

VOTO Nº 68/2024/SEI/DIRETOR-PRESIDENTE/ANVISA

ROP 001/2024, ITEM DE PAUTA 3.1.7.1

Processo Datavisa nº: 25069.055803/2016-54

Expediente nº: 2447156/22-9

Empresa: WIX.COM BRASIL SERVIÇOS DE INTERNET LTDA.

CNPJ: 14.644.419/0001-90

Assunto da Petição: Recurso Administrativo.

Empresa autuada pela constatação da seguinte irregularidade: “comercializar dispositivos eletrônicos para fumar em site da internet sob sua responsabilidade. Materialidade da infração comprovada.

Voto POR CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a penalidade de multa, acrescidos da devida atualização monetária, a partir da data da decisão que estipulou o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme decidido pela GGREC.

Relator: Antonio Barra Torres.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso administrativo interposto sob o expediente nº 2447156/22-9, pela empresa em epígrafe em desfavor da decisão proferida pela Gerência-Geral de Recursos (GGREC) na 7ª Sessão de Julgamento Ordinária (SJO), realizada no décimo dia de março de 2021, na qual foi decidido, por unanimidade, CONHECER do recurso e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, acompanhando a posição do relator descrita no Voto nº 085/2021 – CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

2. A decisão optou pela minoração do valor da multa, considerando os valores estabelecidos pela Lei 6.437/1977 para infrações do tipo leve e a agravante apontada

pela área julgadora de primeira instância (art. 8º, II da Lei 6.437/1977) não estar objetivamente comprovada no processo.

3. Aos onze dias do mês de maio do ano de dois mil e dezesseis a empresa identificada acima foi autuada.

4. Às fls. 06/29, relatório que fundamentou o auto de infração 006/2016 GGTAB.

5. Às fls. 30/70, impugnação ao auto de infração (defesa prévia).

6. Às fls. 72/77, manifestação, em 23/05/2017, através do relatório 05/2017 GGTAB/DIREG, da autoridade autuante, no qual se expressa acerca das alegações apresentadas pela autuada em sua impugnação ao auto e sugere o prosseguimento das investigações para localizar o responsável pelo conteúdo do site, considerando as disposições da Lei 12.956/2014. O referido relatório não sugere a manutenção do AIS em nome da Wix.com.

7. Às fls. 79/80, Decisão 021/2017, emitida em 07/12/2017, que aplicou à autuada a penalidade de multa no valor de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), nos termos do artigo 9º, da Lei 9.294/1996.

8. À fl. 84, rastreamento de código postal JT106103329 BR, informando que o objeto teria sido entregue ao destinatário em 17/04/2018. No entanto, não há informação a que se refere o objeto ou assinatura comprovando recebimento. Desta forma, este documento não pode ser utilizado como comprovação para finalidade de verificar a tempestividade do recurso.

9. Às fls. 85/105, recurso interposto presencialmente pela empresa em 03/05/2018.

10. Às fls. 110/111, decisão de não reconsideração em 28/06/2018.

II. ANÁLISE

a. Da admissibilidade do recurso

11. 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 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.

12. 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 31/03/2022, conforme aviso de recebimento postal e apresentou recurso presencialmente em 14/04/2022. Conclui-se que o recurso o recurso em tela é tempestivo.

13. 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.

14. Portanto, constata-se que foram preenchidos todos os pressupostos para o prosseguimento do pleito, conforme disposto no art. 6º da RDC nº 266/2019, razão pelo qual o presente recurso administrativo merece ser CONHECIDO, procedendo à análise do mérito.

b. Dos motivos da autuação

15. Aos onze dias do mês de maio do ano de dois mil e dezesseis a empresa identificada acima foi autuada pela constatação da seguinte irregularidade: “comercializar dispositivos eletrônicos para fumar em site da internet sob sua responsabilidade, denominado <http://phantomsmoke.wix.com/phantomsmokebrazil#!inicio/mainPage>” (atualmente indisponível). A infração estaria tipificada no artigo 10, XXIX da Lei 6.437/1977 e consistiria em violação a RDC 46/09, art. 1º, caput e parágrafo único e Lei p.782/1999, artigo 8º, §1º, inciso X e Anexo II, 9.1.

c. Da decisão da GGREC

16. A GGREC, em sua análise, decidiu pelo conhecimento do recurso e dar-lhe parcial provimento, alterando a penalidade de multa inicialmente aplicada no valor de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

d. Das alegações da recorrente

Em seu recurso, a empresa alega, em suma que:

- O AIS 006/2016 atesta que a WIX.COM teria violado o art. 1º, caput e parágrafo único da Resolução - RDC 46/2009, que proíbe a comercialização, a importação e a propaganda de dispositivos eletrônicos para fumar;
- A WIX.COM não é um veículo de comunicação, ao contrário do que concluiu a GGTAB e sim uma provedora de aplicações, que oferece uma plataforma

para a criação e edição de websites por seus usuários, os quais são exclusivamente responsáveis por seu conteúdo;

- Por ser uma provedora de aplicações de internet, a empresa encontra a regulamentação de sua atividade na Lei 12.965/2014 e no Decreto que a regulamenta;
- Informa que a responsável a usuária responsável pelo conteúdo se chamava Dayana Friedrich e que esta concordou com os termos de uso em que informa ser o exclusivo responsável por todo o conteúdo de seu website;
- O Marco Civil da Internet dispõe que os provedores de aplicação de internet, como é o caso da WIX.COM apenas poderão ser civilmente responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros caso não tomem as providências para a retirada do conteúdo infringente após determinação judicial nesse sentido. No entanto, tão logo identificada a irregularidade e mesmo sem a provocação judicial, a própria WIX.COM espontaneamente retirou de seus servidores o website em questão;
- O Parecer que fundamentou a decisão de primeira instância foi emitido em 2010, muito antes da publicação do Marco Civil da Internet. A fundamentação da decisão, portanto, foi feita em revelia à atual legislação que rege a matéria;
- Conclui que a WIX.COM não é veículo de comunicação, não tem qualquer responsabilidade sobre o conteúdo divulgado e jamais comercializou ou divulgou DEF;
- Alega, por fim, que mesmo que não venha a se reconhecer a natureza jurídica da empresa e que se mantenha o auto, ainda assim há desproporcionalidade da penalidade aplicada, em virtude da existência das atenuantes previstas no art. 7º, I, II e III;
- Requer, após todas essas alegações, que a decisão seja reformada e o processo arquivado ou que a penalidade seja alterada para advertência ou, na hipótese remota da decisão condenatória ser mantida, que o recurso seja encaminhado à Diretoria Colegiada da Anvisa.

e. Do Juízo quanto ao mérito

17. Trata-se de recurso administrativo em face Aresto nº 1.417, de 10 de março de 2021, publicado do Diário Oficial da União n. 47, de 11 de março de 2021, Seção 1, página 101, no qual a Recorrente reitera os argumentos lançados no apelo à Segunda Instância Recursal - GGREC.

18. 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 e fundamentadas no Voto nº 085/2021/CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

19. 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.

20. 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 de NEGAR PROVIMENTO do Aresto nº 1.417/2021 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.

(...)

21. Pelo exposto, mantenho o Aresto recorrida pelos seus próprios fundamentos, apresentados no VOTO Nº 085/2021/CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA e DESPACHO Nº 50/2023-GGREC/GADIP/ANVISA, adotando-os integralmente ao

presente voto, os quais transcrevo a seguir:

DESPACHO Nº 50/2023-GGREC/GADIP/ANVISA

A Recorrente não trouxe novos argumentos ao processo, além daqueles que já foram discutidos extensamente no Voto 085/2027- CRES2/GGREC apreciado na SJO 07/2021. Não há novas questões de mérito para discutir, motivo pelo qual manifestamo-nos pela não retratação.

Por fim, é necessário esclarecer que a autuação não teve como fundamento apenas uma norma infralegal. A Lei 9.782/1999 definiu em seu art. 7º, nos incisos XV e XXIV, respectivamente, que: compete à Anvisa “proibir a fabricação, a importação o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”, bem como “autuar e aplicar as penalidades previstas em lei”. Ainda, no art. 8º, § 1º, X, da Lei 9.782/1999: a própria Lei federal inclui qualquer produto fumígeno derivado ou não do tabaco como produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência. Portanto, a vedação ao comércio de DEFs pela Anvisa, estabelecido pela RDC 46/2009 decorre da própria Lei de criação da Agência, a Lei 9.782/1999, especialmente nos art. 7º, XV e art. 8º § 1º, X. Ainda, a possibilidade de aplicar sanções está prevista no inciso XXIV, do art. 7º da Lei 6.437/1977.

O tipo infracional descrito no inciso XXIX do art. 10 da Lei 6.437/1977 corresponde a uma norma em branco em sentido estrito, por meio da qual a Lei delega a complementação do tipo infracional à legislação específica. Tal espécie de remissão da Lei à Administração Pública também existe no âmbito criminal. Portanto, não se sustenta a tese de que aqui, neste caso, seria uma ilegalidade, posto que a existência de normas sancionadoras em branco são um fato em nosso ordenamento jurídico.

Em relação à alegação de ausência de culpabilidade por parte da autuada, por ser um provedor de serviços de internet, reiteramos o entendimento já exposto anteriormente:

O Marco Civil apresenta regras e princípios para a utilização da internet no Brasil, traçando as diretrizes gerais para os agentes que atuam na área, como os provedores de serviços de internet. No entanto, observa-se claramente que parte de seu escopo diz respeito, essencialmente, à regulação das relações de natureza privada que ocorrem na rede, como no caso das normas da Seção III Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros do Capítulo III, que

tratam da responsabilidade civil de provedores de serviços de internet por danos relacionados ao conteúdo produzido por terceiros.

Diferentemente, no que tange aos aspectos inerentes a infrações penais e sanitárias, impõe-se a aplicação, primordialmente, dos microssistemas jurídicos específicos, como o direito penal e o direito administrativo sancionador, podendo as normas da Lei nº 12.965/14 serem utilizadas apenas subsidiariamente, no que couber. Nesta seara, encontra-se inserida a temática referente a responsabilização em face do cometimento de infrações sanitárias. Esse foi o entendimento da Procuradoria ao se manifestar sobre Auto de Infração lavrado contra provedor de hospedagem, conforme transcrição de trecho do PARECER n.00102/2018/CCONS/PFANVISA/PGF/AGU:

Nesse diapasão, importante ressaltar, preliminarmente, que a situação em comento não guarda similitude com os casos de ilícito civil praticado na rede mundial de computadores entre particulares, que geraram uma infinidade de julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, embasados na Lei do Marco Civil na Internet (Lei nº 12.956/14).

Considerando tratar-se, in casu, de uma infração sanitária, no presente Parecer a questão será examinada com base nos princípios e axiomas aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

Sanção administrativa é o ato punitivo suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração como resultado de uma infração administrativa, espelhando a atividade repressiva (poder sancionador) decorrente do poder de polícia. A inflicção de sanção de polícia demanda a necessária observância dos princípios da legalidade e da tipicidade, além das garantias inerentes ao devido processo legal, sendo aplicáveis ainda, por analogia, alguns outros axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.

Dessa feita, de antemão, observa-se que não há que se falar em contrariedade entre as disposições do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e da Lei nº 6.437/77. O âmbito de incidência dos dois instrumentos legais é distinto e não se confunde. Na hipótese de cometimento de infração sanitária no contexto da internet, a legislação de regência é a Lei nº 6.437/77.

No caso em estudo não se trata de uma relação de consumo propriamente dita, embora tenha interface com este ramo do Direito. Trata-se, na realidade, de uma violação à norma sanitária emitida pelo ente administrativo que tem a atribuição legal para

regulamentar sobre produtos fumíferos, conforme a Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999:

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

(...)

X - Cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco;

É importante ainda delimitar a conduta pela qual a empresa WIX.COM foi responsabilizada no auto de infração sanitária. A empresa foi autuada, conforme fl. 02., não pela atividade de divulgação, mas pela comercialização de dispositivos eletrônicos para fumar, atividade vedada de acordo com a Resolução-RDC 46, de 28 de agosto de 2009:

Art. 1º Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo. (grifo nosso).

Em relação a esta conduta, a empresa alega não realizar a atividade de comercialização de dispositivos eletrônicos de fumar, uma vez que a sua atividade é a de fornecimento de um serviço para hospedagem e criação de conteúdo para internet, atividade regulamentada pela Lei 12.695/2014.

De fato, ao disponibilizar ferramentas de desenvolvimento de sites para e-commerce, a empresa Wix torna-se responsável solidariamente pelo produto que o seu contratante comercializa e/ou divulga. Isto ocorre em virtude de certos produtos proibidos terem sua vedação imposta por normas de Direito Público, que são oponíveis erga omnes (devem ser observadas por todos os administrados, tornando nula qualquer cláusula contratual em sentido oposto). Isso se dá, por exemplo, com o comércio de drogas ilícitas, crime definido no Código Penal que ensejaria a penalização de todos os envolvidos, independentemente do teor da relação contratual firmada entre as partes. Nesses casos, considera-se inclusive o contrato nulo, conforme art. 166, II, do Código Civil, que transcrevemos abaixo, motivo pelo qual não cabe também a alegação de que o contratante teria aceitado assumir a responsabilidade pelo inteiro teor dos produtos comercializados.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Pois bem, constatada a impossibilidade de alegar negócio pactuado entre as partes por meio de contrato bem como a natureza da atividade exercida, passaremos a analisar a possibilidade de imputação de responsabilidade a empresas que participam da intermediação do comércio eletrônico realizado por meio da rede mundial de computadores (Internet) pelo cometimento de infração sanitária em seus sites.

A Lei nº 6.437/77 dispõe sobre as infrações à legislação sanitária, estabelecendo as respectivas sanções. Nesse diapasão, verificada a infração sanitária, deve-se realizar a identificação dos autores, para fins de imposição da sanção administrativa e de providências outras tendentes à redução dos prejuízos à saúde decorrentes da prática irregular, à prevenção da ocorrência de fatos danosos, bem como ao cumprimento da função educativa e preventiva das ações de vigilância sanitária.

Assim, com relação à imputação do resultado da infração sanitária, a Lei nº 6.437/77 determina o seguinte em seu art. 3º, com nossos destaques:

Art. 3º - O resultado da infração sanitária é imputável a quem lhe deu causa ou para ela concorreu.

§ 1º - Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual a infração não teria ocorrido.

§ 2º - Exclui a imputação de infração a causa decorrente de força maior ou proveniente de eventos naturais ou circunstâncias imprevisíveis, que vier a determinar avaria, deterioração ou alteração de produtos ou bens do interesse da saúde pública.

Em relação às alegações de que não houve dolo na conduta da autuada, tendo agido de boa-fé, que poderia ser atestada pela imediata retirada do ar do conteúdo (fl. 91), reforçamos que a ausência de dolo não desconfigura o caráter de ilicitude da conduta. Aliás, tanto o dolo quanto a má-fé, caso existissem, consistiriam em

circunstância agravante, prevista na Lei 6.437/1977, art. 8º, VI, conforme segue:

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 conseqüências 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.

(Lei 6437/1977, art. 8º, grifo nosso).

Temos uma infração de natureza objetiva. Nesses casos, o mero descumprimento da obrigação de não fazer (no caso, não comercializar dispositivos eletrônicos para fumar) prevista em norma já é considerada uma infração. Os fatores subjetivos que orbitam ao redor do fato e que podem ser identificados (como dolo, má-fé, conseqüências calamitosas para a saúde pública, por exemplo) são consideradas circunstâncias agravantes, nos termos do artigo 8º da Lei 6.437/1977. Tais circunstâncias, como o próprio nome diz, são elementos circunstanciais do fato, mas não são elementos essenciais para a configuração dos tipos infracionais previsto da Lei 6.437/1977, artigo 10. Em suma: é importante não confundir a não existência de circunstância agravante (ou mesmo a existência de circunstância atenuante) com uma causa de extinção da punibilidade.

VOTO Nº 085/2021/CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA

O Marco Civil apresenta regras e princípios para a utilização da internet no Brasil, traçando as diretrizes gerais para os agentes que atuam na área, como os provedores de serviços de internet. No entanto, observa-se claramente que parte de seu escopo diz respeito, essencialmente, à regulação das relações de natureza privada que ocorrem na rede, como no caso das normas da Seção III Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros do Capítulo III, que tratam da responsabilidade civil de provedores de

serviços de internet por danos relacionados ao conteúdo produzido por terceiros.

Diferentemente, no que tange aos aspectos inerentes a infrações penais e sanitárias, impõe-se a aplicação, primordialmente, dos microssistemas jurídicos específicos, como o direito penal e o direito administrativo sancionador, podendo as normas da Lei nº 12.965/14 serem utilizadas apenas subsidiariamente, no que couber. Nesta seara, encontra-se inserida a temática referente a responsabilização em face do cometimento de infrações sanitárias. Esse foi o entendimento da Procuradoria ao se manifestar sobre Auto de Infração lavrado contra provedor de hospedagem, conforme transcrição de trecho do PARECER n.00102/2018/CCONS/PFANVISA/PGF/AGU:

“Nesse diapasão, importante ressaltar, preliminarmente, que a situação em comento não guarda similitude com os casos de ilícito civil praticado na rede mundial de computadores entre particulares, que geraram uma infinidade de julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, embasados na Lei do Marco Civil na Internet (Lei nº 12.956/14).

Considerando tratar-se, in casu, de uma infração sanitária, no presente Parecer a questão será examinada com base nos princípios e axiomas aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

Sanção administrativa é o ato punitivo suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração como resultado de uma infração administrativa, espelhando a atividade repressiva (poder sancionador) decorrente do poder de polícia. A inflicção de sanção de polícia demanda a necessária observância dos princípios da legalidade e da tipicidade, além das garantias inerentes ao devido processo legal, sendo aplicáveis ainda, por analogia, alguns outros axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.”

Dessa feita, de antemão, observa-se que não há que se falar em contrariedade entre as disposições do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e da Lei nº 6.437/77. O âmbito de incidência dos dois instrumentos legais é distinto e não se confunde. Na hipótese de cometimento de infração sanitária no contexto da internet, a legislação de regência é a Lei nº 6.437/77.

No caso em estudo não se trata de uma relação de consumo propriamente dita, embora tenha interface com este ramo do Direito. Trata-se, na realidade, de uma violação à norma sanitária emitida pelo ente administrativo que tem a atribuição legal para regulamentar sobre produtos fumíferos, conforme a Lei

9.782, de 26 de janeiro de 1999:

“Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

(...)

X - Cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco”;

É importante ainda delimitar a conduta pela qual a empresa WIX.COM foi responsabilizada no auto de infração sanitária. Embora a área técnica tenha utilizado o termo “meio de comunicação” e tenha utilizado um Parecer da Procuradoria Federal na Anvisa que tratava da responsabilização solidária de meios de comunicação, a empresa foi autuada, conforme fl. 02., não pela atividade de divulgação, mas pela comercialização de dispositivos eletrônicos para fumar, atividade vedada de acordo com a Resolução-RDC 46, de 28 de agosto de 2009:

“Art. 1º Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo.” (grifo nosso).

Em relação a esta conduta, a empresa alega não realizar a atividade de comercialização de dispositivos eletrônicos de fumar, uma vez que a sua atividade é a de fornecimento de um serviço para hospedagem e criação de conteúdo para internet, atividade regulamentada pela Lei 12.695/2014. Ainda, às fls. 57 e seguintes, juntou modelo de Termos de Uso e Responsabilidade que devem assinar os usuários de seu serviço. Por fim, esclarece à fl. 90, que a responsável pela página seria a usuária identificada pelo nome Dayana Friedrich. Por fim, destacamos que a recorrente não informou outros dados que possibilitassem a identificação da responsável pela publicação, mas ao mesmo tempo não se identifica nos autos do processo qualquer demonstração de que a Anvisa teria notificado a empresa WIX.COM® a fornecer tais dados. Assim, afastada a natureza de atividade de veículo de comunicação ou mesmo da prestação de serviço de divulgação de produto, vejamos a legislação pertinente ao tema no que tange à comercialização de produto para a saúde e acerca da responsabilidade solidária da empresa.

De fato, ao disponibilizar ferramentas de desenvolvimento de sites para e-commerce, a empresa Wix torna-se responsável solidariamente pelo produto que o seu contratante comercializa e/ou divulga. Isto ocorre em virtude de certos produtos proibidos terem sua vedação imposta por normas de Direito Público, que são oponíveis erga omnes (devem ser observadas por todos os administrados, tornando nula qualquer cláusula contratual em sentido oposto). Isso se dá, por exemplo, com o comércio de drogas ilícitas, crime definido no Código Penal que ensejaria a penalização de todos os envolvidos, independentemente do teor da relação contratual firmada entre as partes. Nesses casos, considera-se inclusive o contrato nulo, conforme art. 166, II, do Código Civil, que transcrevemos abaixo, motivo pelo qual não cabe também a alegação de que o contratante teria aceitado assumir a responsabilidade pelo inteiro teor dos produtos comercializados.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Pois bem, constatada a impossibilidade de alegar negócio pactuado entre as partes por meio de contrato bem como a natureza da atividade exercida, passa-se a analisar a possibilidade de imputação de responsabilidade a empresas que participam da intermediação do comércio eletrônico realizado por meio da rede mundial de computadores (Internet) pelo cometimento de infração sanitária em seus sites.

A Lei nº 6.437/77 dispõe sobre as infrações à legislação sanitária, estabelecendo as respectivas sanções. Nesse diapasão, verificada a infração sanitária, deve-se realizar a identificação dos autores, para fins de imposição da sanção administrativa e de providências outras tendentes à redução dos prejuízos à saúde decorrentes da prática irregular, à prevenção da ocorrência de fatos danosos, bem como ao cumprimento da função educativa e preventiva das ações de vigilância sanitária.

Assim, com relação à imputação do resultado da infração

sanitária, a Lei nº 6.437/77 determina o seguinte em seu art. 3º, com nossos destaques:

Art. 3º - O resultado da infração sanitária é imputável a quem lhe deu causa ou para ela concorreu.

§ 1º - Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual a infração não teria ocorrido.

§ 2º - Exclui a imputação de infração a causa decorrente de força maior ou proveniente de eventos naturais ou circunstâncias imprevisíveis, que vier a determinar avaria, deterioração ou alteração de produtos ou bens do interesse da saúde pública.

Por outro lado, o Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet informa como a autoridade administrativa deve solicitar pedido de acesso a dados cadastrais de pessoa física ou jurídica que eventualmente venham a violar disposições administrativas por suas publicações na internet. Não há qualquer comprovação nos autos do processo administrativo sanitário em estudo de que se tenha solicitado o acesso a tais dados da prestadora de serviços WIX.COM.

Da requisição de dados cadastrais

Art. 11. As autoridades administrativas a que se refere o art. 10, § 3º da Lei nº 12.965, de 2014, indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais.

§ 1º O provedor que não coletar dados cadastrais deverá informar tal fato à autoridade solicitante, ficando desobrigado de fornecer tais dados.

§ 2º São considerados dados cadastrais:

I - a filiação;

II - o endereço; e

III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário.

§ 3º Os pedidos de que trata o caput devem especificar os indivíduos cujos dados estão sendo requeridos e as informações desejadas, sendo vedados pedidos coletivos que sejam genéricos ou inespecíficos.

(Art. 11, Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016, grifo nosso).

A área atuante deveria ainda ter providenciado diligência à atuada para providenciar a identificação do responsável para, em seguida, lavrar auto direcionado ao responsável legal pela divulgação e comercialização do produto, a pessoa física identificada à fl. 90 do processo.

No entanto, em face do transcurso de tempo superior a 5 anos entre o fato apurado e a data atual, há a incidência da prescrição da ação punitiva em relação à senhora Dayana Friedrich (fl. 90). Tal fato, no entanto, não impede o seguimento deste processo.

Em relação às alegações de que não houve dolo na conduta da autuada, tendo agido de boa-fé, que poderia ser atestada pela imediata retirada do ar do conteúdo (fl. 91), reforçamos que a ausência de dolo não desconfigura o caráter de ilicitude da conduta. Aliás, tanto o dolo quanto a má-fé, caso existissem, consistiriam em circunstância agravante, prevista na Lei 6.437/1977, art. 8º, VI, conforme segue:

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 conseqüências 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.

(Lei 6437/1977, art. 8º, grifo nosso).

Temos uma infração de natureza objetiva. Nesses casos, o mero descumprimento da obrigação de não fazer (no caso, não comercializar dispositivos eletrônicos para fumar) prevista em norma já é considerada uma infração. Os fatores subjetivos que orbitam ao redor do fato e que podem ser identificados (como dolo, má-fé, conseqüências calamitosas para a saúde pública, por exemplo) são consideradas circunstâncias agravantes, nos termos do artigo 8º da Lei 6.437/1977. Tais circunstâncias, como o próprio nome diz, são elementos circunstanciais do fato, mas não são elementos essenciais para a configuração dos tipos infracionais previsto da Lei 6.437/1977, artigo 10. Em suma: é importante não confundir a não existência de circunstância agravante (ou mesmo a existência de circunstância atenuante) com uma causa de extinção da punibilidade.

Em relação ao valor aplicado à penalidade de multa na

decisão recorrida, no entanto, faremos algumas considerações e entendemos pela necessidade de revisá-la. A decisão à fl. 80 estabeleceu o valor da penalidade em R\$ 170.000,00 conforme o teor do artigo 9 da Lei 9.294/1996. No entanto, a lei em questão estabelece, para a finalidade daquela lei, os valores de multa aplicáveis dentro da faixa de R\$ 5.000,00 a R\$ 100.000,00. Portanto, o valor indicado na decisão recorrida está em desacordo com a Lei que estabelece restrições sobre o uso e a venda de produtos fumígenos e derivados do tabaco.

No entanto, o próprio enquadramento da conduta na Lei 9.294/1996 é questionável, considerando: (a) que a referida lei não menciona os dispositivos eletrônicos para fumar, mas apenas do uso e da propaganda dos produtos ali descritos; e (b) que a vedação ao comércio de dispositivos eletrônicos para fumar foi estabelecida através de regulamento infralegal, a saber: a Resolução-RDC 46/2009, que estabelece:

RESOLUÇÃO Nº 46, DE 28 DE AGOSTO DE 2009

Art. 1º Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo.

Parágrafo único. Estão incluídos na proibição que trata o caput deste artigo quaisquer acessórios e refis destinados ao uso em qualquer dispositivo eletrônico para fumar.

(...)

Art. 3º A infração do disposto nesta Resolução sujeitará os responsáveis às sanções previstas na Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977.

Portanto, considerando que a Lei 9.294/1996 não faz menção expressa aos dispositivos eletrônicos de fumar e que a própria norma infralegal estabelece que a violação à proibição nela inserida sujeitará às sanções previstas na Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977, há que se afastar a aplicação da primeira neste caso concreto.

Por outro lado, as regras para a aplicação da penalidade de multa constantes na Lei 6.437, de 1977 (art. 2º §§ 1º, 2º e 3º e art. 4º), divergem bastante e estabelecem faixas de valores de acordo com o nível de gravidade da infração (em leve, grave ou gravíssima) e enumera os critérios para a classificação em um desses níveis, de acordo com a apuração de circunstâncias atenuantes ou

agravantes no caso. Vejamos:

Art. 2º - *Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:*
(...)

§ 1º *A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)*

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

II - nas infrações graves, de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 2º *As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)*

§ 3º *Sem prejuízo do disposto nos arts. 4º e 6º desta Lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001).*

(...)

Art. 4º - *As infrações sanitárias classificam-se em:*

I - leves, aquelas em que o infrator seja beneficiado por circunstância atenuante;

II - graves, aquelas em que for verificada uma circunstância agravante;

III - gravíssimas, aquelas em que seja verificada a existência de duas ou mais circunstâncias agravantes.

Portanto, faz-se necessário avaliar a presença das circunstâncias atenuantes e agravantes previstos na Lei 6.437/1977.

À fl. 78, verifica-se certidão que atesta a primariedade da recorrente em infrações sanitárias. À fl. 80, por outro lado, a decisão informou que considerou a agravante prevista no art. 8º, II da Lei 6.437/1977, que corresponde a: "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."

No entanto, tal circunstância agravante não está

comprovada de maneira objetiva nos autos do processo. Não há, por exemplo, comprovação de que a referida empresa ganharia uma porcentagem em relação a venda do produto divulgado ou se o pagamento pelo contrato seria apenas pela prestação de serviço de hospedagem. No segundo caso, que é o que parece ter ocorrido no caso concreto, não há que se falar em “obtenção de vantagem pecuniária decorrente do consumo pelo público (...)”.

Assim, sugerimos pela desconsideração da agravante prevista no artigo 8º, II da Lei 6.437/1977 e por considerar a atenuante prevista no artigo 7º, “V - ser o infrator primário, e a falta cometida, de natureza leve”.

Considerando tudo o exposto, sugerimos a revisão do valor da multa aplicado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na faixa estabelecida para infrações leves, conforme art. 2º, §1º, I, c/c art. 4º, I, da Lei 6.437/1977.

III. CONCLUSÃO DO RELATOR

22. Diante do exposto, voto POR CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a penalidade de multa, acrescidos da devida atualização monetária, a partir da data da decisão que estipulou o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme decidido pela GGREC.



Documento assinado eletronicamente por **Antonio Barra Torres, Diretor-Presidente**, em 21/02/2024, às 16:41, 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 **2817512** e o código CRC **D7EBC012**.

