

DECISÃO Nº 2101395, DE 18 DE OUTUBRO DE 2022

Processo nº 25351.602089/2021-27

AIS nº 2245997/21-9 - GGFIS

Autuada: B2W COMPANHIA DIGITAL

CNPJ: 00.776.574/0006-60

A empresa B2W COMPANHIA DIGITAL foi autuada em 10 de junho de 2021, por "1) *Ausência do seguinte destaque na promoção comercial dos produtos Fórmula Infantil Aptamil Premium 1 e Fórmula Infantil Aptamil Premium 3: "O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos"*, conforme consulta ao sítio eletrônico <http://www.americanas.com.br> em 08/04/2021. 2) *Realização de promoção comercial para o produto Fórmula Infantil para Lactentes NESTOGENO 1, por meio de publicidade do site, conforme consulta ao sítio eletrônico <http://www.americanas.com.br> em 08/04/2021; 3) Descumprir a NOTIFICAÇÃO de EXIGÊNCIA de expediente nº 1965501/21, de 21/05/2021"*, infringindo o artigo 5º, inciso II e o artigo 4º da Lei nº 11.265/2006; os artigos 5º e 6º do Decreto nº 9.579/2018. A(s) conduta(s) foi(ram) tipificada(s) no artigo 10, incisos V e XXIX, da Lei nº 6.437, de 1977.

Notificada da autuação em 17 de setembro de 2021 (fls. 331), a Autuada apresentou sua defesa em 05 de outubro de 2021, via sistema Solicita (expediente Datavisa nº 3936222/21-5) conforme mostra o Relatório de Fluxo de Tramitação do processo no sistema de informação Datavisa (fl. 346).

Em princípio, pede a devolução do prazo de defesa, por supostamente ter solicitado cópia do processo, mas não haver recebido qualquer resposta. Cita um documento identificado como "doc.02" e requer a oportunidade complementação de sua defesa.

No mérito alega inexistência de infração e sua ilegitimidade passiva, imputando a responsabilidade pelo anúncio e comercialização dos produtos a terceiros que utilizavam-se de sua plataforma de marketplace - "plataforma mediada por uma empresa, em que vários lojistas podem se cadastrar e vender". Menciona a existência de contrato padrão

que mantém com os seus parceiros e as cláusulas 7.4 e 8.1, que tratam das responsabilidades das partes e da comissão sobre o valor total da venda. Demonstra que é possível saber quem vende e entrega o produto na própria publicidade.

Argumenta não lhe ser franqueada a fiscalização prévia dos anúncios, considerando que seu modelo de negócio está sob amparo da Lei 12925, de 2014 – Marco Civil da Internet, como *marketplace* (fornecimento de espaços virtuais para que vendedores anunciem os seus produtos e serviços). E, ainda, cita julgados acerca do papel do provedor, ressaltando que não agiu com culpa ou dolo.

Considera que a infração foi-lhe indevidamente imputada, não existindo infração que teria praticado, visto que "os produtos indicados pela Anvisa não foram comercializados pela Americanas, mas, pelos parceiros do marketplace"

Requer que o AIS seja julgado insubsistente, arquivando-se o presente processo.

A área autuante, seguindo o preceito do art. 22, §2º, da Lei nº 6.437, de 1977, manifestou-se em 13 de junho de 2022 pela manutenção do AIS (fls. 347-354), argumentando que a Autuada deve ser responsabilizada por ter dado causa ou concorrido para os resultados da infração, conforme previsão no art. 3º da Lei nº 6437, de 1977. Destaca as conclusões do Parecer nº. PGF/MS 01/2010, da Procuradoria Federal da Anvisa, sobre a responsabilidade da Autuada, nos casos em que constam nos anúncios, violações objetivas e que afrontam a legislação sanitária em vigor.

Na linha do citado parecer, ressalta que sites 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".E, acrescenta que "a própria Lei nº 12.956/2014, em seu artigo 3º, prevê a "responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei".

Acerca da divulgação dos produtos Fórmula Infantil Aptamil Premium 1 e Fórmula Infantil Aptamil Premium, esclarece que a frase obrigatória (art.4º e inciso II do art. 5º da Lei 11.265/2006) deve ser veiculada "com o intuito de alertar a

população sobre os benefícios do aleitamento materno e a necessidade de sua continuidade, contrapondo, também, à promoção comercial realizada pelo anunciante quando esta puder influenciar negativamente a prática da amamentação". Por outro lado, a promoção comercial do produto Fórmula Infantil para Lactentes NESTOGENO 1 acarretou o descumprimento do previsto nos artigos 5º e 6º do Decreto 9.759/2018.

Relativamente ao descumprimento da Notificação de exigência, de expediente nº 1965501/21 (fl.319), a infração configurara porque "ao se negar a retirar ou adequar as publicidades irregulares vinculadas aos produtos supracitados no sítio eletrônico <http://www.americanas.com.br>, a autuada cometeu infração sanitária tipificada conforme o com o artigo 10, inciso XXXI da Lei 6.437/77...".

Por fim, classificou o risco sanitário da infração como ALTO, corroborando com o Parecer nº 131/2021/SEI/COALI/GIALI/GGFIS/DIRE4/ANVISA (verso fls.325-327) , da área de investigação dessa Agência, considerando os possíveis prejuízos saúde pública (fl. 354v).

Inicialmente, analisando os autos, observo, salvo melhor juízo, que até o presente momento não ocorreu a prescrição em âmbito administrativo, conforme disciplina da Lei nº 9.873, de 1999.

A alegação de possível cerceamento de seu direito de acesso à cópia dos autos, que teria impedido seu pleno exercício ao direito de defesa, não merece acolhimento. Compulsando os autos, não constam provas da alegação da Autuada, nem mesmo o citado documento de pedido de cópia ou esclarecimentos anteriores à data final do prazo para a defesa. O "doc. 02" citado na petição não foi trazido aos autos. Além disso, em rápida consulta ao sistema de atendimento ao público da Anvisa, consta apenas o protocolo 2021270021, cuja resposta ao solicitante consta à fls. 345.

No mérito, corroboro o entendimento da área autuante no sentido da manutenção do AIS, considerando os seguintes documentos: Extrato de domínio do site (WHOIS) (fl. 311); as cópias da publicidade no site, obtidas em 08/04/2021 (fls. 312-317); a Notificação de Exigência nº 1965501/21, de 21/05/2021; as cópias da publicidade no site, obtidas em 02/06/2021 (fls. 323-325); o Parecer nº 131/2021/SEI/COALI/GIALI/GGFIS/DIRE4/ANVISA (verso fls.325-327).

O cerne das alegações da Autuada é o seu entendimento de ausência de responsabilidade pelas infrações constatadas pela investigação fiscal, o que não se confirma pelo que consta dos autos e conforme análise que ora se faz. A respeito da responsabilidade de um veículo de comunicação tradicional e/ou de um provedor de conteúdo de *internet* em relação a propagandas que objetivamente contrariem a legislação sanitária, a Procuradoria-Geral Federal se manifestou no Parecer MS/PGF nº 01/2010 no sentido de que nos casos “em que a legislação objetivamente impeça ou condicione a publicidade de determinados medicamentos, ou ainda imponha a essa publicidade condições ou restrições também objetivas não em relação ao seu conteúdo, mas quanto à sua própria veiculação, não há dúvidas da responsabilidade do veículo de comunicação pela infração eventualmente praticada, isoladamente ou em conjunto com o anunciante.”

Outrossim, como bem trouxe a autoridade autuante, a Procuradoria Federal junto à Anvisa se pronunciou no Parecer nº 00085/2019/CCONS/PFANVISA/PGF/AGU afirmando que não há que se falar em contrariedade entre as disposições do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 2014) e o disposto na Lei nº 6.437, de 1977, pois o âmbito de incidência dos dois instrumentos legais é distinto e não se confunde, e na hipótese de cometimento de infração sanitária no contexto da internet, a legislação de regência é a Lei nº 6.437, de 1977. Conclui ainda que a participação direta da empresa intermediadora nas operações comerciais efetuadas no seu site demonstra a relação de causalidade da conduta, o que configura uma relação denexo causal entre o intermediador e o resultado, deixando clara a responsabilidade da empresa no cometimento das infrações sanitárias que porventura venham ser realizadas em seu site.

Sobre a imputação de autoria de uma infração sanitária, dispõe a Lei nº 6.437, de 1977, em seu art. 3º, que “o resultado da infração sanitária é imputável a quem lhe deu causa ou para ela concorreu”, e o § 1º desse artigo estabelece: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual a infração não teria ocorrido.”. Assim, tanto os veículos de comunicação tradicionais quanto os provedores de conteúdo da internet ou intermediadores nas operações comerciais efetuadas no seu site - os chamados *marketplaces* têm a obrigação de impedir a veiculação de propagandas que firam normas sanitárias objetivas, como é o caso que ora se aprecia.

As irregularidades 01 e 02, indicadas no Auto de

Infração Sanitária - AIS, estão devidamente comprovadas e, não foram refutadas pela Autuada, que se limita a contestar a sua legitimidade passiva. Com relação à irregularidade 03, pelo descumprimento da Notificação de Exigência nº 1965501/21, a área de investigação esclarece sua ocorrência, conforme trecho abaixo transcrito do Parecer nº 131/2021/SEI/COALI/GIALI/GGFIS/DIRE4/ANVISA:

[...]

A Notificação foi acessada em 01/06/2021 e seu cumprimento deu-se em 02/06/2021 (Anexo 8) por meio do sistema DATAVISA, via expediente n. 2123443/21-2.

Quanto à determinação, a empresa afirmou que "se encontra impossibilitada de fazê-lo, dado que não foram indicadas as URLS dos anúncios que devem ser excluídos e/ou adequados", prestou informação sobre as outras medidas adotadas de maneira geral em seu comércio eletrônico e requereu as URLS dos anúncios, para fazer a remoção/adequação, se necessário.

Entretanto, é fato notório que a empresa poderia identificar as irregularidades comente por meio de busca dos kits referentes aos produtos listados, conforme realizado por esta Agência novamente em 02/06/2021, sendo verificada a realização de promoção comercial do tipo "desconto de preço" do Kit Nestogeno 2, em que o site oferece de R\$287,80 por R\$276.28. (Anexo 2).

[...]

Ademais faz se oportuno realizar a inclusão do parágrafo único do artigo 14 do Decreto nº 8.077/2013, acerca do enquadramento da infração 03, quer seja, 3) *Descumprir a NOTIFICAÇÃO de EXIGÊNCIA de expediente nº 1965501/21, de 21/05/2021*", parcialmente cumprida pela Autuada, como visto no parágrafo anterior. E, quanto à tipificação, a inclusão do inciso XXXI do artigo 10 da Lei nº 6.437/1977. Destacando que, conforme jurisprudência, "o acusado, em processo judicial ou administrativo, não se defende da tipificação das infrações, mas da prática dos atos que lhe são atribuídos" (TRF 1ª Região AMS 95.01.02973-5/RO).

Cumprido ressaltar, também, que, na qualidade de órgão de regulação e fiscalização das atividades sob Vigilância Sanitária, esta Agência deve perquirir sobre o cometimento de irregularidades no seu âmbito de competência, a fim de que sejam implementadas as medidas cabíveis com vistas à proteção à saúde.

Portanto, quando solicitadas pelos órgãos de

vigilância sanitária competentes, as empresas deverão prestar as informações ou entregar documentos, nos prazos fixados, para não obstarem a ação de vigilância e as medidas que se fizerem necessárias (parágrafo único do art. 14 do Decreto nº 8.077, de 2013).

Apesar da argumentação da Autuada, esta não logrou êxito em desconstituir as irregularidades perpetradas.

Quanto às demais alegações da Autuada, entendo que já foram suficientemente contra-argumentadas na manifestação da área autuante, a qual acolho, a teor do que me permite o art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

Isso posto, passo à dosimetria da pena.

Para tanto, determina a Lei nº 6.437, de 1977, que para a penalidade de multa se considere o risco sanitário da conduta infracional, os antecedentes da autuada quanto a anteriores condenações por infrações sanitárias e a sua capacidade econômica, nos termos dos arts. 6º, II e III, e 2º, §3º, respectivamente. Ademais, o art. 6º, I, dispõe que igualmente se levem em conta eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes, conforme previsto nos arts. 7º e 8º da mesma Lei.

No caso em análise, a empresa está classificada como Grande Porte Grupo I (fl. 357), é reincidente no que se refere a anteriores condenações por infrações sanitárias (fls. 356). A autoridade autuante consignou, também, que a Autuada praticou conduta cujo risco sanitário foi classificado como ALTO (fl. 354v).

Importante frisar que a certidão de reincidência de fls. 356 é dotada de presunção de legitimidade e veracidade e possui os elementos necessários à identificação dos processos transcorridos (25351.602089/2021-27) que deu ensejo à aplicação da pena, bem como aponta a data em que ocorreu o trânsito em julgado (05/09/2016). Portanto, à época do cometimento da infração em tela, em 08/04/2021, a empresa já estava sob os efeitos da reincidência.

Observados os pressupostos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 6.437, de 1977, inexistem nos autos circunstâncias outras que possam ser consideradas como atenuantes ou agravantes, motivo pelo qual a infração será classificada como leve no que se refere ao valor da multa, de acordo com a regra do art. 4º, I, c/c art. 2º, § 1º, I, da Lei nº 6.437, de 1977.

Assim, considerado o porte econômico da empresa e o risco sanitário da infração cometida, a aplicação do valor

mínimo não se prestaria à finalidade de desestimular novas práticas irregulares, pois pouco refletiria como penalidade financeira. Em outros dizeres, é preciso que haja algum impacto financeiro suficiente para desestimular novas condutas, mas o valor aplicado também não pode se exceder a ponto de impactar mais que o mínimo necessário para esse desestímulo.

Diante do exposto, julgo procedente a autuação e, com fundamento nos pareceres que me antecedem, a teor do que permite o art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, promovo o reenquadramento legal da(s) conduta(s) descrita(s) no AIS como sendo infração ao artigo 5º, inciso II e o artigo 4º da Lei nº 11.265/2006; os artigos 5º e 6º do Decreto nº 9.579/2018; e o parágrafo único do artigo 14 do Decreto nº 8.077/2013. Condutas tipificada no artigo 10, incisos V, XXIX e XXXI, da Lei nº 6.437, de 1977. **E aplico à Autuada a penalidade de proibição da propaganda irregular e multa no valor de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais), todavia, dobrada para R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) em face da reincidência, assim estabelecida:**

- R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) por "1) Ausência do seguinte destaque na promoção comercial dos produtos Fórmula Infantil Aptamil Premium 1 e Fórmula Infantil Aptamil Premium 3: "O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos", conforme consulta ao sítio eletrônico <http://www.americanas.com.br> em 08/04/2021";

- R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) por "2) Realização de promoção comercial para o produto Fórmula Infantil para Lactentes NESTOGENO 1, por meio de publicidade do site, conforme consulta ao sítio eletrônico <http://www.americanas.com.br> em 08/04/2021";

- R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) por "3) Descumprir a NOTIFICAÇÃO de EXIGÊNCIA de expediente nº 1965501/21, de 21/05/2021".

Publique-se no Diário Oficial da União e dê-se ciência à Autuada.

MARY LUCE BARBOSA DA SILVA
Autoridade Julgadora - Portaria nº 516, de 9 de julho de 2020
Coordenação de Análise e Julgamento das Infrações Sanitárias
CAJIS/DIRE-4/ANVISA



Documento assinado eletronicamente por **Mary Luce Barbosa da Silva, Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária**, em 18/10/2022, às 14:27, 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 **2101395** e o código CRC **6E975A49**.
