



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000485920

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005367-95.2018.8.26.0506, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AUTO POSTO THE ONE SERVICE LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

CAMARGO PEREIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1005367-95.2018.8.26.0506

Apelante: Auto Posto The One Service Ltda

Apelado: Estado de São Paulo

Interessados: Delegado Regional Tributário de Ribeirão Preto – Drt 06 e Superintendente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 19028

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUTO DE APREENSÃO. INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS. APURAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE FRAUDE METROLÓGICA NA REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. LEI 16.416/17. PORTARIA CAT 102/17. PORTARIA IPEM 211/17. Sentença que, cassando a liminar e julgando improcedente o pedido, denegou a segurança, ao fundamento de que a cassação da inscrição estadual do impetrante teria resultado de processo administrativo formal e materialmente regular. Pretensão de reforma. Possibilidade, mas em parte. Segundo os preceitos de que dispõem as normas de regência, dever-se-ia a Administração observar o prazo de 7 dias para o impetrante, ora apelante, formular quesitos e indicar assistente técnico (LE 10.177/98, art. 63, V, c) quando notificado para assistir o procedimento sancionatório de exame pericial. Do conjunto probatório, denota-se, considerando a data de notificação (09/11/17) e a de realização do exame pericial (13/11/17), não ter sido respeitado o prazo legal, eis que transcorridos somente 4 dias. Ainda que o resultado do exame pericial tenha concluído pela ocorrência de fraude metrológica na revenda varejista de combustíveis, não se pode fazer juízo de valor acerca destas questões que envolvem o mérito do procedimento administrativo se para tais conclusões os atos não foram cumpridos segundo as regras estabelecidas prévia e expressamente em lei aplicável e de observância obrigatória. Portanto, de rigor a reforma da r. sentença, para decretar a nulidade do procedimento administrativo somente a partir da notificação para assistir exame pericial, implicando em repetição dos atos subsequentes, observados os termos legais e constitucionais de regência, assim como a necessidade de uniformização dos meios utilizados para comunicar e publicitar os atos a serem expedidos pela Administração.

Recurso parcialmente provido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Auto Posto The One Service Ltda. em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, do Delegado Regional Tributário de Ribeirão Preto (DRT 06) e do Superintendente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo, objetivando, em síntese, a declaração de nulidade, com o conseqüente arquivamento, do processo administrativo contra si instaurado e cujo órgão julgador decidiu pela cassação de sua inscrição estadual, eis que teria havido violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que não lhe teria sido concedido o prazo de 7 (sete) dias de que trata a Lei Estadual nº 10.177, de 1998, para assistir exame pericial nos equipamentos apreendidos pela fiscalização em seu estabelecimento, de comercialização de combustíveis.

A r. sentença, cassando a liminar então concedida (fls. 209/210) e julgando improcedente o pedido, denegou a segurança, ao fundamento de que a cassação da inscrição estadual do impetrante teria resultado de processo administrativo formal e materialmente regular, e que teriam sido observadas todas as etapas para o contraditório, incluindo-se a ciência para o acompanhamento do exame pericial, eis que teria havido, inclusive, solicitação de alteração da data previamente agendada, cuja negativa da Administração não implicaria violação de direito, uma vez que o interesse do particular não poderia sobressair ao do interesse público, representado pelo poder de polícia ali executado pela Administração. Além disso,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a considerar que o início do procedimento fiscalizatório teria ocorrido cerca de quatro meses antes da notificação para o acompanhamento do exame pericial, caberia ao impetrante organizar-se quanto à eventual contratação e prontidão de assistente técnico, não havendo de se cogitar ter sido surpreendido (fls. 573/579).

Irresignado, interpôs o autor recurso de apelação (fls. 587/618), recebido e respondido pelas requeridas (fls. 625/630 e 656/676).

Vieram os autos conclusos a este Relator.

É o relatório do essencial.

Fundamento e voto.

Não havendo questões prejudiciais, arguidas ou tácitas em preliminar, passa-se ao exame do mérito.

De início, denota-se que o imbróglio do objeto recursal transcende as questões relativas ao devido processo legal. Conquanto tenha sido esta a tese principal, não se olvidaram as partes, assim como o magistrado de primeiro grau, de tecerem juízo de valor acerca das questões fáticas que ensejaram a cassação da inscrição estadual do impetrante, ora apelante.

Ao que se constata, o resultado do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

exame pericial teria concluído, após ensaios realizados, pela existência de material estranho no objeto periciado, tal como *“emenda do cabo do pulser com um cabo independente que desce para o subsolo”*, com capacidade de alterar *“as características construtivas da bomba”*, e cujo objetivo *“visava única e exclusivamente adulterar as indicações do instrumentos em prejuízo do consumidor”* (fl. 59).

Diante dessas circunstâncias, e considerando a prática reiterada nos últimos anos de ações do gênero, promulgou-se a Lei Estadual nº 16.416, de 2017, para determinar que:

“Artigo 1º - Será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, do posto revendedor de combustíveis automotivos que utilizar qualquer dispositivo mecânico ou eletrônico, acionado por controle remoto ou não, que acarrete o fornecimento ao consumidor de volume de combustível diverso do indicado na bomba medidora, observadas as variações volumétricas permitidas pelo órgão metrológico competente.

Parágrafo único - Também será cassada a eficácia da inscrição do posto revendedor que utilizar qualquer dispositivo que acarrete, na totalização do valor cobrado do consumidor, preço diverso do indicado na bomba medidora.”

Essas medidas são fruto de considerações feitas pelo Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo, após a verificação de fraudes que consistiriam *“na substituição, por dolo ou má fé, de componentes da placa eletrônica das bombas”*, cujo *“marcador*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dessa bomba medidora adulterada exhibe uma quantidade de combustível maior do que a efetivamente injetada no tanque do carro”, tendo sido também “identificado o uso, pelos fraudadores, de controles remotos para desativar o sistema quando chega a fiscalização” (PL 872/16).

Como se vê, são questões sérias e de suma importância para a proteção do consumidor e dos cidadãos, pois, a partir de então, as ações fiscalizatórias e punitivas da Administração passam a ser amparadas por meio de previsão legal.

No caso dos autos, essas premissas serviram para fortalecer o fundamento que ensejou tanto a aplicação punitiva da Administração quanto a ratificação da legitimidade do ato administrativo pelo Juízo *a quo* por meio da r. sentença, ainda que a questão da inobservância do prazo estabelecido pela Lei Estadual nº 10.177, de 1998, não tenha sido – diretamente – enfrentada.

O que se viu foram esforços hercúleos para justificar o ato administrativo, porque teria sido ele fundamentado a partir de fatos de extrema gravidade, exatamente como os acima aludidos e que ensejaram ampla discussão jurídica tanto pelo Executivo quanto pelo Legislativo até culminar em previsão normativa expressa.

Ocorre que sem a esmerada e adequada aplicação dos consectários do devido processo legal a busca pela verdade restará fadada ao insucesso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Segundo consignado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento com circunstâncias análogas:

“[...] assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do due process of law (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, LIV e LV. (...) O exame da garantia constitucional do due process of law permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral [...]”.

(MS 34.180MC; rel. min. Celso de Mello; Julgamento: 01/07/2016).

Não obstante toda a discussão que se prosseguiu após o exame pericial, incluindo-se as notificações e publicidade dos atos administrativos, todos os procedimentos, desde então, são nulos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A Lei Estadual nº 10.177, de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual na ausência de disciplina legal específica (art. 1º, *caput*), e tem aplicação subsidiária havendo esta (art. 2º), singulariza as normas que tratam do procedimento sancionatório nos seguintes termos:

*“Artigo 63 - O procedimento sancionatório observará, **salvo legislação específica**, as seguintes regras:*

I - verificada a ocorrência de infração administrativa, será instaurado o respectivo procedimento para sua apuração;

II - o ato de instauração, expedido pela autoridade competente, indicará os fatos em que se baseia e as normas pertinentes à infração e à sanção aplicável;

III - o acusado será citado ou intimado, com cópia do ato de instauração, para, em 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e indicar as provas que pretende produzir;

IV - caso haja requerimento para produção de provas, a autoridade apreciará sua pertinência, em despacho motivado;

V - o acusado será intimado para:

a) manifestar-se, em 7 (sete) dias, sobre os documentos juntados aos autos pela autoridade, se maior prazo não lhe for assinado em face da complexidade da prova;

b) acompanhar a produção das provas orais, com antecedência mínima de 2 (dois) dias;

*c) **formular quesitos e indicar assistente técnico, quando necessária prova pericial, em 7 (sete) dias;***

d) concluída a instrução, apresentar, em 7 (sete) dias, suas alegações finais;

VI - antes da decisão, será ouvido o órgão de consultoria jurídica;

VII - a decisão, devidamente motivada, será proferida no prazo máximo de 20 (vinte) dias, notificando-se o interessado por publicação no Diário Oficial do Estado;

VIII - da decisão caberá recurso.” (destaquei)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Como se denota, as normas dessa lei aplicam-se, em regra, subsidiariamente, pois cedem aos parâmetros estabelecidos pelas que dispõem sobre as disciplinas que exigem regulamentação específica.

Na hipótese, tem-se a Lei Estadual nº 16.416, de 2017, que trata especificamente do objeto do procedimento administrativo pelo qual teve o apelante de se submeter:

“Artigo 1º - Será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, do posto revendedor de combustíveis automotivos que utilizar qualquer dispositivo mecânico ou eletrônico, acionado por controle remoto ou não, que acarrete o fornecimento ao consumidor de volume de combustível diverso do indicado na bomba medidora, observadas as variações volumétricas permitidas pelo órgão metrológico competente.

Parágrafo único - Também será cassada a eficácia da inscrição do posto revendedor que utilizar qualquer dispositivo que acarrete, na totalização do valor cobrado do consumidor, preço diverso do indicado na bomba medidora.

Artigo 2º - As infrações referidas no artigo 1º desta lei serão apuradas na forma estabelecida pela Secretaria da Fazenda e comprovadas por meio de laudo elaborado pelo Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP ou por perito com fé pública.

Artigo 3º - A cassação da eficácia da inscrição, prevista no artigo 1º desta lei, implicará aos sócios do estabelecimento penalizado, pessoas físicas ou jurídicas, o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da cassação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Artigo 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”
(destaquei)

Em vista do quanto disposto nessa lei, expediu-se a Portaria CAT nº 102, de 2017, fixando que o referido procedimento administrativo será realizado na forma que estabelecer:

“Art. 1º O procedimento administrativo referente à cassação da eficácia da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, decorrente das infrações relativas a volume e preço praticadas por posto revendedor de combustíveis, previstas no artigo 1º da Lei 16.416, de 11-05-2017, será realizado na forma estabelecida nesta portaria.

Art. 2º Ao Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP cabe, por delegação e nos termos do artigo 8º da Lei Federal 9.933, de 20-12-1999, a apuração e comprovação das infrações referidas no artigo 1º, bem como o julgamento administrativo de defesa ou recurso interposto pelo contribuinte contra as suas conclusões.

Art. 3º Formalizada pelo IPEM-SP, junto à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, a constatação das infrações referidas no artigo 1º, e estando administrativamente encerrados os respectivos procedimentos no âmbito do referido Instituto, caberá ao Delegado Regional Tributário da área de vinculação do estabelecimento determinar a cassação da eficácia da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS e o seu enquadramento como INAPTA.

Parágrafo único. O ato relativo à cassação previsto no 'caput' será publicado, mediante edital, no Diário Oficial do Estado.

Art. 4º Da decisão que tenha determinado a cassação da eficácia da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caberá recurso ao Diretor Executivo da Administração Tributária, sem efeito suspensivo, no prazo de 30 (trinta) dias contados de sua publicação no Diário Oficial do Estado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

§ 1º A decisão do Diretor Executivo da Administração Tributária será definitiva no âmbito administrativo.

§ 2º Sendo favorável ao contribuinte a decisão do Diretor Executivo da Administração Tributária, a eficácia da inscrição será restabelecida e divulgada por meio de publicação no Diário Oficial do Estado.

Art. 5º A cassação da eficácia da inscrição de estabelecimento, em razão das hipóteses previstas nesta portaria, sujeitará os sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, às seguintes restrições, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da cassação (Lei 16.416/17, art. 3º):

I - o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em outro estabelecimento;

II - impossibilidade de obter inscrição de nova empresa no mesmo ramo de atividade.

Art. 6º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

E considerando a promulgação da Lei Estadual nº 16.416 e a expedição da Portaria CAT nº 102, o Instituto de Pesos e Medidas do Estado expediu a Portaria IPEM nº 211, de 2017, a fim de justamente regular o processo administrativo de apreensão de dispositivos com indícios de fraude metrológica na revenda varejista de combustíveis, para ainda dispor:

*“Artigo 9º - O MLLAB deverá notificar o fiscalizado, **indicando hora, dia e local da realização do exame pericial, via diário oficial, para que, querendo, acompanhe o procedimento ou faça-se representar por procurador devidamente constituído.***

Artigo 10º - Na hora, dia e local indicados na notificação, a que se refere o artigo anterior, será realizado o exame pericial, não sendo possível seu adiamento, a não ser em caso de força maior.

Artigo 11 - Antes da realização do exame será dada vista ao fiscalizado de que o produto apreendido se encontra devidamente lacrado e de que o número do lacre corresponde ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indicado no auto de apreensão, tratando-se, portanto, do mesmo produto.

Parágrafo Único. Em caso de não comparecimento do fiscalizado ao exame pericial, o agente competente consignará o fato no laudo pericial.

Artigo 12 - Após a realização do exame pericial será elaborado, pelos técnicos do MLLAB, o competente laudo pericial, o qual servirá de meio de prova no procedimento descrito na Lei Estadual nº 16.416/2017 e pela Portaria CAT 102 de 16 de outubro de 2017.” (destaquei)

Não havendo “*disciplina legal específica*” ou “*legislação específica*”, segundo a Lei Estadual nº 10.177, de 1998, esta regulará os atos e procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública Estadual.

Muito embora, como visto, tenham sido expedidos atos normativos acerca dos procedimentos fiscalizatórios, nada há de específico acerca do prazo para questionar, impugnar, responder, a notificação sobre a realização do exame pericial.

Sendo assim, e tratando-se de procedimento sancionatório, dever-se-ia a Administração Pública ter observado o disposto no artigo 63, inciso V, alínea c, da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, para que fosse garantido ao apelante o prazo mínimo de 7 (sete) dias, para “*formular quesitos e indicar assistente técnico*”, uma vez que constatada a necessidade de “*prova pericial*”.

Haja vista o conjunto probatório destes autos, denota-se, considerando a data de notificação (09/11/17) e a de realização do exame pericial (13/11/17), não ter sido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

respeitado o prazo legal, eis que, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento (art. 92, *caput*), transcorreram-se apenas e tão somente 4 (quatro) dias, os quais, tanto para o legislador quanto para o averiguado, no caso, são insuficientes para, conforme salientado, acima, em julgado do STF, a garantia da *“prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, LIV e LV”*.

Esses foram, ademais, os termos pelos quais o Juízo *a quo*, em sede de análise de pedido de liminar, serviu-se para concedê-la, determinando a suspensão do ato administrativo que cassou a inscrição estadual do impetrante, ao denotar *“que a notificação para acompanhamento da perícia (fl. 54) ocorreu apenas três dias antes do ato, em aparente violação ao artigo 63, V, 'c' da Lei Estadual nº 10.177/1998, que prevê o prazo de sete dias para formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos no âmbito do procedimento administrativo”* (fls. 209/210).

Ainda que o resultado do exame pericial tenha concluído, após ensaios realizados, pela ocorrência de fraude metrológica na revenda varejista de combustíveis, não se pode fazer juízo de valor acerca destas questões que envolvem o mérito do procedimento administrativo se para tais conclusões os atos não foram cumpridos segundo as regras estabelecidas prévia e expressamente em lei aplicável e de observância obrigatória.

Por fim, cabe ainda consignar que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ausência de uniformização dos meios pelos quais a Administração dá publicidade de seus atos também pode redundar em prejuízos ao contraditório e à ampla defesa, conforme já decidido por esta E. Corte:

“ADMINISTRATIVO. Processo administrativo instaurado para cassação de inscrição. Posto de combustíveis. Poder de Polícia. Limitação do exercício da atividade econômica. Violação à ampla defesa e ao contraditório pela ausência de regular intimação do resultado da decisão da autoridade fiscal, impedindo-o de interpor tempestivamente o recurso competente. Recurso parcialmente provido.

[...] essa diversidade absoluta de formas de comunicação com o administrado implica consideravelmente em favor da impetração, levando-se em conta sopesar que a impetrante pode de fato ter sido induzida a erro, ou seja, a acreditar que seria intimada por seu endereço eletrônico de contribuinte, o que de fato não ocorreu no decorrer em nenhum momento da tramitação do processo administrativo em referência. Afinal de contas, apesar de a Administração ter a faculdade de escolher o modo de comunicação que mais lhe aprouver, uma vez eleita, não lhe é lícito, unilateral e arbitrariamente, realizar a comunicação por outro meio sem a prévia notícia dessa circunstância, porquanto atitude afrontando-o de surpresa. O cenário descrito, pois, revela desrespeito ao elemento primordial das relações entre a Administração e o administrado (e aos princípios da lealdade, e da boa-fé), na medida em que, seguindo a orientação ou o procedimento adotado desde o início pela própria Administração (que leva a crer a existência de Domicílio Eletrônico de Contribuinte cadastrado, que implicaria na sua necessária utilização), a impetrante aguardou sua regular intimação acerca dos andamentos do procedimento administrativo por essa via eletrônica (DEC), o que, não tendo ocorrido, implicou perda de prazo para a interposição do competente recurso a traduzir, por consequência, inadmissível cerceamento de defesa. A ausência de sistematização ou padronização na comunicação com o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fiscalizado, no caso, depõe contra a Administração, arredando-lhe a presunção relativa de validade, porquanto não se cumpriu, em outras palavras, o devido processo legal administrativo. [...].”

(Apelação Cível 1006311-98.2018.8.26.0053; Relator: Coimbra Schmidt; 7ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 05/11/2018; V.U.).

Portanto, de rigor a reforma da r. sentença, para, concedendo-se parcialmente a segurança, decretar a nulidade do procedimento administrativo descrito na exordial somente a partir da notificação para assistir exame pericial, implicando em repetição deste e dos atos subsequentes, observados os termos legais e constitucionais de regência, e mantendo-se os demais procedimentos tal como formalizados, além da necessidade de uniformização dos meios utilizados para comunicar e publicitar os atos a serem expedidos pela Administração.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

CAMARGO PEREIRA
Relator