



TJ-SP reabre posto fechado por decisão administrativa

15/01/2006

É responsabilidade do distribuidor e não do posto revendedor certificar a qualidade da gasolina no que diz respeito ao índice de octano (medida da resistência da gasolina à detonação). A regra está prevista na Portaria 309/01 da Agência Nacional do Petróleo, que define as obrigações em relação ao controle de qualidade do combustível.

Seguindo a portaria da ANP, o desembargador Paulo Dimas Mascaretti, do Tribunal de Justiça de São Paulo, deu liminar ao Auto Posto Triângulo de Piracicaba (SP) para que retome suas atividades e suspendeu a decisão administrativa que cassou sua inscrição estadual.

Depois de análise do combustível do posto, a Secretaria da Fazenda paulista, na operação “De Olho na Bomba”, cassou a inscrição do posto e lacrou seus equipamentos, como prevê a Lei Estadual 11.929/05. As amostras de gasolina colhidas pelos fiscais e submetidas ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo apresentaram 0,2 octanos a menos do que os 82 que deveriam constar no combustível.

Os advogados do posto, **Evandro Camilo Vieira** e **Amaury Teixeira**, do escritório Teixeira e Camilo Advocacia, entraram com ação anulatória de ato administrativo com pedido de liminar. O juiz negou o pedido por entender que a diferença de octanagem do produto examinado depende de análise de prova a ser produzida em momento processual oportuno. Afirmou, ainda, que os funcionários do posto verificaram problemas nos lacres dos caminhões-tanque, o que leva à conclusão de que o posto assumiu o risco da venda.

Os advogados entraram com Agravo de Instrumento no TJ paulista, que concedeu o pedido de liminar. Segundo o desembargador Paulo Dimas Mascaretti, o artigo 7º da Portaria 309/01 da ANP prevê que é de responsabilidade do distribuidor, e não do posto revendedor, certificar a qualidade da gasolina no que diz respeito ao índice de octano.

O desembargador determinou a reabertura do posto por considerar “drástica e desproporcional” a decisão administrativa que cassou a inscrição e lacrou os equipamentos do estabelecimento. Segundo ele, “o tipo de exame minucioso que foi realizado pelo IPT nos combustíveis coletados só pode ser realizado em laboratórios dotados com equipamentos de alta tecnologia, sendo realmente impossível de se detectar o índice de octano existente na gasolina pelos equipamentos e meios de que dispõe um posto revendedor”.

Leia o Agravo de Instrumento

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DISTRIBUIÇÃO URGENTE



Pedido de Liminar

AUTO POSTO TRIÂNGULO DE PIRACICABA LTDA., pessoa jurídica de direito privado estabelecido à Av. Professor Alberto Vollet Sachs, 1200 – Piracicaba – SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº XXX e inscrição estadual XXX, por seu advogado infra-assinado, vem à presença de Vossa Excelência, não se conformando com a r. decisão de fls. 92/93, da mesma para interpor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Em face de **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público, tendo como sede da repartição fiscal a Av. Dr. Alberto Sarmento, 4 – Bonfim – 2º andar, nos expressos termos do artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil, requerendo seja apreciado por esta Superior Instância, cuja minuta segue anexa em 21 (vinte e uma) laudas micrografadas somente no anverso. Esclarece, igualmente, que a agravada ainda não foi citada para compor a relação processual, pois se trata de agravo tirado contra decisão que indeferiu pedido de antecipação da tutela.

Diante do exposto, com a juntada das peças necessárias para a formação do instrumento (fls. 28, 92, 93, 93 v), pede e espera deferimento.

São Paulo, 21 de dezembro de 2005.

AMAURY TEIXEIRA

OAB/SP 111.351.

EVANDRO CAMILO VIEIRA

OAB/SP 237.808.

MINUTA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº 583.00.2005.206208-5 AUTO POSTO TRIÂNGULO DE PIRACICABA LTDA.

AGRAVANTE:

AGRAVADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLENDIA CÂMARA,

EMÉRITOS JULGADORES.

DA DECISÃO ATACADA

Trata-se de decisão interlocutória de indeferiu pedido de antecipação de tutela por entender não estar presente os pressupostos autorizadores da medida invocada. Assevera que a ínfima

diferença de **octanagem** do produto examinado depende de análise de prova a ser produzida em momento processual oportuno, ou então, por entender não demonstrado nitidamente a nulidade do ato, fundamentando que a Lei Estadual 11.929/05 baseou-se na responsabilidade objetiva do varejista de combustível e, nesse passo, os agentes da agravada consignaram, quando do recurso administrativo, vício nos lacres dos caminhões-tanque, o que leva à conclusão de que a requerente assumiu o risco da venda.

DOS FATOS

Trata-se de ação cuja finalidade é a de tutelar os interesses e direito da agravante, que teve sua inscrição estadual cassada de forma sumária e seus equipamentos lacrados por meio de atos manifestamente nulos e ilegais, praticados pelos prepostos da Agravada aqui apontada.

O âmago da questão posta em litígio, diz respeito sobre a possibilidade legal de obter por meio de sentença declaratória a nulidade do ato administrativo que levou a cassação da inscrição estadual da agravante e conseqüente paralisação de suas atividades comerciais, fatos que, indiscutivelmente acarretarão a ruína da agravante caso o provimento jurisdicional seja obtido somente no final.

No dia 07 de junho de 2005, agentes fiscais de renda da Secretaria do Estado dos Negócios da Fazenda estiveram na sede da empresa supra qualificada, ocasião em que procederam à coleta de amostras do combustível que estava sendo comercializado, além de outras verificações fiscais.

As amostras de todas as bombas de abastecimento da agravante foram submetidas a ensaios pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A.-IPT (fls. 67/69), resultando no relatório técnico nº. 80.434-205 (fls. 65), que a amostra com lacre nº. 50900 não atende a especificação correspondente da **Portaria ANP nº. 309 de 27 de dezembro de 2001** (fls. 34/41), porque, verificado 0,2 (zero virgula dois décimos) a menos do número de 82, octanos que deveria constar na gasolina.

Pela leitura de referida portaria, verifica-se que esta estabelece as especificações para comercialização de gasolinas automotivas em todo território nacional e define as obrigações dos agentes econômicos, distribuidoras e refinarias de petróleo, estabelecendo o controle de qualidade do produto, pelas pessoas jurídicas referidas.

Já a Portaria da ANP nº. **248/00** (fls. 42/49), que é dirigida aos estabelecimentos revendedores de combustível, como é o caso da agravante, estabelece a forma de controle de qualidade do combustível automotivo líquido adquirido pelo Revendedor Varejista.

O delegado tributário a quem foi submetido os fatos acima descritos, proferiu decisão determinando a cassação da eficácia da inscrição Estadual da agravante e lacração de seu estabelecimento comercial, cujos tópicos da fundamentação foram os seguintes:

a) No corpo das notas fiscais (fls. 58 e 60) contém a expressão “lacres da cor laranja”, mas não estão indicados os números dos lacres, contrariando obrigação decorrente do artigo 6º da Portaria ANP 309/01. Não se provando que o caminhão saiu lacrado do estabelecimento

distribuidor e nem que o lacre mencionado no documento que retrata o recebimento do combustível foi apostado pelo distribuidor;

b) O Certificado de Qualidade do Produto emitido pela Fórmula Brasil Petróleo Ltda. (fls. 62) não há nenhuma vinculação garantindo que a gasolina objeto dos certificados indicados pela agravante foi aquela a que se referem às notas fiscais nºs 54.939 e 54.940;

c) A diferença ínfima de 0,2 de desconformidade não autoriza a não aplicação da norma no caso;

d) A alegação de que cabe ao distribuidor certificar quanto ao número de octano existente no produto e de que a agravante atendeu a todos os deveres impostos pela ANP não tem o condão de afastar a aplicação da Lei 11.929/05, pois, mesmo com a não obrigação dos postos revendedores de procederem com exames sofisticados, tal fato não os desobriga de terem a diligência necessária e as cautelas devidas na eleição de seus fornecedores;

e) A Lei Estadual 11.929/05, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 23) adotou a responsabilidade objetiva, atribuindo à pena de cassação da eficácia da inscrição estadual para estabelecimento que tivesse de posse de produto adulterado ou fora das especificações num dos momentos da cadeia de produção e circulação até o seu consumo final, independentemente de dolo ou culpa do detentor do produto adulterado;

f) Ao não exercer a faculdade de pedir ensaios na amostra “testemunha” (art. 6º, §2º, 2 da Portaria CAT 28/05), assumiu que, efetivamente, o combustível que estocou estava em desconformidade com os padrões da ANP, pois se tratando de responsabilidade objetiva, não lhe restava outra conduta senão demonstrar a inexistência da ocorrência do ato ilícito, sendo inútil a perquirição sobre existência de dolo ou culpa como nexos entre a participação do agente e o resultado material apontado;

A intimação da referida decisão e seu cumprimento realizou-se em 06 de dezembro de 2005, lacrando-se o posto revendedor e conferindo-se a possibilidade de apresentar recurso em 30 dias, mas sem efeito suspensivo.

DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO ATACADA

Primeiramente, cumpre esclarecer, que muito embora tenha constado na notificação irregularidade no que diz respeito à Portaria ANP nº. 274/01, que regulamenta a proibição de solventes e marcadores adicionados à gasolina, o fato é que, após toda bateria de testes que foram realizados nos ensaios, o relatório técnico elaborado pelo IPT detectou ínfima divergência no que diz respeito ao determinado na Portaria ANP 309/01, ou seja, relatou que a gasolina continha o número de 80,9 de octano MON, considerados mais 0,9 de reprodutibilidade, que corresponderia então a 81,8, para um nível de confiança de 95%, ao passo que a referida portaria determina que o produto contenha o número de 82,0, conseqüentemente resultando na ínfima diferença de 0,2 (zero vírgula dois) a menor, fazendo uso da seguinte consideração:



“Considerando o número de octano (mon) medido e a incerteza associada à medição, pode-se afirmar que a amostra com lacre 50900 não atende à especificação correspondente a Portaria ANP nº. 309 de 27 de dezembro de 2001.” (grifos nossos).

Doutos julgadores, **do primeiro ao último artigo da portaria ANP 309/01, a qual se alega o não cumprimento, verifica-se que todas as suas determinações e regulamentações referem-se a obrigações impostas a refinarias, centrais de matérias primas petroquímicas, importadores e formuladores de gasolinas automotivas, não existindo sequer um único artigo que faça referência a obrigações do posto revendedor (revendedor varejista) de combustível.**

Aliás, segundo estabelece o seu artigo 7º, trata-se de responsabilidade **exclusiva** do distribuidor e não do posto revendedor, certificar a qualidade da gasolina C no que diz respeito à octanagem, fazendo uso do seguinte entendimento:

*“Artigo 7º: O distribuidor deverá certificar a qualidade da gasolina C após a adição obrigatória de álcool etílico anidro, em amostra representativa do produto a ser entregue ao revendedor varejista e emitir o boletim de conformidade contendo as seguintes características dos produtos: massa específica **e itens especificados da destilação** devidamente assinado pelo responsável técnico das análises laboratoriais efetivadas com indicação legível de seu nome e número de inscrição no órgão de classe. (grifos nossos)*

§2º. O boletim de conformidade da gasolina C deverá acompanhar a documentação fiscal de comercialização do produto em toda a remessa do mesmo ao posto revendedor.

§3º. É de responsabilidade **E X C L U S I V A** do distribuidor garantir que a qualidade da gasolina C contida no caminhão tanque esteja refletida nos resultados declarados no respectivo boletim de conformidade.”

Indiscutível que cabe ao distribuidor e não ao posto revendedor da gasolina certificar-se quanto ao número de octano existente no produto, tanto que, é obrigado a emitir boletim de conformidade, certificando a qualidade do mesmo.

Já no tocante às obrigações e responsabilidades do Posto Revendedor de Combustível, estabelece a portaria **ANP 248 de 31/10/00**, que trata do controle da qualidade do combustível automotivo líquido adquirido pelo revendedor varejista para comercialização, vejamos o que lhe cabe analisar em relação aos fatos ora discutidos:

Art. 3º: *O Revendedor Varejista fica obrigado a coletar amostra de cada compartimento do caminhão-tanque que contenha o combustível a ser recebido e efetuar as análises descritas no Regulamento Técnico em anexo, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria. (grifos nossos)*

1º. Os resultados das análises de qualidade serão reportados em formulário denominado “Registro das Análises de Qualidade” cujo modelo consta do Regulamento Técnico aprovado pela presente Portaria.



§ 2º. Os Registros das Análises de Qualidade correspondentes aos combustíveis recebidos nos últimos 6 (seis) meses deverão ser mantidos nas dependências do Posto Revendedor.

§ 3º. O Revendedor Varejista fica obrigado a recusar o recebimento do produto caso apure qualquer não conformidade nas análises referidas no caput deste artigo, devendo comunicar o fato à ANP através de carta, fac-símile ou correspondência eletrônica, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, considerado-se somente os dias úteis.(grifos nossos)

Art. 4º. O Revendedor Varejista poderá não efetuar as análises citadas no art. 3º desta Portaria, desde que preencha o Registro das Análises de Qualidade com os dados enviados pelo Distribuidor de quem adquiriu o produto, tornando-se responsável pelo mesmo.

Art. 5º. O Revendedor Varejista fica obrigado a manter o Boletim de Conformidade de que trata a Portaria nº 197, de 28 de dezembro de 1999, ou legislação que venha a substituí-la, expedido pelo distribuidor do qual adquiriu a gasolina, referentes aos 5 (cinco) últimos carregamentos de gasolina recebidos.

Art. 6º. O Revendedor Varejista fica obrigado a coletar no ato do recebimento 1 (uma) amostra-testemunha com volume de 1l (um litro) de cada compartimento do caminhão-tanque que contenha o combustível a ser recebido, mantendo em seu poder aquelas referentes aos 2 (dois) últimos carregamentos de cada produto.

Parágrafo único. Os procedimentos de coleta, acondicionamento, etiquetagem e armazenamento das amostras serão realizados de acordo com o disposto no Regulamento Técnico aprovado pela presente Portaria, obedecendo-se as regras de segurança emanadas dos órgãos competentes.

“REGULAMENTO TÉCNICO ANP Nº 3/2000

1. As amostras-testemunhas deverão ser coletadas em frascos de vidro escuro ou de PET - Polietileno Tereftalato de cor âmbar de 1 litro de capacidade, fechadas com batoque e tampa inviolável, etiquetadas conforme modelo do item 5 deste Regulamento Técnico, colocadas em saco plástico, lacradas com lacre numerado e armazenadas em lugar arejado, sem incidência de luz e suficientemente distante de fonte artificial de calor;

2. As amostras coletadas com a finalidade de efetuar as análises de qualidade no recebimento de produtos deverão contemplar as seguintes características;

2.1 Gasolina

2.1.2 Aspecto e Cor

2.1.3 Densidade Relativa a 20(C/4 (C ou Densidade e temperatura da amostra

2.1.4 Teor de Álcool”.

No caso em epígrafe, a agravante cumpriu exatamente o que lhe cabia segundo os termos da portaria que lhe é destinada, nos exatos termos que foram estabelecidos pela Agência Nacional

do Petróleo, bem como, pelo regulamento do ICMS vigente, senão vejamos:

- A gasolina foi adquirida mediante a emissão de notas fiscais de empresa distribuidora de combustível totalmente regular e com os respectivos registros nos órgãos competentes;
- Referidas notas fiscais foram acompanhadas do certificado de qualidade do produto firmado por 2 (dois) químicos responsáveis;
- No ato do recebimento da gasolina, o empregado do posto revendedor notificado coletou amostras de cada compartimento do caminhão-tanque que efetuava a entrega, verificou a qualidade do produto quanto ao aspecto, densidade e percentual de álcool misturada à gasolina, tendo na mesma ocasião, preenchido os dados de recebimento devidamente firmado pelo motorista da distribuidora, tudo conforme as fls. 59 e 61.

Ora Excelências, a discussão de que versa a notificação datada do dia 26 junho próximo passado, trata-se de responsabilidade exclusiva do distribuidor que vendeu a gasolina ao posto revendedor cuja inscrição foi arbitrariamente cassada.

Neste sentido, o eminente Desembargador FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, absolveu o réu pela prática de adulteração de combustíveis mediante a seguinte fundamentação:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DO CONSUMO - ART. 7º, IX DA LEI 8137/90 - MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO - COMBUSTÍVEL ADULTERADO - PROVA PERICIAL REALIZADA EM LABORATÓRIO ESPECIALIZADO - OBRIGAÇÃO DO REVENDEDOR VAREJISTA LIMITADA À VERIFICAÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL ANIDRO NA GASOLINA - ABSOLVIÇÃO (Apel nº 2004.050.02152 - 7ª Câmara Criminal - vu - julgado em 03/11/04) - acórdão anexo.

Como se vê Eméritos Julgadores, ainda que as esferas administrativa e penal sejam independentes entre si, este tipo de absolvição indubitavelmente refletirá na seara administrativa, pois, não seria crível o administrado ser penalizado administrativamente, se criminalmente a sua conduta não foi tida como ilícita. E é por isso que a responsabilidade administrativa neste caso deve ser subjetiva.

A agravante foi notificada da existência de constatação de irregularidade pela falta de observância dos termos da portaria ANP 309/01, que estabelece normas de conduta e obrigações das refinarias e distribuidoras de combustível e após esclarecer a agravada que referida portaria não se aplica a suas atividades, teve sua inscrição estadual cassada e suas atividades paralisadas.

Logicamente, toda legislação, portaria ou regulamento, tem seu objetivo e finalidade de ser, pois, inconcebível a existência de portaria ou legislação dirigida à pessoa que em virtude de sua qualidade ou condição não tenha possibilidade de cumpri-la.

O tipo de exame minucioso que foi realizado pelo IPT nos combustíveis coletados, só pode ser realizado em laboratórios dotados com equipamentos de alta tecnologia, sendo realmente impossível de se detectar o índice de octano existente na gasolina pelos equipamentos e meios que dispõe um posto revendedor de combustível.

Segundo as exigências das portarias que estabelecem e regulamentam as especificações de produtos e obrigações do posto revendedor, este tem por obrigação analisar o produto quanto ao aspecto, densidade, temperatura e mistura do álcool determinada pelas portarias vigentes, o que foi realizado.

E realmente não poderia ser diferente, pois, caso contrário, um posto revendedor de combustível para permitir um simples descarregamento em seus tanques de combustíveis subterrâneos, teria que possuir um laboratório do porte do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S/A, ou então, a cada descarregamento submeter os produtos aos exames de octanagem por aquele laboratório, pois, é de conhecimento notório tratar-se do único capaz de realizar tais ensaios no Estado de São Paulo. E o pior é que, os ensaios demoram cerca de um mês para serem realizados.

Logicamente, a atividade empresarial no ramo de posto revendedor de combustível seria inviável ou mesmo impossível.

A agravada entende que mesmo a agravante tendo cumprido o que lhe competia, conforme os termos da Portaria ANP nº. 248/00 e ainda considerando que a portaria 309/01 não seja dirigida a agravante em virtude de sua condição (revendedor), tal fato é irrelevante e as consequências devem ser suportadas pela agravante.

Neste contexto, a Administração Pública está usurpando a competência do órgão regulador (Agência Nacional do Petróleo), quando cria obrigações que não estão previstas em lei ou portarias, praticando ato administrativo inconstitucional.

Entender que a agravante, simples posto de gasolina cumpra as obrigações impostas pela portaria 309/01, que é direcionada a refinarias, distribuidoras e agentes econômicos é agir com excesso de poder e desvio de finalidade.

HELY LOPES MEIRELLES ensina que “o excesso de poder ocorre quando a autoridade embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo” (ob. cit., pg. 108)

Os representantes legais da agravante são pessoas sérias, íntegras e honestas, que exercem suas atividades comerciais dentro do estrito cumprimento da legislação vigente e portarias que regulamentam suas atividades, não possuindo absolutamente nenhuma culpa quanto aos fatos consignados na notificação.

A análise do produto em discussão foi corretamente realizada pelos empregados da agravante, verificou o aspecto, densidade, massa e teor alcoólico (fls. 59 e 61). Conferiu-se igualmente a inserção de lacres, anotou os dados do motorista, empresa transportadora, empresa distribuidora e o CNPJ de ambas, tudo conforme determinado pela portaria 248/00, que regulamenta suas obrigações e atividades, aliás, segundo os termos de referida portaria, a observância e cumprimento de todos os seus itens, isenta o posto revendedor de qualquer responsabilidade quanto ao produto adquirido.

O parecer administrativo, adotado equivocadamente pelo Juízo a *quo*, fundamenta que a Lei Estadual 11.929/05, da mesma forma que os artigos 12 e 23 do Código de Defesa do Consumidor, adotou a responsabilidade objetiva, “atribuindo a pena de cassação da eficácia da inscrição estadual para estabelecimento que estivesse de posse do produto adulterado ou fora das especificações”.

Primeiramente, cumpre esclarecer que na relação existente entre as partes litigantes, a Administração Pública não é consumidora, sendo inaplicável a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor.

A Administração Pública Estadual pode até legislar sobre direitos do consumidor, mas jamais ser substituto processual destes, utilizando-se de normas que são aplicadas somente para aqueles que são hipossuficientes.

A aplicação da responsabilidade objetiva em razão do Código de Defesa é sempre dirigida aos consumidores, portanto, a responsabilidade do administrado perante a União, Estados, Distrito Federal e Municípios é sempre subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor, quando conceitua o “fornecedor”, pretende alcançar todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo. No entanto, em matéria de responsabilidade por danos, o artigo 12 discrimina alguns fornecedores, responsabilizando somente o fabricante, o produtor, o construtor, bem como o importador, excluindo, pois, em primeira intenção a figura do comerciante, que somente será responsabilizado subsidiariamente se o fabricante/produtor não for identificado (artigo 13).

Na relação mercantil existente entre a refinaria, distribuidora e o posto revendedor, a primeira e segunda são as empresas responsáveis por “produzir” a gasolina tipo C (ver Portaria ANP nº. 309/01) e o posto revendedor tem a função de comercializar este produto identificando o seu “produtor”, sob pena de responsabilização.

O “produtor” foi identificado tanto para os consumidores mediante informação colocada na bomba de abastecimento, quanto para a Administração Pública mediante o Termo de Coleta de Amostra Testemunha (fls. 59 e 61) e foram juntados na defesa administrativa.

O entendimento quanto à responsabilidade objetiva que o Juízo de primeiro grau entende cabível aos agravantes, calcado no Direito do Consumidor, já que no seu entendimento a Lei 11.929/05 seria dirigida aos consumidores, não pode ser considerado correto pelo fato do processo administrativo não estar indicando a responsabilização por dano, mas sim por vício ou defeito do produto, que, aliás é oculto, somente detectável mediante ensaios em laboratórios



com equipamentos sofisticados.

Em outras palavras, se a gasolina estava fora das especificações, discuti-se uma impropriedade do produto que afetaria a sua qualidade e imperfeição que não atingiria a expectativa dos consumidores. No processo administrativo ora impugnado não se está cogitando qualquer dano de ordem moral ou material.

Anota ZELMO DENARI que “a responsabilidade por vícios de qualidade ou quantidade não se identifica, ontologicamente, com a responsabilidade por danos, nem recorre a fatores extrínsecos, envolvendo a apuração de culpa do fornecedor” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto, 7ª Edição, Editora Forense Universitária, 2001, pg. 181). (Grifos nossos).

Diante desta interpretação, se não provado que o posto revendedor agiu com culpa (negligência, imperícia ou imprudência), qualquer responsabilidade perante o vício é inexistente.

Não se pode atribuir ao posto revendedor atos de negligência, imperícia ou imprudência, se este cumpriu fielmente os ditames impostos pela Portaria ANP 248/00, que é dirigida exclusivamente as suas atividades, fato confirmado pelo próprio parecer administrativo.

Ao contrário do entendimento proferido na decisão atacada, nem há que se cogitar que a não numeração dos lacres nas notas fiscais ensejariam a responsabilização objetiva da agravante, pois, a sua numeração é obrigação atribuída ao Distribuidor, nos termos do artigo 6º da Portaria ANP nº 309/01, não havendo previsão legal ou em qualquer portaria a responsabilização do posto revendedor pela não inserção de seus números na nota fiscal, mesmo porque, lógica e juridicamente quem emite a nota é a própria distribuidora.

Prevê o artigo 2º da Portaria ANP nº 248/00, que o Revendedor Varejista somente poderá receber o combustível de caminhões-tanque cujos compartimentos estejam com os respectivos bocais de entrada e saída lacrados pelo Distribuidor.

Lacrados os bocais de entrada e saída, havendo declaração de qualidade do produto enviado juntamente com a nota fiscal e realizados os testes previstos no regulamento técnico 03/00, constatando-se a perfeita qualidade do produto, não há como responsabilizar a agravante pelo combustível estar fora das especificações que são determinadas em portaria, cujo cumprimento é destinado a distribuidoras e refinarias.

No artigo em apreço não há qualquer condição que obrigue a agravante a verificar a numeração dos lacres, tendo somente que descrevê-los no termo de coleta, conforme o regulamento técnico 03/00.

Como se vê, o vício nos lacres dos caminhões-tanque a qual o DD.

Juízo a quo levanta como motivo para indeferir a tutela antecipada é mera imaginação tanto dos fiscais de renda como do nobre Magistrado prolator da decisão ora atacada.

Como consta nas notas fiscais de fls. 58 e 60, o frete para entrega dos combustíveis era por conta do emitente da nota, tendo este transportado o combustível até o estabelecimento da agravante mediante motorista da própria empresa que vendeu o combustível.

Neste contexto, tendo a distribuidora a responsabilidade **EXCLUSIVA** pelo combustível transportado em seus caminhões (artigo 7º, §3º da Portaria ANP nº 309/01), não há como responsabilizar a agravante por ter assumido qualquer risco, haja vista que trata-se de mera suposição a existência de vícios sobre o lacre, já que foi suprimida a fase probatória no processo administrativo em que houve a cassação da inscrição da agravante. **A DISTRIBUIDORA, O MOTORISTA E O PERITO QUE ATESTOU O CERTIFICADO DE QUALIDADE NÃO FORAM OUVIDOS COMO**

TESTEMUNHAS.

Portanto, deve ser reformada a decisão interlocutória que endossou o processo administrativo punitivo, que além de negar a possibilidade ampla de defesa e o contraditório, este ainda impossibilitou a busca da verdade real, determinando a aniquilação da agravante somente baseada em suposições e conjecturas providas de uma mente fértil.

Ao que parece, a Administração Pública pretende na realidade é coibir a prática de adulteração de combustível, utilizando como exemplo o posto - 13 -revendedor que nada mais fez do que cumprir suas obrigações impostas pelas portarias que lhes são dirigidas. Aparenta que estamos retornando as épocas remotas em que a vontade do monarca estava acima de qualquer lei e este a interpretava da forma que melhor o aprouvera.

Equivoca-se o DD. Juízo a quo, pois, há de se convir que a Lei 11.929/05 **NÃO SE BASEOU** na responsabilidade objetiva do revendedor varejista, porque a responsabilidade objetiva por ser exceção em nosso ordenamento jurídico não pode ser presumida, cabendo ao legislador explicitar os casos de sua aplicabilidade, senão vejamos:

O artigo 1º da lei paulista em comento, apresenta a mesma técnica legislativa que leva em consideração a análise da conduta do agente, pois, se a intenção do legislador era de atribuir responsabilidade objetiva ao revendedor varejista, estes teriam empregado a mesma locução utilizada no artigo 14, § 1º da Lei 6938/81: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, ***independentemente da existência de culpa***, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Ou então, o artigo 136 do Código Tributário Nacional, pois prevê que a responsabilidade por infrações a legislação tributária “*independe da intenção do agente ou do responsável*”.

Com efeito, como não há texto legal específico, não há como se presumir a existência de responsabilidade administrativa objetiva, mesmo porque, repita-se, a responsabilidade dos administrados perante a Administração Pública é, em regra, subjetiva. Tudo isto, demonstra

que a decisão administrativa é passível de ser declarada nula, a uma porque, falta motivação na cassação da inscrição estadual da agravante, ao passo que o administrado foi notificado do descumprimento de portaria que não lhe é destinada; a duas porque, houve a ausência de procedimento administrativo com as garantias constitucionalmente previstas (ampla defesa e contraditório); a três porque, a supressão da fase instrutória para comprovação do verdadeiro responsável pela conduta administrativamente punível, lógica e juridicamente nulifica o processo; a quatro porque, existe desvio de finalidade, pois, a Administração Pública tem que agir de acordo com a intenção emanada pela norma, sendo que não cumpre sua finalidade a punição do administrado que não cometeu o ilícito administrativo, sendo que, dentre outros motivos apresentados neste recurso, restou vastamente evidenciado que a agravante foi notificada e teve sua inscrição estadual cassada, porque não cumpriu a portaria ANP 309/01, a qual é destinada as refinarias e distribuidoras de combustível, estando mesmo a desafiar qualquer profissional que labore com as ciências jurídicas que indique um único artigo de referida portaria destinado as atividades da agravante.

A fabricação da gasolina é realizada pela refinaria e manipulada pela distribuidora que adiciona álcool anidro carburante, conforme os termos das portarias da Agência Nacional do Petróleo, logicamente, somente aquele que nesta cadeia de comercialização deixar de cumprir as obrigações impostas pela agência reguladora deve responder por seus atos e não o terceiro que sequer está obrigado aos termos da portaria não cumprida, ou sequer possui condições físicas para seu cumprimento.

Em caso semelhante, o Ministro FRANCISO FALCÃO do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entendeu que *“A aplicação de qualquer penalidade, seja tributária, seja administrativa, obedece ao princípio da legalidade, assim, não é admissível que o agente marítimo responda pelas infrações sanitárias cometidas pelo armador, por falta de previsão legal”*.

Mais a diante, no bojo do v. acórdão: *“não há norma legal expressa atribuindo responsabilidade ao agente marítimo pelas infrações administrativas cometidas pelo armador. Assim, não se admite a extensão de responsabilidade que a agravante quer ver reconhecida”* (AgRg no Resp 584365/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2004, DJ 28.04.2004 p. 237).

Portanto, admitida à tese utilizada na cassação da inscrição estadual da agravante, significaria inviabilizar a atividade mercantil e violar o direito constitucional de livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica (artigo 170, caput e seu parágrafo único, da Constituição Federal), já que não existe em lei ou regulamento a obrigatoriedade do posto revendedor controlar a qualidade do combustível no que concerne a quantidade de octanos.

A responsabilização do posto revendedor pelos argumentos expostos no parecer do DD Juízo a quo, fere a harmonia entre a liberdade de mercado e a regulamentação da atividade mercantil. A ordem constitucional econômica deve ser interpretada através de uma exegese construtiva, “integrando a livre iniciativa com a valorização do trabalho, as noções do planejamento estatal

e da liberdade de mercado, visando o equilíbrio harmônico entre a liberdade da empresa e a regulamentação da atividade econômica. À luz dessa ambivalência devem ser entendidas e interpretadas as linhas mestras da ordem econômica na vigente Constituição” (Caio Tácito, Temas de Direito Público: estudos e pareceres, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, V.2, p. 1135). A Agência Nacional do Petróleo não obriga os postos revendedores a realizar exames técnicos que são exigidos as refinarias e distribuidoras de gasolina e produtos derivados do petróleo, pois, estar-se-ia inviabilizando e aniquilando a atividade mercantil, além de criar obrigação onerosa sem previsão legal.

O fato de o combustível encontrar-se ou não com a octagem 0,2 (zero vírgula dois décimos) abaixo do especificado, deve ser discutido com a refinaria ou distribuidor, pessoa jurídica de direito privado que procedeu a venda de referido combustível como próprio para comercialização, emitiu certificado neste sentido e se sujeita aos termos da portaria ANP 309/01, em virtude de suas atividades.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, o “*processo administrativo punitivo* é todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato” (...) “O processo punitivo poderá ser realizado por um só representante da Administração ou por comissão. O essencial é que se desenvolva com regularidade formal em todas as suas fases, para legitimar a sanção imposta a final. Nesses procedimentos são adotáveis, subsidiariamente, os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes” (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 28ª ed., 2003, pg. 665). (grifos nossos)

A busca da verdade real, o princípio do *in dubio pro reo* e *in dubio contra fiscum*, e o princípio de que a prova cabe a quem a alega, ou seja, cabe à administração pública a prova do ilícito e sua autoria.

O parecer acolhido pelo Delegado Tributário como razão de decidir, fundamenta ter a Lei Estadual 11.929/01 adotado “a responsabilidade objetiva, atribuindo a pena de cassação da eficácia da inscrição estadual para estabelecimento que estivesse de posse do produto adulterado ou fora das especificações num dos momentos da cadeia de produção e circulação até o seu consumo final, independente de dolo ou culpa do detentor do produto adulterado”.

Como bem salienta o imbatível mestre HELY LOPES MEIRELLES, no processo administrativo punitivo, devem ser observados os princípios que regem a seara penal, da mesma forma que não existe responsabilidade penal objetiva, no processo administrativo é incabível a responsabilização sem o devido cortejo de provas e análise de conduta, se o interessado não agiu com dolo ou culpa não há como ser punido.

A lei paulista foi criada e aprovada na tentativa na de obstaculizar a decadente massa de empresários que pretendem enriquecer-se ilicitamente mediante a adulteração de combustíveis, pois, correta seria a decisão administrativa que cassa a inscrição estadual por adulteração realizada mediante maior adição de álcool à gasolina, pelo fato do posto revendedor ter condições de auferir a sua porcentagem por teste previsto no regulamento técnico nº. 3/00 (fls. 44/49). A quantidade de octanos não pode ser conferida neste procedimento.

A interpretação da Lei Estadual 11.929/05, consignada no parecer proferido no processo administrativo punitivo, demonstra que a agravada entende que “o contribuinte responde por ter adquirido ou estocado combustível em desconformidade com as especificações estabelecidas pelo órgão competente, AINDA QUE TENHA CUMPRIDO TODAS AS NORMAS.

QUE REGEM SUA ATIVIDADE”

Tais considerações vão contra a própria finalidade a que a lei se destina, ou seja, deter os empresários que adulteram o combustível, enganam os consumidores e sonegam impostos em prejuízo do erário. Punir qualquer comerciante, em especial aqueles que demonstram ter agido dentro dos limites impostos pela lei e regulamentos da agência reguladora, no caso a Agência Nacional do Petróleo, é medida injustificada e vai contra princípios como o da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da finalidade que norteia os atos administrativos deve sempre estar ligado com o atendimento dos comandos emitidos pela norma proibitiva de caráter administrativo, pois, se a intenção da norma é punir adulteradores, a finalidade não estaria sendo atendida caso a punição atinja o administrado que nada mais fez do que cumprir as portarias da agência reguladora, fato textualmente admitido no parecer da autoridade administrativa, demonstrando que o Administrador Público Estadual agiu com desvio de finalidade.

HELY LOPES MEIRELLES assevera que “o desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público, fins não queridos pelo legislador” (ob. cit., pg. 109)

No mesmo sentido, não seria razoável ou proporcional atribuir à responsabilidade pela qualidade de um produto, contra pessoa que sequer está obrigada pela portaria que o especifica, voltamos a frisar que a portaria ANP 309/01 se aplica somente às refinarias, distribuidoras e agentes econômicos.

Em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade é objetiva em casos excepcionais, não pode ser presumida, cabendo ao legislador explicitar os casos remotos de sua aplicabilidade. Como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor que responsabiliza o fornecedor “independentemente de culpa”.

O parecer ainda levanta a hipótese de não existir vinculação do “Certificado de Qualidade do Produto” emitido pela Fórmula Brasil Petróleo com as notas fiscais de nº. 59.939 e 59.940.

Alega que o registro de desconformidade foi apurado na amostra 50900 que se refere à gasolina comum enquanto aquele certificado se refere a gasolina “gasolina “c” Aditivada-FB”, decorrendo do exposto a impossibilidade de vincular o combustível objeto do certificado com aquele da apuração da desconformidade.

No entanto, equivoca-se o emissor do parecer, pois o “Certificado de Qualidade do Produto” faz menção tanto à “Gasolina ‘C’” como “Gasolina ‘C’ Aditivada-FB” e o tanque 05 a que se refere o certificado é aquele localizado na sede da empresa distribuidora para que no futuro, caso haja alguma desconformidade do produto, a Agência Nacional do Petróleo possa fiscalizar o estabelecimento ou colher amostras para confronto técnico.

A utilização de apenas um resultado no certificado de qualidade para ambas as gasolinas (comum e aditivada) dá-se em virtude da gasolina ser estocada pela distribuidora somente sob a forma comum, sendo que após o pedido de compra da aditivada pelo posto revendedor a distribuidora retira do tanque de armazenamento (neste caso foi o tanque 5) e adiciona o corante “verde” e o aditivo.

Esclarece, ainda, que o aditivo que é adicionado na gasolina comum não tem qualquer relação com o número de octanos, mantendo-os em igual quantidade mesmo a inserção do aditivo, que serve unicamente para “limpar” o motor, sistemas de carburação e injeção eletrônica do automóvel.

A vinculação está evidente, ainda mais pelo fato do certificado ter sido emitido no mesmo dia em que o combustível foi entregue e a nota fiscal foi emitida, tendo o produto sido retirado na Fórmula Brasil Petróleo Ltda.

Tais dados ainda conferem com a coleta da amostra teste e relatório do recebimento assinado pelo funcionário responsável pelo posto e pelo motorista do caminhão que transportava os combustíveis (fls. 58/62), tanto a placa do caminhão-tanque, volume de combustível recebido, produto adquirido na nota fiscal e sua numeração são idênticos aos dados inseridos na nota fiscal de saída.

A cassação ainda fundamenta-se no fato da agravante “não exercer a faculdade de pedir ensaios na amostra “testemunha” (art. 6º, §2º, 2 da Portaria CAT 28/05), assumiu que, efetivamente, o combustível que estocou estava em desconformidade, pois tratando-se de responsabilidade objetiva não lhe restava outra oportunidade senão demonstrar a inexistência da ocorrência do ato ilícito, sendo inútil a perquirição sobre a existência ou inexistência do dolo ou culpa como nexos entre a participação do agente e o resultado material apontado”.

Consigna que “considerando que a defesa não demonstrou a regularidade do combustível ou que não fosse o contribuinte quem estocou o combustível adulterado, a defesa não pode prosperar”.

Como se vê, a Administração aplicou uma verdadeira pena de confissão e revelia, pelo fato da agravante não ter requerido o teste na prova “testemunha”, mas este não o fez porque não foi o responsável pela desconformidade constada, deixando a cargo da distribuidora o requerimento para realização do exame.

Por força do princípio da verdade material, plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público, conforme ensina

Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, "mesmo no silêncio da lei, e até mesmo contra alguma esdrúxula disposição nesse sentido, nem há que se falar em confissão e revelia, como ocorre no processo judicial. Nem mesmo a confissão do acusado põe fim ao processo; sempre será necessário verificar, pelo menos, sua verossimilhança, pois o que interessa, em última análise, é a verdade, pura e completa" (Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42-43).

Por outro lado, cabe analisar que o processo administrativo é composto de 5 fases: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Qualquer supressão ou inobservância destas fases acarreta nulidade da decisão administrativa vinculante.

No presente caso, como se trata de processo administrativo punitivo, ensina HELY LOPES MEIRELLES que *"as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante (...). Os defeitos na instrução, tal seja sua influência na apuração da verdade, podem conduzir à invalidação do processo ou do julgamento"* (ob. cit., pg. 662). (grifos nossos)

Plenamente aplicável ao caso artigo 29 da Lei 9784/99, determinando que *"as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo"*

Portanto, diante da informação que o combustível estava fora das especificações, mediante conduta praticada pela distribuidora, a autoridade administrativa deveria ter intimado à empresa Fórmula Brasil para que apresente igualmente suas explicações. Além de ouvir como testemunhas os peritos que assinaram os laudos e o motorista que entregou a gasolina, estes sem dúvida alguma corroborariam as alegações da agravante.

Neste sentido, o artigo 39 da Lei 9784/99, prevê que *"quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento."*

Como tal fato trata-se de formalidade que deve ser realizada em benefício da agravante, a Administração Pública Estadual não observou os comandos do artigo 2º, parágrafo único, inciso VIII da Lei 9784/99.

Cabe à administração pública o ônus de provar a conduta administrativamente punível, já que existe a clara posição da administração pública como órgão acusatório, pois se houve a cassação é porque sua intenção real era punir o administrado.

Por outro lado, por se tratar de processo administrativo punitivo, sua instauração dá-se em virtude da lavratura do auto de infração, o que não ocorreu, já que a simples notificação não tem o condão de iniciar o procedimento, pois não foram observadas as fases acima citadas, causando a invalidação do processo e seu julgamento.

A agravante não foi intimada de que existia um processo administrativo para cassação de sua inscrição estadual, muito pelo contrário, recebeu simples notificação informando que o ensaio realizado pelo IPT resultou que não restaram atendida as especificações constantes da portaria ANP n. 309 de 27/12/2001, que, aliás, sequer são dirigidas as atividades da agravante, repita-

se, simples posto de gasolina.

A Lei 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *“visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”* (art. 1º).

No artigo 2º prescreve-se a obediência *“aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”*.

Garantindo, para tanto, o direito a comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas, e a interposição de recursos, nos processos em que possam resultar sanções e nas situações de litígio (artigo 2º, parágrafo único, inciso X).

Portanto, utilizando-se por analogia a lei supra referida, a Administração Pública Estadual, deveria ter instaurado processo administrativo punitivo com todas as fases a ele inerentes, não simplesmente notificar quanto à inobservância de especificação prevista em uma portaria que sequer é aplicável as atividades da agravante e sem maiores considerações simplesmente cassar a inscrição estadual da agravante e condená-la ao extermínio.

Tanto é que a defesa apresentada na esfera administrativa não foi apresentada contra nenhum procedimento administrativo, mas sim do termo de coleta n. 7/2005, limitando-se a esclarecer a autoridade administrativa que a notificação efetuada deveria ser considerada insubsistente, pois, o resultado dos ensaios afirmava que havia desconformidade segundo os termos da portaria ANP 309 de 27/12/2001, ao passo que a portaria que regulamenta e estabelece as atividades e forma de atuação da agravante é a 248/00.

Em outras palavras, a Agência Nacional do Petróleo baixou a portaria 309/01 para regular a forma de atuação e responsabilidade das refinarias, distribuidoras e agentes econômicos na distribuição de produtos derivados do petróleo, e a portaria 248/00 para regulamentar os postos de gasolina, a agravante foi notificada porque não cumpriu a portaria 309/01 que não é de sua competência, e, sem a existência de qualquer processo administrativo teve sua inscrição sumariamente cassada.

DO PEDIDO DE LIMINAR

A análise dos documentos acostados na inicial, em especial o relatório técnico n. 80.434-205, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas S/A, verifica-se que foi constatado divergência de 0,2(zero vírgula dois décimos) de octanos a menor do que deveria constar da gasolina, consignando que a amostra com lacre 50900, não atende as especificações correspondente a Portaria ANP n. 309 de 27 de dezembro de 2001.

A cópia de referida portaria, bem como, da portaria ANP 248/00, encontram-se juntadas a este recurso, sendo que, da simples leitura de ambas, constata-se que a portaria ANP 309/01 estabelece condições, obrigações e condutas das refinarias de petróleo, distribuidoras e agentes econômicos sobre o controle e qualidade dos combustíveis que fabricam e formulam e a portaria ANP 248/00, estabelece e regulamenta as condições de funcionamento, obrigações e

condutas dos revendedores de derivados de petróleo (postos de gasolina) que comercializam.

A agravante teve sua inscrição estadual cassada e suas atividades comerciais paralisadas, porque, foi notificada em 26/07/2005, quanto ao resultado da perícia realizada pelo IPT de que as especificações constantes da portaria ANP 309/01, não restaram atendidas, não tendo solicitado exames nas contraprovas. Tendo, contudo, na ocasião esclarecida por meio de petição dirigida a agravada, que na atividade comercial que desenvolve não está submetida aos termos da portaria ANP 309/01.

Segundo as disposições de referida portaria, as refinarias de petróleo, distribuidoras e agentes econômicos devem se certificar quanto ao número de octanos existentes na gasolina que fabricam e manipulam. Lógica e juridicamente, caso referida portaria fosse destinada às atividades comerciais da agravante, seus sócios não se disporiam em adquirir a empresa, investir milhares de reais em manutenção da mesma com empregados, propaganda, enfim não efetuariam o negócio, pois, o único meio de cumprirem os termos da portaria referida, seria o de ter um laboratório do porte do Instituto de Pesquisas Tecnológicas-IPT em sua sede, enfim, a atividade no ramo de posto de gasolina seria impossível.

No caso dos autos, a agravante foi severamente punida por não ter cumprido portaria que não lhe cabe realmente cumprir, enfim, nada mais fez do que cumprir a lei.

Os prejuízos que poderão advir pela paralisação de suas atividades, será de grande monta e de difícil reparação, já que, caso a empresa venha a não funcionar pela impossibilidade de comercializar, todos seus investimentos serão em vão, além do que, as obrigações assumidas com terceiros, em especial seus empregados, não poderão ser cumpridas.

Além do mais Excelência, se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora na prestação jurisdicional gera, no mínimo, infelicidade pessoal, angústia e reduz as perspectivas de uma vida mais feliz (ou menos feliz).

Há de ser observado que as garantias consignadas pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, não quer significar que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer dizer que todos têm direito a adequada tutela jurisdicional, ou a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Neste sentido, a essência do pensamento de CHIOVENDA, que se apresenta como grande idealizador da efetividade processual consiste justamente na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deverá apoiar-se num sistema que segure a quem tem razão numa situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação. “E, na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento de direito, essa situação deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 70).

No caso dos autos, a antecipação da tutela deveria ser deferida pelo magistrado a quo tendo por fundamento no artigo 273 e seguintes do Código de Processo Civil, eis que, os requisitos encontram-se presentes na hipótese. Com efeito, a situação de perigo, ou seja, o risco de dano grave ou de difícil reparação previsto na fala do artigo 273 encontra-se plenamente justificado, ao passo que, não tendo a Agravante como comercializar sem a regular inscrição estadual, não obterá faturamento, conseqüentemente não conseguirá honrar os compromissos de notório conhecimento que uma empresa possui com terceiros, tais como, empregados, impostos, contas de água, energia elétrica, aluguel, etc.

No mesmo sentido, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, caso não seja adiantada a prestação jurisdicional provisoriamente, conforme entendimento do artigo 273 e seguintes, do Código de Processo Civil, também é plenamente justificável pela fundamentação e documentos juntados, pois, após a aniquilação total da agravante de nada adiantará obter êxito na presente demanda, já que, possivelmente estará despejada ou falida.

Além do mais, o teor da prova literal acostada na inicial, evidencia a verossimilhança das alegações, ao passo que teve sua inscrição estadual cassada em virtude de laudo que atesta desconformidade na especificação estabelecida na portaria ANP 309/01, a qual sequer é submetida a agravante, tratando de ato completamente nulo, conforme veemente fundamentação acima.

No mais, o pedido de antecipação da tutela recursal referiu-se tão somente à suspensão dos efeitos da decisão que cassou a eficácia da inscrição estadual da agravante, impossibilitando-a de comercializar, o que, aliás, é indiscutível, visto não ser lógico ou justo, perder a empresa, com a paralisação de suas atividades comerciais, por não ter cumprido portaria que sequer era submetida, salientando-se que a lentidão do processo pode significar a angústia, prejuízos econômicos, sociais e até mesmo miséria.

Por outro lado, o provimento antecipado em nada prejudicaria a agravada, pois, não terá o condão de afastar o poder de polícia exercido por qualquer órgão da Administração Pública, aliás, a empresa funcionando recolhe impostos, o que, lógica e juridicamente deve ser de interesse da agravada.

Para corroborar o presente entendimento, o Desembargador BARRETO FONSECA da Sétima Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso semelhante, restabeleceu a inscrição estadual cassada pela Fazenda do Estado de São Paulo, com a seguinte fundamentação:

“Existindo perigo na demora e fumo de bom direito, deve ser deferida a liminar em medida cautelar” (...) “Se julgada procedente a ação principal, ou mesmo se deferida a cautela só a final do processo cautelar, a agravante já poderia ter deixado de existir, por não poder negociar sem a inscrição estadual, enquanto que prejuízo nenhum haverá para o Estado na manutenção da inscrição até final julgamento” (julgado anexo).

CONCLUSÃO

No caso dos autos, os efeitos da manutenção da r. decisão agravada, causará prejuízos ainda maiores à empresa agravante, já que está impedida de exercer livremente sua atividade comercial, acabando por impedir que obtenha faturamento no sentido de honrar seus compromissos com terceiros, tornando a empresa inoperante.

Assim, com fundamento na garantia do direito à propriedade, no livre exercício de atividade comercial e pela flagrante ilegalidade do despacho que manteve a decisão administrativa atacada, não antecipando os efeitos da tutela de urgência pleiteada, requerem a concessão de medida liminar, *inaudita altera partes*, por estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, bem como, pela verossimilhança das alegações comprovadas pelos documentos anexos, para que seja devolvido imediatamente o direito de comercializar da agravante com o restabelecimento de sua inscrição estadual e deslacração de seus equipamentos até o julgamento da presente, ou caso assim não entenda Vossa Excelência, requer seja dado provimento ao presente recurso quando de seu julgamento, para determinar seja a tutela de urgência deferida definitivamente ao agravante, até que seja proferida sentença com transito em julgado, eis que, assim entendendo, estarão Vossas Excelências, como sempre, fazendo uso da mais pura e inteira medida de direito de JUSTIÇA!

São Paulo, 21 de dezembro de 2005.

AMAURY TEIXEIRA

OAB/SP 111.351

EVANDRO CAMILO VIEIRA

OAB/SP 237.808.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-jan-15/tj-sp_reabre_posto_fechado_decisao_administrativa/