

VOTO Nº 36/2024/SEI/DIRE3/ANVISA

Processo administrativo sanitário (PAS): 25069.032843/2018-49

Expediente do recurso (1a instância): 1014965/18-1

Expediente do recurso (2a instância): 4402825/22-9

Recorrente: Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora
Audivisual S.A.

CNPJ: 12.227.558/0001-07

RECURSO ADMINISTRATIVO.
INFRAÇÃO SANITÁRIA.
PROPAGANDA. MARCAS DE
CIGARROS E CIGARRILHAS.
INTERNET. AUTO DE INFRAÇÃO
SANITÁRIA. SUBSISTENTE.

1. A propaganda de marcas de cigarros e cigarrilhas na internet configura infração sanitária. Artigo 3º da Lei nº 9.294/1999. Caput e parágrafo único do artigo 1º da RDC 15/2003. Artigo 9º da Lei nº 9.294/1999.

2. A ausência de qualquer impacto no enredo da telenovela pela retirada do produto utilizado pelo personagem confirma sua total desnecessidade para a produção de obra, restando afastada a exceção do Decreto nº 2.018/1996, artigo 3º, §2º, inciso III.

VOTO por CONHECER recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL,

minorando a penalidade de multa ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Área responsável: Gerência Geral de Registro e Fiscalização de Produtos Fumígenos derivados ou não do Tabaco

Relator: Daniel Meirelles Fernandes Pereira

1. RELATÓRIO

Em 10/01/2018, a empresa Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A foi autuada por realizar propaganda de marcas de cigarros e cigarrilhas nos programas denominados “Beijo Gay” e “Post Pago”, do canal “Porta dos Fundos”, em vídeos disponíveis no *YouTube*, nos seguintes endereços eletrônicos: <https://www.youtube.com/watch?v=XDZH4eRR6DG> e <https://www.youtube.com/watch?v=HyxRKAFnYY8&feature=youtu.be>, com última data de acesso em 10/1/2018.

À fl. 05, consta acostada no processo Notificação nº 05/2018-CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA, que solicitou a suspensão da divulgação dos programas “Beijo Gay” e “Post Pago”, recebida pela autuada em 20/2/2018, conforme Aviso de Recebimento (AR), às fls.51.

Às fls. 06/12, Relatório de Investigação - RI: Nº 001/2018, que sugeriu a autuação da recorrente. A empresa apresentou defesa administrativa sob expediente nº 0196465/18-8, às fls.13/48.

À fl.49, certidão de antecedentes, atestando a primariedade da autuada no que tange a anteriores condenações por infrações sanitárias.

À fl.50, certidão de capacidade econômica, extraída do sistema Datavisa, que classificou a autuada como de grande porte - grupo I, nos termos da RDC nº 222/2006.

Às fls.52/59, Relatório nº 015/2018 - GGTAB/DIARE/ANVISA, no qual a área autuante manifestou-se pela manutenção da autuação.

Às fls. 61/62, tem-se a decisão recorrida, a qual manteve a autuação e aplicou à autuada penalidade de multa no

valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). À fl.63, publicação da decisão em DOU nº 186, de 26/9/2018, Seção 1, página 52.

Às fls.64/65, Ofício nº 468/2018 - GGTAB/DIARE/ANVISA, devidamente recebido pela autuada em 5/10/2018, conforme AR, à fl.66.

Às fls.67/117, tem-se o recurso administrativo sob expediente nº 1014965/18-1.

Às fls. 118/119, em sede de juízo de reconsideração, a autoridade julgadora de primeira instância administrativa opinou pela não retratação da penalidade de multa aplicada.

Às fls.190/194, Voto nº 1406/2021 - CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA, que conheceu do recurso e negou-lhe provimento, mantendo a penalidade de multa, com a devida atualização monetária. Às fls.195/202, Aresto nº 1.483/2022.

À fl.203, Notificação que conferiu ciência à autuada sobre a decisão da GGREC, que foi devidamente recebida pela empresa, em 20/6/2022, conforme AR, à fl.205.

Às fls.210/212, Despacho nº 2002/2022/SEI/GEGAR/GGGAF/ ANVISA, informando a digitalização do processo, que será migrado para o sistema SEI, permitindo o acompanhamento da cobrança dos créditos devidos a Anvisa em meio eletrônico.

Termo de encerramento de trâmites físico, passando o processo a caminhar pelo sistema SEI, com o mesmo número do processo físico (SEI 2204271).

Recurso sob expediente nº 4402825/22-9, protocolado contra a decisão da GGREC (SEI 2280407).

Protocolo Sat nº 2023104408, de 20/4/2023 (SEI 2375070). Correio eletrônico que compartilha link de acesso aos autos do processo, enviado à livia.peres@veirano.com.br; e victoria.barbosa@veirano.com.br, de 9/5/2023.

Em 1º/08/2023 a empresa autuada tomou conhecimento da decisão, por meio do Ofício nº 9/2023/SEI/CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA (SEI 2492552), devidamente recebido conforme rastreamento desse Ofício (2594961) no site dos Correios (OV 339 970 845 BR).

Em 06/12/2023, por meio do Despacho nº 369/2023-GGREC/GADIP/ANVISA, a GGREC decide pela NÃO RETRATAÇÃO, encaminhando o recurso administrativo interposto quanto à

decisão de segunda instância, à Diretoria Colegiada - DICOL, visando a posterior deliberação, em última instância.

É a síntese necessária. Segue-se ao exame do recurso.

2. DO JUÍZO QUANTO À ADMISSIBILIDADE

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.

Quanto à tempestividade, de acordo com o parágrafo único do art. 30 da Lei nº 6.437/1977 c/c o art. 9º da Resolução RDC no 266/2019, o prazo para interposição do recurso é de 20 (vinte) dias, contados da ciência do interessado. Assim, considerando que a ciência da autuada ocorreu em 20/06/2022, conforme A.R. (fl.205), e apresentou o presente recurso, na forma eletrônica, em 8/7/2022, conforme fluxo de tramitação do expediente do recurso no sistema Datavisa, concluindo-se, assim, que o recurso em tela é tempestivo.

Além disso, tem-se que o recurso foi interposto por pessoa legitimada perante a Anvisa e não houve o exaurimento da esfera administrativa.

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

3. DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

Inconformada diante da decisão da GGREC, a recorrente interpôs novo recurso, nos termos da Lei nº 9.784/1999, contra a decisão da GGREC, alegando, em suma, que:

a) violação ao direito de defesa e contraditório, uma

vez que não houve a disponibilização das cópias dos autos do processo;

b) efeito suspensivo do recurso;

c) é referência em entretenimento multiplataforma, atuando em séries, filmes, branded content, e possui um dos maiores canais do YouTube no Brasil, sendo reconhecida mundialmente no âmbito humorístico. O escopo das atividades da empresa na Receita Federal é de atividades de produção cinematográfica, de vídeos e de programas de televisão com viés humorístico;

d) a infração é nula na origem, carecendo de motivação, uma vez que não realizou propagandas de cigarros e cigarrilhas nos vídeos, pois a utilização de tais substâncias possuem, tão somente, caráter de contextualização dos personagens;

e) a utilização de cigarros, bebidas alcóolicas, alimentos e vários outros produtos são usuais em filmes, séries, vídeos e outros meios de comunicações, como forma de caracterizar personagens ou determinadas situações que comumente são vistas na vida real, com conteúdo humorístico, sem que isso represente qualquer publicidade desses produtos;

f) utilizou os produtos cigarro e cigarrilhas exclusivamente para construção das personagens presentes nos vídeos visando obter o nexos humorístico e satírico necessário para a mensagem ali tratada;

g) no vídeo “Post Pago”, são mencionadas as marcas concorrentes Marlboro, Marlboro Light, Dauril, Hilton e Café Crème, e no vídeo “Beijo Gay” é mencionada a marca Derby. Não faria sentido algum fazer publicidade de diversos produtos concorrentes, cujas fabricantes sequer fazem parte do mesmo grupo econômico;

h) o art. 1º da RDC nº 15/2003 traz como requisito para aplicação do art. 3º da Lei nº 9.294/1996 que haja contratação da empresa de produtos fumígenos;

i) direito constitucional da livre manifestação artística, sendo que as restrições do art. 220 da Constituição Federal se referem a propaganda, o que não ocorreu neste caso;

j) os vídeos “Beijo Gay” e “Post Pago” são produções independentes e não estão sujeitos a restrições legais aplicáveis a propagandas do produto. Aliás, sequer poderia a Anvisa interpretar questões relacionadas à natureza da publicidade ou expressão artística, na medida em que essas questões fogem da esfera de atuação dessa d. Agência, cuja atuação deve se ater a questões de saúde, que não foram violadas no caso específico;

k) suspendeu a exibição dos vídeos, ocorrendo a perda e objeto da infração;

l) Lei Federal nº 9.294/1996 prevê a possibilidade de imposição da penalidade de advertência que, no caso, é mandatória, por ser medida adequada e proporcional que se impõe à Administração Pública;

m) é primária e faz jus a atenuante do inciso V do art. 7º da Lei nº 6.437/1977;

n) o valor da multa não está em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inclusive, a pena pecuniária foi aplicada no máximo legal;

o) é de médio porte econômico.

A recorrente pugna, por fim, pela nulidade ou insubsistência do auto de infração com a extinção do processo. Subsidiariamente, requer a redução do valor da multa para o mínimo legal ou a conversão da pena pecuniária em advertência.

4. ANÁLISE DE MÉRITO

Inicialmente, da análise dos autos do processo, cumpre registrar que não houve incidência de prescrição, nos termos do Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, porquanto, entre a lavratura do auto de infração sanitária até o presente momento, há vários atos da Administração que interrompem o

prazo da prescrição punitiva (quinquenal) e da intercorrente (trienal), vejamos alguns exemplos:

- Lavratura do AIS, em 10/1/2018;
- Decisão de 1ª instância, de 10/9/2018;
- Notificação da autuada, em 5/10/2018;
- Decisão de não reconsideração, de 2/1/2019;
- Voto nº 1406/2021 - CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA, de 13/12/2021;
- Notificação da autuada, em 20/6/2022.

Com relação ao alegado cerceamento de defesa, de fato, houve atraso na concessão do acesso às cópias dos autos do processo que veio a ocorrer em 9/5/2023, por meio de correio eletrônico que compartilhou link de acesso aos autos do processo, enviado à livia.peres@veirano.com.br; e victoria.barbosa@veirano.com.br.

Ainda assim, foi enviado à empresa o Ofício nº 9/2023/SEI/CRES2/GGREC/GAGIP, que foi devidamente recebido pela autuada em 1/8/2023, conforme rastreamento do Ofício no site dos Correios (2594961), abrindo prazo para abertura de nova solicitação de cópia, se assim entender necessária, e prazo de vinte dias para aditar o recurso.

No entanto, ultrapassado o prazo concedido à recorrente, até o momento, não foram solicitadas cópias dos autos nem protocolado aditamento ao recurso. Com isso, entende-se que sanada qualquer vício que pudesse cercear o direito de defesa da autuada.

No que se refere ao efeito suspensivo, insta ressaltar que os recursos administrativos nesta Agência são automaticamente recebidos com tal característica, por força do § 2º do art. 15 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, “Dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa”, e somente poderá ser afastado quando, em análise preliminar, forem considerados relevantes os fundamentos da decisão recorrida e a inexecução do ato recorrido puder resultar em risco sanitário, nos termos do Regimento Interno desta casa.

Cumprindo ainda salientar que a Lei nº 6.437/1977, em seu art.32, dispõe que:

os recursos interpostos das decisões não definitivas

somente terão efeito suspensivo relativamente ao pagamento da penalidade pecuniária, não impedindo a imediata exigibilidade do cumprimento da obrigação subsistente na forma do disposto no art. 18.

Superados os esclarecimentos iniciais, segue-se à análise do recurso.

No mérito, cumpre registrar que qualquer forma de comunicação que promova os produtos derivados do tabaco, atraindo a atenção e o interesse da população, e possa estimular o consumo ou a iniciação do uso, está incluída na definição de propaganda de produto derivado do tabaco, que é proibida pela Lei nº 9.294/1996.

Cabe acrescentar que a RDC nº 15/2003 abrange, na definição da propaganda de produtos derivados do tabaco:

qualquer outra forma de comunicação ou ação que promova os produtos derivados do tabaco, atraindo a atenção e o interesse da população, seja ela consumidora ou não dos produtos, e possa estimular o consumo ou a iniciação do uso.

Assim, a utilização de marcas de cigarros na internet, certamente, é capaz de atrair a atenção do público ao produto e estimular o uso.

O parágrafo único do art. 1º da RDC nº 15/2003 considera que está abrangida, no conceito de propaganda, a divulgação de nome de marca e elementos de marca de produto derivado de tabaco, em qualquer forma de comunicação, que promova referidos produtos, atraindo a atenção e o interesse da população, seja ela consumidora ou não dos produtos, e que possa estimular o consumo ou a iniciação do uso, vejamos:

RDC 15/2003

Art. 1º Para cumprimento do artigo 3º da Lei n.º 9.294 de 15 de julho de 1996, com as alterações dadas pela Lei n.º 10.167, de 27 de dezembro de 2000, considera-se:

I- propaganda de produtos derivados do tabaco: qualquer forma de divulgação, seja por meio eletrônico, inclusive internet, por meio impresso, ou qualquer outra forma de comunicação ao público, consumidor ou não dos produtos, que promova, propague ou dissemine o produto derivado do tabaco, direta ou indiretamente, realizada pela empresa responsável pelo produto ou outra por ela contratada;

Parágrafo único. Consideram-se, inclusive, abrangidas na definição acima a divulgação de catálogos ou mostruários de produtos derivados do tabaco, tanto na forma

impresa como por meio eletrônico; a divulgação do nome de marca e elementos de marca de produto derivado do tabaco ou da empresa fabricante em produtos diferentes dos derivados do tabaco; a associação do nome de marca e elementos de marca do produto ou da empresa fabricante a nomes de marcas de produtos diferentes dos derivados do tabaco, a nomes de outras empresas ou de estabelecimentos comerciais; bem como qualquer outra forma de comunicação ou ação que promova os produtos derivados do tabaco, atraindo a atenção e o interesse da população, seja ela consumidora ou não dos produtos, e possa estimular o consumo ou a iniciação do uso. (sem grifo no original)

É digno de se acentuar que é proibido o uso de produtos fumígenos em recintos fechados, inclusive em locais de filmagem ou gravação de produções audiovisuais, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996, com exceção quando necessário à produção da obra” (§2º, inciso III).

Contudo, em momento algum a empresa justificou adequadamente a necessidade de utilização de marcas de cigarros para a construção da obra e nem mesmo a essencialidade do uso de cigarros para obra que, salvo melhor juízo, poderiam ser substituídos por outras situações ou clichês (como aborda a recorrente) sem prejuízo ao conteúdo ou mensagem a ser veiculada. Como a própria autuada afirma em defesa, o uso das marcas de cigarros foi utilizado tão somente como acessório e secundário às tramas, o que não prejudicaria de qualquer maneira o roteiro produzido caso fosse retirado.

Ainda que não tenha sido objeto do auto de infração sanitária, apenas como fim pedagógico, salienta-se que quando da utilização de produto fumígeno em estúdios e locais de filmagem ou gravação de produções audiovisuais, quando necessário à obra, deve-se adotar medidas para proteção da saúde dos trabalhadores do estúdio, conforme determinado no Decreto nº 2.018/1996 e na Portaria Interministerial TEM/MS nº 04/2014, tal como, condições de isolamento, ventilação e exaustão do ar e medidas de proteção ao trabalhador em relação à exposição ao fumo.

Sobre o consumo de tabaco, a Organização Mundial da Saúde (OMS), no preâmbulo da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, reconhece que:

[...] os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e

a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças.

No que tange às liberdades de expressão e criação artística, cabe dizer que a presente autuação tem por fundamento o combate ao descumprimento de normas legais e regulamentares que visam a proteção da saúde pública. Ademais, a atuação da Anvisa no presente caso é fruto do exercício do poder de polícia de que é dotada a Administração Pública, que o exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, conceitua o poder de polícia como *“a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”*. Para que se garanta sua coercibilidade, o poder de polícia é aparelhado de diversas sanções administrativas, as quais visam punir e reprimir as infrações administrativas, visando sempre o interesse público. Assim, incabível a alegação de que a presente autuação viola a liberdade de expressão da recorrente, uma vez que tal liberdade não pode sobrepor-se ao direito à saúde, claramente violado pela exposição desnecessária de um produto fumígeno derivado do tabaco na internet e em um canal de YouTube amplamente acessado.

Com relação ao fato de que a recorrente suspendeu a veiculação dos vídeos, objetos da autuação, no caso concreto, era obrigação do infrator, uma vez ciente, cessar os atos ilícitos, para tanto empreendendo as medidas necessárias. Assim, houve apenas o cumprimento da norma posterior a fiscalização sanitária, o que não influi nos atos já praticados.

Vê-se, portanto, que os fatos descritos estão bem afeiçoados à norma invocada, não tendo vindo aos autos qualquer justificativa legalmente admissível, razão pela qual se tem como violadas as normas sanitárias coligidas. Trata-se de fato incontroverso, tipificado como infração sanitária no artigo 9º da Lei nº 9.294/1996.

Quanto às atenuantes e agravantes previstas na Lei nº 6.437/1977, a Procuradora Federal junto à Anvisa, por meio do Parecer Cons. nº 01/201/PF-ANVISA/PGF/AGU, no que tange à

dosimetria da pena e a tipificação de infrações previstas pela Lei nº 9.294/1996, aplica-se o critério da especialidade.

Assim, constatada que a infração se encontra tipificada na Lei nº 9.294/1996 (como é o caso em análise), as penalidades aplicadas serão aquelas previstas no artigo 9º dessa Lei, de acordo com os valores e modo de aplicação ali definidos. Portanto, não há falar nas circunstâncias agravantes e atenuantes da Lei nº 6.437/1977 no cálculo da pena da infração ora em exame, nem a Lei nº 9.784/1999.

Com relação ao porte econômico da recorrente, da análise dos documentos apresentados pela autuada, entende-se que a empresa é de médio porte, motivo pelo qual o cálculo da pena deve ser revisitado nesse ponto.

Por fim, considerando as circunstâncias relevantes para a dosimetria da pena (porte econômico da infratora: médio, e risco sanitário: grave), entende-se por minorar a pena de multa ao valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos do artigo 9º, inciso V, da Lei nº 9.294/1996 (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.

5. DO VOTO

Ante o exposto, **VOTO por CONHECER o recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, a fim de minorar a penalidade de multa ao valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

É o entendimento que submeto à apreciação e deliberação desta Diretoria Colegiada.



Documento assinado eletronicamente por **Daniel Meirelles Fernandes Pereira, Diretor**, em 22/02/2024, às 12:27, 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 **2817219** e o código CRC **30365285**.

Referência: Processo nº
25351.904068/2024-96

SEI nº 2817219