a promoção da dignidade da pessoa humana. Nessa ordem de idéias, esse novo olhar o Direito aponta para a necessidade inclusive de se interpretarem os atos e decisões administrativas com base nos princípios constitucionais, para que as decisões judiciais possam beber na fonte da verdadeira justiça. O princípio da proporcionalidade, que é o nosso material de apoio, nesta decisão, tem muito que ver com o equilíbrio, a justa medida, o justo meio (mesótes)□. O grande orador Cícero, um dos grandes representantes da ética estoica, já pregava a proporcionalidade entre o delito e a pena□. Não apenas na filosofia, mas também na literatura encontramos passagens que fundamentam o princípio da proporcionalidade. Jean Valjean, em Os Miseráveis (do magnífico escritor francês Victor Hugo – o maior escritor de todos os tempos), foi condenado a 5 anos de galés (trabalhos forçados), porque furtou um pedaço de pão, para dar de comer aos seus familiares (uma irmã e sete criancinhas)□. Também em Horácio encontramos o ensinamento de que “é preciso ter medida para todas as coisas”. Na história, podemos identificar Atenas, alguns anos antes da nossa Era, como exemplo típico de moderação. Os cidadãos livres eram moderados até no se alimentar, moderados no vestir-se, moderados no morar. Suas casas eram simples, para sobrar tempo à leitura. Até o modo que tratavam os empregados (ditos escravos, muitos com mais posses do que os “homens livres”) revelava o espírito desse povo: a moderação em tudo. Dracon foi convidado, em Atenas, para

elaborar as leis que regeriam a democracia dessa cidade-Estado grega. Tais leis eram desproporcionais. Mesmo para as faltas mais leves, aplicava-se a pena capital. Os atenienses mudaram de legislador e convidaram Sólon para a tarefa. As leis, agora, eram razoáveis, proporcionais, exatamente como mandava o espírito daquele povo evoluído, se considerarmos a época em que viveu. Mas não apenas no Direito, na literatura e na história que a proporcionalidade ganha terreno. Também na Psicologia. Sanções desproporcionais podem causar traumas incalculáveis para quem delas seja vítima. Em “Mais Além do princípio do prazer”, Freud, escrevendo sobre os soldados que participaram da 1ª Guerra Mundial, expõe o papel que os traumas exógenos desempenham na neurose traumática. O sonho traumático, de repetição e sofrimento, impõe ao sonhador o desprazer continuado, em que não se é possível reconhecer nenhuma forma de prazer. Desenvolve, então, o indivíduo, a pulsão de morte, ou seja, uma energia psíquica dirigida e investida de morte. Isso coage o psiquismo ao próprio sofrimento□. É por esses motivos – jurídicos, literários, históricos e psicológicos – que o princípio da proporcionalidade reveste-se de elevado conteúdo ético, apto a conter abusos provindos dos Três Poderes (e também de particulares, ou de entes estatais). Assim, o postulado acima tratado ganha correspondência com o Estado Democrático de Direito e, também, com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, diretriz maior da nossa República constitucional. Posto isso, JULGA-SE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, para que a Delegacia Regional Tributária de Araçatuba se abstenha de proceder à cassação da eficácia da inscrição da requerente. Mantém-se, hígida, a liminar. Sem condenação em custas e despesas processuais, dada a isenção da Fazenda Pública Estadual. Condena-se a Fazenda

Pública nos honorários advocatícios de R\$500,00. R. I. Ilha Solteira-SP, 13 de maio de 2010. Fernando Antônio de Lima Juiz de Direito.

Portanto, diante de tais citações e sentença descrita, acredito ser totalmente tautológico qualquer outra menção.

11. Da livre iniciativa e do direito ao trabalho

Por último, porém não menos importante vale dizer quanto ao disposto no artigo 1º da Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Sem sombra de dúvidas uma das conseqüências geradas pela Legislação combatida, afeta diretamente tal princípio constitucional, além obviamente de colocar de lado o disposto no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, a qual versa piamente sobre o livre exercício do trabalho.

Quando a malfada legislação veio a impedir o fiscalizado de operar os demais estabelecimentos, bem como de iniciar outra atividade no mesmo ramo, fez com que ficasse engessado quanto a sua atividade laborativa. Geralmente o operador de posto de combustível investe todo seu patrimônio e conhecimento num único seguimento, justamente o de revenda de combustíveis e sendo impedido de comercializar

naquilo que aprendeu a fazer, obviamente as conseqüências seriam desastrosas.

Não podendo mais operar no mesmo ramo, certamente será lançado a sorte da vida, tendo que desenvolver novas atividades e tentar reconstruir tudo aquilo que perdeu. Isso, sem contar ainda que o fundo de comércio instituído no local caiu por terra, nada mais vale, nem sequer o ponto comercial para constituir nova empresa.

Diante das conseqüências severas advindas da lei e portaria citada, deveriam as mesmas agasalharem mais os princípios constitucionais e processuais que norteiam o direito, facultando maiores meios de defesa para o fiscalizado para somente depois aplicarem a norma.

Dizemos isso pelo fato de que nem todos os revendedores de combustíveis trabalham de forma irregular; ao contrário, poucos são aqueles que laboram de forma desonesta, mas na maioria das vezes tanto aqueles corretos e honestos como os adulteradores sofrem a mesma penalidade e sem, sequer, os honestos poderem se defender adequadamente.

É certo que o prejuízo com a adulteração de combustível é grande não só ao erário, mas também ao consumidor, todavia é importante dizer que os justos e corretos estão pagando pelas atitudes dos outros e sem meio de defesas pertinentes.

12. Conclusão

Diante de todo arrazoado acima, tentamos apresentar a postura não só da distribuidora mencionada, mas também da fiscalização e do Estado que, preocupados com outras situações e interesses, acabaram por editar normas que vieram a prejudicar uma gama de pessoas.

Em momento algum estamos ou estivemos a defender o posto revendedor irregular ou muito menos a atitude daquele que adultera combustíveis, todavia a norma editada contrariou vários preceitos legais, processuais e constitucionais e mesmo assim, boa parte do judiciário fez vista grossa para tal Lei e Portaria.

Várias tentativas de declaração de inconstitucionalidade, ilegalidade e irregularidade na lei foram apresentadas, provocando seguidas alterações na portaria CAT 28/05, mas os danos que foram causados pela aplicação dela permaneceram incólumes. Vários postos foram cassados e incontáveis proprietários estão até hoje impedidos de comercializar no mesmo ramo.

Portanto, o presente trabalho visa tão somente alertar e orientar aquele se interessar pelo tema e se deparar com a dificuldade que este aluno encontrou e, quem sabe, passar ao interessado um pouco daquilo que há sobre a matéria.

Em decorrência da ação da fiscalização, vários estabelecimentos foram lacrados, pessoas impedidas de comercializar e funcionários em massa demitidos e, tudo isso, baseado em portaria que desrespeitou totalmente as normas processuais vigentes.

Bibliografia:

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Novo Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 e 2. São Paulo: Editora Saraiva.

SANTOS, Ernane Fideli. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1 e 2. São Paulo: Editora Saraiva.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à Lei do Petróleo. São Paulo: Editora Atlas.

Revista Isto É, edição nº 1856 de maio de 2005

TEIXEIRA, Wellington Luiz. Instrumentalidade Técnica do Processo, Revista Júris Síntese nº 57, Jan/Fev 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - in Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Malheiros.