



AÇÃO ORDINÁRIA no. 0006081-73.2012.4.02.5101
AUTOR: SOUZA CRUZ S/A
ADVOGADO : GUSTAVO BINENBOJM E OUTROS
RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA –
ANVISA

SENTENÇA TIPO "A"

SOUZA CRUZ S/A propôs Ação Anulatória de Auto de Infração contra a AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA alegando que sofreu o Auto de Infração AIS no. 015 GPDTA – ANVISA por Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária da Gerência de Produtos Derivados do Tabaco, por irregularidades relativas à embalagem do produto e à publicidade e propaganda comercial dos cigarros.

A autora apresentou defesa administrativa, julgada improcedente, tendo sido intimada da decisão em 30.03.2010, com a penalidade tendo sido fixada em R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), a título de agravamento da sanção por reincidência.

A autora pediu reconsideração e que, em sendo indeferido, os autos fossem submetidos à Diretoria Colegiada da ANVISA; em sessão de 24.01.2012, a Diretoria Colegiada negou provimento ao recurso, tendo a intimação da autora se dado por via postal, em 09.02.2012.

Alega a autora que o auto de infração é nulo: a) por vício formal, “decorrente da ausência de motivação na aplicação da sanção de multa”; b) porque “a abertura frontal” do maço de cigarros, única forma de se ter acesso à mensagem contida no interior da embalagem, de conteúdo informativo sobre futura alteração do *design* da marca “HILTON”, não implicou em “alteração de embalagem e, portanto, não demanda apresentação prévia à ANVISA”; c) “a mensagem divulgada pela empresa não configura publicidade comercial do produto, mas simples mensagem informativa, editada em observância do dever de informação” “perante os consumidores da marca afetada pela alteração e acessada pelos mesmos somente após a aquisição do produto”; d) a aplicação da sanção pecuniária carece de motivação, em afronta à norma do art. 50 da Lei no. 9.784/99; e e) porque não atende aos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

Quanto à “ausência de motivação na aplicação da sanção da multa”, as afirmações, “feitas em apenas um parágrafo”, de que “a empresa é de grande porte; estaria configurada circunstância agravante; haveria risco sanitário; e não teriam sido constatadas circunstâncias atenuantes” “são vazias – ou, no mínimo, insuficientes”, “pois meramente reproduzem o disposto no art. 6º. da Lei no. 6.437/77, sem, no entanto, indicar os fatos e fundamentos que justifiquem a sua subsunção a tais normas”.

Alega, também, que “a mera indicação do parecer técnico pelo Gerente de Produtos Derivados do Tabaco como fundamento para a decisão” “não afasta a nulidade”, “porque o Gerente fez uso deste parecer

somente para justificar a manutenção do auto de infração”; “não constam do parecer técnico quaisquer fatos ou fundamentos que motivem a aplicação da sanção e, ainda que abordasse o tema, a mera indicação de parecer não serve de fundamentação, porque não atende aos requisitos de clareza e congruência do § 1º. do art. 50 da Lei no. 9784/99”.

Argumenta, outrossim, que “não houve alteração da embalagem; compartimentos internos não influenciam na identificação do produto pelo consumidor, não podem sequer ser visualizados antes da aquisição do produto e, portanto, não podem ser considerados “embalagem” para fins de registro junto à ANVISA”; ademais, pelo que se depreende da “interpretação sistemática da RDC no. 90/07”, “a fiscalização sanitária a cargo da ANVISA se dirige aos aspectos visíveis do produto posto à venda”, o que não se dá com “a abertura frontal impugnada pela ANVISA”, já que ela “se revela somente àqueles que, no exercício de sua liberdade de escolha, já decidiram consumir o produto da marca “HILTON”.

Também diz que não é possível a “qualquer pessoa” “acessar a informação ali contida, antes mesmo da compra”, já que “o *display*” onde os maços de cigarros ficam acomodados “só é acessível ao vendedor, que os entrega ao consumidor no momento da compra”; de todo modo, “a mensagem informativa” não pode ser considerada “embalagem” porque “não acondiciona o cigarro em si”.

Afirma, em acréscimo, que “a veiculação de mensagem nos maços de “HILTON” foi temporária”, “colocada no mercado por aproximadamente três meses”, assim, “não há justificativa legítima a obrigar a empresa a submetê-lo ao registro junto à ANVISA”.

Continuando, diz que não se pode confundir “informação” com “propaganda”; que encontra-se obrigada a prestar a devida informação aos seus

consumidores, na forma dos arts. 4º., IV; 6º., III; 8º.; e 31 do CDC.

Quanto à “reincidência”, alega que “a simples existência” do AIS no. 004/04, lavrado em 03.06.2004, “não configura circunstância agravante, uma vez que a reincidência está sujeita a limites materiais e temporais”, estes, de cinco anos, segundo o art. 38 da Lei no. 6.437/77; os autos de infração “tratam de hipóteses absolutamente distintas”; que agiu com “boa – fé”, tendo em vista que objetivou, “apenas e tão somente, prestar esclarecimentos ao consumidor”; e que os possíveis “danos” causados aos seus consumidores seriam “reduzidos”, já que se trata de “público restrito, já fumante”.

Por último, que haveria “circunstância atenuante”, vez que “o infrator é tecnicamente primário” e “a natureza da falta cometida é leve”; assim, e na forma do art. 2º., I, § 1º. da Lei no. 6.433/77, a pena de multa poderia ser estabelecida de dois mil reais e setenta e cinco mil reais.

Pediu, assim, a citação da ré; a antecipação da tutela, “independentemente de depósito”, suspendendo-se a exigibilidade do débito, ou, “subsidiariamente”, mediante depósito, nos termos do art. 151, II do CTN; e a procedência da ação, ao final, declarando-se “a nulidade do AIS no. 015 GPDTA – ANVISA”, suspendendo-se a cobrança da multa e a inscrição do crédito em cadastros de inadimplentes ou na Dívida Ativa da União; “subsidiariamente”, “a redução equitativa do valor da multa”, condenando-se a ré nas custas e em honorários advocatícios de 20% do valor atualizado da multa. (fls. 02/26) Juntou documentos (fls. 27/196).

Às fls. 213, com o documento de fls. 214, a autora informou haver procedido ao depósito integral do débito, na forma do art. 151, II do CTN.

Deferida a medida liminar (fls. 215).

Às fls. 225/226, com o documento de fls. 227, a autora informou que o número correto do processo administrativo é o 25351.727067/2009-89.

Às fls. 228/229, com o documento de fls. 230, a ANVISA informou que o depósito foi insuficiente em R\$ 16.602,93 (dezesesseis mil, seiscentos e dois reais e noventa e três centavos).

A autora manifestou-se sobre a informação administrativa às fls. 234/236 e comunicou a interposição de agravo de instrumento às fls. 237/251.

Intimada a ANVISA quanto à petição de fls. 234/236 (fls. 253) e reconsiderada a decisão de fls. 215, para estendê-la "a todos os fins estabelecidos no art. 151, II do CTN" (fls. 254).

A autora declinou da produção de outras provas (fls. 263).

A ANVISA tornou a alegar a insuficiência do depósito, em R\$ 355,68 (trezentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e oito centavos). (fls. 272/276)

Decisão monocrática concessiva da tutela antecipada proferida nos autos do AI no. 2012.02.01.009988-6. (fls. 277/280)

Informações prestadas ao Exmo. Sr. Des. Fed. Relator do agravo de instrumento às fls. 283.

Contestação da ANVISA às fls. 284/303.

Alegou, em síntese, que “a informação trazida na parte interna teve por escopo a divulgação do “novo *design*” do maço de cigarros, com clara intenção de manter seus usuários na transição das embalagens, e a legislação vigente não diferencia a propaganda dirigida ao consumidor que já adquiriu ou não o produto”; que a “nova embalagem possui características físicas que divergem da que foi apresentada no processo de Registro de Dados Cadastrais e aditamento junto à ANVISA”; que, quanto à penalidade aplicada, foram observados os arts. 10; 13, IV; e 14 da Lei no. 6.437/77; que “o fato de o auto de infração não indicar a penalidade” não comprometeu “o direito de defesa ou a garantia ao contraditório, mesmo porque descreve perfeitamente a conduta irregular e os atos normativos que dão suporte à autuação”; que “a motivação está explícita no auto de infração”; que “diversos estudos demonstram que, após a restrição das propagandas à parte interna dos pontos de venda, com a publicação da Lei no. 9.294/96 e suas alterações, as empresas de tabaco começaram a investir maciçamente em outros meios para a publicidade e promoção dos seus produtos e, com isto, as embalagens tornaram-se uma das mais importantes ferramentas para este fim, sendo atualmente um dos componentes mais importantes para a promoção e a propaganda da marca do produto para novos usuários, que em sua maioria é formada por jovens entre 14 e 19 anos”; que “a atratividade da embalagem” é um dos fatores que influenciam “a capacidade dos produtos derivados do tabaco” de causarem “dependência”; que “define-se como propaganda de produtos derivados do tabaco qualquer forma de divulgação”, “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”, assim 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”, segundo os arts. 1º. , inciso I e parágrafo único da RDC no. 15/2003; que “o ato de

divulgar, por propaganda ou publicidade, informações capazes de promover, propagar ou disseminar o produto derivado do tabaco está definido como sendo propaganda na Resolução RDC no. 15/2003”, “uma vez que se trata de produtos colocados à venda no mercado”; que “a informação trazida na parte interna do maço teve caráter de divulgação do novo *design* do maço de cigarros, com clara intenção de manter seus usuários na transição das embalagens”, inclusive “a própria empresa alega na inicial” que “a companhia decidiu revitalizar uma de suas marcas – “HILTON” – mediante alteração do *design* dos respectivos maços de cigarros”, com o que houve infração aos arts. 3º., “caput” da Lei no. 9.294/96; 1º., incisos I e II da Resolução ANVISA RDC no. 15/2003; e 5º. da Resolução RDC 90/2007, “conduta tipificada como infração sanitária nos termos do art. 10, V da Lei no. 6.437/77 c/c 9º. Da Lei no. 9.294/96”; que “a propaganda dentro do maço não pode ser considerada pôster, painel ou cartaz e muito menos está restrita à parte interna dos pontos de venda”, já que “o maço de cigarros será carregado junto com o fumante e apresentado a outras pessoas”; que “a legislação vigente não diferencia a propaganda ao consumidor que já adquiriu ou não o produto”; que “a alegação de que a mensagem no interior da embalagem é imperceptível ao público em geral não é verdadeira, tendo em vista que qualquer pessoa pode acessar a informação ali contida, uma vez que a embalagem do cigarro, ao contrário de outras embalagens, tem a denominada “vida útil” enquanto o produto está sendo utilizado, manuseado pelo consumidor”; que “a legislação não faz distinção de apresentação da embalagem para consumidores ou não consumidores, os produtos ficam expostos a toda a população”; que “houve substancial alteração na embalagem, com a colocação de abertura frontal, de modo a permitir que os consumidores do cigarro – “HILTON” – visualizassem a nova embalagem do maço”; que o art. 3º. da RDC no. 90, de 27.12.2007, prevê que “qualquer alteração deve ser submetida à análise da ANVISA”; que, segundo a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco ratificado pelo Brasil com o Decreto

no. 5.658/2006, “publicidade e promoção do tabaco” é “qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”, o que evidencia a infração cometida pela autora, “quando da apresentação do texto de publicidade dentro da embalagem, por meio de um encarte dirigido aos seus consumidores, e a comercialização do cigarro – “HILTON” – com alteração na embalagem sem prévia autorização da ANVISA”; quanto à multa, “está dentro da dosimetria da pena prevista no art. 2º., II e § 1º. e no art. 10, V e XXIX da Lei no. 6.437/77”, devendo ser considerada, ainda, “a reincidência da infração (fls. 56 do procedimento administrativo no. 25351.72.7067-2009-89), a gravidade da conduta, bem como que se trata de grande empresa, cuja marca é nacionalmente conhecida”; por fim, que “a aplicação da multa com valores módicos pode tornar mais vantajosa a prática infracional do que a adequação da conduta às normas fixadas pela ANVISA”.

Intimada a autora para depositar a diferença do valor devido, conforme petição de fls. 276, em cinco dias, sob pena de ter revogada a tutela deferida (fls. 304).

Petição da autora às fls. 306, com o documento de fls. 307.

Petição da ANVISA às fls. 312, com os documentos de fls. 313/439.

O Ministério Público Federal não vislumbrou interesse público que legitimasse sua intervenção na ação. (fls. 571/573)

É o Relatório.

Passo a decidir.

PRELIMINARMENTE

À SEDIC, para retificação do rito para o ordinário, nos registros e na autuação, face ao evidente erro material – a autora, logo às fls. 02, informou que estava a propor “ação anulatória de auto de infração” “sob o rito ordinário” – não, portanto, ação de mandado de segurança.

NO MÉRITO

“Embalagem”, de acordo com o art. 1º, § 1º. da RDC no. 335/2003, significa “os maços, carteiras ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final.”

A partir desta definição, pode-se estabelecer como premissa que qualquer modificação na forma ou na composição da “embalagem”, seja com efeito meramente estético, seja para melhorar sua funcionalidade – por exemplo, alterando-se o local de abertura do maço, ou sua área de extensão, ou acrescentando-lhe um aro que visa a facilitar a abertura, e assim por diante – terá que ser levada ao conhecimento da ANVISA, sob pena de infração.

A autora alegou que “a abertura frontal não implica alteração de embalagem”. (fls. 03, item 09)

No recurso administrativo que interpôs, a autora referiu-se a “abertura lateral da carteira...”. (fls. 98, no. 08)

Ainda no âmbito administrativo, argumentou que “a existência de uma sobre-embalagem, com abertura frontal, é absolutamente imperceptível ao público em geral...”. (fls. 76, segundo parágrafo)

Das alegações feitas pela própria autora, conclui-se que houve modificações na forma da embalagem – a abertura teria passado a ser “lateral”, ou, embora “frontal”, teria passado a contar com uma “sobre-embalagem”.

De um modo, ou de outro, como dito pela ré, “a nova embalagem possui características físicas que divergem da que foi apresentada no processo de Registro de Dados Cadastrais e aditamento junto à ANVISA”. (fls. 299, penúltimo parágrafo)

A autora pretendeu que fosse admitida uma interpretação reducionista do alcance do termo – “embalagem”.

Assim, o que relevaria seria “se a embalagem contém todas as imagens e advertências sanitárias impostas pela legislação” (fls. 08, no. 25).

Que a embalagem – qualquer que seja – tenha que conter aquelas informações por imperativo legal e/ou regulamentar, não há que se negar, e nem a ANVISA o fez.

Mas o problema não é se a embalagem, uma vez modificada, teria preservado ou não aquelas “imagens e advertências sanitárias impostas pela legislação”, e sim se, a uma, houve modificação do invólucro – na acepção ampla dada pelo art. 1º, § 1º. da RDC no. 335/2003 – e, a duas, se tendo havido modificação, deveria ter sido levada ao prévio conhecimento da ANVISA e por ela autorizada, antes de divulgada ao público.

Que houve modificação, “lateral”, “frontal”, ou na forma de uma “sobre-embalagem”, restou, afinal de contas, incontroverso.

Para a autora, e novamente na esfera administrativa, “a sobre-embalagem exposta ao público possui as características *principais* da embalagem já submetida à análise e à aprovação da autarquia, por meio de procedimento de renovação de registro de marca nos anos 2008 e 2009, por exemplo”. (fls. 77, primeiro parágrafo)- (destaquei).

A modificação, assim, tendo tido por objeto aspectos secundários da marca, tal como apresentada originariamente ao público, intui-se que já teria sido autorizada tacitamente pela ANVISA, quando de procedimentos de renovação de registro de marca nos anos de 2008 e 2009.

O argumento foi afastado pela ANVISA, ao dizer que:

“Não foi submetida nenhuma sobre-embalagem nesta agência e ainda que isto houvesse ocorrido, a embalagem provavelmente não seria aprovada uma vez que contém propaganda das marcas no interior da abertura frontal presente na face externa. A embalagem aprovada para o HILTON GOLD SLIMS SLS não possui as mesmas características da sobre-embalagem. Ainda, somente pelo fato de uma delas ser embalagem e a outra sobre-embalagem já torna os objetos diferentes.” (fls. 365, “fine”/366)

Neste âmbito judicial, a autora alegou que “o invólucro aposto sobre o produto, e no qual inserida a mensagem informativa, sequer pode ser considerado embalagem, eis que não acondiciona o cigarro em si”. (fls. 09, no. 29)

Haverá “embalagem”, entendida como “continente”, sempre que contiver algo, o “conteúdo”, independentemente de esse algo corresponder imediatamente ao público comercializado, ou a outra “embalagem”, esta sim, contendo este produto.

A “sobre-embalagem”, por conter outra “embalagem”, não deixa de ser, ela também, “embalagem”.

Uma “embalagem” da “embalagem”, à semelhança do que se diz, em Direito Processual Civil, sobre o processo cautelar, no sentido de ser um “instrumento” de outro “instrumento” – o processo principal – com o que seria um “instrumento ao quadrado”.

O argumento de que a “sobre-embalagem” “contém as mesmas ilustrações, disposições e traz as mesmas imagens e frases de advertência”, com o que, “para o público em geral, simplesmente não há alteração”, não convence.

A questão, como dito, não é se a “sobre-embalagem” contém ou não as imagens e advertências sanitárias impostas pela legislação, as mesmas que as presentes na “embalagem” em seu interior, ou outras, mas sim se é, ela mesma, “embalagem” e se, sendo, foi ou não levada ao conhecimento prévio da ANVISA para autorização e posterior divulgação ao público consumidor.

Enfim, a “sobre-embalagem” é, ela mesma, uma “embalagem”; não é possível havê-la como tacitamente aprovada quando dos procedimentos de renovação da marca dos anos de 2008 e de 2009; é irrelevante que contenha “as mesmas ilustrações, disposições”, “imagens” e “frases de advertência”; e se, para o público leigo, “simplesmente não há alteração”, para a entidade pública especializada tecnicamente, e segundo a definição normativa fixada no art. 1º, § 1º. da RDC no. 335/2003, não só houve alteração, mas foi ela significativa, e acessível ao público em geral, posto que “não há qualquer lacre na sobre-embalagem” (fls. 365, penúltimo parágrafo); assim, do fato de não ter sido previamente levada ao conhecimento da Agência para autorização resultou a infração lavrada contra a autora.

Quanto à alegação de que “a mensagem veiculada não constitui publicidade ou propaganda comercial de cigarro”. (fls. 10)

Se uma mensagem dizendo – “A EVOLUÇÃO QUE VOCÊ TANTO ESPERAVA” (fls. 66) – não tem por objetivo “promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”, e que assim não possa ser classificada como – “propaganda” - tal como definida pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco ratificada pelo Brasil com o Decreto no. 5.658/2006, fica difícil imaginar algo que, algum dia, venha a poder ser considerada como “propaganda”.

A anunciada “evolução” é relacionada a uma constante “preocupação” com a “qualidade”, unindo “sabores”, “sofisticação” e “estilo”.

Essas adjetivações visam a estimular o desejo do consumidor, levando-o a associar que ele também estaria a “evoluir” socialmente, junto com o produto, assim que o adquirisse.

Não é logicamente possível pretender que a imagem do produto, assim construída pela mensagem direcionada a um determinado público, seja havida como respeitante às características intrínsecas do produto objeto daquela mensagem.

Afastado, assim, o argumento de que a mensagem teria mero “caráter informativo”. (fls. 10, no. IV.2)

Não houve, pois, mero cumprimento do “dever legal de informação dos fornecedores” (fls. 14).

Enfim, se essa “evolução” não for “propaganda”, nada mais será.

A autora alegou que a mensagem não possuiria o condão “de incentivar toda e qualquer pessoa a decidir pela compra da marca, na medida em que acessível

ao consumidor tão – somente após a efetiva aquisição do produto”. (fls. 10, no. IV.2)

Não interessa se a propaganda – o que foi a referida mensagem – é imediatamente destinada ao público que já é consumidor habitual do produto, objetivando conservá-lo.

Quanto à propaganda também poder ter, como finalidade, a conservação do público consumidor já conquistado, veja-se, por exemplo:

“Lembrança - Outra função da propaganda é fazer o cliente se lembrar sobre o produto ou serviço. Há muitas marcas em uma específica categoria de produto, e os clientes podem se esquecer ou não prestar atenção para algumas marcas, devido a existência de muitas opções. Usando a propaganda como forma de lembrar os consumidores, as empresas podem fortalecer seus produtos e serviços na mente dos consumidores.”

(Qual é o Propósito de uma Propaganda de um Produto? CHAVERE, Geórgia. Trad. Carla Yoshida. http://www.ehow.com.br/proposito-propaganda-produto-sobre_16956/, acesso em 19.12.2012)

Em realidade, várias são as finalidades para as quais serve a propaganda: “criar o desejo de consumir na mente de atuais ou potenciais consumidores”; “ativar a lembrança de usar um produto”; “gratificar emocionalmente os fiéis consumidores da marca”; “informar atributos novos e benefícios novos ou desconhecidos”, dentre outros. (https://docs.google.com/a/centroin.com.br/viewer?a=v&q=cache:asMOV5BKoekJ:www.grupos.com.br/group/incomunicacao/Messages.html?action%3Ddownload%26year%3D08%26month%3D5%26id%3D1211149077532002%26attach%3DTexto%2Bde%2BPublicidade%2Be%2BPropaganda-%2BParte%2B3.doc+&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgkfMkxr84MyqzmzB8esaXN8WL2p-SLBBundVboAypVLpnDrx-Vet32bbPvq2wINcGDSYQZVU6xo_TLLTuog-zvKIQOOhDYZyAU8iH3NCY9L4bqujVA3LE94kN3oEa49h)

[2oeZK9R&sig=AHIEtbQhl5pqNfmPQWVaoIzp3gWtwHOj7g](#), acesso em 19.12.2012)

Tanto quando o objetivo da mensagem for o de estimular os atuais consumidores a manterem-se fiéis, como quando for o de conquistar novos consumidores e parcelas do mercado, os mesmos meios, as mesmas técnicas e estratégias poderão ser usados, conforme a conveniência da empresa, e, num caso e noutro, haverá também propaganda.

O fato de a propaganda ter sido destinada a durar por três meses - prazo de uso da "sobre-embalagem" até a substituição da embalagem pela versão mais "evoluída" - O que importa é que é propaganda e foi feita de modo não autorizado pela legislação, ou seja, sem que fosse limitada a "*pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda*", como exigido pelo art. 3º. da Lei no. 9.294/96.

Quanto à alegação de existência de "vício formal, decorrente da ausência de motivação na aplicação da sanção de multa". (fls. 03, no. 09)

Segundo a autora:

"...o Gerente de Produtos Derivados do Tabaco...limitou-se a afirmar, em apenas um parágrafo, que: (i) a empresa é de grande porte; (ii) estaria configurada circunstância agravante; (iii) haveria risco sanitário; e (iv) não teriam sido constatadas circunstâncias atenuantes." (fls. 05, no. 15)

Disse, também, que:

"...o Gerente fez uso deste parecer somente para justificar a manutenção do auto de infração; não constam do parecer técnico quaisquer fatos ou fundamentos que motivem a aplicação da sanção...; a mera indicação de parecer não serve de fundamentação, porque não atende aos requisitos de clareza e congruência do § 1º. do art. 50 da Lei no. 9.784/99." (fls. 06, no. 19)

A autora defendeu-se dos fatos descritos no AIS no. 015 – GPDTA – ANVISA e das conseqüências jurídicas nas quais, por tê-los praticado, foram-lhe atribuídas a título sancionatório. (fls. 315)

Não era necessário que o parecer técnico e as decisões administrativas houvessem reprisado o que estava descrito minuciosamente naquele Auto de Infração – art. 50, § 1º. da Lei no. 9.784/99.

Os fatos descritos foram:

“comercializar a marca de cigarro HILTON GOLD SLIMS SLS contendo propaganda irregular na embalagem contrariando a legislação sanitária nos seguintes aspectos: a) a embalagem possui características físicas que divergem da que foi apresentada no processo de Registro de Dados Cadastrais e aditamento junto à ANVISA; b) a embalagem com abertura frontal traz em seu interior mensagem publicitária de divulgação da marca HILTON; c) propaganda comercial de cigarros em local e forma não permitidos”.(fls. 315)

Os fundamentos jurídicos descritos no AIS 015 foram:

“Lei no. 9.782/99, art. 8º., § 1º., inciso X; Lei no. 6.437/77, art. 10, inciso V e XXXI; Lei no. 9.294/96, art. 3º., caput; RDC no. 90/2007, art. 5º.; e RDC no. 15/03, art. 1º., incisos I e II (...); artigo 13 da Lei no. 6.437/77 (...).” (fls. 315)

No Relatório no. 036/2010-GPDTA/ANVISA, ainda foram observadas as normas do art. 5º. da RDC 90/07, para se afirmar que “a ANVISA analisa a embalagem como um todo e não apenas as faces externas e verifica todas as informações inseridas, sejam frases, desenhos, símbolos ou afins” (fls. 365); o art. 3º. da Lei no. 9.294/96; a Convenção Quadro da OMS para o Controle do Tabaco, ratificada pelo Brasil com o Decreto no. 5658/2006; e os arts. 6º. e 8º., II ambos da Lei no. 6.437/77.

Argumentou que não é “reincidente”, uma vez que:

“o AIS 004/04 tratava da divulgação por meio impresso de preços promocionais de diversas marcas de cigarros, enquanto o auto de infração que se pretende anular diz respeito à introdução de mensagem informativa na face interna de um produto específico”. (fls. 18, no. 59)

Invocou também prescrição quinquenal, tendo em vista que decorridos mais de cinco anos entre as lavraturas dos dois autos de infração.

Quanto ao decurso de mais de cinco anos, o documento de fls. 371 informa que o trânsito em julgado administrativo relativamente ao AIS no. 004/04 ocorreu em 22.10.2007.

Interrompida a prescrição administrativa com a defesa administrativa da autora (art. 38 da Lei no. 6.437/77), somente voltou a correr quando desse trânsito em julgado e, a partir daí, é claro que a autora deveria ser considerada – reincidente – em caso de nova infração nos cinco anos posteriores, este o caso do AIS no. 015-GPDTA-ANVISA, ora impugnada.

Quanto à reincidência, o art. 8º., parágrafo único alude à “específica”, que deve ser compreendida como o mesmo fato antijurídico – no caso, seria a divulgação de propaganda indevida.

Neste sentido, não houve reincidência específica, mas sim, genérica.

A reincidência, por ter sido genérica, fez com que a infração não fosse classificada como – “gravíssima” - mas sim, “grave”. (art. 2º., § 1º., II da Lei no. 6.437/77)

E o valor poderia ter sido dobrado (art. 2º, § 2º. da Lei no. 6.437/77), mas a tanto não chegou a entidade pública.

Quanto ao porte da autora, é a norma do art. 2º, § 3º. da Lei no. 6.437/77 que determina que a multa seja aplicada considerando-se a “capacidade econômica do infrator”, exatamente para que se puna sem que destrua.

O mesmo princípio, aliás, é encontrado na norma do art. 6º do CP.

Trata-se de parâmetro geral norteador da aplicação razoável da norma sancionatória.

A autora alegou que, de todo modo, e ainda que se entendesse que a mensagem teria se constituído, em realidade, em propaganda – como entende este MM. Juízo – teria atingido “público restrito, já fumante, sendo extremamente reduzidos tais danos”. (fls. 20, no. 63)

Na medida em que, como visto, uma das finalidades da propaganda é a de conservar o público consumidor de determinado produto, a indevida propaganda, na verdade, prejudicaria mais ainda esse “público restrito”, naturalmente mais influenciável pela mensagem propagada do que alguém que, por exemplo, não fosse fumante.

Sob outro prisma, não é legítimo estabelecer-se distinção entre consumidores, a não ser quando se objetivar ampliar o alcance da proteção da legislação consumerística, em atenção às maiores necessidades e desequilíbrios – econômicos, sociais, jurídicos, informacionais, e assim por diante.

É absurdo, portanto, que o agente econômico infrator busque resguardar-se em sua posição e contra as sanções administrativas que vem a sofrer

alegando, em seu benefício, a fragilidade do consumidor que sua conduta antijurídica só fez aumentar.

Aceitando-se o argumento da autora, um hemofílico mereceria menor proteção legal do que alguém sadio, em matéria de fiscalização da qualidade do sangue usado em transfusões.

Por último, não há porque se considerar como atenuante o fato de que a circulação do produto acondicionado com a “sobre-embalagem” teria durado por três meses.

Se durou três meses, é porque a autora esperava alcançar todos os objetivos a que se propôs naquele intervalo de tempo, e deve-se considerar que os atingiu, já que não fez prova em contrário, nem nesta ação judicial, nem na via administrativa.

Isto posto, julgo a ação improcedente, condenando a autora nas custas e em honorários advocatícios, ora fixados em dez por cento do valor da causa, atualizado monetariamente, na forma do art. 20, § 4º. do CPC.

Intime-se a ANVISA, pessoalmente, desta sentença.

Decorrido o prazo legal sem interposição de recurso, baixem-se e arquivem-se, certificando-se.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2012

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR
Juiz Federal da 10ª. Vara/RJ