

1626 08 29
E1 ✓

Helena Loida
Consultores
Associados



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PAULO SÉRGIO
CORNACCHIONI - DD. PROMOTOR DE JUSTIÇA DO
CONSUMIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SÃO PAULO.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROTOCOLO: 0132030/07
Data: 23/10/2007
Local de Entrada: SUE-ÁREA DE APOIO ADMIN.- PROTOCOLO GERAL
Assunto: RESPOSTA DE OFÍCIO
Interessado: PANDURATA ALIMENTOS LTDA.
Hora: 17:25:45
140E0602

Inquérito Civil nº 14.161.805/07
Notificação PJC nº 876/07

PANDURATA ALIMENTOS LTDA.,
qualificada nos autos do INQUÉRITO CIVIL em epígrafe, vem,
por seus advogados que esta subscrevem, respeitosamente, a V.
Exa. prestar os esclarecimentos solicitados na Notificação PJC nº
876/07, dentro do prazo nela assinalado, como segue:

I - PRELIMINARMENTE:

A) DA ILEGITIMIDADE DE PASSIVA DE
EXIM CHARACTER LICENCIAMENTO E
MARKETING LTDA.:

1. Inicialmente cabe esclarecer que a EXIM
CHARACTER LICENCIAMENTO, também notificada, atuou
apenas na fase de licenciamento dos personagens que integram as

Av. Paulista, 1439 - 15º Andar - Conj. 153 - Conquistador César
CEP 01311-928 - São Paulo - SP
Tel.: (11) 3285-2410 - Fax: (11) 3284-6826

1

obras audiovisuais SHREK, cuja utilização para fins promocionais depende da autorização do titular dos respectivos direitos intelectuais.¹

2. Como a EXIM CHARACTER apenas viabilizou o licenciamento dos referidos personagens, e não concebeu a mecânica da promoção, requer digne-se V.Exa. determinar a exclusão dela do pólo passivo do Inquérito Civil, que deverá prosseguir, s.m.j., somente em face de PANDURATA (titular da marca Bauducco), que idealizou e divulgou a promoção "A HORA DE SHREK".

II - ESCLARECIMENTOS BÁSICOS DA PROMOÇÃO "A HORA DE SHREK".

A) ORIGEM DA PANDURATA ALIMENTOS LTDA:

1. PANDURATA ALIMENTOS LTDA. é a atual denominação social de BAUDUCCO & CIA. LTDA., que detém, dentre outras, a tradicional marca BAUDUCCO. Conta atualmente com três unidades industriais em Guarulhos (SP) e uma em Extrema (MG), onde industrializa mais de 100 produtos alimentícios, através de linhas de produção que estão entre as mais modernas do mundo, com equipamentos de altíssima tecnologia e de uma permanente preocupação com o controle da qualidade nutricional dos alimentos que produz.

¹ Shrek é marca registrada de DREAMWORKS ANIMATION L.L.C. (EUA).

1626-08 131
894
PAG 408

2. A BAUDUCCO, fundada em 1952, tradicional empresa de capital nacional, bastante conhecida em razão da produção industrial do "Panettone Bauducco", presente na época de Natal na maioria dos domicílios dos brasileiros.

3. Apesar dos mais de 50 anos de vida, a empresa mantém aceso o mesmo espírito competitivo e continua a investir em pessoas, em novos produtos, em tecnologia e no respeito aos consumidores.

4. São produtos que gozam da inteira confiança dos consumidores que, ao adquirirem produtos assinalados com a marca BAUDUCCO, estarão também consumindo produtos de altíssima qualidade.

5. Portanto, não há espaços para afirmar que o sucesso da empresa, dos produtos ou promoções que ela realiza resulte de modismos, simplesmente porque não há empresa ou produto que consiga sobreviver no ambiente competitivo sem que seus produtos sejam efetivamente confiáveis do ponto de vista da qualidade e dos respectivos valores nutricionais.

B) A MARCA "GULOSOS".

1. GULOSOS é marca devidamente registrada no INPI (doc. n° 01),² concedida conforme disposto no artigo 122 da Lei n° 9.279/96 (LPI), *in verbis*:

² Marca registrada no INPI sob n° 817647414, para a classe de produtos 32.10-20, de titularidade de BAUDUCCO & CIA. LTDA., concedida em 23/05/2006 e com vigência até 23/05/2016.

1626 08 37

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.



2. Apesar do que essa marca evoca, ela não está compreendida nas proibições legais (artigo 124, inciso III, LPI), não é contrária à moral e aos bons costumes, não ofende a honra e imagem das pessoas, nem atenta contra a liberdade de escolhas e de consciência:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

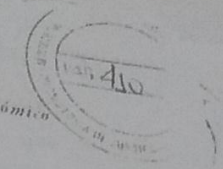
I -
III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;

3. Uma vez registrada, a marca deve ser utilizada para atender à sua precípua finalidade que é a de distinguir o produto de outro idêntico, semelhante ou afim, inclusive quanto à sua origem, assegurando-se, ainda, ao titular, direitos correlatos ao uso lícito da mesma (artigos 129, 130 e 131- incluindo o uso da marca em impressos, propaganda e documentos relativos à atividade - todos da LPI).

4. Conforme acentua NEWTON SILVEIRA, citando ASCARELLI, há, no caso da marca registrada, uma aquisição gradual do direito que só se completa "pelo registro mais o uso".³

5. Portanto, o titular de marca devidamente registrada tem o direito e também o dever de utilizá-la, de forma a atender, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXIX,

³ "Propriedade Intelectual", Editora Manole, São Paulo, 3ª edição, 2005, pág. 25.



6. Ou seja, é o próprio texto constitucional que reconhece a importância e influência que decorre da utilização da marca, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento do País.

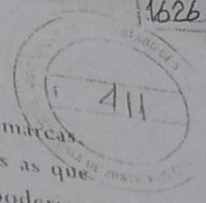
7. Como dito acima, a Notificada é titular da marca GULOSOS, para identificar e distinguir alguns dos produtos alimentícios que produz e comercializa.

8. O verbete "guloso" é bastante disputado entre diversas empresas que buscam identificar seus produtos e/ou serviços no segmento de alimentação,⁴ o que evidencia a inteira conformidade do mesmo e mostra que as empresas que o utilizam não praticam qualquer ilicitude nem atentam contra os bons costumes alimentares.

9. Simplesmente porque a marca, seja ela qual for, não tem o condão de contribuir, *de per se*, para o aumento da obesidade infantil.

10. Como será demonstrado abaixo, a obesidade infantil decorre de múltiplos fatores, não sendo acertado, e nem seria justo, que a responsabilidade por questão desta complexidade pudesse recair apenas num fator isolado ou numa única empresa.

⁴ www.inpl.gov.br, em pesquisa feita em 19/10/2007, pelo radical "guloso".



86

11. *Ad argumentandum tantum*, se as marcas por si só, pudessem responder pela obesidade, então todas as que forem assinaladas com o radical "gulos" ou "gula" não poderiam ser objeto de registro diante da vedação do artigo 124, inciso III, LPI, e aquelas que já tiverem sido registradas poderiam ter o registro anulado, inclusive por provocação do INPI, conforme previsão dos artigos 165 e 173 usque 175 da LPI, *in verbis*:

Art. 165. É nulo o registro que for concedido em desacordo com as disposições desta Lei.

Art. 173. A ação de nulidade poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.

Parágrafo único. O juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios.

Art. 174. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão.

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

12. Isto tudo para demonstrar a V.Exa. que a marca GULOSOS, apesar do que ela evoca, pode ser utilizada para distinguir produtos do segmento alimentício, não violando qualquer dos dispositivos da LPI, do ECA ou mesmo do CDC.

13. *In nuce*: a marca GULOSOS não atenta contra os bons costumes alimentares.

1626 23-7
C) APRESENTANDO OS PRODUTOS ASSINALADOS COM A MARCA "GULOSOS".

1. Os produtos assinalados com a marca "GULOSOS" são compostos por bolinhos, biscoitos e wafers.

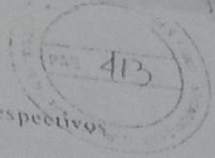
2. Eles são oferecidos com pesos variados como abaixo indicado:

- "bolinhos" – embalagem com 04 "bolinhos"; cada "bolinho" pesa 40g (peso total 160g - doc. n° 02);
- "biscoitos" – embalagem única com 170g (doc. n° 03);
- "biscoitos" em embalagem econômica – com três pacotes e 360g de peso líquido (doc. n° 4) e
- "wafer" – embalagem única com 40g (doc. n° 05).

3. Todos os produtos da linha "GULOSOS" são fontes de vitaminas A, B1, B2, B6 e do mineral cálcio. Complementam, portanto, eventual deficiência da alimentação infantil, comum nas classes sociais menos favorecidas.

4. E todas as embalagens dos produtos atendem rigorosamente às normas do CDC (especialmente dos artigos 6°, inciso III, 8° e 31), contendo as informações

1 Marca registrada no INPI sob n° 817647414, para a classe de produtos 32.10.20, de titularidade de BAUDUCCO & CIA. LTDA., registro concedido em 23/05/2006.



88

essenciais sobre o consumo, inclusive sobre os respectivos valores nutricionais.

5. A análise de alguns dados objetivos do segmento servem muito bem para desmistificar, estatística e objetivamente, a tese levantada pelo Instituto Alana em face da promoção "É HORA DE SHREK".

6. Passemos a eles.

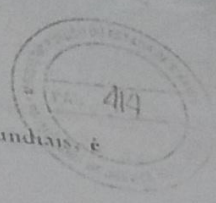
7. Segundo o SIMABESP - Sindicato das Indústrias de Massas Alimentícias e Biscoitos no Estado de São Paulo e ANIB - Associação Nacional das Indústrias de Biscoitos, o CONSUMO PER CAPITA (kg/ano) desses produtos no País, nos últimos anos, é da seguinte ordem:

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
2000						
6,1	5,9	5,6	5,9	5,9	5,97	6,0

8. Conforme se vê pelos números levantados, o consumo de biscoitos, em território brasileiro, é absolutamente estável (doc. n° 06), indicando que esse tipo de alimento não substitui as refeições regulares.

9. Se comparado ao Consumo Mundial de Biscoitos em 2004, por exemplo, pode-se constatar que o Brasil ocupa um modesto 14° lugar num ranking liderado pela Holanda, em cujo território o consumo per capita monta a 13,9 kg/ano (doc. n° 06/A).

10. Ainda, pelas informações constantes do retro mencionado estudo pode-se concluir que:



- a) o consumo de biscoitos no Brasil, em níveis mundiais, é baixo;
- b) o consumo de biscoitos no Brasil é estável;
- c) o consumo anual de biscoitos per capita, no Brasil, em 2006 correspondeu a 6 quilos, num período de 12 meses;
- d) o consumo mensal de biscoitos, per capita, no Brasil equivale a 1/2 quilo;
- e) o consumo semanal de biscoitos, per capita, no Brasil equivale a 125 g.
- f) o consumo diário de biscoitos, per capita, no Brasil equivale a 16,66 g.

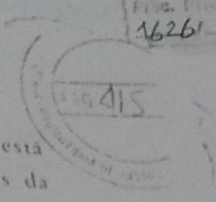
11. Ora, nada que pareça ser absurdo, principalmente se for levado em conta o tempo de duração da promoção (09 semanas), onde o consumo de 05 embalagens de wafers da linha "GULOSOS" correspondem, juntas, a 200g de biscoito, representando o consumo de 22,2g por semana.

12. Como se vê, muito menos do que o consumo habitual, de forma que não há, na divulgação da promoção, nenhum estímulo exagerado ao consumo dos produtos da linha "GULOSOS".

13. Cabe também ressaltar que o mercado de biscoitos neste ano (2007) está caindo -3,55%, vs. o ano de 2006, o que indica que está havendo menor consumo desse tipo de produto. É a considerar o mercado de biscoitos recheados (participante da promoção), a redução é ainda mais acentuada (-6,2%), indicando, dessa forma, correlação negativa entre a promoção e o aumento do consumo de biscoitos. Isso leva

concluir que o consumidor que participou da promoção está apenas trocando de marca e não consumindo mais biscoitos da marca BAUDUCCO, conforme quadro abaixo:

16261 08 39



90

	VENDAS KILOS ('000)		
	2006	2007	Varição
T. BOLACHAS / BISCOITOS	422.136,9	407.160,9	-3,55%
T. RECHEADO ATÉ 300G	109.059,8	102.311,5	-6,19%

14. Como se percebe, é inteiramente inapropriado afirmar que a promoção contribuiu para o aumento da obesidade infantil.

D) AS RAZÕES DA PROMOÇÃO "É HORA DE SHREK" E SUA MECÂNICA:

1. Apesar da tradição que tem no segmento alimentício, a participação de mercado dos produtos com a marca BAUDUCCO voltados ao público infantil é bastante inexpressiva.

2. Segundo os dados de *share* (fatia) de mercado, a Notificada participa com apenas 7% (sete por cento) de todos os produtos do gênero alimentício comercializados para o público infantil no país.

3. Apenas 7% (sete por cento).

4. Assim, a Notificada, desejando alcançar maior participação nesse mercado,⁶ procurou adotar prática promocional usual, bastante conhecida, tal como diversas empresas e produtos do mesmo segmento fazem, associando aos seus produtos personagens que pertencem ao universo infantil.

5. E por que SHREK?

6. Porque esse personagem, apesar de representar um ogro,⁷ é simpático ao público infantil e adequado para criar maior aproximação do produto com o público.

7. Essa prática promocional é lícita, adotada em diversos segmentos e por muitos Anunciantes que disputam, tal qual a Notificada, a preferência dos consumidores, impulsionados pelos princípios constitucionais da não censura, da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência.⁸

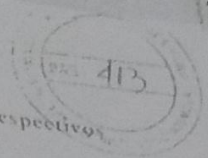
8. A promoção "É HORA DE SHREK" não é diferente de tantas outras que são realizadas e a Notificada tem a convicção de que sua realização não deu ensejo a qualquer ilegalidade e não ameaçou os valores ditos essenciais das crianças e dos adolescentes.

9. A promoção estava prevista para pouco mais de 02 (dois) meses de duração, com início em 12 de junho e

⁶ O Direito não reprime a obtenção de lucro que é, segundo lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, uma imposição lógica e justa, fruto da atividade produtiva da empresa (*apud* "DIREITO DO MARKETING UMA ABORDAGEM JURÍDICA DO MARKETING EMPRESARIAL", Fernando Gherardini Santos, Editora RT, 2000, 1.ª edição, pág. 123).

⁷ Segundo Dicionário Eletrônico Michaelis: ogre • (ô) *sm* (fr ogre) *fam* Bicho-papão, ente fantástico. 1. *ar*: ogro.

⁸ Conforme disposto nos artigos 5º, incisos IV e IX, 170, *caput* e inciso IV, CF/1988.



EE

essenciais sobre o consumo, inclusive sobre os respectivos valores nutricionais.

5. A análise de alguns dados objetivos do segmento servem muito bem para desmistificar, estatística e objetivamente, a tese levantada pelo Instituto Alana em face da promoção "É HORA DE SHREK".

6. Passemos a eles.

7. Segundo o SIMABESP - Sindicato das Indústrias de Massas Alimentícias e Biscoitos no Estado de São Paulo e ANIB - Associação Nacional das Indústrias de Biscoitos, o CONSUMO PER CAPITA (kg/ano) desses produtos no País, nos últimos anos, é da seguinte ordem:

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
	6,1	5,9	5,6	5,9	5,9	5,97	6,0

8. Conforme se vê pelos números levantados, o consumo de biscoitos, em território brasileiro, é absolutamente estável (doc. n° 06), indicando que esse tipo de alimento não substitui as refeições regulares.

9. Se comparado ao Consumo Mundial de Biscoitos em 2004, por exemplo, pode-se constatar que o Brasil ocupa um modesto 14° lugar num ranking liderado pela Holanda, em cujo território o consumo per capita monta a 13,9 kg/ano (doc. n° 06/A).

10. Ainda, pelas informações constantes do retro mencionado estudo pode-se concluir que:

4. Assim, a Notificada, desejando alcançar maior participação nesse mercado,⁶ procurou adotar prática promocional usual, bastante conhecida, tal como diversas empresas e produtos do mesmo segmento fazem, associando aos seus produtos personagens que pertencem ao universo infantil.

5. E por que SHREK?

6. Porque esse personagem, apesar de representar um ogro,⁷ é simpático ao público infantil e adequado para criar maior aproximação do produto com o público.

7. Essa prática promocional é lícita, adotada em diversos segmentos e por muitos Anunciantes que disputam, tal qual a Notificada, a preferência dos consumidores, impulsionados pelos princípios constitucionais da não censura, da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência.⁸

8. A promoção "É HORA DE SHREK" não é diferente de tantas outras que são realizadas e a Notificada tem a convicção de que sua realização não deu ensejo a qualquer ilegalidade e não ameaçou os valores ditos essenciais das crianças e dos adolescentes.

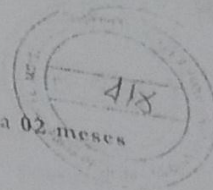
9. A promoção estava prevista para pouco mais de 02 (dois) meses de duração, com início em 12 de junho e

⁶ O Direito não reprime a obtenção de lucro que é, segundo lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, uma imposição lógica e justa, fruto da atividade produtiva da empresa (apud "DIREITO DO MARKETING-UMA ABORDAGEM JURÍDICA DO MARKETING EMPRESARIAL", Fernando Gherardini Santos, Editora RT, 2000, 1.ª edição, pág. 123).

⁷ Segundo Dicionário Eletrônico Michaelis: ogre • (ô) sm (fr ogre) lam Bicho-papão, ente fantástico. Var: ogro.

⁸ Conforme disposto nos artigos 5º, incisos IV e IX, 170, caput e inciso IV, CF/1988.

19 de agosto, portanto, num lapso de tempo superior a 02 meses
mais precisamente, por 09 semanas).



1626108

15. A família que adquiriu 05 embalagens econômicas de biscoitos "GULOSOS", com mais R\$ 5,00 poderia trocá-las por um relógio do Shrek, mas a que adquiriu 05 embalagens de wafer (com 40g cada), com mais R\$ 5,00 também poderia fazê-lo.

16. Portanto, a promoção foi concebida de forma absolutamente democrática a permitir a participação do maior número de pessoas possível, inclusive das classes C e D, para as quais o relógio poderia representar o presente de aniversário da criança.⁹ E isso pelo simbólico valor de R\$ 5,00.

17. Cabe ressaltar que 57% das trocas deram-se por conta da aquisição das embalagens menos onerosas para o consumidor, conforme tabela abaixo:

Categoria	pacotes trocados	%
Recheados 170g	768.129	39%
Recheados 360g	74.165	4%
Mini wafer 40g	363.538	18%
Bolinho 160g(4x40g)	434.972	22%
Bolinho 40g	331.171	17%
TOTAL	1.971.975	100%

⁹ Em conformidade, assim, com o disposto no artigo 3º, inciso IV, CF/1988.

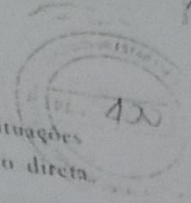
18. Isso mostra que grande parte das trocas (57%) foi realizada nos bolinhos e miniwafer que possuem tamanhos pequenos/ou embalagem individual, gerando, além da menor onerosidade, proporcionalmente menor ingestão de calorias.

19. Assim, a promoção foi concebida sem qualquer truque, sem qualquer "pegadinha", sem qualquer obrigação (a troca era inteiramente facultativa) e sem necessidade de concorrer com sorte, razão pela qual o pedido prévio de autorização perante o órgão competente (Caixa Econômica Federal - Gerência Nacional de Promoções Comerciais - DF) não se fazia necessário.

20. Mas há que ser destacado que, embora os produtos da referida linha sejam direcionados ao público infantil, sua aquisição, nos pontos de venda, se dava pelos respectivos pais, tutores ou responsáveis, sabendo-se que são estes que efetivamente comparecem aos supermercados e estabelecimentos afins, aperfeiçoando a aquisição onerosa de bens e produtos de consumo.

21. Aliás, a hiposuficiência econômica impõe reconhecer que crianças, por vontade própria, não tem condições para aquisição de bens onerosos de consumo.

22. E mais: a mesma hiposuficiência impõe reconhecer que dificilmente a criança tomaria a iniciativa de consumir, sem assistência de um adulto, biscoitos ou qualquer outro produto do gênero alimentício.



23. A realidade revela que essas são situações que não ocorrem sem o concurso, auxílio ou intervenção direta de um adulto.¹⁰

24. Portanto, para que qualquer criança pudesse consumir *(sic)* "desmedidamente" 05 pacotes de biscoitos visando apenas o direito à troca, seria necessário superar 02 (dois) obstáculos preliminares, ao nosso ver intransponíveis:

- A onerosidade da aquisição (x 5);
- A completa ausência de supervisão dos pais (descontrole na oferta e distribuição de produtos alimentícios dentro do ambiente doméstico).

25. Assim, é preciso reconhecer que se (i) o hipossuficiente não tem capacidade econômica para adquirir bens de consumo e se (ii) a entrega de gêneros alimentícios, no ambiente doméstico, insere-se no dever de guarda e vigilância dos pais - rectius: os pais devem sempre supervisionar a alimentação dos filhos menores, sob pena de responderem por desídia ou até mesmo por abandono - então a tese alegada pelo Instituto Alana cai por terra.

26. Ademais, o curto espaço de tempo de duração da promoção (pouco mais de 02 meses) demonstra a impossibilidade de existência do nexo causal entre a obesidade infantil, que já se encontra instalada há muito mais tempo, por

¹⁰ Segundo o Novo Código Civil (Lei n° 10.406/02), art. 1.566, inciso IV, são deveres de ambos os cônjuges o sustento, guarda e educação dos filhos; e art. 1.567, dispondo que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. No Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n° 8.069/90), observam-se que iguais deveres competem aos pais (v. artigos 19 e 22).

1676/28

conta de tantos outros fatores (pré-disposição genética, hábitos alimentares, vida sedentária, etc...), não sendo adequado pretender responsabilizar, ou mesmo impor restrições, exclusivamente sobre a promoção "É HORA DE SHREK" e a Notificada.

27. Por outro lado, é sabido que a Notificada preocupa-se com a saúde das crianças e por isso ela adota medidas eficazes na fase de produção para oferecer produtos de qualidade e com valor nutricional balanceado (em todos os seus produtos).

28. E o que ela não pode concordar é com as afirmações extremadas lançadas pelo Instituto Alana que pretende, de forma inteiramente equivocada, exercer o papel de tutor social e definir escolhas sobre a forma de alimentar as crianças. Mais grave do que tudo isso, é notar que o referido Instituto pretende responsabilizar uma única promoção, realizada por pouco mais de 02 meses, como se fosse ela a única e verdadeira vilã da obesidade infantil.

29. Ora, são precisas as lições do i. Prof. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, repelindo pretensões desse jaez:

"Liberdade, nestes termos, opõe-se à tutela estatal. Ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação. Daí a proibição da censura de forma irrestrita: "é livre

1626 08 U
9

422

a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Afinal, os regimes autoritários, sempre busca justificativas na necessidade (utópica e sempre frustrante) de educar os adultos. Mas, como bem diz Hannah Arendt, "quem quer que queira educar os adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política" (cf. *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1972, p. 225).¹¹

30. Ou seja, o sistema constitucional vigente não permite que a interpretação de um instituto ou órgão, por mais nobre que sejam os seus propósitos, prevaleça sobre a livre escolha das pessoas capazes (pais, tutores ou responsáveis), sobrepondo sua vontade à livre escolha delas. Isso fere um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que é a cidadania exercida pelo direito individual de liberdade.¹²

31. Sem esquecer da garantia de livre expressão (dentre outros princípios constitucionais, acima invocados), que autoriza a qualquer empresa a utilização dos modernos instrumentos do marketing para fomentar a livre concorrência e impulsionar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico do País.

32. Com o propósito de ainda demonstrar o inteiro descabimento da pretensão restritiva, confira-se PARECER do também i. Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO,

¹¹ PARECER publicado em "Garantias constitucionais à liberdade de expressão", publicação do CONAR, São Paulo, 2000, pág. 12.

¹² Artigo 1º, *caput*, inciso II, III, IV, artigo 3º, inciso I e artigo 5º, *caput*, todos da CF/1988, dentre outros.

chamando a atenção para a denominada "inconstitucionalidade por omissão parcial":

"ela [a inconstitucionalidade por omissão parcial] se verifica quando o poder público atribui uma disciplina específica a apenas um grupo de pessoas, ao mesmo tempo em que outras, embora em idênticas condições, não são tratadas de acordo com o mesmo regime. Nessa hipótese, há uma omissão parcial por parte da autoridade, que acaba igualmente por afrontar a garantia fundamental da isonomia".¹³

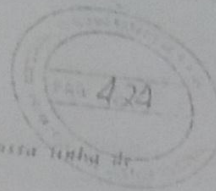
33. Logo, fica demonstrado que também sob a ótica da isonomia a pretensão do Instituto Alana não poderá prevalecer.

E) O LADO LÚDICO E EDUCACIONAL DA PROMOÇÃO:

1. Além de não impingir qualquer obrigação aos consumidores, nem exigir-lhes a aquisição condicionada de produtos ou o consumo imoderado destes, a promoção teve propósito educacional, instigando as crianças a aprenderem, de forma lúdica, a leitura das horas.

2. Em entrevista divulgada pelo Portal Fator Brasil, em 13/06/2007, o Sr. Piero Franceschi, Gerente de Produto da linha "GULOSOS", abordou o correto significado da promoção, esclarecendo o que segue:

¹³ "Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos", apud "TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL - TOMO III", Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, pág. 250.



Desde 2004 o personagem Shrek esta presente em nossa linha de produtos.

Escolhemos o relógio como prêmio porque acreditamos que além do seu valor percebido elevado, possui também um valor educacional. A criança sai com ele na rua, vai à escola, mostra aos amigos e começa a aprender a ver as horas". (n.g.)

3. É bastante importante notar a forma aplicada com que a marca se aproximou da criança, respeitando sua sensibilidade, suas características psicológicas, tratando com respeito o consumidor de seus produtos.

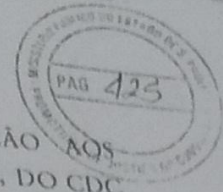
4. Também o site www.guiadasemana.com.br, em 12/06/07 abordou a promoção "É HORA DO SHREK", sobre ela dizendo:

"A Empresa faz campanha É Hora de Shrek, voltada ao público mirim e estimula o aprendizado da garotada. Esta é a proposta da Bauducco para crianças entre 5 e 8 anos que estão em uma das mais importantes fases de crescimento, onde os estímulos culturais, o entretenimento e a convivência com os pais são muito importantes.

A Bauducco inovou ao escolher uma coleção de relógios personalizados para sua nova promoção. Além de se divertir com os personagens do filme Shrek, a criança aprende a ver as horas, reconhece as figuras do filme, reforça o aprendizado das cores (os relógios estão disponíveis nas cores vermelha, verde, laranja e roxo). Além disso, grande parte dos produtos da linha Gulosos é enriquecida com vitaminas e cálcio contribuindo para a alimentação da criança". (n.g.)

5. Foi assim que a promoção foi construída, criando uma relação absolutamente normal, educativa, lúdica e inteiramente adequada entre a marca e o seu público consumidor.

1626.08.47
99



F) DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 37, § 2., 39, incisos I e IV, DO CDC (LEI Nº 8.078/90) e 17, do ECA (LEI Nº 8.069/90):

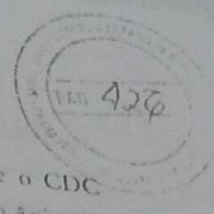
1. As situações acima expostas evidenciam que a pretensão do Instituto Alana encontra-se inteiramente desalinhada com os referidos preceitos constitucionais, fundamentada que está na interpretação subjetiva e parcial que o referido Instituto faz da questão da obesidade infantil.

2. O CDC veio estabelecer, no ordenamento jurídico, normas específicas de harmonização das relações de consumo, o que sugere considerar que também o fornecedor é parte essencial na formação dessa relação e que os interesses e direitos dele não podem ser olvidados na ponderação para aplicação da lei.

3. Portanto, ponderação, coerência e harmonização são, para todos os efeitos, palavras-chave para o aplicador da lei, na manutenção do equilíbrio das relações de consumo.¹⁴

4. E por tudo o que acima já foi demonstrado, é possível concluir que a promoção levada a efeito pela Notificada não infringiu quaisquer dos dispositivos legais apontados na Portaria nº 182/07.

¹⁴ Confira-se a Profª. CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O Novo Regime Das Relações Contratuais", Editora RT, 5ª edição, 2006, págs. 598/599.



5. Senão vejamos:

6. WALTER CENEVIVA, assim que o CDC entrou em vigor, analisou com profundidade e isenção de ânimos, os tipos legais apresentados no artigo 37, § 2º, destacando alguns dos requisitos de configuração da abusividade na publicidade que, segundo o jurista, deve instigar o consumidor "de modo irresistível":

".....
Que incite - A publicidade abusiva instigará ou estimulará, de modo eficaz e atual, uma das ações indicadas no parágrafo. A instigação ou estímulo devem conter tal habilidade que se caracterize sua irresistibilidade para o homem médio comum, sensato e razoável." 15

7. Como se vê, é preciso instigar ou estimular, **DE MODO EFICAZ E ATUAL**, a uma das ações indicadas no parágrafo, sendo que a instigação ou estímulo devem ser de tal habilidade que se caracterize sua **IRRESISTIBILIDADE** para o homem médio comum, sensato e razoável.

8. O papel do homem médio aqui deve ser entendido como o do pai, tutor ou responsável que exerce o poder de decisão sobre os filhos que se encontram sob sua guarda, escolhendo *o que e como consumir* produtos destinados às suas crianças.

10 "Publicidade e Direito do Consumidor", São Paulo, Editora RT, 1. edição, 1991, págs. 128/129 - destaques nossos.

9. Nem se diga também que as crianças exercem pressão psicológica "irresistível" sobre os pais, pois seria admitir que os responsáveis não tem meios de controle sobre os próprios filhos, o que seria igualmente inaceitável.

10. O fato é que a mensagem publicitária em questão não exerce influência direta na questão da obesidade infantil, principalmente porque (i) são os pais que decidem sobre a aquisição de produtos alimentícios dos filhos, (ii) são os pais que devem avaliar a forma que a criança deverá consumir o produto adquirido, administrando (regulando) o consumo do mesmo (iii) a promoção teve duração de 09 semanas apenas e (iv) não existem razões para sujeitar a sociedade a aceitar valores de intolerância insuportáveis, decorrentes de escolhas arbitrárias de apenas um ou outro intérprete, o que é próprio apenas para os regimes totalitários.

11. Assim, embora o produto e a promoção sejam destinadas às crianças, a relação de consumo não se aperfeiçoa com elas, mas sim entre agentes capazes, dotados de discernimento, razoabilidade e, principalmente, responsabilidade na educação alimentar daqueles que estão sob sua guarda.

12. Também não são claras as hipóteses definidas no artigo 39, incisos I e IV, CDC, no caso em apreço:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

.....
IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento

ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

13. O mecanismo de troca de embalagens por um relógio não se insere na hipótese do inciso I, artigo 39, considerando que os atos praticados decorrem de ação de marketing promocional (como prática comercial usual) visando dar impulso à venda de uma das linhas de produtos da Notificada.¹⁶

14. Aqui não ocorre o condicionamento de compra de um produto (v.g. biscoito de creme) para somente depois fornecer outro (v.g. biscoito de chocolate), este sim exemplo de venda casada alcançada pela proibição legal (Lei nº 8.884/94).

15. Mas, como visto, não é o caso da oferta promocional em questão, que só oferece benefícios aos consumidores - especialmente os das classes C e D - que puderam obter um relógio de qualidade por apenas R\$ 5,00.¹⁷

16. Ademais, a atividade empresarial da Notificada não é de oferecer relógios, nem lucrar com a venda destes, mas sim oferecer produtos do gênero alimentício a um público vasto.¹⁸

¹⁶ A modalidade aproxima-se mais à "oferta combinada", não vedada pela lei, conforme BEJMANIN, CDC, Forense, pág. 140 (apud CLAUDIA LIMA MARQUES, obra citada, nota 275, pág. 815).

¹⁷ A maior parte das trocas foram realizadas com as embalagens dos biscoitos de menor valor, portanto mais acessíveis às classes de menor renda.

¹⁸ Esclarece RIZZATTO NUNES que "a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados" ("Comentários ao CDC", Editora Saraivá, 2ª edição, 2005, pág. 474 - g.n.).

1626/08-0
430

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

23. *Data maxima venia*, não há qualquer possibilidade para que a promoção em questão pudesse violado a integridade física, psíquica e moral da criança, sob qualquer aspecto.

24. Cabe novamente repetir que a questão da obesidade infantil, além de multifatorial, não se instalou por conta da promoção questionada, de duração restrita (09 semanas), inexistindo o denominado nexos causal.

25. Além disso, diante da extrema generalidade e imprecisão (*vagueness*) do artigo 17 do ECA, não se sabe quais as condutas que, em tese, contribuiriam para a realização do fim colimado por essa norma, o que, segundo o i. Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, no retro citado PARECER, caracterizaria vício insuperável:

“Com efeito, se tais normas autorizassem exigir qualquer conduta que, em tese, contribui para a realização do fim por elas indicado, incontáveis condutas poderiam ser consideradas obrigatórias e outras tantas seriam consideradas vedadas. Tudo em função das convicções e percepções do aplicador da norma. Essa espécie de abertura interpretativa simplesmente não pode ser admitida em um Estado de direito, sobretudo em tema de direitos fundamentais. Tais disposições, portanto, não

1626/08
servem de fundamento para postulações formuladas pelo autor da ação civil pública.

.....
O que se pode registrar desde logo é que seu consumo normal não causa obesidade, e mesmo o consumo excessivo e anormal não causará a obesidade, que tem origem multifatorial.²⁰

26. É o suficiente para demonstrar que as pretensões do Instituto Alana não são juridicamente sustentáveis e o Ministério Público do Estado de São Paulo, cioso de suas responsabilidades, não poderá desconhecer - como não desconhece - a realidade desses fatos sócio-culturais.

G) RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS
(FLS. 06 DOS AUTOS):

1. Embora tenha demonstrado que não houve violação aos artigos das leis indicadas na Portaria de Abertura do Inquérito Civil, a Notificada passa a prestar os esclarecimentos solicitados, apontados nas alíneas (a)/(h), fls. 06, dos autos:

a) PANDURATA é a empresa que realizou a promoção É HORA DE SHREK;

b) Ver item D, subitens 10/15;

c) Ver item D, subitens 20/25;

²⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, no PARECER retro citado em caso em que se pretendia restringir a publicidade de refrigerantes e sucos, págs. 266 e 268.

162610

d) Não era possível a aquisição do relógio do Shrek sem a apresentação de 5 embalagens da linha GULOSOS, pois a atividade da Notificada não é vender relógios;

e) a campanha publicitária foi avaliada pelo CONAR, na Representação n° 205/07 que recomendou, em decisão de 25/09/2007, a sustação da campanha (decisão não unânime).
Todavia, a referida decisão não é ainda definitiva, tendo sido oferecido Recurso Ordinário, em 15/10/2007 visando a reforma daquela decisão;

f) o faturamento obtido com a venda dos produtos da linha GULOSOS, no período da promoção É HORA DE SHREK, foi de R\$ 1.570.631,00, ou seja, mantendo praticamente estável a participação da Notificada nesse nicho de mercado;

g) o fundamento para a realização da promoção encontra-se no artigo 5°, inciso II, da CF/1988, além de encontrar amparo nos demais princípios constitucionais acima referidos;

h) não havendo violação a quaisquer dos preceitos legais mencionados, não se faz necessária, como regra geral, a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta. Todavia, a Notificada, que tem dentre seus propósitos o de atuar de forma socialmente responsável, contribuindo inclusive com as ações do Ministério Público do Estado de São Paulo,²¹ poderá eventualmente reavaliar essa sua posição e analisar os termos do documento eventualmente proposto.

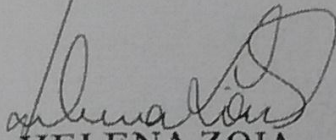
²¹ Cite-se, apenas para dar um exemplo, que a Notificada foi uma das empresas que apoiaram a realização do 10° Congresso de Meio Ambiente e o 4° Congresso de Habitação e Urbanismo, realizado de 19 a 22 de Outubro de 2006, em Campos do Jordão - S.P., que contou com a presença de 117 Congressistas.

1626
III - CONCLUSÕES:

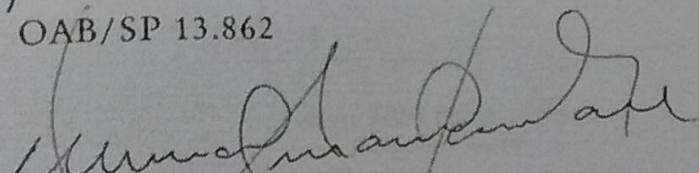
Diante do acima exposto, a Notificada, absolutamente convencida de que a promoção É HORA DE SHREK não desrespeitou valores essenciais das crianças, não se aproveitou indevidamente da hiposuficiência das crianças, não contribuiu para o aumento da obesidade infantil e não agiu de forma contrária a quaisquer dos preceitos legais mencionados na Portaria, requer o arquivamento do presente Inquérito Civil e sua posterior homologação pelo E. Conselho Superior.

Termos em que,
P. deferimento.

São/Paulo, 23 de outubro de 2007.


HELENA ZOIA

OAB/SP 13.862


DURVAL AMARAL SANTOS PACE

OAB/SP. 107.437