Recurso n.º 14.010/2017
Processo Administrativo n.º 0024.11.007111-5/001
Comarca: Belo Horizonte
Recorrente: Posto Cometa Ltda.
Recorrido: Procon-MG

R E L A T Ó R I O

O Procon-MG considerou que o Posto Cometa Ltda. descumpriu a Lei Federal n.° 8.078/1990 por comercializar combustível com vício de quantidade. Em razão disso, aplicou-lhe a pena de multa no valor de R$ 13.457,91 (fls. 102-114).

Inconformado, o posto revendedor interpôs a recurso este Órgão Colegiado no qual alega, em preliminar:

a) não cabe a fixação de multa pelos termos da Resolução PGJ n. 11/2011, por faltar competência ao chefe do Ministério Público Estadual para editá-la com a tipificação de infrações e estabelecimento de parâmetros cominatórios;

b) nos termos dos incisos III e IV do artigo 3.º da Lei n. 9.933/1999, a competência para verificação de dados metrológicos é exclusiva do INMETRO;

Como prejudicial de mérito, alegou que configurada a prescrição intercorrente, a obstar o prosseguimento do feito.

No mérito, sustenta:

1) nula a autuação porque o agente fiscal realizou apenas uma aferição, quando a Portaria INMETRO n.

23/1985 determina que devem ser feitas duas aferições, uma com vazão mínima e outra com a vazão máxima;

2) o vício de quantidade constatado em suas bombas decorre das obras que a PBH estava realizando na Avenida Antônio Carlos;

3) não houve dano ao consumidor, o que impede sua cominação; e

4) a multa é medida extremamente drástica e viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser revista.

Requer, assim, a decretação da nulidade do processo administrativo ou a insubsistência das infrações, ou, em caso contrário, a redução do valor da multa (fls. 119-128).

Eis, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2019.

ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR
Procurador de Justiça
Relator

Recurso n.º 14.010/2017
Processo Administrativo n.º 0024.11.007111-5/001
Comarca: Belo Horizonte
Recorrente: Posto Cometa Ltda.
Recorrido: Procon-MG

ACÓRDÃO

Acorda a Primeira Turma da Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG), à unanimidade de votos, em conformidade com a ata de julgamentos, incorporando neste o relatório de fls., rejeitar as preliminares e a prejudicial e, no mérito, negar provimento ao recurso

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2019.

ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR
Procurador de Justiça
Relator

V O T O

FORNECEDOR DE PRODUTOS. COMBUSTÍVEIS. POSTO REVENDEDOR. MULTA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO COM BASE NA RESOLUÇÃO PGJ N.° 11/2011. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. VÍCIO DE QUANTIDADE. AFERIÇÃO. PROCON. ATRIBUIÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CONFIGURADA. PREJUDICIAL REJEITADA. VÍCIO DE QUANTIDADE. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MULTA APLICADA CONFORME PRECEDENTES DESTA JUNTA RECURSAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I- PRELIMINARES

1.1 COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA TIPIFICAR INFRAÇÕES E FIXAR PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DE MULTA POR RESOLUÇÃO BASEADA EM LEI PREEXISTENTE

Em preliminar, alega o recorrente faltar ao Ministério Público Estadual competência para editar norma – no caso, a Resolução PGJ n.º 11/2011 – que fixe parâmetros para aplicação de sanção pecuniária.

Entretanto, referida norma não altera os critérios preestabelecidos pelo legislador ordinário (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do infrator) nem cria sanções outras que não aquelas previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

A Resolução PGJ n. 11/2011 objetiva, entre outras finalidades, complementar os critérios dosimétricos estabelecidos no artigo 57 da Lei n. 8.078/1990, de forma a evitar a aplicação de punições desiguais para situações semelhantes, o que caracterizaria violação do princípio da isonomia.

Sobre o tema, pacífico é o entendimento deste órgão revisor, valendo citar como exemplo o voto proferido pelo Procurador de Justiça José Maria dos Santos Júnior, na condição de relator nos autos do Recurso n. 2.712/2009, Recorrente: B Togni & Cia. (Nome de fantasia: Posto do Barbudo).

Portanto, não há como acolher a alegação de que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais não detém competência para editar norma para dispor sobre sanção pecuniária na área consumerista.

1.2 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO PROCON-MG PARA FISCALIZAR QUESTÕES RELATIVAS À METROLOGIA

Ainda em preliminar, o posto revendedor afirma que questões ligadas à metrologia das bombas abastecedoras de combustíveis automotivos são de exclusiva competência do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), fundamentando seu entendimento no artigo 3.º, incisos III e IV, da Lei n.º 9.933/99.

Entretanto, equivocada se mostra a tese recursal.

Ao proferir a decisão administrativa, a autoridade primeva demonstrou de forma insofismável que as atribuições inerentes ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor foram delegadas ao Ministério Público pela Magna Carta estadual. Nesse sentido, o artigo 14 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

> As atividades do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor ficam transferidas para a Procuradoria-Geral de Justiça, na forma da lei complementar a que se refere o art. 125 da Constituição do Estado.

Objetivando dar efetividade a esse dispositivo, bem como às determinações contidas no artigo 4.º, incisos II, "a", e VI, da Lei n.º 8.078/1990 e nos artigos 4.º, inciso III, e 5.º do Decreto n.º 2.181/1997, editou-se a Lei Complementar n.º 61/2001 para inserir o PROCON-MG (artigo 22) na estrutura do Ministério Público, ficando esse órgão com competência para, entre outras coisas:

> Art. 23. [...]
>
> V – fiscalizar as relações de consumo e aplicar as sanções e penalidades administrativas previstas na Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em outras normas relativas à defesa do consumidor;
>
> VI – atuar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, observado o disposto na Lei Federal n.º 8.078, de 1990, e na legislação complementar;

Nesse sentido, resta claro que o Procon-MG, no exercício de sua atribuição legal, prescinde da autorização de outros órgãos – como é o caso do INMETRO – para fiscalizar os

fornecedores e, nos casos em que haja violação do direito consumerista, aplicar sanção administrativa.

Rejeito, pois, as preliminares arguidas.

II- PREJUDICIAL DE MÉRITO

2.1 PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 9.873/99 AOS PROCESSOS EM TRÂMITE NO PROCON-MG

O recorrente invoca a prescrição intercorrente.

No entanto, este órgão revisor, amparado em posicionamento da egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver abaixo, não mais reconhece a incidência da prescrição intercorrente ou quinquenal, nos termos do artigo 1º, *caput* e §1º da Lei n. 9.873, de 1999, nos processos administrativos consumeristas do Procon-MG.

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ADMINISTRATIVO. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. MULTAS. PROCON. LEI 9.873/99. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.
> **II – O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo o qual é inaplicável a Lei n. 9.873/1999 às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, em razão da limitação do**

> **âmbito espacial da lei ao plano federal, nos termos de seu art. 1º.**
> III – A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.
> IV – Agravo Regimental improvido.
> [STJ - AgRg no Recurso Especial nº 1.513.771-PR – Relatora: Min. Regina Helena Costa – data do julgamento: 19.04.2016] (grifo nosso)

No mesmo sentido são os acórdãos proferidos no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.566.304-PR (STJ – Relator: Min. Herman Benjamin – data do julgamento: 10.03.2016) e no Agravo de Instrumento no Recurso Especial n. 1.609.487-PR (STJ – Relator: Min. Og Fernandes – data do julgamento: 16.02.2017).

Nesse caso, aplica-se aos processos administrativos do Procon-MG. a Lei Estadual n. 21.735/2015, a qual dispõe sobre a constituição de crédito estadual não tributário.

Referida norma prevê, em seu art. 2.º:

> **Art. 2.º O exercício do dever de fiscalização** da administração pública estadual, direta, autárquica e fundacional, visando a apurar ação ou omissão que configure infração administrativa ou contratual e a aplicar a respectiva penalidade, **decai em cinco anos a contar da data em que a autoridade administrativa competente para fiscalizar tomar conhecimento do ato ou do fato.**
>
> § 1º No caso de infração permanente ou continuada, o termo inicial do prazo decadencial a que se refere o caput será a data em que a autoridade administrativa competente para fiscalizar tomar conhecimento do ato ou do fato ou o dia em que cessar a prática da infração, devendo-se considerar o que ocorrer por último.

> **§ 2º Considera-se exercido o dever de fiscalização com a notificação do interessado acerca da lavratura de auto de fiscalização ou de infração ou de outro documento que importe o início da apuração do fato.**
> § 3º Na hipótese de o objeto da ação punitiva também constituir crime, o prazo decadencial para apuração do cometimento da infração será aquele previsto na lei penal para fins de prescrição. (grifo nosso)

Desta forma, nos termos da Lei estadual n.º 21.735/2015, notificado o infrator do início da apuração do fato, está efetivamente exercido o poder-dever de fiscalização administrativa, não havendo mais que se falar, se não transcorridos cinco anos, em prazo decadencial.

De sua vez, o art. 3.º da referida lei institui prazo prescricional de cinco anos, mas tão somente para a pretensão executória do crédito não tributário definitivamente constituído.

É dizer, nos termos da legislação estadual, referido prazo prescricional incide a partir da constituição definitiva do crédito não tributário – como, por exemplo, na dívida ativa decorrente da aplicação definitiva de multa em processo administrativo do Procon-MG, que pode se dar, no que concerne especificamente a este instrumento processual, com: *(i)* o vencimento de pleno direito da obrigação constante em título executivo extrajudicial (*v.g.,* transação administrativa); *(ii)* o exaurimento das instâncias recursais administrativas, com a certificação da data de sua ocorrência, hipótese, aliás, de ocorrência mais comum.

A propósito, prevê a Lei estadual n.º 21.735/2015:

> **Art. 3° Constituído definitivamente o crédito não tributário, mediante regular processo**

> **administrativo, prescreve em cinco anos a pretensão de exigi-lo.**
>
> **§ 1º Considera-se definitivamente constituído o crédito não tributário quando a obrigação se tornar exigível, notadamente quando:**
> **I - do vencimento de pleno direito da obrigação constante em título executivo extrajudicial;**
> **[...]**
> **III - não mais couber recurso da decisão administrativa, certificando-se a data do exaurimento da instância administrativa.**
>
> **§ 2º O prazo prescricional começa a ser contado no dia do vencimento do crédito sem pagamento ou na data do exaurimento da instância administrativa que confirmar a aplicação da penalidade**, observado o disposto no § 3º do art. 2º da Lei federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. (grifo nosso)

Sobredito prazo prescricional tem início com a constituição definitiva do crédito não tributário, existindo apenas, repita-se, em relação à pretensão executória da multa administrativa.

Do quanto se expôs, tem-se, em resumo, a seguinte visualização da questão:

Instituto	**Termo Inicial**	**Termo Final**
Decadência (do poder-dever de fiscalizar) Art. 2º da Lei Estadual nº 21.735/2015	Data em que a autoridade administrativa competente para fiscalizar toma conhecimento do ato ou fato infracional	Data da **notificação do interessado** acerca da lavratura de auto de fiscalização, de infração, ou outro documento que importe o **início da apuração do fato**, por exemplo: investigação

		preliminar, autos de infração e apreensão, etc.
Prescrição (da pretensão executória do crédito definitivamente constituído) Art. 3º da Lei Estadual nº 21.735/2015.	**Constituição definitiva do crédito não tributário.** Se dá com: **1.** o vencimento de pleno direito da obrigação constante em título executivo extrajudicial; **2.** o exaurimento das instâncias recursais administrativas, com a certificação da data de sua ocorrência.	CPC, art. 240, §1º; CC, art. 202, I.
Prescrição intercorrente Art. 2º-A da Lei Estadual nº 21.735/2015.		Três anos ou último ato administrativo ou da última manifestação nos autos, inclusive aquele que importe em tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública estadual. O curso do prazo prescricional interrompe-se uma única vez e, transcorrido mais da metade do prazo de três anos sem solução de continuidade, o prazo prescricional voltará a correr pela metade.

Rejeito, pois, a prejudicial.

III- MÉRITO

Antes de abordar as questões meritórias, cumpre esclarecer que embora louvável a atitude do Posto Cometa na tentativa de manter as bombas abastecedoras em perfeitas condições de uso, esse fato, por si só, não obsta a ocorrência de falhas no equipamento.

3.1 AFERIÇÃO DAS BOMBAS ABASTECEDORAS DE COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO. CRITÉRIOS DEFINIDOS PELA NORMA N.º NIE-DIMEL-004, DE JUN/97, OBSERVADOS QUANDO DA REALIZAÇÃO DA ANÁLISE. AUSÊNCIA DE NULIDADE

Segundo o Posto Cometa, ao realizar a aferição da vazão das bombas medidoras, o agente fiscal não observou o que determina a Portaria INMETRO n. 23/1985, pois só fez um teste de vazão, quando o correto seria fazer duas aferições, uma com vazão mínima e outra com a vazão máxima. E nulifica o auto de infração.

Aqui, cabe esclarecer que o dispositivo que rege o ensaio da determinação do erro em função da vazão é a Norma n. NIE-DIMEL-004, de junho de 1997. E foi com base nesse dispositivo que o agente fiscal realizou as medições de vazão, registrando:

> **A verificação das bombas medidoras de combustíveis foi feita de acordo a Norma n.º NIE-DIMEL-004, aprovada em jun/97 (ensaio da determinação do erro em função da vazão).**
> Se fez presente o mecânico para bombas medidoras, ainda, no ato da fiscalização dando início aos reparos pertinentes. (grifos nossos)

O item 7.5.5 da referida norma nada diz sobre a obrigatoriedade de o agente fiscal registrar os ensaios que não apresentarem erro. Só deve fazê-lo quando o resultado apresentar falha no equipamento. Confira:

> 7.5.5 Ensaio da determinação do erro em função da vazão
> a) Encher a medida de capacidade para molha-la e após esvazia-la deixar escorrer por 30 segundos;
> b) Proceder uma entrega de 20 litros na medida de capacidade na vazão máxima **e anotar o erro**. Após esvaziar a medida deixar escorrer por 30 segundos;
> c) Proceder uma entrega de 20 litros na medida de capacidade com uma vazão de até 20% da vazão máxima nominal (indicada na placa de identificação da bomba) **e anotar o erro**;
> d) Cada erro individualmente não poderá ser superior a 60 m*l* (0,3%);
> e) Caso os erros tenham sinais contrários, a soma de seus valões absolutos (módulo) não poderá ser superior a 60 m*l* (0,3%). (grifos nossos)

Sendo assim, o agente fiscal só está obrigado a registrar os erros encontrados.

Além disso, observa-se dos documentos trazidos pelo Posto Cometa junto com a defesa que o próprio mecânico que realizou os reparos nas bombas abastecedoras confirma os erros nas vazões (fls. 12-13).

Portanto, inexistindo erro no procedimento adotado pelo fiscal para aferir a vazão das bombas abastecedoras, não há que se falar em nulidade do auto de infração.

3.2 VÍCIO DE QUANTIDADE CONSTATADO E RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Prosseguindo, aduz o recorrente que a vibração provocada pelo maquinário pesado em obras que a Prefeitura de Belo Horizonte estava realizando havia quase um ano na Avenida Antônio Carlos desregulou suas bombas abastecedoras, ocasionando o vício de quantidade nelas constatado.

Vendo aí culpa de terceiro, sustenta que não pode ser responsabilizado diretamente.

Todavia, o fornecedor deve sempre entregar serviços e produtos que atendam ao que deles se espera, e, quando haja algum tipo de problema, se decidir por manter suas atividades, deve estar apto a resolvê-lo, sob pena de ser responsabilizado por eventuais vícios que esses produtos e serviços venham a apresentar.

Não foi isso que fez o Posto Cometa, ou pelo menos não da forma esperada. Daí os erros de quantidade observados pelo fiscal do Procon-MG. em suas bombas abastecedoras.

Incide, no caso, o disposto no artigo 19 da Lei Federal n. 8.078, de 1990, *in verbis*:

> Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às

> indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, [...].

Portanto, restam configuradas as infrações tipificadas nos artigos 3.º, inciso XI, da Lei Federal n.º 9.847/99, 19 da Lei n.º 8.078/90 e 12, inciso IX, alínea "c", do Decreto n.º 2.181/97.

3.3 MULTA APLICADA CONFORME PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO REVISOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O recorrente alega que, por não ter havido dano ao consumidor, não há motivos para a aplicação de sanção.

Não é preciso que isso ocorra, basta que a bomba abastecedora esteja desregulada para que se tenha por configurada a infração. Valem no caso os mesmos princípios aplicáveis aos delitos formais e de mera conduta.

Sustenta ainda o Posto Cometa que a sanção pecuniária é medida extremamente drástica e que seu valor viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No entanto, na dosimetria da sanção (fl. 112), a autoridade primeva utilizou como parâmetros os mesmos critérios elencados no artigo 57 da Lei n. 8.078/1990 (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor).

Considerou que o Posto Cometa não auferiu vantagem (fator 1); que a infração se enquadra no Grupo III (artigo 60, inciso III, item 3), aplicando o fator 3; e, por fim, utilizou a

informação fornecida pelo posto revendedor sobre a sua receita bruta no exercício de 2010 (fl. 22).

Uma vez que o valor da multa resulta de uma operação matemática exata, não se pode alegar que represente violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Aliás, não seria nem razoável nem proporcional aplicar ao recorrente uma multa de pequena monta, porque, caso isso viesse a ocorrer, a situação apurada nos autos poderia se perpetuar, podendo, quem sabe, até servir de estímulo à adoção das mesmas práticas por outros fornecedores.

Como é de conhecimento das pessoas que lidam na área de direito do consumidor, a sanção pecuniária tem dupla função, preventiva e repressiva, e, para que elas sejam cumpridas, deve a multa ser apta a desestimular a conduta infracional.

Sobre o tema, a egrégia 12.ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça paulista assim se pronunciou:

> AÇÃO ORDINÁRIA - ANULAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA - Violação ao art. 31 do Código de Defesa do Consumidor - Penalidade escorreitamente aplicada, nos termos dos artigos 56 e 57 do diploma legal referido c/c as Portarias regulamentares nº 06/00 e nº 26/06 do PROCON/SP - **Razoabilidade do valor atribuído à multa, haja vista tratar-se da maior indústria de alimentos do mundo** - Devido processo legal administrativo observado - Pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa - Alteração da r. sentença de primeiro grau que se impõe - Recursos voluntário e ex officio providos.
> (TJ-SP - REEX: 1069750920088260053 SP 0106975-09.2008.8.26.0053, Relator: Wanderley José Federighi, Data de Julgamento: 23/05/2012, 12ª

> Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/06/2012) – (grifo nosso).

Prosseguindo no cálculo da sanção, a autoridade primeva reduziu a multa-base em metade, por reconhecer a atenuante da primariedade, e aumentou o resultado encontrado em 1/6, em razão do reconhecimento do caráter repetitivo da infração (art. 26, inciso VI, Decreto Federal n. 2.181/1997).

Portanto, sopesando os fatos ora apresentados, tenho que a sanção pecuniária arbitrada se mostra legal, proporcional e razoável.

Diante do exposto, rejeito as preliminares e a prejudicial e, no mérito, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2019.

ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR
Procurador de Justiça
Relator

O PROCURADOR DE JUSTIÇA RODRIGO CANÇADO ANAYA ROJAS

VOTO

De acordo.

O PROCURADOR DE JUSTIÇA MARCOS TOFANI BAER BAHIA

VOTO

De acordo.

SÚMULA: à unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e a prejudicial e, no mérito, negaram provimento ao recurso.