

VOTO Nº 188/2023/SEI/DIRE2/ANVISA

Processo ROP 16 nº 25351.900033/2023-05

Processo Datavisa (PAS) nº 25069.650540/2017-21

Expedientes do Recurso 2ª: 4285013/22-3

Analisa recurso administrativo de segunda instância contra decisão de autuação por exposição e propaganda irregular do produto Kent, no evento Rock in Rio 2017, bem como venda ambulante fora de estabelecimento comercial.

Área responsável: GGTAB

Relatora: Meiruze Sousa Freitas

1. Relatório

Trata-se de recurso administrativo submetido à ANVISA pela empresa SOUZA CRUZ LTDA, em desfavor da decisão proferida em 2ª instância pela Gerência-Geral de Recursos (GGREC) na 6ª Sessão de Julgamento Ordinária (SJO), realizada em 09 de março de 2022, na qual foi decido, por unanimidade, CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, acompanhando a posição do relator descrita no Voto nº 095/2022 - CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

A empresa SOUZA CRUZ LTDA foi autuada, no exercício da fiscalização sanitária, quando se verificou a

conduta: “realizar propaganda do produto KENT®, onde se verifica a presença de elementos de marca do referido produto, bem como executar a venda por meio de ambulante”, posteriormente condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 100.000 (cem mil reais), com a devida atualização monetária.

No processo consta foto do local denominado “tabacaria”, com a identidade visual da marca Kent® (um K em um fundo azul), acompanha-se também foto da embalagem, a fim de confirmar que se trata da identidade visual do produto, na foto aproximada se vê a identidade visual do produto em um fundo azul, com diversas caixinhas do produto, uma outra foto do vendedor ambulante autorizado pelo festival com expositor contendo o produto para venda.



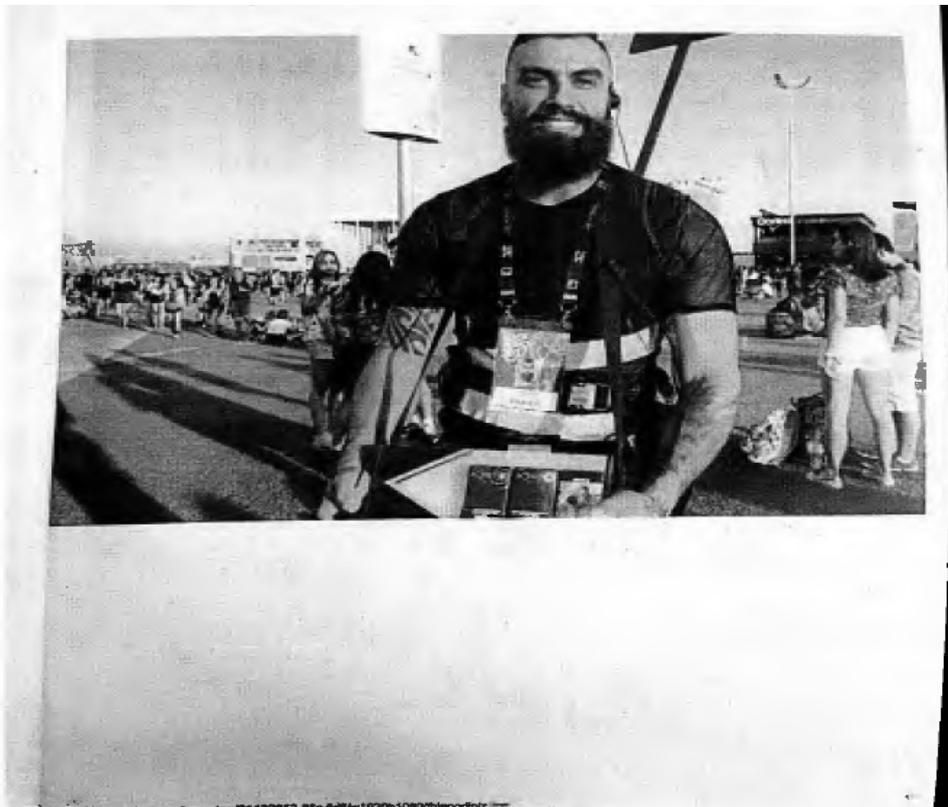


Foto 1. Vendedor ambulante, em conduta expressamente contrária ao disposto no art. 3º, *caput* da Lei 9.294/1996 e violação ao inciso I, do art. 7º do Decreto 3.157/1999. Infração Sanitária tipificada no art. 9º, da Lei 9.294/1996, c/c art. 3º, *caput*, e art. 7º, I do Decreto 3.157/1999 (com a redação dada pelo Decreto nº8.262, de 2014; bem como art. 9º, c/c art. 3º -A, VI da Lei 9.294/1996.



Expositor: Elementos de marca do expositor de Kent®



Embalagens vigentes em outubro de 2017: elementos de marca produto Kent®

O parecer que fundamentou a lavratura do auto de infração, com data de 08/11/2017, informa as irregularidades: em primeiro lugar, a presença de expositores e, em segundo, a violação ao inciso V do art. 2º da Lei 9.294, de 1996, que afirma que o local de venda deve ser obrigatoriamente área ou espaço físico delimitado localizado no interior de estabelecimento comercial (...). O parecer informa ainda que se tratava de um “kit promocional” do produto “Kent Control Boost® + isqueiro elétrico”, contendo o cigarro com o isqueiro com a logomarca do evento.

A empresa impetrou recurso administrativo à

decisão supracitada sob o expediente nº 4285013/22-3, o qual não foi retratado pela GGREC, nos termos do DESPACHO Nº 178/2023-GGREC/GADIP/ANVISA.

Assim sendo, segue para avaliação.

2. **Análise**

ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

A recorrente reitera as alegações feitas em sua defesa prévia:

(a) motivação insuficiente (descrição e motivação deficientes e ausência de menção à sanção aplicada);

(b) violação da ampla defesa e do contraditório por não permitir ao acusado saber do que se trata a autuação;

(c) Informa que, ao contrário do alegado pela área autuante, o expositor estava sim em área interna da tabacaria.

(d) Afirma que a exposição dos produtos no local de venda é autorizada pelo art. 3º da Lei 9.294/1999 e a referida norma não estabelece tamanho máximo para o expositor.

(e) A ausência de violação à legislação sanitária, em virtude da: 1- “ausência de disciplina normativa quanto aos materiais, cores, iluminação e formato dos expositores: impossibilidade de penalização da impugnante por utilizar expositor não vedado por lei”; 2- não há restrição legal quanto à comercialização desses

produtos por vendedores ambulantes em eventos (aqui, a defesa chega a afirmar que “o vendedor ambulante é um microempreendedor individual, de forma que à luz do conceito de estabelecimento previsto no art. 1.142, do Código Civil, ele próprio se caracteriza como um estabelecimento”).

(f) Ainda, afirma que a Gerência-Geral de Recursos além de não sanar o equívoco ainda inovou na sua decisão, afirmando que a Souza Cruz teria violado o art. 3º, VI da Lei 9.294/1999 que veda a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar.

Requer, ao fim, que seja declarada a nulidade do auto de infração sanitária que deu origem a este processo.

TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO SANITÁRIA

A área técnica argumentou que a infração sanitária foi tipificada na Lei 9.294, de 1996:

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo.

(...)

Art. 3º-A Quanto aos produtos referidos no art. 2º desta Lei, são proibidos:

(...)

VI - a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar;

(...)

Art. 9º Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 2000)

I - advertência;

II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias;

III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV - apreensão do produto;

V - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 2000)

(...)

§ 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator

Ainda, considerou-se transgredido o inciso I, do art. 7º do Decreto 3.157/1999, (com a redação dada pelo

Decreto nº8.262, de 2014):

Art. 7º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, observado o seguinte: (Redação dada pelo Decreto nº 3.157, de 1999) (Vigência)

I - a exposição dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, nos locais de venda somente poderá ocorrer por meio do acondicionamento das embalagens dos produtos em mostruários ou expositores afixados na parte interna do local de venda;

DISCUSSÃO DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

(a) Não assiste razão alguma a recorrente no que se refere a uma suposta falta de motivação do auto de infração e prejuízo ao seu direito de defesa. O processo foi bem instruído, com fotos do evento, que demonstram claramente a situação descrita no auto de infração:

"realizar propaganda irregular em expositor relacionada ao produto "Kent" e executar a venda ambulante do produto fumígeno, no evento "Rock in Rio - 2017"; onde se verifica a presença de elementos de marca do referido produto, conforme imagens em anexo".

Além da conduta ter sido muito bem descrita, como exposto acima, também foram indicados os dispositivos legais e normativos transgredidos: especialmente a Lei nº

9.294/1996 e o Decreto 8.262/2014 (que atualizou o decreto regulamentador da Lei nº 9.294/1996).

A ausência da penalidade a ser aplicada ainda no auto de infração é justificada. Assim como no processo criminal, aqui também a pena só é quantificada no momento da prolação da sentença condenatória, oportunidade na qual se faz a adequada dosimetria da pena, verificando questões como risco da conduta, porte da empresa, reincidência dentre outros. Ao contrário do que afirma a recorrente, é exatamente em razão do respeito ao direito do contraditório que a dosimetria da pena só se dá no momento da decisão.

(b) Não há o que se falar que não foi permitido ao acusado saber do que se trata a autuação, uma vez que o Ofício AIS nº 023/2017-CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA, que encaminhou o Auto de Infração Sanitária (AIS), que originou o Processo Administrativo Sanitário nº 25069.650540/2017-21 e uma cópia do objeto da autuação, foi emitido em 05/12/2017 e a requerente protocolou sua defesa em 06/03/2018.

(c) O mostruário ou expositor não estava afixado na parte interna de um estabelecimento de vendas. Ao contrário, temos um ambiente aberto, com um painel de LED de tamanho gigante, com a cor e o logotipo da marca, no qual várias caixas do produto Kent estavam afixadas neste painel de LED. Portanto, os expositores ou mostruários não estão afixados em parede interna do estabelecimento de

venda, como prescreve o decreto regulamentador da Lei 9.294/1996, mas sim visíveis para qualquer pessoa que passasse na frente do referido expositor aberto.

(d) O inciso VI do art. 3º da Lei 9.294/1996 veda expressamente “a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar” para cigarros.

(e) Não é verdade que não há vedação para a venda de cigarros por ambulante. Vemos a norma proibitiva expressa claramente no decreto regulamentador da Lei nº 9.294/1996; ou seja, no inciso I, do art. 7º do Decreto 3.157/1999, (com a redação dada pelo Decreto nº 8.262, de 2014):

Art. 7º **É vedada, em todo o território nacional, a propaganda**

O comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, **com**

exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais

de vendas, observado o seguinte: (Redação dada pelo Decreto nº 3.157, de 1999) (Vigência)

I- **a exposição dos produtos fumígenos**, derivados ou não do

tabaco, nos locais de venda **somente poderá ocorrer por meio do**

acondicionamento das embalagens dos produtos em

mostruários ou expositores afixados na parte

**interna do local de
venda;**

Portanto, como se pode ver, é inadmissível falar em permissão à venda por ambulante. Embora o recorrente queira fazer passar a tese de que o ambulante seria microempresário individual, equiparado a um estabelecimento, essa comparação é impossível em face do texto da norma, acima transcrito. Ora, um indivíduo, independente do fato de ter personalidade jurídica empresarial ou não, não teria como afixar um expositor na parte interna de si mesmo. Portanto, não há como se fazer qualquer interpretação analógica para a leitura da norma de outra forma, mais permissiva, como quer, a empresa atuada.

A recorrente alega ainda que não há “disciplina normativa quanto aos materiais, cores, iluminação e formato dos expositores: impossibilidade de penalização da impugnante por utilizar expositor não vedado por lei”. Ora, embora possa até ser objeto de análise se há ou não na norma a vedação expressa a propaganda indireta, nas fotos vê-se claramente que a propaganda não estava dentro dos critérios permitidos para os expositores definidos no inciso I, do art. 7 do Decreto 3.157/1999.

(f) Foi refutada a informação declarada pela Recorrente de que a Gerência Geral de Recursos teria inovado a decisão, ao afirmar que houve violação ao art. 3º da Lei 9.294/1996. Ora, a conduta tipificada no art. 3º, c/c art. 9º

da Lei 9.294/1996 foi exatamente a descrita no auto de infração, inclusive o art. 3º da Lei 9.294/1996 encontra-se expressamente indicado no texto do AIS, como se lê no trecho: “verifiquei que a empresa citada infringiu aos seguintes dispositivos legais: Lei 9.294/1996, art. 3º; RDC 15/2003, art. 1º, Inciso I; decreto 8.262/2014, art. 2º, V, pela constatação das seguintes irregularidades: realizar propaganda irregular do produto fumígeno no evento Rock in Rio 2017 onde se verifica a presença de elementos da marca de referido produto, conforme imagens em anexo (...)”.

O auto de infração encontra-se regular, tendo sido encontrados todos os requisitos de validade exigidos pelo art. 13 da Lei 6.437. De tal modo que a empresa realizou tempestivamente sua impugnação ao auto e recurso à decisão e demonstrou claramente ter conhecimento acerca de qual conduta se tratava. De tal forma, não se pode falar em ausência dos requisitos de validade ou mesmo de prejuízo ao exercício da ampla defesa. A descrição incluiu data, hora e local da lavratura do auto, a conduta bem como incluiu fotos da situação encontrada, de forma que não houve qualquer dificuldade para a recorrente a identificação da conduta e a elaboração de sua defesa.

O recurso foi pautado para deliberação na ROP nº 14, do dia 13/09/2023, a empresa Souza Cruz Ltda pediu sustentação oral, onde informou que o Ministério Público

do Rio de Janeiro ajuizou uma ação civil pública com as mesmas questões que deram ensejo ao auto de infração, a venda ambulante e a realização de propaganda por meio de expositores que foram utilizados no evento Rock in Rio 2017, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolhendo um recurso de apelação que foi interposto pela Souza Cruz, julgou improcedente a ação civil pública, reputou que não havia nenhuma violação a norma proibitiva de realização de propaganda que justificasse a condenação da ora recorrente, naquela circunstância, considerando que portanto não houve propaganda no contexto do Rock in Rio de 2017, especificamente tratando dos expositores, o acórdão mencionou que não houve nenhuma conduta ilícita, mas tão somente, a exposição de produtos à venda, conforme autorizado pela legislação para consumidores já fidelizados e no que concerne especificamente a utilização de vendedores ambulantes a decisão afirmou que “ quanto a conduta de facilitar o consumo através de vendedores ambulantes, além de não prevista em nenhum ato normativo como ilícita, o que inviabiliza qualquer analogia para sua punição, gerou somente visibilidade do produto ao consumidor sem o elemento subjetivo de influenciar o seu convencimento a consumo, então o Tribunal de Justiça considerou que não há norma que vede a venda ambulante e que portanto não pode ser utilizada outra norma de forma analógica para fins de punição da ora recorrente.”

Como esta relatoria não tinha conhecimento da referida ação civil pública, nem da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pedi a retirada de pauta do item para que a Procuradoria analisasse o acórdão e subsidiasse a nossa decisão.

Para tanto, por meio do Memorando nº 97/2023/SEI/DIRE2/ANVISA, solicitamos “os bons préstimos dessa Procuradoria no sentido do opinamento jurídico, acerca do Acórdão à apelação civil nº 0204818-42.2019.8.19.0001, frente ao Auto de infração (2584312), que deu origem ao Processo Administrativo Sanitário Datavisa nº 25069.650540/2017-21, acarretando multa à Souza Cruz no valor de R\$ 100.000,00, ao qual a referida empresa impetrou recurso administrativo, que está em deliberação pela Diretoria Colegiada da Anvisa, sob relatoria desta DIRE2. O questionamento é se a referida decisão invalida o auto de infração emitido pela autoridade fiscalizadora de forma que seus efeitos sejam anulados. O Parecer é imprescindível para a tomada de decisão desta relatoria com a urgência que o caso requer, uma vez que o recurso retornará a pauta da DICOL dia 27/09/2023.”

Por meio do PARECER n. 00079/2023/CAJUD/PFANVISA/PGF/AGU, a Procuradoria Federal junto a Anvisa emitiu sua manifestação

(...)

Trata-se de Ação Civil Pública nº 0204818-

42.2019.8.19.0001, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO do Estado do Rio de Janeiro em face ROCK WORLD S/A; SOUZA CRUZ LTDA. e VEGA FINA TABACARIA EIRELI, trazendo, como causa de pedir, a alegação de fornecimento de produtos fumígenos em dissonância com as normas que regulam a atividade, tanto no que toca à publicidade, como na venda de produtos de tabaco durante o festival Rock in Rio 2017. Como um dos fundamentos da inicial, o MP/RJ relatou que as Rés chegaram a ser autuadas pela ANVISA, durante o evento "rock in Rio - 2017"...

(...)

O juiz de primeiro grau delimitou a controvérsia na sentença, destacando que a apuração da conduta ilícita na ação se refere às condutas praticadas pelas Rés no "Rock in Rio" realizado em 2017,...

(...)

À época da propositura da demanda estava em vias de se realizar o evento do ano de 2019 (Rock in Rio 2019), razão pela qual o Ministério Público requereu, em liminar, que fosse determinado que as Rés se abstivessem de praticar as seguintes condutas:(i) condicionar a venda de isqueiros, ou quaisquer outros produtos, à aquisição conjuntade produtos fumígenos; (ii) condicionar a venda de produtos fumígenos à aquisição conjunta de isqueiros, ou quaisquer outros produtos; (iii) expor a venda produtos fumígenos em kits com isqueiros ou outros produtos;(iv) realizar propaganda de produtos fumígenos, utilizando-se da venda ambulante ou de stands de venda; (v) realizar propaganda comercial relacionada a produto fumígeno em expositor com presença de elementos de marca do referido produto ou utilizando-se de luminosos;(vi) comercializar produtos fumígenos em stand de venda;(vii) comercializar produtos fumígenos por venda ambulante;(viii) comercializar produtos fumígenos desacompanhados de adequada imagem/cláusulas deadvertência;(ix) promover, propagar ou disseminar, por qualquer forma ou meio, produto derivado de tabaco.

Como pedido principal, o MPF requereu a conversão da tutela liminar em principal, sendo as Rés condenadas, sob pena de

multa diária no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões reais), nos eventos "Rock in Rio" a serem realizados no ano de 2019 e seguintes, a se absterem de promover quaisquer das ações descritas.

(...)

Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento aos recursos das Rés para julgar improcedentes os pedidos do Ministério Público estadual (doc. SEI 2584309).

(...)

Constata-se que os fatos ilícitos praticados pela empresa Souza Cruz Ltda., durante o Rock in Rio-2017, foram apurados pela Anvisa no Processo Administrativo Sanitário Datavisa nº 25069.650540/2017-21 (2594936), que culminou com a lavratura do Auto de Infração e a fixação da sanção de multa. Os mesmos fatos, que foram objeto do processo administrativo sanitário, serviram como fundamento para a propositura da Ação Civil Pública em epígrafe, pois de acordo com o MP/RJ, as condutas ilícitas praticadas pelas Rés naquele evento deveriam implicar também na condenação das empresas na esfera cível, por ilícito praticado em violação às normas do Código de Defesa do Consumidor. A punição pretendida pelo Ministério Público, autor da ação, seria a indenização por danos materiais e morais, além da determinação para cessação da conduta ilícita. Ressalte-se que o mesmo fato pode caracterizar ilícito administrativo, penal e civil, e, portanto, pode desencadear responsabilização nas três esferas, concomitantemente. Além disso, corroboram a independência das instâncias civil e administrativa no caso em tela, os trechos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (SEI 2584309), que deixam bem claro a independência das condenações no âmbito cível e administrativo, inclusive destacando que, com fulcro no princípio da proporcionalidade, a sanção imposta pela Anvisa na via administrativa seria suficiente para reprimir a conduta da Autora.

(...)

Em consonância com a fundamentação exposta no tópico anterior, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação civil nº 0204818-42.2019.8.19.0001, não anula os autos de

infração lavrados pela Anvisa, em razão das condutas perpetradas pelas Rés durante o Rock in Rio do ano de 2017, por se tratarem de instâncias de apuração de ilícito de naturezas diversas.

O Desembargador Relator destacou no Voto Vencedor que as sanções impostas pela Anvisa, por descumprimento das normas administrativas, eram adequadas e suficientes para a punição das condutas da Rés.

Assim, em resposta ao questionamento formulado, a referida decisão não anula o Auto de infração que deu origem ao Processo Administrativo Sanitário Datavisa nº 25069.650540/2017-21, acarretando a aplicação da sanção de multa à Souza Cruz Ltda.

Portanto, esta relatoria entende que não é possível falar em nulidade formal do auto de infração, até por que o mesmo foi ratificado pelo Parecer da Procuradoria, sendo inquestionável a existência de conduta ilícita, a qual foi descrita de maneira correta no AIS 023/2017 GG TAB, não havendo qualquer razão para a reforma da decisão. A dosimetria da pena considerou se tratar de empresa de grande porte e já reincidente em infrações sanitárias, bem como o alcance que a propaganda irregular teve durante um evento de grande porte. Assim, foi estabelecida no valor máximo permitido pela Lei 9.294/1995, Art. 9º, V.

3. **Voto**

Diante do exposto, voto por CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso administrativo mantendo a decisão proferida pela GGREC na 6ª Sessão de Julgamento Ordinária, realizada em 09/03/2022, a qual acompanhou a

posição descrita no Voto nº 095/2022 -
CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA, que manteve a multa no
valor de R\$ 100.000 (cem mil reais), com a devida
atualização monetária.

É o meu voto que submeto a deliberação dessa
Diretoria Colegiada, por meio de Circuito Deliberativo.



Documento assinado eletronicamente por **Meiruze Sousa Freitas, Diretora**, em 13/10/2023, às 12:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10543.htm.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anvisa.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **2629361** e o código CRC **129D1268**.

Referência: Processo nº
25351.900033/2023-05

SEI nº 2629361