



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017.

Assunto: Parecer Técnico nº 17/2017.

Exmo. Sr. Coordenador do Procon/MG,

Em atenção à consulta formulada por integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor de Minas Gerais à Coordenação do Procon-MG, a respeito da juridicidade/legalidade da aplicação da fiscalização orientadora prevista no *caput* e respectivos parágrafos do artigo 55 da Lei Complementar Federal 123/2006, no âmbito das fiscalizações realizadas por órgãos de defesa do consumidor, segue o parecer em anexo.

Atenciosamente,


Christiane Vieira Soares Pedersoli

Analista do Ministério Público
Assessoria Jurídica da Coordenação do Procon/MG

Aprovo a análise anexa. Encaminhe-se
ao consulente.

Belo Horizonte, 28/11/17



Amauri Artimos da Matta
Promotor de Justiça
Coordenador do Procon-MG

EXMO. SR.
AMAURI ARTIMOS DA MATTA
PROMOTOR DE JUSTIÇA
COORDENADOR DO PROCON-MG
NESTA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

PROCEDIMENTO DE APOIO À ATIVIDADE-FIM Nº
MPMG- PAAF 0024.17.016712-6
Assessoria Jurídica da Coordenação do Procon-MG

Origem: Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC)

Ementa: Dupla Visita – Análise dos efeitos do artigo 55 da Lei Complementar Federal nº 123/2006, que institui a fiscalização prioritariamente orientadora no âmbito dos Procons e das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017.

Senhor Coordenador do Procon-MG:

Os integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor de Minas Gerais (SEDC/MG) têm se deparado com incertezas e dúvidas sobre os procedimentos fiscalizatórios a serem adotados em razão do teor do *caput* e respectivos parágrafos do artigo 55 Lei Complementar Federal 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Tais dispositivos, alterados pelas Leis Complementares nº 147, de 07 de agosto de 2014 e 155, de 27 de outubro de 2016, inferem que a fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, **de relações de consumo** e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser **prioritariamente orientadora** quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento, sendo que a inobservância desse critério implica nulidade de eventual auto de infração lavrado. A adoção de procedimento fiscalizatório em uma primeira oportunidade do tipo orientador, para, em outra ação, proceder à lavratura de auto de infração, é o que se denomina segunda visita.

Originalmente, o *caput* do artigo 55 da Lei Complementar Federal não continha a expressão “de relações de consumo”, a qual foi introduzida pela LC 155/2016. Diversas determinações trazidas, em tese, por essa última norma, inclusive a instituição da segunda visita, deverão ser cumpridas a partir de **1º de janeiro de 2018** (início de vigência das alterações promovidas pela LC 155/2016).

Todavia, a redação final do *caput* da Lei Complementar Federal 123/2006 apresenta indiscutíveis imprecisões aos operadores do direito do consumidor, o que torna, no momento, temerária a decisão por modificações em ações fiscalizatórias sem uma análise prévia. Para identificar tal circunstância, basta breve análise do dispositivo, abaixo transcrito:

Lei Complementar nº 123/2006

[...]



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, **de relações de consumo** e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser **prioritariamente orientadora** quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar **grau de risco compatível com esse procedimento**. (grifamos)

Ao operador do direito não é dado caminho para interpretação do vocábulo “prioritariamente”, tampouco são indicados meios para medição do grau de risco de uma atividade para identificação daquelas compatíveis com a dupla visita ou não. Sobre esse fator, o § 3º do artigo 55 da LC 123/2006 simplesmente atribui aos órgãos e entidades competentes a definição das atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto:

§ 3º Os órgãos e entidades competentes definirão, em 12 (doze) meses, as atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto, as quais não se sujeitarão ao disposto neste artigo.

Ademais, o indigitado dispositivo também não elenca quais seriam os órgãos e entidades competentes para proceder à necessária definição.

Vê-se, então, que questões razoavelmente complexas não foram elucidadas pela LC 123/2006, LC 147/2014, LC 155/2016 ou qualquer outra norma, cabendo aos integrantes dos sistemas fiscalizatórios afetados exercícios hermenêuticos precisos para condução de suas ações.

Sendo certo que a vigência plena da disposição do artigo 55, *caput*, da Lei Complementar Federal 123/2006 está prevista para 1º de janeiro de 2018, cabe aos integrantes dos sistemas de defesa do consumidor buscar diretrizes concretas para suas ações fiscalizatórias, tendo, entre seus objetivos, a adoção de comportamentos coerentes entre si, justos em relação ao fiscalizados e, principalmente, em consonância com ditames e princípios constitucionais e do sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor.

Nessa perspectiva, a principal questão a ser analisada é:

- As alterações legislativas promovidas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte obedecem aos princípios e valores constitucionais e às normas do sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor?;

A temática será vislumbrada na perspectiva da Constituição da República de 1988 e das normas (princípios e regras) aplicáveis ao sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

2. DOS FUNDAMENTOS

2.1. Enquadramento Constitucional da ME e EPP

O fundamento constitucional do tratamento favorecido para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte está contido nos artigos 170 e 179, da Constituição da República de 1988, os quais se inserem nos Princípios Gerais da Atividade Econômica, *verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (grifamos)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Ao inserir o tratamento jurídico diferenciado (favorecido) para microempresas e empresas de pequeno porte, a Constituição preconizou a necessidade de uma política pública voltada a conferir benefícios às pequenas empresas, no intuito **de reduzir a desigualdade existente entre essas e as grandes empresas.**

Não se pode perder de vista que os princípios constitucionais são mandamentos de otimização, na doutrina de Robert Alexy (2010). Desse modo, “são princípios as normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível em atenção às perspectivas fáticas e jurídicas” (tradução nossa, p. 104). Assim, a aplicação dos princípios admite ponderação, devendo sempre ser interpretados em conjunto com outros princípios constitucionais.

A concretização do tratamento favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte deve ser realizada em conjunto com a proteção constitucional do consumidor, direito fundamental previsto nos artigos 5º, XXXII e 170, V, da CR/88. Assim, a partir da ponderação dos princípios, encontra-se o desejável equilíbrio entre os valores constitucionalmente garantidos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

2.2 - Marco Legal da ME e EPP

Dando concretude ao preceito constitucional do Tratamento Jurídico Favorecido para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a Lei Complementar nº 123/2006 prevê normas gerais a serem aplicadas ao referido tratamento, especialmente no que se refere:

- I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;
- II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
- III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.
- IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (grifamos)

O conceito de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é trazido pelo artigo 3º da mesma lei, *verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

- I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
- II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

O texto original da LC 123/2006, assim dispunha em seu artigo 55, *verbis*:

A fiscalização, no que se refere aos aspectos **trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, e de segurança** das microempresas e empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse **procedimento**. (grifamos)

A LC 123/2006 sofreu duas alterações relevantes para a presente análise. A primeira ocorreu pelo advento da Lei Complementar Federal nº 147, de 07 de agosto de 2014. Entre outras alterações, ela alterou o texto do artigo 55 da LC 123/2006, para incluir a fiscalização



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

orientadora para o aspecto de “uso e ocupação do solo” de **microempresas** e empresas de pequeno porte.

A segunda alteração ocorreu pelo advento da Lei Complementar Federal nº 155, de 27 de outubro de 2016. A partir dela, o rol de aspectos sujeitos à fiscalização orientadora aumentou novamente, para incluir o âmbito das “**relações de consumo.**”

2.3 – Conflito entre a LC 123/2006 (alterada) e a CR/88

A alteração promovida pela LC 155/2016 à LC 123/2006 fez inserir no texto legal da última a fiscalização orientadora no âmbito das relações de consumo, o que não existia até então, havendo somente a previsão para os aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte. Referida alteração precisa ser analisada à luz do tratamento constitucional previsto no artigo 179, CR/88.

Mencionado dispositivo é taxativo ao prever que o tratamento favorecido para as pequenas empresas é aplicável para simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Obrigações administrativas dizem respeito à própria constituição e regular funcionamento das empresas, como escrituração e documentação de seus atos, registro de atos constitutivos, bem como obrigações acessórias que repercutam em suas obrigações principais de natureza financeira. Entende-se que não se incluem dentre as obrigações administrativas o processo administrativo. As obrigações tributárias e previdenciárias estão bem definidas nas respectivas leis que as regem, sendo exemplos o registro de empregados e o recolhimento de contribuições e cumprimento de obrigações junto ao INSS, FGTS e Sindicatos. Por fim, as obrigações creditícias dizem respeito, por exemplo, àquelas relacionadas à obtenção de linhas de crédito, bem como ao acesso a recursos para projetos e programas de apoio.

Portanto, em nenhuma das obrigações citadas no preceito constitucional é possível enquadrar as obrigações pertinentes às relações de consumo. Tem-se, assim, a inconstitucionalidade da inclusão das relações de consumo no Estatuto da ME e EPP, vez que o legislador exorbitou os limites constitucionais do tratamento favorecido, o que não se pode admitir.

2.4 – Conceitos jurídicos indeterminados da Lei Complementar 123/2006

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de caráter genérico e abstrato previstos em determinadas normas. Conforme Moreira (1988):



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

[...] na fixação de conceitos jurídicos indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nesse operação concretizadora, sobretudo quando ela envolve, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor. (MOREIRA,1988, p.64).

A LC 123/2006, com as alterações promovidas, traz algumas imprecisões correspondentes a conceitos jurídicos indeterminados. São elas: o vocábulo “prioritariamente” e a expressão “grau de risco compatível com esse procedimento.”

Judith Martins-Costa e Gerson Branco (2002) dispõem que “conceitos jurídicos indeterminados” seriam aqueles “cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos”.

2.4.1 - Vocábulo “prioritariamente”

A LC 123/2006 prevê em seu artigo 55, *verbis*:

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, **de relações de consumo** e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser **prioritariamente orientadora** quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. (grifamos)

Prioritariamente orientadora é um termo bastante vago e genérico, o qual deixa dúvidas quanto à forma de aplicação. Prioritariamente será analisada em cada caso concreto? Ou antes da ação fiscalizatória já serão definidos parâmetros a serem seguidos? A orientação pode ocorrer na forma de uma notificação?

Em uma breve análise, vê-se que as inúmeras perguntas mostram que a margem de discricionariedade deixada ao aplicador da norma é tanta que causa enorme insegurança.

2.4.2 - Expressão “grau de risco compatível com esse procedimento”

Ademais, vale atentar para a utilização da expressão “grau de risco compatível com esse procedimento”. Outra imprecisão trazida pela LC 123/2006, que possibilita um sem-número de interpretações:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

- a) Grau de risco compatível seriam as práticas infrativas que não violam os preceitos do artigo 6º, I, CDC (Art. 6º, CDC. *São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*)?
- b) Grau de risco compatível seriam as práticas cometidas por infratores primários?
- c) Grau de risco compatível seriam as práticas para as quais o Código de Defesa do Consumidor comina apenas a pena de multa?
- d) Grau de risco compatível seriam as práticas que violam apenas o direito de informação do consumidor, sem representarem risco iminente?

Enfim, apenas para citar algumas interpretações possíveis para a expressão utilizada e que precisariam de maior definição por parte do legislador.

2.5 – Conflito entre as sanções previstas no CDC e a dupla visita da LC 123/2006

A atuação dos órgãos de defesa do consumidor é regida pela Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a qual não dispõe, no rol exaustivo de sanções elencadas no artigo 56, sobre a advertência ou medida similar como a fiscalização orientadora, *verbis*:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de **Proteção** e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

A conclusão da Junta Recursal do Procon-MG é de clareza solar, quando reconhece a impossibilidade de que o agente fiscal ou a autoridade administrativa simplesmente advirta/oriente o **infrator**, sob pena de ser configurado o delito de prevaricação:

É de se ver que a atuação do Órgão de Fiscalização é vinculada à legislação em vigor. Havendo a tipificação legal, não pode o agente fiscal ou a autoridade administrativa, sob pena de prevaricação, deixar de atuar e simplesmente “notificar” ou “advertir” o infrator – como quer o recorrente. Advertência, aliás, sequer consta do rol exaustivo de sanções elencados no art. 56 do CDC. O caráter “educativo” da atuação do Procon – cujo foco principal é a conscientização dos consumidores acerca de seus direitos – não exime ninguém de conhecer a Lei (art. 3º, LICC), notadamente os fornecedores em face das obrigações inerentes ao seu ofício. (Recurso n.º 246.598/04, da Comarca de Governador Valadares) (grifou-se)

Há, dessa forma, antinomia entre a inovação trazida pelo artigo 55 da LC 123/2006 (dupla visita) e a lógica de procedimento a ser adotada pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, pelo que verificando a fiscalização a existência de infrações às normas consumeristas, haverá a regular expedição do auto de infração, que será encaminhado às autoridades administrativas de defesa do consumidor para análise e, se for o caso, aplicação das sanções administrativas cabíveis. O instituto da dupla visita deve ser afastado, por se chocar com as determinações do CDC, que é norma cogente.

3 – Conflito entre as sanções previstas no CDC e a dupla visita da LC 123/2006

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que:

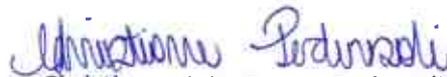
- a) A inclusão da expressão “relações de consumo” no texto da LC 123/2006, artigo 55, é inconstitucional, vez que o legislador exorbitou os limites constitucionais do tratamento favorecido previsto no artigo 179, CR/88. **Necessária, portanto, a urgente representação pela arguição de inconstitucionalidade da referida alteração legislativa;**
- b) A utilização de conceitos jurídicos indeterminados no artigo 55, da LC 123/2006 (vocábulo “prioritariamente” e expressão “grau de risco compatível com esse procedimento”) trazem imprecisões que provocam discricionariedade e insegurança, pelo que, ainda que não se tratasse de norma inconstitucional, dificultariam a aplicação da norma;
- c) O instituto da dupla visita choca-se frontalmente com o Código de Defesa do Consumidor (norma cogente), que não prevê a orientação/advertência como uma possibilidade a ser adotada pela fiscalização, **devendo ser afastada pelos órgãos de defesa do consumidor.**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

É o parecer.

Atenciosamente,


Christiane Vieira Soares Pedersoli
Analista do MPMG
Assessoria Jurídica/Procon-MG

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *In*: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García, *org.*, **El Canon Neoconstitucional**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.078. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 17 ago.2017.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 123. **Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 21 nov.2017.

BRASIL. Decreto Federal nº 2181. **Decreto Federal nº 2.181 de 20 de Março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117/119.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *In*: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.64 [2ª Série]



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-MG

SOUZA, André Boccuzzi de. *A instituição da “dupla visita” no âmbito da fiscalização das normas de defesa do consumidor.* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257033,71043-A+instituicao+da+dupla+visita+no+ambito+da+fiscalizacao+das+normas+de>. Acesso em: 17.11.2017.

SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; SILVA, Rodrigo Tellechea. O regime especial da lei 11.101/2005 para as microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1202. Acesso em: 17.11.2017.