

VOTO Nº 491/2024/SEI/DIRETOR-PRESIDENTE/ANVISA

ROP 022/2024, ITEM DE PAUTA 3.1.2.2

Processo nº: 25351.383568/2014-85

Expediente nº: 0249741/23-7

Empresa: MEAD JOHNSON DO BRASIL COM. E IMP. DE PRODUTOS DE NUTRIÇÃO LTDA.

CNPJ: 10.351.637/0001-86

Assunto da Petição: Recurso Administrativo.

Irregularidade da propaganda televisiva do produto Sustagen Kids®, conforme material em CD em anexo ao processo e transcrição. Incentivo à substituição de alimentos naturais, como verduras e legumes pelo produto. Não ocorre prescrição intercorrente. CONHECER DO RECURSO E. NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a penalidade de multa aplicada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a devida atualização monetária.

Relator: Antonio Barra Torres.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se do recurso administrativo em segunda instância (0249741/23-7 SEI nº 3051435), interposto pela empresa em epígrafe, em desfavor da decisão proferida pela Gerência Geral de Recursos - GGREC, na 35ª Sessão de Julgamento Ordinária (SJO), realizada em 14 de dezembro de 2022, na qual foi decidido, por unanimidade, CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, acompanhando a posição do relator descrita no Voto nº 1.238/2022 – CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

2. Aos quatro dias do mês de julho de 2014, às 11h, no exercício da fiscalização sanitária, a empresa acima descrita foi autuada, pela seguinte conduta: Fazer

campanha publicitária do alimento Sustagen Kids em emissoras de televisão nacional, de julho a setembro de 2012, conforme vídeo enviado em CD no expediente 100026/12-7 de 10/12/2012 induzindo o consumidor a erro ou confusão ao apresentar o produto como complemento ou

3. até substituto de alimentos de natureza distintas (hortaliças). A conduta foi tipificada na Lei 6.437/1977, art. 10, V e XXIX. A peça contraria a legislação sanitária nos seguintes aspectos.

4. Às fls. 02/03, provas da infração, incluindo imagens, CD e transcrição das peças divulgadas em TV: “Uma mãe ao lado de seu filho afirma que o filho só come macarrão, sua comida favorita. Em seguida, a criança pede para fazer uma mágica e faz desaparecer apenas as verduras e legumes do prato. A mãe dá então um pedacinho de verdura, que ele mastiga com cara feia. A voz de fundo afirma que Sustagen Kids® contém 26 nutrientes presentes na pirâmide alimentar. Em seguida, a mãe dá Sustagen Kids® para a criança, que sorri bastante.”

5. À fl. 25, recibo de entrega de cópia comprovando a ciência da autuação em 22 de dezembro de 2014. A empresa não apresentou impugnação ao auto de infração.

6. A certidão à fl. 52 não pode ser utilizada para fins de reincidência neste processo pois o trânsito em julgado ref. ao PAS 25351.634833/2010-86 ocorreu em 27/06/2014 (ou seja, em data posterior à conduta descrita neste processo).

7. Às fls. 55/56, manifestação da área autuante, em 06 de agosto de 2015, sugerindo a manutenção do auto em razão da materialidade da conduta e risco.

8. Às fls. 59/75, defesa, que não havia sido juntada ao processo, tempestiva, protocolada em 29 de dezembro de 2014.

9. Às fls. 149/153-v, nova manifestação da área autuante, em 22 de setembro de 2015, considerando a juntada do recurso.

10. À fl. 156, nova certidão de antecedentes emitida em 02 de fevereiro de 2018, informando que não há trânsito em julgado em nome da empresa MEAD JOHNSON DO BRASIL COM E IMP DE PRODUTOS no quinquênio anterior à nova conduta. Portanto, sendo considerada primária em relação a este processo.

11. Às fls. 158/164, decisão, em 15/02/2018, que condenou a autuada ao pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

12. À fl. 172, recibo de entrega de cópia de documentos comprovando a ciência da decisão em 20/03/2018.

13. Às fls. 192/208, recurso contra a decisão, impetrado presencialmente em 27/03/2018.

14. Às fls. 283/283-v, decisão de não retratação em 24/04/2020 encaminhando recurso para análise pela área responsável.

15. Irresignada com a manutenção da decisão desfavorável, a parte interpõe novo Recurso Administrativo contra a decisão de 2ª instância.

II. ANÁLISE

a. Da admissibilidade do recurso

16. Nos termos do art. 6º da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 266/2019, são pressupostos objetivos de admissibilidade dos recursos a previsão legal, a observância das formalidades legais e a tempestividade, e pressupostos subjetivos de admissibilidade a legitimidade e o interesse jurídico. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 em seu art. 63 jurídico. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 em seu art. 63 estabelece as regras para conhecimento do recurso, como interposição dentro do prazo estabelecido em lei e a legitimidade do responsável pela interposição do recurso.

17. Quanto à tempestividade, de acordo com o parágrafo único do artigo 30 da Lei nº 6.437/1977 c/c o artigo 9º da Resolução RDC nº 266/2019, o recurso administrativo poderá ser interposto no prazo de 20 (vinte) dias, contados da intimação do interessado. Com isso, a recorrente tomou conhecimento da decisão em 17/02/2023 (AR, às fl. 296), conforme aviso de recebimento postal em anexo aos autos do processo. O prazo final para a interposição novo recurso administrativo contra essa decisão era, portanto, a data de 13/03/2023. A Recorrente interpôs recurso sob expediente nº 0249741/23-7 eletronicamente em 13/03/2023, portanto, tempestivamente.

18. Além disso, verificam-se as demais condições para prosseguimento do feito, visto que o recurso tem previsão legal, foi interposto perante o órgão competente, a Anvisa, por pessoa legitimada, não tendo havido o exaurimento da esfera administrativa e estando presente, por fim, o interesse jurídico.

19. Portanto, constata-se que foram preenchidos todos os pressupostos para o prosseguimento do pleito, conforme disposto no art. 63 da Lei 9.784/1999, razão pelo qual o presente recurso administrativo merece ser CONHECIDO, procedendo à análise do mérito.

b. Dos motivos da decisão da área técnica

20. As razões para a decisão em 1ª Instância foram expostas pelos seguintes motivos:

Ao(s) quatro dia(s) do mês de julho do ano de dois mil e quatorze, às onze hora(s) e zero minuto(s), no exercício de fiscalização sanitária, ao inspecionar/analisar o(a) PEÇA PUBLICITARIA DOS AUTOS, verifiquei(camos) que a empresa citada infringiu ao(s) seguinte(s) dispositivo(s) legal(is): Decreto Lei nº 986 de 21 de outubro de 1969, Artigo 21, Artigo 22 c/c Artigo 23; Lei nº 8078/1990, Artigo 37, §1º; Lei 10.674/2003, Artigo 1º §1º, pela constatação da(s) seguinte(s) irregularidade(s): Fazer campanha publicitária do alimento SUSTAGEN KIDS em emissoras de televisão nacionais de julho a setembro de 2012, conforme informe e vídeo enviado em CD no expediente 100026/12-7 de 10/12/12, induzindo o consumidor a erro, e confusão, apresentando o produto SUSTAGEN KIDS como complemento ou até substituto de alimentos de natureza diferentes (hortaliças), os quais possuem características nutricionais distintas, tipificada(s) na Lei nº 6437/77, artigo(s) 10, inciso(s) V, XXIX, pelo que lavrei(amos) o presente Auto de Infração Sanitária, devidamente assinado pelo(s) servidor (es) autuante(s) e pelo(s) autuado(s). abaixo a tudo presente(s), ficando notificado(a) neste ato o(a) autuado(a), que responderá pelo fato em processo administrativo sanitário e que terá o prazo de quinze dias, a contar da data de seu recebimento, para querendo apresentar defesa ou impugnação a este auto perante: GGFIS.

c. Da decisão da GGREC

21. A GGREC, em sua análise, decidiu pelo CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a penalidade de multa aplicada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a devida atualização monetária.

d. Das alegações da recorrente

22. Em seu recurso de segunda instância, a recorrente expõe, em tese, que:

a) Reitera a alegação de nulidade do auto de infração sanitária, por ausência da informação de que o infrator pode estar sujeito à penalidade de multa;

b) Prescrição intercorrente, pelo transcurso de prazo superior a três anos entre a notificação da decisão de primeira instância e a defesa prévia. Entende que a manifestação do servidor autuante acerca da impugnação ao auto de infração tenha o condão de interromper o prazo da prescrição intercorrente. Entende ainda que "atos e despachos de mero encaminhamento não tem o condão de obstar o curso do prazo prescricional";

c) Em relação ao mérito, alega que os dispositivos mencionados no AIS não regulam propaganda de alimentos, mas apenas a rotulagem. Nesse ponto, alega que a própria decisão admite que a Recorrente nunca foi autuada pela ausência de frase de alerta. A Recorrente entende que essa seria a única autuação possível e que rótulo e propaganda não se confundem;

d) Afirma que no texto da propaganda a atriz que interpreta a mãe alerta expressamente que o produto "apenas complementa a alimentação natural";

e) A empresa teria realizado pesquisa de mercado por empresa privada contratada pela Recorrente (Knack Pesquisa de Mercado) que concluiu que a percepção dos consumidores acerca da natureza complementar do produto não foi alterada;

f) Ausência de risco sanitário;

g) Entende que a pena de multa deve necessariamente ser substituída pela de advertência, por ausência de risco sanitário ou dano concreto.

23. Por fim, requer o provimento do recurso para declarar a nulidade do auto de infração ou subsidiariamente a declaração da prescrição intercorrente ou alteração da penalidade para advertência.

e. Do Juízo quanto ao mérito

24. Ocorre que, o inconformismo da Recorrente não merece ser acolhido, em virtude de não ter trazido nenhum elemento apto a invalidar as conclusões externadas no Aresto nº 1.539, de 14 de dezembro de 2022, publicado no Diário Oficial da União (DOU), de 16/12/2022, Seção 1, p. 151, da GGREC e fundamentadas no Despacho nº 228/2024/SEI/GGREC/GADIP/ANVISA.

25. Sem perder de vista o ônus dessa instância julgadora, de proferir nova decisão de forma motivada, em estrita observância ao que dispõe a Lei do Processo

Administrativo Federal, o Código de Processo Civil e, principalmente, a Constituição Federal, DECLARO que MANTENHO a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, os quais passam a integrar o presente voto.

26. Isso porque o §1º do Art. 50 da Lei nº 9.784/1999 autoriza a declaração de concordância com fundamentos de anteriores decisões, situação que se amolda ao caso em tela, motivo pelo qual passam as razões do Aresto nº 1.539/2022 da GGREC, a integrar, absolutamente, este ato.

CAPÍTULO XII - DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

27. Pelo exposto, mantenho o Aresto recorrida pelos seus próprios fundamentos, apresentados no Despacho nº 228/2024/SEI/GGREC/GADIP/ANVISA, adotando-os integralmente ao presente voto, os quais transcrevo a seguir:

Preliminarmente, destacamos que não houve qualquer prejuízo a defesa. A conduta foi bem descrita, que foi a de divulgar a peça publicitária televisiva de forma a “sugerir o uso do produto Sustagen Kids como complemento e até substituto de

alimentos”. A empresa demonstrou claramente saber de que conduta se tratava, inclusive porque foi notificada para apresentar CD com cópia da peça televisiva. A autuada tomou ciência regular, tendo apresentado impugnação ao auto de maneira tempestiva.

Foram ainda cumpridos os requisitos de validade do AIS previstos no art. 13 da Lei nº 6.437/1977, incluindo as possíveis penalidades aplicáveis, a descrição do autor da conduta, bem como data e hora de sua identificação e o tipo transgredido.

Ao contrário do que alega a ré, no item 3 do auto de infração sanitária (rodapé), conforme se pode verificar na fl. 01-v do processo, estão mencionadas expressamente todas as espécies de pena aplicáveis: "3- Penas previstas conforme Lei nº 6.437/1977 e Lei nº 9.294/1996: Advertência, multa, apreensão de produto, inutilização do produto, interdição do produto, suspensão de vendas e/ou fabricação de produto, cancelamento de autorização para funcionamento de empresa, cancelamento do alvará de licenciamento (...)."

É sempre importante destacar que o valor final depende da dosimetria da pena, que considera vários aspectos como existência de atenuantes e agravantes, gravidade da conduta, porte econômico da autuada etc. Logo, o valor exato da penalidade só é conhecido no momento da decisão. Tal qual na esfera do processo penal, a mera indicação do tipo previsto em Lei já supre a informação acerca da possível penalidade.

A liberdade de expressão comercial não é absoluta e encontra seus limites exatamente em normas de direito público, no caso, a própria Lei nº 6.437/1977, que estabelece como infração, no inciso V: “fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária”. Ora, a própria lei estabelece que há limites à liberdade de expressão quando se trata de produtos sob vigilância sanitária, no qual se incluem os alimentos. Além disso, a possibilidade de aplicar penalidade é prevista na própria Lei de criação da Anvisa: Lei 9.782/1999, art. 7º, nos incisos “XXIV - autuar e aplicar as penalidades previstas em lei” e “XXVI - controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária”. Assim, o legislador atribuiu ao ente administrativo o controle, a fiscalização e o acompanhamento da publicidade, inclusive, de alimentos. Verifica-se que também não é cabível a alegação de que a legislação sanitária não regula propaganda de alimentos, mas apenas a rotulagem, pois o caput do art. 5º da Lei nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006 menciona expressamente "a promoção comercial de alimentos infantis".

Devemos ainda lembrar o que diz a Lei nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006:

Art. 2º Esta Lei se aplica à comercialização e às práticas correlatas, à qualidade e às informações de uso dos seguintes produtos, fabricados no País ou importados:

(...)

IV – alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como

apropriados para a alimentação de lactentes e crianças de primeira infância;

Art. 5º A promoção comercial de alimentos infantis referidos nos incisos II, III e IV do caput do art. 2º desta Lei deverá incluir, em caráter obrigatório, o seguinte destaque, visual ou auditivo, consoante o meio de divulgação:

(...)

II – para produtos referidos no inciso IV do caput do art. 2º desta Lei os dizeres "O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos".

No mérito, verifica-se que na peça publicitária há uma criança que faz mágica para desaparecer os alimentos naturais e sugere que o alimento Sustagen Kids® seria o fim da preocupação da mãe com a falta de vontade do filho. Não há qualquer estímulo à alimentação natural e, em verdade, há um desestímulo. Claramente, há uma mensagem subliminar de que o produto Sustagen Kids® tem características nutricionais equivalentes a da alimentação natural, tanto que faz acalmar o ânimo da mãe, aflita com a alimentação do filho.

Não tem qualquer respaldo jurídico a alegação da empresa de que apenas os atos publicados são aptos a interromperem o prazo prescricional. Ao contrário, o § 1º, do art. 1º da Lei nº 9.873/1999 menciona inclusive despachos, que são documentos internos, como aptos a interromperem a prescrição intercorrente.

Ao avaliar o processo, verificamos que os atos administrativos elencados no relatório do Voto nº 1.238/2022 – CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA interrompem o prazo tanto para a prescrição da ação intercorrente, como da ação punitiva:

10/12/2012 – data de captação da peça publicitária irregular;

04/07/2014 – lavratura do auto de infração;

22/12/2014- ciência da autuada acerca da lavratura do AIS 10-0167/2014 GGFIS/ANVISA;

22/09/2015 – manifestação da área autuante acerca das alegações da recorrente em defesa prévia; 15/02/2018 – decisão que condenou a autuada ao pagamento de multa;

20/03/2018 – ciência da autuada acerca da decisão;

24/04/2020 – despacho de não retratação da autoridade julgadora de 1ª instância e encaminhamento para análise pela área recursal;

14/12/2022 - Sessão de Julgamento Ordinária nº 35/2022;

17/02/2023 - notificação da decisão de 2ª instância.

A ausência de dano concreto que tenha sido objetivamente apurado não configura causa de extinção de punibilidade – aliás, nem sequer é considerado atenuante nos termos do art. 7º da Lei nº 6.437/1977. Isto ocorre em razão da natureza do bem jurídico que se está a tutelar, que é a saúde pública e não à saúde de um indivíduo em particular. Para tais casos, é inegável a necessidade de aplicação do princípio da precaução, não estando a existência do ilícito vinculada à existência de dano concreto, mas ao mero risco de sua ocorrência.

Destaca-se ainda que ao se constatarem consequências calamitosas à saúde pública, estaríamos diante da agravante prevista no inciso IV do art. 8º da Lei nº 6.437/1977. Logo, verifica-se que a existência de dano concreto é apenas

circunstância, não sendo elemento essencial para caracterização do tipo infracional.

Art. 8º - São circunstâncias agravantes:

I - ser o infrator reincidente;

II - ter o infrator cometido a infração para obter vantagem pecuniária decorrente do consumo pelo público do produto elaborado em contrário ao disposto na legislação sanitária;

III - o infrator coagir outrem para a execução material da infração;

IV - ter a infração consequências calamitosas à saúde pública;

V - se, tendo conhecimento de ato lesivo à saúde pública, o infrator deixar de tomar as providências de sua alçada tendentes a evitá-lo;

VI - ter o infrator agido com dolo, ainda que eventual fraude ou má fé.

É importante ressaltar que a interrupção da veiculação publicitária decorre da mera obrigação de cumprir imposta ao agente responsável pela conduta infracional. Portanto, não cabe alegá-la para eximir-se da responsabilidade, uma vez que a conduta existiu e configura fato típico, culpável e punível. Em relação à informação de que "a empresa teria realizado pesquisa de mercado por empresa privada contratada pela Recorrente (Knack Pesquisa de Mercado)", entendemos que uma pesquisa de mercado realizada por ente particular paga pelo próprio agente não tem o grau de isenção necessária para afirmar que uma peça publicitária que traz imagem de verduras e legumes desaparecendo do prato e substituídas pelo produto da contratante não tem qualquer influência no consumidor.

III. CONCLUSÃO DO RELATOR

28. Diante do exposto, Voto por CONHECER DO RECURSO e NEGAR PROVIMENTO, mantendo-se a decisão inicialmente proferida.



Documento assinado eletronicamente por **Antonio Barra Torres, Diretor-Presidente**, em 14/11/2024, às 11:30, 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 **3281007** e o código CRC **6DD93F7E**.

