



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

PROCEDIMENTO COMUM (7) Nº 5014623-02.2017.4.03.6100 / 5ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AUTOR: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO., INSTITUTO DE METROLOGIA DO ESTADO DO PARA

Advogados do(a) RÉU: BIANCA COSTA SILVA SERRUYA - PA015006, MANOELA MORGADO MARTINS - PA9770

SENTENÇA

Tipo A

Trata-se de ação judicial proposta por NESTLÉ BRASIL LTDA. em face do INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO visando à concessão de provimento jurisdicional declaratório da nulidade de sanções administrativas aplicadas pela ré consistente em multas que totalizam a quantia de R\$ 80.226,49.

A autora relata que, em razão de fiscalizações realizadas em alguns estabelecimentos comerciais, que revendem produtos pré-medidos da marca Nestlé, acabou sendo autuada sob fundamento de infringência da legislação que trata a regulamentação metrológica, com lavratura dos seguintes Autos de Infração: 2872941, 2871654, 2872935, 2872936 e 2872940.

No mérito, defende, primeiramente, a nulidade dos atos administrativos de natureza repressiva em razão da ausência de comunicação da data das perícias extrajudiciais. Aduz que a autora não compareceu e que sequer foi informada do exame dos produtos reputados irregulares.

Sustenta que a autuação se pautou na alegação de diferença de peso nos produtos fiscalizados, diferenças essas de 0,6g, 1,6g, 1,4g, 1,4 g e 0,4g, é dizer, quantias ínfimas, incapazes de gerar danos aos consumidores.

Assevera que, frente à irrisoriedade apontada, o valor das multas se afigura ilegal e abusivo, não podendo, portanto, subsistir.

Aponta que a reprimenda revelar-se-ia arbitrária, especialmente quando cotejada com outras aplicadas à empresas do mesmo setor que foram autuadas e punidas com multas bem mais baixas.

Pede, assim, a declaração de nulidade das sanções e, subsidiariamente, a conversão em pena de advertência ou, ainda, a redução das multas.

Liminarmente, pede a suspensão da exigibilidade das reprimendas por meio da oferta de seguro-garantia. Requer a concessão da tutela de urgência, ao argumento de que o perigo de dano é iminente, na medida em que o não pagamento da multa pode sujeitar a parte autora à inclusão de seu nome no CADIN, além dos efeitos negativos de eventual protesto.

Foi deferida parcialmente a tutela de urgência, condicionando-se a prestação da garantia à anuência da parte contrária.

A demandada não concordou com a oferta de garantia fidejussória, aduzindo que somente se aceita tal espécie quando já há inscrição de dívida ativa, sendo que no caso em tela deveria a autora ter realizado depósito integral e em dinheiro, ao invés de apresentar seguro-garantia. Assevera, ainda, ser incompleta a prestação da garantia, pois o valor do débito seria de R\$ 83.397,75, ao invés dos R\$ 80.226,49 apontados pela autora – tendo como parâmetro em ambos casos agosto de 2017.

Em contestação, o INMETRO aduz que se faz necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário com o INMETROPARA. No mérito, aduz que a infração administrativa ostenta natureza formal, estando os produtos em desconformidade com as especificações das embalagens, descabendo, assim, a aferição de dolo ou de culpa. Assevera que os atos administrativos foram fundamentados e que o Código de Defesa do Consumidor, em sua art. 39, VIII, veda ao fornecedor a oferta de bens ou serviços em desacordo com as normas regulamentares. A respeito da notificação acerca da data da perícia administrativa, aduz que enviou e-mail para “comunicacao.Inmetro@br.nestle.com” com cópia para carlos.biancardi@br.nestle.com (mailto:carlos.biancardi@br.nestle.com)”. Aduz que, à luz da Lei Federal 9.333/99, não se justifica a conversão das penas em advertência e não se admite a intervenção judiciária para operar-se a redução advogada, subsidiariamente, pela autora.

Foi ratificada a antecipação de tutela deferida e determinada a anotação de suspensão do débito pela ré.

A autora concordou com a formação de litisconsórcio passivo necessário.

O IMETROPARÁ contestou a demanda, postulando, preliminarmente, a correção de seu nome (suprimindo-se o “n”), e, no mérito, aduz que as sanções foram proporcionais, vez que a autuada já tinha 43 fatos imputados contra si, sendo, assim, reincidente. Aduz que a comparação com multas aplicadas à outras empresas não se justifica, vez que o perfil das demais empresas reprimidas é diverso, inclusive revelando-se descabida a comparação quando tem-se em vista que a outra autuada era primária. Quanto à alegada ausência de notificação, a demandada aduz que

a ausência de acompanhamento da perícia foi uma opção da autora que, inclusive, sequer aventou na esfera administrativa a tese da ausência de notificação que efetivamente ocorreu, causando espécie, agora, sua alegação, contradizendo sua conduta anterior no âmbito extrajudicial. Por fim, advoga que não se justifica a suspensão da exigibilidade.

Em réplica a autora aduz que houve substancial revelia, pois não foi enfrentada em sede defensiva a ausência de notificação para comparecimento à perícia administrativa e, de resto, ratifica o quanto já argumentado na peça vestibular.

É a suma do processado. Decido, fundamentando.

O Direito Administrativo Sancionador é ramo do Direito Público, disciplina jurídica a tratar do exercício do *ius puniendi* do Poder Executivo sobre o administrado, valendo-se da potestade para cessar e reprimir condutas contrárias ao interesse da coletividade. E é diante de tal plexo normativo que será analisado o exercício do poder de polícia sobre a autora. Para tanto, cumpre, inicialmente, ter claro que o formalismo consubstancia garantia do cidadão contra o arbítrio e põe em movimento e promove as garantias do particular diante do poder estatal.

Como ensina Heraldo Garcia Vitta[1]:

“A exigência de um processo regular, de acordo com o sistema normativo, observando-se o contraditório e a ampla defesa, constitui segurança para o administrado defender-se de eventuais excessos praticados pelo Estado – pois um dos pilares do regime democrático de Direito é a segurança jurídica.”

Igualmente, Agustín Gordillo[2]:

“El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral de modo que un acto administrativo unicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, com debida audiencia y prueba del interesado, com dictamen jurídico previo, com fundamentos razonados de hecho y de derecho, em condiciones de imparcialidade, etc., entonces podrá, com algún deju de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele em tal circunstancia una presunción amplia de legitimidade. Y de todos modos ello no puede nunca amparar e lacto manifiestamente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que certo acto el lo que manifiestamente no es. El acto nulo, em consecuencia, no puede em ningún caso tener presunción de legitimidad.”

E diante disso, cumpre analisar se foi ou não cumprida a exigência constante do art. 26 da Lei Federal 9.784/99:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1o A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2o A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3o A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou **outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.** (destaque nosso)

Como leciona Fábio Medina Osório[3], “A informação é condição essencial ao exercício da plena defesa e da proteção jurídica às legítimas expectativas.”.

Note-se que se está tratando, aqui, de Direito Público de cariz repressivo, punitivo, exigindo-se com maior força a prova do cumprimento das garantias jusfundamentais. Por isso, não se aplica ao caso o quanto decidido no Recurso Especial 1.545.965 (uso de e-mail para manifestação do exercício de direito de preferência em contrato de franquia), mas sim no HC 380.774, assim ementado:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÕES. NULIDADE DO JULGAMENTO DO MANDAMUS ORIGINÁRIO. PEDIDO DE INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. TENTATIVA DE COMUNICAÇÃO FEITA POR TELEFONE E POR E-MAIL ENVIADO AO ENDEREÇO ELETRÔNICO DO ESCRITÓRIO DE

ADVOCACIA. INEXISTÊNCIA DE CONFIRMAÇÃO DE RECEBIMENTO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO IMPETRANTE. MÁCULA CARACTERIZADA.

1. É nulo o julgamento de habeas corpus proferido em sessão cuja data não foi cientificada à defesa do paciente quando há requerimento expresso nesse sentido. Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.
2. No caso dos autos, não obstante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região tenha tentado, por diversas vezes, contatar o impetrante por telefone, não logrando êxito, o simples envio de e-mail para o endereço eletrônico do escritório de advocacia informando a data em que o remédio constitucional seria examinado, sem qualquer confirmação de recebimento, não é suficiente para que se considere a formalidade implementada, ante a impossibilidade de aferir se a defesa teve, de fato, prévia ciência do dia do julgamento, o que revela a nulidade do acórdão impugnado.
3. Ante a necessidade de realização de novo julgamento do writ impetrado na origem, resta prejudicado o exame da aventada prescrição da pretensão executória.
4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do habeas corpus originário, determinando-se a sua renovação com a prévia intimação do impetrante. (STJ, HC 380774, julgado em 08.08.2017)

Com o mesmo princípio, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Recurso Extraordinário 157.905 rechaçou a citação ficta em processo administrativo sancionador em caso onde não estava provado estar o autuado em lugar incerto e não sabido.

É que como se trata de expressão de ato de poder do Estado – e não de ajuste privado ou de ato de Estado de natureza negocial – a forma legítima a expressão da Soberania, justificando a possibilidade de usar-se a força do poder público em desfavor do particular. Como o Estado tem a prerrogativa da imperatividade de seus atos que, inclusive, presumem-se motivados verdadeiramente, o iter pelo qual culmina-se com a reprimenda depende, intensamente, da promoção das garantias jusfundamentais, sob pena de descompasso com o Estado de Direito.

Descendo ao caso concreto, tem-se à folha 6 dos autos do processo administrativo comprovante de envio de e-mail enviado à autora, pela segunda demandada, às 13h42min do dia 18.12.2015.

Todavia, a ausência de confirmação de recebimento tornou duvidosa a efetiva ciência da autuada.

Diante do silêncio, cabia ao Poder Público, para garantir o contraditório e a ampla defesa, cientificar a autuada de outras formas.

Ainda que o documento apresentado indicie o envio, é certo que, nem sempre, ocorre o efetivo recebimento da correspondência eletrônica e, como trata-se de dever de quem exerce a potestade estatal garantir a participação na feitura da prova para legitimar o exercício do poder de polícia, tem-se como insubsistente a autuação sob este prisma.

É possível que tenha ocorrido a notificação, mas não se deve assumir o risco de manter-se como válida uma autuação quando, de modo unilateral em detrimento do particular, o Estado afirma que lhe deu ciência que é negada.

Note-se que, atento à gravidade das consequências de do exercício do Direito Administrativo Sancionador, o legislador não se contentou com o mero envio de notificação/intimação, exigindo, outrossim, a ciência efetiva do conteúdo do ato decisório, de modo a promover intensamente as garantias do contraditório e da ampla defesa.

O mesmo Estado que possui tantas prerrogativas para fazer valer o interesse público é o mesmo que deve velar pelo cumprimento rigoroso das garantias do particular contra si. Na medida em que se limitou a enviar e-mail, sem ter a confirmação do recebimento, e nada mais fazer, assumiu o risco de ver contra si impugnada a ciência do ato praticado.

Um e-mail pode ser considerado como uma notificação e, como tal, negócio jurídico receptício, ou seja, manifestação volitiva unilateral que tem sua eficácia condicionada ao conhecimento do destinatário. Se uma notificação para fins de cessão de crédito já exige a ciência do devedor, com muito maior razão impõe-se a efetiva oportunidade daquele que está em vias de ser punido de conhecer o teor do ato decisório praticado pela Administração Pública.

Por isso entendo que, diante do silêncio da autora, deveria ter ocorrido o uso de outra via que assegurasse inequívoca ciência do particular (p. ex. carta com A.R., notificação via cartório de notas, interpelação judicial, etc.). É possível até mesmo que um telefonema, solicitando a confirmação do recebimento do e-mail, já fosse capaz de solver o impasse.

E não se pode admitir que a palavra do Poder Público baste para afirmar que houve ciência do particular, louvando-se na presunção de veracidade dos atos administrativos. Isso porque a presunção invocada não tem o alcance advogado, não podendo, de modo algum, substituir a comprovação de cumprimento das formalidades estruturantes do devido processo administrativos e de seus corolários

(contraditório, ampla defesa, direito à prova, fundamentação concreta, etc.). Levada ao extremo, dita presunção implicaria no ônus da fazer prova de fato negativo pelo particular, sob pena de ser sancionado.

A presunção serve para manter a validade dos atos administrativos até o momento que venham a ser impugnados, momento a partir do qual se impõe a análise do ônus da prova, gravame este que, sem dúvida alguma, recai, por expressa dicção legal, sobre a Administração Pública no caso da ciência. Quando muito, o motivo do ato administrativo pode ser presumido verdadeiro em alguns casos, prevalecendo a versão da Administração Pública, mas até isso vem sendo contestado atualmente pela doutrina^[4].

Assim, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, declarando a nulidade dos autos de infração de números 2872941, 2871654, 2872935, 2872936 e 2872940.

Condeno as rés, solidariamente, a pagar honorários no valor de 10% do valor da causa, bem como ao ressarcimento e pagamento das custas.

[1] VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

[2] GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo: e acto administrativo (tomo 3)**. 5ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. V-12.

[3] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 444.

[4] GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo: e acto administrativo (tomo 3)**. 5ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. V-10-12.

SÃO PAULO, 24 de setembro de 2018.

Assinado eletronicamente por: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

24/09/2018 17:47:49

<http://pje1g.trf3.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento:



18092417474932300000010400460

IMPRIMIR

GERAR PDF