

DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES
RELATOR

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0046869-94.2016.4.01.0000/DF (d)

Processo Orig.: 0039801-78.2016.4.01.3400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES
AGRAVANTE : AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
PROCURADOR : DF00025372 - ADRIANA MAIA VENTURINI
AGRAVADO : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE BEBIDAS - ABRABE
ADVOGADO : SP00221632 - GABRIEL NOGUEIRA DIAS
ADVOGADO : SP00209216 - LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHAES DIAS

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela ANVISA contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que deferiu *"tutela de urgência de natureza antecipatória para suspender os efeitos da Resolução Anvisa (RDC) nº 26/2015, exclusivamente em relação às bebidas destiladas Whisky, Vodca e Gim fabricadas a partir de cereais e comercializadas pelas associadas da autora (ABRABE), até que a Anvisa profira decisão definitiva sobre a petição apresentada no dia 1º de Julho de 2016 sob o protocolo 201607010042PR"*.

A referida Resolução 26/2015 visa basicamente a propiciar que os consumidores tenham informações sobre a presença dos principais alimentos alergênicos e seus derivados, estabelecendo regras para declarações de rotulagem em produtos postos à disposição do mercado.

Assim, atento à finalidade da Resolução ANVISA 26/2015, o magistrado de primeira instância entendeu por bem suspender a sua eficácia no que tange às bebidas destiladas Whisky, Vodca e Gim, produzidas pelas associadas da autora (ABRABE), por entender que a literatura científica sobre a matéria permite concluir *"que as bebidas destiladas são produzidas a partir de um processo físico de separação dos componentes da matéria prima derivada de cereal (mosto), através do qual as substâncias voláteis (água, álcool etílico, ácido acético, aldeídos, entre outros) são separadas das não voláteis (sólidos, bactérias, proteínas, sais minerais, etc.), de modo que estas substâncias residuais (não voláteis) deixam de fazer parte das etapas seguintes da produção do destilado, que se resumem aos fracionamento das concentrações alcoólicas."*

Num segundo passo lógico, o magistrado *a quo*, então, conclui que o processo certificaria que *"as proteínas e frações proteicas causadoras de alergia alimentar, por constituírem elementos químicos mais pesados e com pontos de ebulição bem superiores aos empregados na destilação, não volatilizam e consequentemente, não são transferidas (...) para as fases subsequentes de fabricação, sendo descartadas do processo industrial"*. Assim, é de sua conclusão, pois, que, não contendo as bebidas destiladas as substâncias alérgicas, *"a lógica seria excluí-las do campo de incidência da RDC 26/2015"*.

Também subsidiou a decisão agora agravada o fato de que a entidade autora, com base na lógica acima detalhada, deduziu perante a ANVISA pedido de exclusão das bebidas alcoólicas destiladas da lista dos principais alimentos que causam alergias alimentares, pedido esse que, entretanto, permaneceria sem prazo para resposta.

A ANVISA, em alentada petição, questiona a decisão recorrida, fundamentando-se, essencialmente, na importância da Resolução 26/2015 bem como na necessidade de proteção ao consumidor, que deve ter garantido o direito a informações sobre a presença dos principais alimentos alergênicos em produtos alimentícios.

No caso concreto, contesta a informação que serviu de base à decisão proferida, a sugerir a possibilidade de as referidas bebidas possam ser produzidas

com a adição de outros ingredientes, como corantes e aromatizantes, os quais podem veicular os elementos alergênicos objetos da normatização concretizada na Resolução 26/2015.

Além disso, afirma que não existiria “consenso internacional com relação ao baixo potencial alergênico do álcool potável e do destilado alcoólico simples obtidos de cereais alergênicos”, pois as ressalvas existentes teriam sido baseadas na avaliação de dados de poucas empresas que não seriam representativas de todos os produtores de bebidas alcoólicas e os dados avaliados não seriam acessíveis para consulta.

Alega-se ainda que a agravada apenas tardiamente apresentou a sua petição, no âmbito administrativo, para requerer a retirada dos destilados alcoólicos da lista de produtos com potencial alergênico.

Por fim, requer a reforma da decisão agravada, pois, fundamentalmente (a) colocaria em risco a saúde dos consumidores, (b) violaria a orientação jurisprudencial quanto à vulnerabilidade do consumidor, (c) estimularia concorrência desleal em favor das associadas da autora, que não se submeterão a regras impostas às demais empresas, além de (e) dificultar a fiscalização e monitoramento pelo sistema de vigilância e saúde.

É o relatório. Decido.

Mantenho a decisão agravada, pelos seguintes fundamentos.

O elemento central, no mérito da demanda veiculada no presente processo, é saber se os derivados alcoólicos podem ou não veicular elementos alergênicos, de ordem a impor a sua submissão às restrições próprias da Resolução ANVISA 26/2016.

Numa análise ainda precária, própria das tutelas de urgências, não verifico nos autos elementos suficientes para certificar, no caso, a existência, ou não, dos referidos alérgenos nos chamados destilados alcoólicos. Assim, o que se deve responder no presente recurso, especialmente na tutela de urgência nele requerida, é se poderia a Administração, à míngua de prova definitiva, quando ainda não concluído o processo administrativo para tanto instaurado, impor às associadas da agravante as restrições decorrentes da Resolução 26/2016. Vejamos.

No caso concreto, não obstante a Administração questione os dados científicos em que se assentou a decisão recorrida, basicamente, não apresenta qualquer elemento de prova que possa certificar a presença de elemento alergênico nos destilados alcoólicos.

De fato, em contraposição à fundamentação deduzida na decisão judicial, no sentido de que o processo de produção de destilados alcoólicos não permitiria a presença remanescente de elementos alergênicos, a Administração apenas argumenta que não existiria “consenso internacional com relação ao baixo potencial alergênico do álcool potável e do destilado alcoólico simples obtidos de cereais alergênicos”.

Em outras palavras, pelo menos em consideração ao estágio em que se encontra o procedimento em que se determinará a necessidade ou não de os destilados alcoólicos fazerem parte do rol de produtos sobre quais deverá incidir a Resolução 26/2015, não se trouxe aos autos, como prova para arrostar os fundamentos da decisão agravada, muito mais do que a ausência de consenso internacional com relação ao seu potencial alergênico.

A Constituição estabelece no seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em outros termos, não se pode conceber que alguém possa sofrer especial gravame em seu patrimônio jurídico, quando a atividade restritiva da Administração apenas parece sustentar-se em suspeita despida de elementos probatórios convincentes de que a atividade do particular possa produzir efeitos danosos ao consumidor.

Em casos que tais, em contrariedade ao disposto na Constituição, estar-se-ia antecipando restrição à liberdade e aos bens das empresas associadas da entidade autora sem, contudo, a imprescindível conclusão do devido processo legal, no qual se poderia demonstrar, por exemplo, o caráter lesivo da atividade por elas desenvolvida, o que é, definitivamente, vedado pela jurisprudência (cito):

ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.

Na forma do art. 44 da Lei nº 9.784, de 1999, encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado. Espécie em que a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público foi aplicada sem que a empresa apenas tivesse a oportunidade de articular as alegações finais. Ordem concedida, anulando-se a

decisão, facultado à autoridade impetrada retomar o curso do processo com a intimação da impetrante para a apresentação das alegações finais - prejudicado o agravo regimental.

(MS 20.703/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 21/08/2014)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3. Por sua vez, o art. 87, § 2º, da Lei 8.666/93 estabelece que a aplicação de multa pressupõe concessão de oportunidade ao interessado para a apresentação de defesa prévia, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

4. No caso dos autos, verifica-se que a impetrante não foi notificada para, em cinco (5) dias úteis, apresentar defesa prévia quanto à aplicação da penalidade de multa.

5. Ao contrário, o Ofício MRE/DSG/071/2007, ao mesmo tempo em que comunicou a impetrante acerca da infração contratual, já determinou a aplicação da pena de multa, sem facultar, previamente, portanto, a apresentação de defesa prévia pela contratada no âmbito de regular processo administrativo.

6. Diante disso, a manifestação da impetrante intitulada pela autoridade impetrada como "pedido de reconsideração", não pode ser qualificada como defesa prévia, a que alude o § 2º, do art. 87, da Lei 8.666/93.

7. De outro lado, a existência de anteriores comunicações de advertência à impetrante, relacionadas a outras infrações por ela cometidas, não têm o condão de legitimar a aplicação de multa sem a observância do devido processo legal.

8. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

(AMS 0031512-74.2007.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1112 de 26/03/2015)

Tudo considerado, MANTENHO a decisão agravada até que seja concluído o processo administrativo, ou até que seja julgado o presente recurso, ou ainda até que seja proferida decisão definitiva na primeira instância.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta (CPC, art. 1.019, II).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 6 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NÉVITON GUEDES

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0049150-23.2016.4.01.0000/DF (d)

Processo Orig.: 0028169-89.2015.4.01.3400

: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

RELATOR

AGRAVANTE : GISELE CRISTINA TEGA

ADVOGADO : SP00263520 - SANDRA ORTIZ DE ABREU

ADVOGADO : SP00287263 - TATIANA INVERNIZZI RAMELLO

ADVOGADO : SP00318370 - DANIEL FERREIRA GOMES PERCHON

AGRAVADO : UNIAO FEDERAL