

VOTO Nº 115/2024/SEI/DIRETOR-PRESIDENTE/ANVISA

ROP 03/2024, ITEM DE PAUTA 3.1.2.3

Processo nº: 25351.002158/2010-22

Expediente nº: 2961346/21-5

Empresa: MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda.

CNPJ: 03.361.252/0001-34

Assunto da Petição: Recurso Administrativo.

Empresa autuada pela divulgação dos produtos sem registros “Wellastrate Creme Alisante”, “Wellastrate Creme Neutralizante”, “Concentrado de Queratina Termo Ativada”, “Máscara Hidratante de Queratina e Colágeno”, “Manual Hot Iron para Escova Definitiva”, no site

www.produto.mercadolivre.com.br.

Materialidade da infração comprovada. Voto por conhecer do recurso e negar provimento, mantendo-se a penalidade de multa, acrescida da devida atualização monetária, a partir da data da decisão que estipulou o valor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), dobrada para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em virtude da reincidência.

Relator: Antonio Barra Torres.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso administrativo sob expediente nº 2961346/21-5, fls. 308-318, interposto pela MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda., em face da decisão proferida em 2ª instância pela Gerência - Geral de Recursos (GGREC), na 18ª Sessão de Julgamento Ordinária (SJO nº 18), realizada no dia 6 de maio de 2020, que

decidiu, por unanimidade, CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, acompanhando a posição do relator descrita no Voto nº 217/2020 - CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

2. Em 12/06/2009, a recorrente, foi autuada.

3. Às fls. 3-5, Parecer nº 0477/GGPRO/ANVISA que avaliou a peça publicitária e sugeriu a autuação da empresa.

4. Às fls. 6-15, prova processual, consistente no impresso do site da internet no qual o produto foi divulgado.

5. Às fls. 16-17, Notificação nº 0322/2008 - GPROP/ANVISA/MS com a exigência para a empresa suspendesse, imediatamente, a veiculação de toda e qualquer propaganda, publicidade e promoção do produto WELLASTRATE+QUERATINA+MÁSCARA DE COLÁGENO, disponível no site www.mercadolivre.com.br.

6. À fl. 18, Ofício nº 1057/2008-GPROP/ANVISA encaminhando a Notificação nº 0322/2008 - GPROP/ANVISA/MS.

7. À fl. 20, resposta da recorrente à Notificação nº 0322/2008 - GPROP/ANVISA/MS.

8. Às fls. 48-60, Mem. nº 450/2008 - GGCOS/ANVISA/MS com denúncia da propaganda irregular.

9. À fl. 61, Ofício nº 1.517/2009 - GGPRO/ANVISA encaminhando o auto de infração à empresa.

10. Às fls. 62-87, solicitação de cópia do processo e documentos necessários para tal.

11. Devidamente notificada da lavratura do AIS (fl. 88), a empresa apresentou defesa às fls. 89-104.

12. Às fls. 136-142, Sentença referente à Execução Fiscal nº 2007.61.82.050219-0.

13. À fl. 144, Certidão de Antecedentes atestando o trânsito em julgado do processo administrativos sanitário PAS nº 25351.291213/2005-02 (AIS 1383/05 - GPROP/ANVISA), em 01/08/2007, para efeitos de reincidência.

14. Às fls. 145-148, Manifestação da área autuante pela manutenção parcial do auto de infração, descaracterizando o item 2 do AIS, e sugerindo aplicação das

penalidades de multa e proibição da propaganda.

15. À fl. 152, Consulta ao sistema Datavisa quanto ao porte econômico da autuada, que foi classificada como Grande - Grupo I, nos termos da RDC nº 222/2006.

16. À fl. 156, Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

17. À fl. 157, Certidão datada de 14/08/2014, informando que até àquela data a recorrente não havia encaminhado a DIPJ solicitada pela Anvisa.

18. Às fls. 158-162, tem-se a decisão recorrida, a qual manteve o auto de infração sanitária e aplicou à autuada penalidade de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), dobrada para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em face da reincidência, e proibição da propaganda irregular.

19. O recurso administrativo sanitário interposto contra a referida decisão encontra-se às fls. 166-182.

20. Às fls. 290-291, em sede de juízo de retratação, a autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra a decisão recorrida e, por conseguinte, a penalidade de multa cominada.

21. Às fls. 293-297, Voto nº 217/2020 - CRES2/GGREC/GADIP/ANVISA.

22. À fl. 298, Extrato de Deliberação da GGREC da SJO nº 18/2020 (Aresto nº 1.363), publicado no DOU de 07/05/2021.

23. À fl. 299, Despacho nº 033/2020 - CRES2/GGREC/ANVISA.

24. Às fls. 308-318, recurso administrativo interposto em face da decisão de 2ª Instância.

25. Às fls. 328-337, Recurso Especial nº 1.383.354 - SP (2013/0074298-9); Recurso Especial nº 1.830.548 - SP (2019/0230737-0).

26. Às fls. 374-387, Recurso Especial nº 1.654.211 - SP (2017/0030658-8).

II. ANÁLISE

a. Da admissibilidade do recurso

27. 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.

28. Quanto à tempestividade, dispõe o art. 9º que o recurso poderá ser interposto no prazo de 20 (vinte) dias, contados da intimação do interessado. Portanto, considerando que a recorrente tomou conhecimento da decisão em 14/07/2021, conforme rastreio dos Correios à fl. 304, e que apresentou o presente recurso administrativo em 29/07/2021, fl. 306, conclui-se que o recurso em tela é tempestivo.

29. 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.

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

b. Dos motivos da autuação

31. Na data de 12/06/2009, a recorrente foi autuada pela divulgação dos produtos sem registro “Wellastrate Creme Alisante”, “Wellastrate Creme Neutralizante”, “Concentrado de Queratina Termo Ativada”, “Máscara Hidratante de Queratina e Colágeno”, “Manual Hot Iron para Escova Definitiva”, no site www.produto.mercadolivre.com.br/MLB-77326114-escova-definitiva-wellastrate-queratina-mascara-colageno_JM, violando os Artigos 12 e 67 Inciso I da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976; e Artigo 37 § 1º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, *in verbis*:

Lei nº 6.360/1976:

TÍTULO II - Do Registro

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

[...]

TÍTULO XIII - Das infrações e Penalidades

[...]

Art. 67. Independentemente das previstas no Decreto-lei nº 785, de 25 de agosto de 1969, configuram infrações graves ou gravíssimas, nos termos desta Lei, as seguintes práticas puníveis com as sanções indicadas naquele diploma legal:

I - rotular os produtos sob o regime desta Lei ou deles fazer publicidade sem a observância do disposto nesta

Lei e em seu regulamento ou contrariando os termos e as condições do registro ou de autorização respectivos;

Lei nº 8.079/1990:

SEÇÃO - III Da Publicidade

[...]

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

c. Da decisão da GGREC

32. A GGREC, em sua análise, decidiu pelo conhecimento do recurso e negativa de provimento, a fim de manter a penalidade de multa, acrescida da devida atualização monetária.

d. Das alegações da recorrente

33. Diante da decisão da GGREC a recorrente interpôs novo recurso administrativo sob o expediente nº 2961346/21-5, onde alegou:

- o modelo de negócio desenvolvido pela recorrente consiste na disponibilização de uso de um espaço virtual de comércio eletrônico, por meio do qual terceiros anunciam a venda de produtos e serviços próprios aos usuários compradores interessados em adquiri-los, após manifestarem a sua anuência com os Termos e Condições Gerais de Uso do Site;
- os anunciantes tomam ciência prévia de tudo aquilo que não é permitido anunciar por meio da plataforma;
- os vendedores da plataforma são ostensivamente informados a respeito dos produtos que podem e que não podem ser comercializados no site;
- o Mercado Livre inclusive estipula severas sanções àqueles que descumprem as regras, incluindo a remoção do anúncio e a suspensão/inabilitação da conta;
- o Mercado Livre não permite o anúncio de produtos não registrados pela Anvisa, esta proibição está imposta no Anexo dos produtos proibidos disponibilizados na plataforma;

- o Mercado Livre não pode ser comparado a um veículo de propaganda, como equivocadamente entendeu a julgadora. Ele atua como provedor de aplicação de internet;
- assim não há que se falar na aplicação do Parecer PGF/MS 01/2010;
- a Anvisa não pode deixar de aplicar, ao presente caso, o Marco Civil da Internet;
- concernente ao conteúdo gerado por terceiro, o Marco Civil da Internet é bastante claro ao determinar a responsabilização dos provedores de aplicação apenas nos casos de descumprimento de ordens judiciais que determinem a remoção de conteúdo irregular, na forma que seja possível sua identificação;
- o Mercado Livre, na qualidade de provedor de aplicação de internet e consoante o Marco Civil da Internet, não tem autorização legal para influir na escolha do conteúdo dos anúncios, o que implicaria em inadmissível censura;
- a recorrente não é fornecedor, vendedor e fabricante dos produtos de terceiros anunciados na plataforma;
- a provisão de serviços de internet não é uma atividade de risco ou alta periculosidade em si que pudesse tornar o todo e qualquer dano associado à atividade da empresa, mesmo que cometidos por terceiros;
- não se constitui uma atividade intrínseca do Mercado Livre a fiscalização prévia e/ou monitoramento dos conteúdos postados pelos usuários;
- a jurisprudência pátria vai ao encontro do entendimento de que o provedor de aplicação de internet não pode ser responsabilizado pelos conteúdos publicados por terceiros em suas plataformas, sendo necessária a notificação judicial de remoção de conteúdo que aponte de forma clara e específica o conteúdo imputado como ilícito;
- as Agências Reguladoras guardam especial responsabilidade no desenvolvimento de um ordenamento jurídico ideal, evitando que sejam reconduzidas ao Judiciário demandas acerca de assuntos já decididos, sem qualquer razão para alteração do entendimento consolidado;
- a penalidade aplicada foi desmedida, uma vez que deve ser levado em conta a atenuante prevista no artigo 7º, III, da Lei nº 6.437/1977;
- o Mercado Livre adota uma postura reconhecidamente proativa em retirar os anúncios irregulares do ar, dentro dos limites da Lei, bem como em parceria

com órgãos públicos;

- o Mercado Livre atua energicamente para coibir a venda de produtos proibidos, dentro dos limites de sua atuação, mediante a manutenção e contínuo desenvolvimento de canal aberto a todos os usuários e órgãos, voltado ao processamento de denúncias de má utilização de seu ambiente virtual;
- o Mercado Livre disponibiliza à Anvisa um canal direto de denúncias de anúncios irregulares, já que compete à Agência a fiscalização de tais produtos;
- somente os órgãos competentes pela regulamentação e fiscalização de determinados produtos detém, além da responsabilidade legal e do poder de fiscalização, os conhecimentos técnicos e a expertise para inibir a comercialização de produtos proibidos pela legislação específica em vigor, ou sem as devidas orientações estabelecidas, de forma que essas parcerias firmadas pelo Mercado Livre com os órgãos fiscalizadores são cruciais para a adequada identificação dos anúncios de produtos irregulares.

e. Do Juízo quanto ao mérito

34. 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 1.363/2020 da GGREC e fundamentadas no Despacho nº 206/2021-GGREC/GADIP/ANVISA.

35. 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.

36. 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 1.363/2020 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.

(...)

37. Pelo exposto, mantenho o Aresto recorrido pelos seus próprios fundamentos, apresentados no Despacho nº 206/2021-GGREC/GADIP/ANVISA, adotando-os integralmente ao presente voto, os quais transcrevo a seguir:

“Quanto ao mérito, vê-se que no presente caso restam claramente demonstradas a autoria e a materialidade da infração sanitária, consoante bem exposto no Voto nº 217/2020 - CRES2/ GGREC/GADIP/ANVISA (fls. 293-297). Ademais, foram observados todos os requisitos constantes do artigo 13 da Lei nº 6.437/1977 para a lavratura do AIS, com descrição da conduta, instrução processual e fundamentação adequadas, possibilitando o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à alegação de que não há que se falar na aplicação do Parecer PGF/MS 01/2010, tendo em vista que o MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. não se trata de um veículo de comunicação, assiste razão à recorrente, uma vez que, conforme o entendimento da Procuradoria-Federal na Avisa, o MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. se enquadraria como site de intermediação.

Quanto à responsabilidade da autuada pela infração em comento, cabe destacar o disposto no Parecer da Procuradoria Federal - Parecer nº 00085/2019/CCONS/PFANVISA/PGF/AGU, que versa sobre a responsabilidade das empresas que realizam a atividade de intermediação na comercialização de produtos vendidos em seus sites, conforme abaixo transcrito:

[...] 16. Vale dizer que, para a imputação de autoria de uma infração sanitária, é necessária a existência de um nexo causal entre a conduta do autuado e o resultado produzido. Rogério Greco salienta que “se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada à efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele seu causador”.

17. Nesse sentido, com relação às infrações sanitárias ocorridas no ambiente da internet, a responsabilidade de um provedor de serviços de internet por uma infração deve levar em conta a sua relação de causalidade para a produção do resultado lesivo.

18. É certo que com o advento de novas tecnologias e a massificação do acesso à internet, a vida em sociedade adquiriu uma nova conotação, inclusive no que diz respeito às relações comerciais. Na atualidade, tornou-se comum o comércio de bens e serviços através do meio eletrônico (ecommerce). Sobre o conceito de comércio eletrônico, Tarcísio Teixeira faz as seguintes ponderações:

"Assim, podemos afirmar que comércio eletrônico é uma extensão do comércio convencional (como veremos com mais profundidade adiante), tratando-se de um ambiente digital em que as operações de troca, compra e venda e prestação de serviços ocorrem com suporte de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais se possibilita realizar a negociação, a conclusão e até a execução do contrato, quando for o caso de bens intangíveis."

19. Nesse contexto, Manoel J. Pereira dos Santos consigna a existência de três modalidades de sites relacionados ao comércio eletrônico: (a) sites de fornecedores (lojas virtuais), (b) sites de facilitadores ou intermediários e (c) portais empresariais.

20. Na primeira modalidade, site de fornecedores (lojas virtuais), "(...) o fornecedor utiliza a Internet como canal de comercialização de seus produtos ou serviços de forma exclusiva (por exemplo: www.submarino.com.br) ou de forma complementar (na condição de reforço da atividade convencional), operando com entrega no mundo convencional ou com entrega exclusivamente online, como no caso de serviços (por exemplo: www.weblinguas.com.br) ou de bens intelectuais (por exemplo: www.imusic.com.br)."

21. A segunda modalidade de site eletrônico, site de facilitadores ou intermediários, é mais ampla e abrangente, conforme conceito trazido abaixo:

"De acordo com o modo de operação padrão, o provedor disponibiliza o ambiente virtual para a aproximação de vendedores e compradores e a realização de transações. Como tipos de sites com essa característica, temos: (a) aqueles que disponibilizam espaço em sua página para anúncios de terceiros (banners ou ícones), em que o usuário acessa o fornecedor mediante o recurso de linking (porquanto o usuário é levado ao site do anunciante para realizar a transação; (b) 'shopping virtual', ou seja, portal contendo diversas 'lojas virtuais'; (c) os chamados 'sites de leilões' e (d) os sites de classificados.

22. Já a terceira modalidade, portais empresariais, são verdadeiros pontos de encontro (virtual) entre empresas vendedoras e compradoras.

23. De acordo com pesquisa realizada no seu site, o grupo B2W Digital se apresenta da seguinte forma:

"A B2W Digital é líder na América Latina e tem como propósito CONECTAR PESSOAS, NEGÓCIOS, PRODUTOS E SERVIÇOS EM UMA PLATAFORMA DIGITAL. A Companhia possui as maiores e mais queridas marcas da internet (Americanas.com, Submarino, Shoptime e SouBarato) e uma operação de marketplace em rápido crescimento. A plataforma construída ao longo dos últimos anos permite que a B2W Digital também ofereça serviços de tecnologia, logística, distribuição, atendimento ao cliente e pagamentos."

"O B2W Marketplace é um canal de vendas que permite que você crie sua loja dentro de alguns dos maiores e-commerces do país. Ao virar nosso parceiro, você consegue expor e vender seus produtos dentro da Americanas.com, Submarino e Shoptime".

24. Ainda no site do grupo, é possível observar o seu Estatuto, que traz como objeto social, dentre outros, o seguinte:

Artigo 3º - A Companhia tem por objeto social:

(i) o comércio varejista e atacadista em geral, no País e/ou no exterior, de quaisquer bens e produtos, podendo, para tanto, importar ou exportar de e para quaisquer países, podendo, ainda, utilizar meios eletrônicos para divulgação e/ou comercialização de seus produtos, em especial, a Internet, sem restrição a outros meios (telemarketing, televendas, TV, canais comuns de comércio, catálogos, etc.);

(ii) prestar serviços de operação logística, compreendendo o armazenamento, gestão de estoques em depósitos próprios ou de terceiros;

(iii) prestar serviços de assistência técnica,

mercadológica, financeira, administrativa, de publicidade, de marketing e de merchandising, bem como promover marketing relacionado às empresas operantes em áreas afins ou não;

(...)

(viii) agir como representante de vendas de empresas diversas, utilizando-se do canal tecnológico desenvolvido para comércio eletrônico (e-commerce), ou ainda outro que pratique normalmente;

(...)

(xi) prestação de serviços de logística e transporte de carga em geral para toda a cadeia de suprimento, por quaisquer meios, incluindo o transporte aéreo, aquaviário e rodoviário no âmbito municipal, estadual, interestadual e internacional, atuando inclusive como operador multimodal - OTM. (grifo nosso)

25. Conforme se verifica acima, a natureza da empresa objeto do caso específico tratado nos autos enquadra-se na segunda modalidade de site relacionado ao comércio eletrônico: site de facilitadores ou intermediários.

26. No caso das empresas que intermedeiam a venda de produtos na cadeia do comércio eletrônico realizado por meio da rede mundial de computadores (Internet), faz-se necessário averiguar a relação de causalidade de sua atividade no que tange ao cometimento de infração sanitária em seus sites.

27. Em acepção ampla, "a palavra 'intermediário' tem o sentido daquele que está entre dois; o negociante entre produtor e o consumidor. Trata-se de uma expressão genérica que contempla qualquer pessoa que esteja na cadeia distributiva de um bem ou serviço; qualquer pessoa que esteja entre o fabricante e o destinatário final do bem."

28. No âmbito do comércio eletrônico, a atividade empresarial de intermediação reveste-se de peculiaridades e características próprias. Nesse diapasão, socorremo-nos dos apontamentos de Tarcísio Teixeira:

"Já a quinta categoria, a dos intermediários (facilitadores), consiste em sites cuja atividade é permitir a intermediação entre vendedores (fabricantes, produtores, importadores e principalmente varejistas) e compradores, ligando-os. Trata-se de uma atividade tipicamente comercial-empresarial, a de 'circular bens ou serviços' (de acordo com a parte final do art. 966, caput, do Código Civil). Nestes sites os vendedores/prestadores cadastram-se e anunciam seus produtos e serviços a serem adquiridos pelos clientes,

sendo que a negociação pode se dar na própria plataforma do intermediário ou não.

Na categoria dos facilitadores, a remuneração é uma comissão sobre o valor anunciado para o produto ou serviço (não o valor efetivamente negociado); pode ser também por anúncios realizados ou por quantidade de click's no anúncio do vendedor. (...)

Diferentemente dos sites buscadores, os sites intermediários interferem diretamente na negociação entre comprador e vendedor.

Podem ser tidos como sites de intermediação comercial, pois realizam efetivamente a mediação entre comprador e vendedor ligando-os por meio de veiculação em suas páginas eletrônicas de anúncios de vendedores de produtos ou prestadores de serviços." (grifo nosso)

29. Conforme se verifica acima, os sites de intermediação funcionam como uma plataforma digital de mediação para a comercialização de produtos por terceiros, numa verdadeira atividade de parceria com a empresa vendedora do produto, por meio de todo o seu aparato posto a disposição do vendedor, inclusive a credibilidade e confiança de seu nome.

30. Diferentemente do que ocorre com os provedores de hospedagem, os serviços prestados pelas empresas de intermediação não se restringem simplesmente a "hospedar" páginas de vendedores de produtos. No caso, há a efetiva participação da empresa de intermediação na comercialização dos produtos ofertados em seu site, por meio da disponibilização de um espaço onde os vendedores anunciam seus produtos, cujo escopo é facilitar e aproximar as partes contratantes, intermediando ainda a negociação e venda por meio de mecanismos próprios.

31. A participação resta demonstrada, inclusive, por meio do pagamento de comissão pela divulgação de anúncios e/ou sobre as vendas realizadas na plataforma, ou seja, as transações comerciais realizadas no site acarretam lucro direto para a empresa intermediadora.

32. Corroborando os apontamentos acima, transcrevemos trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1444008/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se discutia a responsabilidade do site de busca Shopping UOL pela ausência de entrega de produto adquirido em site indicado no buscador, onde, ao fazer comparação entre um site de busca e um site de intermediação, esboçou-se os contornos desse último tipo de site:

"24. Neste ponto, portanto, há de ser feita uma distinção

fundamental para este julgamento. De um lado, existem provedores de serviço na Internet que, além de oferecessem a busca de mercadorias ao consumidor, fornecem toda a estrutura virtual para que a venda seja realizada. Nesses casos, e o acórdão recorrido traz alguns exemplos, a operação é realizada inteiramente no site desse prestador. Sendo um contrato interativo, conforme exposto acima, a interação do consumidor se perfaz somente com os recursos virtuais fornecidos pelo prestador de serviço e, dessa forma, também passa a fazer parte da cadeia de fornecimento, nos termos do art. 7º do CDC, junto com o vendedor do produto ou mercadoria. Nestas situações, é comum a cobrança de comissões sobre as operações realizadas.

25. Há, contudo, uma situação muito distinta quando o prestador de buscas de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com os argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico.

26. Nestas hipóteses, após a busca, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido por este, e não pelo prestador de busca de produtos. Também se diferencia da situação anterior, pela ausência da cobrança de comissões sobre as operações realizadas, pois nestas circunstâncias os rendimentos dos prestadores de busca se originam da venda de espaço publicitário.

(...)

40. Diante de todo o exposto acima, conclui-se que o provedor do serviço de busca de produtos – que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor – não pode ser responsabilizado pela existência de lojas virtuais que não cumprem os contratos eletrônicos ou que cometem fraudes contra os consumidores, da mesma forma que os buscadores de conteúdo na Internet não podem ser responsabilizados por todo e qualquer conteúdo ilegal disponível na rede.

41. Em consequência, pela natureza do serviço prestado pela recorrente, não incide na hipótese dos autos os art. 3º e 7º do CDC, devido à impossibilidade de considerá-la participante na cadeia do fornecimento do produto à recorrida, sequer como fornecedor equipado, por não deter qualquer posição de poder ou influência sobre o consumidor no momento do aperfeiçoamento do contrato eletrônico."

33. Cumpre salientar, ainda, que o Decreto nº 7.962/2013, que trata da proteção contratual no

comércio eletrônico, preconiza no art. 2º que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, informações relativas a características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores, o que reforça a responsabilidade dos sites de intermediação pelo cumprimento da legislação sanitária com relação aos produtos vendidos em seu domínio.

34. Dessa feita, conclui-se que a participação direta do site intermediador nas operações comerciais ali efetuadas demonstra a relação de causalidade da conduta, o que configura uma relação de nexó causal entre o intermediador e o resultado, deixando clara a responsabilidade do mesmo pelo cometimento das infrações sanitárias que porventura venham ser realizadas em site.

35. Nesse sentido, as empresas que realizam atividade comercial através de sites de intermediação tornam-se responsáveis pela legalidade, sob o ponto de vista sanitário, dos produtos cujos anúncios são ali publicados e comercializados, e, por isso, devem guardar respeito à legislação sanitária, sendo, no mínimo, negligentes quando não atuam proativamente para inibir condutas que se caracterizem como infração sanitária. [...]

Percebe-se, do Parecer da Procuradoria Federal acima transcrito, que as empresas que realizam atividade comercial por meio de sites de intermediação, tornam-se responsáveis pela legalidade, sob o ponto de vista sanitário, dos produtos ali anunciados e comercializados. Nesse diapasão, cabe mencionar o disposto no caput e § 1º do artigo 3º da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977; o §2º do artigo 148 do Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977; e o artigo 12 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que assim preconizam:

Lei nº. 6.437/1977:

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.

Decreto nº 79.094/1977:

Art. 148 A ação de vigilância sanitária implicará também na fiscalização de todo e qualquer produto de que trata este Regulamento, inclusive os dispensados de registro, os estabelecimentos de fabricação, distribuição, armazenamento e venda, e os veículos destinados ao transporte dos produtos, para garantir o cumprimento

das respectivas boas práticas e demais exigências da legislação vigente.

§2º A responsabilidade solidária de zelar pela qualidade, segurança e eficácia dos produtos, bem como pelo consumo racional, inclui os demais agentes que atuam desde a produção até o consumo. (grifo nosso)

Outrossim, cabe ressaltar que se a detentora do domínio eletrônico ignorar o que é disponibilizado por meio dos serviços e espaços virtuais que ela própria oferece, cria e assume o risco de que sejam expostos à venda produtos ilegais, conforme ocorrido in casu, bem como expõe a risco a saúde pública, direito social constitucionalmente assegurado. Acrescente-se, ainda, que os agravos à saúde decorrentes da utilização desses produtos serão suportados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em relação a medicamentos e tratamentos, e pela Previdência Social, no caso de danos mais críticos. Portanto, se a empresa que viabiliza a exposição ao público de produtos ilegais não tem meios de controlar o serviço que ela própria criou, não deve, por conseguinte, mantê-lo, sob pena de responder conjuntamente com o anunciante.

Por oportuno, registra-se o assento constitucional específico sobre a matéria, preconizado no inciso II do parágrafo 3º do artigo 220 da Carta Magna:

Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 3º - Compete à lei federal:

[...]

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Insta salientar que o MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. não é um veículo de comunicação, mas sim uma empresa cujas atividades estão relacionadas à prestação e exploração de serviços relacionados às atividades de comércio eletrônico, como afirma em seu Contrato Social. Desta forma, não se aplica, ao caso concreto, o entendimento do Parecer PGF/MS 01/2010, pertinente a não responsabilização dos veículos de comunicação quanto ao conteúdo da propaganda.

Nesse sentido, entende-se que deveria ser mantida até mesmo a infração descrita no item 2 do AIS, relacionada ao conteúdo da propaganda, que foi descaracterizada pela autoridade julgadora de primeira instância, uma vez que a recorrente não se enquadra como veículo de comunicação, mas sim como site de intermediação na comercialização.

No entanto, tendo em vista o lapso temporal entre a lavratura do auto de infração, em 12/6/2009, e a análise e julgamento pela autoridade de segunda instância, essa GGREC irá acompanhar o entendimento da autoridade julgadora de primeira instância, que afastou as infrações concernentes ao conteúdo da mensagem publicitária.

Quanto à alegação de que o Marco Civil da Internet afastaria a responsabilidade da recorrente, observa-se que o artigo 18 da Lei nº 12.965/2014, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, afasta a responsabilidade civil dos provedores de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, in verbis:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será **responsabilizado civilmente** por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (grifo nosso)

Entretanto, a responsabilidade apurada nos autos do processo administrativo sanitário em questão não se confunde com a responsabilidade civil apontada no diploma legal retro transcrito. A responsabilidade civil decorre da transgressão a uma norma civil, e impõe ao causador do dano o dever de repará-lo.

Já a responsabilidade ora debatida decorre 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.

Eventual descumprimento contratual ou violação dos termos de serviço por parte do anunciante podem ser discutidos oportunamente em esfera cível pela recorrente em desfavor do anunciante, sem prejuízo da responsabilização administrativa que ora se debate.

Cabe destacar ainda que, a existência de decisões judiciais que eventualmente entendam pela inexistência de responsabilidade da autuada pela exposição de produtos sem registro aplicam-se tão somente ao caso julgado, e não vinculam de qualquer forma a atuação da Anvisa, amplamente respaldada pela legislação pátria de proteção à saúde da população.

Quanto à aplicação da atenuante prevista no inciso III do art. 7º da Lei nº 6.437/1977, ressalta-se que a referida atenuante somente se aplica nos casos em que a empresa toma, por espontânea vontade, imediatamente, após a ocorrência do ato lesivo, atitude que procurasse reparar ou minorar as consequências, e não logo após a autuação. Assim, há que se configurar os dois elementos da atenuante: a ação imediata e a espontaneidade da ação. E, no caso, não há qualquer prova nos autos do processo que demonstre fazer jus a recorrente à referida atenuante.

Pertinente ao fato de o MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. ter um canal de comunicação com a Anvisa, que possibilita a imediata comunicação de retirada de conteúdo irregular, cumpre esclarecer que a existência deste contrato não exime a autuada quanto sua responsabilidade pela divulgação de produto irregular. O contrato é nulo sempre que seu objeto for ilícito, impossível ou indeterminável, segundo inciso II, do art. 166º, do Código de Processo Civil. No caso, o objeto ilícito ou indeterminável, seria a divulgação de produto sem registro.

Fica claro que a conduta irregular descrita no auto de infração sanitária violou as normas de proteção à saúde pública, amoldando-se a conduta tipificada na Lei nº 6.437/1977, tendo o risco implícito, uma vez que o bem tutelado pela lei de infrações sanitárias é evitar o risco e o dano sanitário.

Verifica-se que está bem caracterizada a materialidade e autoria da infração prevista no Artigo 10, inciso V, da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977; e Artigo 9º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, in verbis:

Lei nº. 6.437/1977:

Art. 10 - São infrações sanitárias: [...]

V - fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária:

pena - advertência, proibição de propaganda, suspensão de venda, imposição de mensagem retificadora, suspensão de propaganda e publicidade e multa.

Lei nº. 9.294/1996:

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:

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;

[...]

Em razão do necessário controle de legalidade dos atos administrativos, ao exame dos autos do processo, verifica-se ausência de atos ilegais, fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a reconsideração ou revisão da decisão ora recorrida.

Destarte, os fatos descritos estão bem afeiçoados à norma invocada, não tendo vindo aos autos qualquer justificativa legalmente admissível, razão pela qual tem-se como violadas as normas sanitárias coligidas.

Esclarecemos que o valor da multa se encontra nos limites da legalidade, vez que foram observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A decisão avaliou concisa, mas expressamente, as circunstâncias relevantes para a dosimetria da pena (porte econômico da infratora, risco sanitário, reincidência), nos termos do art. 2º c/c art. 6º da Lei nº 6.437/1977, não sendo identificadas demais atenuantes ou agravantes aplicáveis ao caso, estando a penalidade livre de arbítrio ou abuso, atendendo ao seu caráter punitivo-pedagógico. Ainda, tem-se que a infração foi considerada leve, nos termos do art. 2º, §1º, I, da Lei nº 6.437/1977 (I- nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais)).”

III. CONCLUSÃO DO RELATOR

3 8 . Diante do exposto, Voto por CONHECER DO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO, mantendo-se a penalidade de multa, acrescida da devida atualização monetária, a partir da data da decisão que estipulou o valor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), dobrada para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em virtude da reincidência.



Documento assinado eletronicamente por **Antonio Barra Torres, Diretor-Presidente**, em 19/03/2024, às 17:05, 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 **2866831** e o código CRC **DBEE8F14**.

Referência: Processo nº
25351.900159/2024-52

SEI nº 2866831