



DIREITO DO CONSUMIDOR

A fiscalização orientadora no Direito do Consumidor

Paralelo com outros ramos e casos não aplicáveis

CHRISTIANE PEDERSOLI

19/10/2018 15:00



Crédito: Pixabay

1. Introdução

O intuito do presente artigo é analisar os procedimentos fiscalizatórios a serem adotados pelos órgãos de defesa do consumidor 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.

+JOTA: Faça o cadastro e leia até dez conteúdos de graça por mês!

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, cuja vigência começou em 1º de janeiro de 2018.

Oportuna e essencial no presente estudo é a análise de paralelos existentes da dupla visita na fiscalização de outros órgãos, tais como no Ministério Público do Trabalho, Ibama e Inmetro. Dessa forma, pretende-se verificar situações e atividades para as quais a fiscalização na forma de dupla visita tem sido adotada.

2 – Marco Legal da Micro Empresa –ME e Empresa de Pequeno Porte – 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, *verbis* (artigo 1º):

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, sendo a primeira aquela sociedade ou empresa individual, devidamente registrada, que aufera em cada ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000 (trezentos e sessenta mil) reais e a segunda aquela que 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.

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)*

§ 1º *Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.*

§ 2º (VETADO).

§ 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.*

§ 4º *O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos **arts. 39 e 40 desta Lei Complementar**. (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 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.”** A partir da referida inclusão, os órgãos fiscalizatórios que integram o Sistema

Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), seguindo os critérios legais, deverão observar a dupla visita.

3. Paralelo da dupla visita em ramos do Direito

Considerando que a fiscalização orientadora não é algo novo no ordenamento jurídico pátrio, já sendo prevista e aplicada em determinados ramos do Direito, inclusive com atos normativos próprios e análise jurisprudencial, oportuna é a sua análise comparativa.

3.1. Dupla Visita no Direito do Trabalho

No Direito do Trabalho, a fiscalização orientadora é cabível nos seguintes casos, *verbis*:

- a) nos casos de legislação nova, não importando o porte da empresa, pois o art. 627 da CLT não distingue;
- b) na primeira inspeção de locais de trabalho recentemente inaugurados, também não importando o porte da empresa, pelas razões expostas na letra anterior;
- c) sempre quando o empregador tiver até 10 (dez) empregados, conforme dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei n. 7.855/89;
- d) sempre quando o empregador for microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme o art. 2º da Lei n. 9.841/99 e, atualmente, art. 1º, I e II, do Decreto n. 5.028/2004.

No ramo trabalhista, não se admite a dupla visita para infrações respeitantes à falta de registro, falta de anotação da CTPS, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Quanto à formalização da dupla visita, há notificação do fiscalizado, a qual fixa prazo para a visita seguinte, nos termos do artigo 23, § 3º, do Regulamento da Inspeção do Trabalho. Nesse sentido, a Portaria Interministerial nº 3.158/71 estipula que, entre 2 e 8 dias da primeira visita, será feita nova fiscalização.

3.2. Dupla Visita no Direito Ambiental

A fiscalização orientadora no Direito Ambiental é cabível quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte, a teor do que dispõe a Lei

Complementar nº 123, de 2006, artigo 55.

Dando concretude ao texto legal, foi editada a Instrução Normativa IBAMA nº 08/2014, que estabelece critérios para a fiscalização orientadora, no que se refere ao aspecto ambiental, destinada às microempresas e empresas de pequeno porte, aplicável às atividades ou situações que, por sua natureza, comportem grau de risco compatível com esse procedimento, nos termos da Lei Complementar nº 123 de 2006.

As hipóteses são taxativamente previstas no artigo 2º da referida Instrução para a pessoa jurídica que, por exemplo, deixou de se inscrever no Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental, utilizou motosserra sem licença da autoridade ambiental competente, não atendeu à determinação de autoridade ambiental competente para apresentar documentos, entre outros casos.

Importante destacar que não se aplica a dupla visita no Direito Ambiental à empresa que:

I – não comprovar a condição de pessoa jurídica microempresa ou de pequeno porte, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006;

II – caracterizar-se reincidência específica; ou

III – houver fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

A mesma norma (Instrução Normativa IBAMA nº 08/2014) dispõe, como forma de cumprimento da dupla visita, que o agente ambiental federal notificará a pessoa jurídica, pessoalmente ou por meio de correspondência encaminhada com aviso de recebimento – AR convencional ou digital, concedendo-lhe prazo cabível para regularização. Ademais, pode ser considerada como primeira visita a notificação enviada previamente à visita física, quando se tratar de solicitação de regularização ambiental.

3.3. Dupla Visita no âmbito no Inmetro

O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), dando cumprimento ao Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, expediu a Portaria nº 436, de 10 de dezembro de 2007.

Mencionada Portaria prevê que estão sujeitas à dupla visita:

Artigo 4º. As irregularidades de caráter formal que, em princípio, não ensejam prejuízos materiais ao consumidor, quando não configurem tratamentos desiguais à livre concorrência e que não apresentam alto grau de risco, serão objeto, na primeira visita, de fiscalização orientadora, devendo-se notificar o responsável pela microempresa ou empresa de pequeno porte do fato típico à necessária regularização. (grifamos)

Ademais, referido ato normativo elenca uma série de situações em que a fiscalização orientadora não é cabível, tais como, no caso de produtos pré-medidos, quando constatadas diferenças de peso, de volume, de unidades e dimensão, fora das tolerâncias legais, seja nos critérios individual e/ou da média; quando verificada dupla indicação quantitativa; erro no espaço vazio devido na embalagem; anexação de brinde de forma irregular, entre outras situações (artigo 1º). Outra hipótese em que não caberá dupla visita é quando ocorrer erro de medição fora da tolerância legal, quando a leitura da medição encontrar-se obstruída ou quando constatado qualquer fato típico que propicie prejuízo material ao consumidor e/ou alto grau de risco na operação do instrumento (artigo 3º).

A legitimidade da Portaria Inmetro 436/2007 já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que proferiu a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. MICROEMPRESA. AUTOS DE INFRAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA DUPLA VISITAÇÃO. ART. 55 DA LC 123/06. ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO NA PORTARIA INMETRO 436/2007. NORMA QUE NÃO SE REVESTE DO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 1. As infrações praticadas pelos microempresários, de acordo com o art. 55 da LC 123/06, tem como regra, para autuação, a dupla visita (§ 1º), dispensando-se esse critério quando definida como infração fora da zona de alto risco (§ 3º) 2. A Portaria 436/2007 foi editada pelo INMETRO para estabelecer quais as atividades de alto risco, complementando a exigência da LC 123/06 3. O Tribunal de Apelação considerou estar as infrações cometidas fora da zona de alto risco, situação que, pela lei complementar, não dispensa a dupla visita. [...]. (STJ – REsp: 1257391 RS 2011/0126220-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/06/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2013)

4. Dupla visita no Direito do Consumidor

O artigo 55 da LC 123/2006 determina que a fiscalização para microempresas e empresas de pequeno porte será prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse

procedimento. Ademais, no § 1º, tal dispositivo elenca situações nas quais a dupla visita não será observada. São elas:

- a) quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS,
- b) na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

A hipótese descrita na alínea “a” é aplicável no contexto das relações trabalhistas. As demais ressalvas, contidas na alínea “b”, podem constituir um ponto de partida para indicação das situações nas quais não caberá o critério da dupla visita no Direito do Consumidor. A partir delas, podemos extrair a *Mens Legislatoris*, ou seja, o espírito, a intenção do legislador ao prever a dupla visita e os casos em que ela não deve ser admitida. As normas devem – nesse sentido – ser sempre interpretadas de forma a se proteger os alcances pretendidos pelo legislador.

Quanto às demais hipóteses, vejamos:

– **Reincidência (artigo 55, § 1º, LC 123/06)**: o infrator reincidente é aquele que já foi condenado por prática infrativa anterior às normas que protegem o consumidor, por decisão administrativa irrecorrível, nos termos do artigo 27 do Decreto Federal nº 2.181/97. Ou seja, ele já praticou anteriormente infração devidamente apurada e, portanto, voltou a praticar. Ele não pode ser “premiado” com o instituto da dupla visita. Conclui-se, portanto, que para ser aplicada a fiscalização orientadora, o fornecedor microempresa ou empresa de pequeno porte deverá ser primário quanto às normas consumeristas.

– **Fraude (artigo 55, § 1º, LC 123/06)**: o fornecedor que fraudula algo atenta diretamente contra o princípio da boa-fé objetiva, da indisponibilidade de direitos, da liberdade de escolha e da dignidade da pessoa humana, princípios que perpassam diversos direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Decreto Federal nº 2.181/97.

– **Resistência ou embaraço à fiscalização (artigo 55, § 1º, LC 123/06)**: a conduta perante a fiscalização do órgão e perante a autoridade administrativa de defesa do consumidor deve ser um requisito geral a ser observado para observância da fiscalização orientadora. Havendo qualquer tipo de resistência ou embaraço, por parte do fornecedor, não deve ser admitida a dupla visita para microempresas e empresas de pequeno porte.

Entende-se também não caber a fiscalização orientadora nos seguintes casos:

- **Grau de risco seja considerado alto (artigo 55, § 3º, LC 123/06)**: outra exceção prevista pelo artigo 55 da LC 123/2006, em que não caberá a dupla visita, consiste nas atividades e situações consideradas de **alto risco para o consumidor**. Para definição dessas atividades e situações, deve-se primeiramente considerar aquelas que apresentam risco ou dano efetivo à vida, saúde ou segurança do consumidor. Verificando as práticas infrativas do Código de Defesa do Consumidor e do Decreto Federal nº 2.181/97, podemos vislumbrar que a conduta supostamente infratora, pela sua natureza iminente (alto risco), representando risco ou dano efetivo à vida, saúde ou segurança do consumidor, não é passível de dupla visita. Mesmo porque, se a fiscalização optar por aguardar o decurso do prazo para a segunda visita, o dano ao consumidor já poderá ter se consumado.
- **Crimes contra as relações de consumo**: lado outro, tendo em vista o caráter mais gravoso de todas as condutas que configuram supostos **ilícitos penais**, não se pode admitir a dupla visita quando a prática apurada possivelmente configurar **crime contra as relações de consumo**, inserindo-se no Direito Penal do Consumidor (artigos 61 a 80 do Código de Defesa do Consumidor, Código Penal e leis especiais).
- **Fornecedor que não comprova a sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte**: entende-se não ser cabível a dupla visita para o fornecedor que não comprovar a condição de pessoa jurídica microempresa ou de pequeno porte, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

5. Conclusão

Não obstante o comando legal do Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte trazer de forma específica determinadas hipóteses em que a dupla visita não será cabível no Direito Consumerista, a prática é que revelará como ocorrerá a implementação do novo instituto pelos órgãos de defesa do consumidor. Ademais, a própria norma possibilita aos órgãos competentes definir as atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto, às quais não será aplicada a fiscalização orientadora.

Por fim, é importante destacar que algumas análises deverão ser realizadas em cada caso concreto, pela autoridade administrativa de defesa do consumidor, sendo sempre observado o devido processo legal.

CHRISTIANE PEDERSOLI – Analista do Ministério Público. Assessoria Jurídica do Procon-MG. Mestre em Direito Público.