

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária  
Federal de São Paulo

JUNTADA

Conforme Provimento COGE n° 100/2009,  
Junto este documento nos autos.

Eu, [Assinatura] RF 2361  
São Paulo, 18/12/09

PROTÓCOLO

15061 1278 081061

1398  
a

JUSTIÇA FEDERAL - SÃO PAULO  
FORUM CIVIL  
CAPITAL - 18 SUBSEÇÃO

Processo n° 2009.61.00.013789-7

ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
("McDonald's"), por seus advogados, nos autos da ação civil pública  
ajuizada pelo Ministério Público Federal ("MPF"), em que também figuram  
como réus Venbo Comércio de Alimentos Ltda. ("Bob's") e Burger King  
do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. ("Burger King"), em curso  
perante esse Juízo, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com  
fundamento nos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, apresentar

## CONTESTAÇÃO

pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

### I. TEMPESTIVIDADE

1. Considerando que a ação foi ajuizada contra três réus, o prazo para  
apresentar contestação começou a fluir a partir da data de juntada aos autos do

35. O quinto põe em discussão:

"(v) A violação ao artigo 227 da Constituição Federal, na medida em que a ação pretende imputar aos Réus toda a responsabilidade pela alimentação de crianças e adolescentes, ignorando o importante papel desempenhado pela família e pelo Estado, conforme mencionado, inclusive, na decisão liminar que indeferiu a antecipação de tutela."

35.1. Uma louvável preocupação da Constituição em vigor concerne à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Tal preocupação justifica o art. 227, caput:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Este preceito, como revela a sua leitura atenta, institui uma obrigação compartilhada entre família, sociedade e Estado na proteção (use-se um termo amplo) à criança e ao adolescente e a seus direitos.

35.2. O direito à alimentação é um destes. Certamente, ela importa no prover essa alimentação, se há de presumir não nociva, adequada às suas necessidades. No atendimento a este direito, a Constituição chama a atuação, em primeiro lugar, a família,



como é natural, pois está é a "base da sociedade" (art. 226, caput). É nela (e dela?) que hão de surgir os seres humanos, donde decorre a sua responsabilidade, **principal**, para com seus rebentos, seja a de mantê-los, portanto alimentá-los. O Estado e a sociedade (e é nesta que se incluem as empresas) terão em tudo isto um papel subsidiário.

35.3. Neste contexto, cabe chamar ao debate o art. 205 da Constituição, este sobre a educação:

" A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

Aqui está igualmente uma responsabilidade compartilhada. Note-se, todavia, uma diferença de matiz em relação ao texto, acima citado, do art. 227.

Realmente, no art. 205, fica claro que a alimentação fica afeta (= é dever) do Estado e da família, cabendo à sociedade uma atividade de colaboração.

Ora, aplicando-se isto à alimentação, ou mais precisamente à educação alimentar, torna-se óbvio que à sociedade cabe um papel secundário, ao Estado e à família, a responsabilidade principal.

1548  
A

37

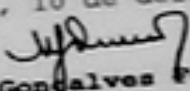
**PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**  
Professor Emérito e Titular (aposentado) de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da USP

Evidentemente - e aqui se responde diretamente  
ao quesito - "a responsabilidade pela alimentação de crianças e ado-  
lescentes" não cabe exclusivamente às empresas de alimen-  
tação, mas sim à família e ao Estado.



\*\*\*\*\*

É o meu parecer.

São Paulo, 10 de dezembro de 2009.

  
**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

Professor Emérito da Faculdade de Direito da  
USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitu-  
cional da Faculdade de Direito da USP. Doutor honoris  
causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universida-  
de de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Di-  
reito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia  
Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto  
"Pimenta Bueno" - Associação Brasileira dos Constitucio-  
nalistas.

  
  
6A (709652)  
Faculdade de Direito - USP  
Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

Parer referente a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal  
contra Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. ("McDonald's")

Não existe uma definição objetiva de alimentação saudável. Existem recomendações que podem guiar um planejamento da alimentação, ferramentas úteis que podem ajudar a comer de modo equilibrado, como por exemplo, a pirâmide alimentar, que orienta as proporções ideais de cada grupo alimentar. Numa alimentação idealmente e teoricamente saudável, devem ser considerados todos os grupos alimentares de modo balanceado, com horários adequados, lanches intermediários entre as refeições e alimentos com fontes específicas de vitaminas e minerais. Evidentemente, o seguimento de todas essas regras tiraria a espontaneidade, o prazer da alimentação.

As dietas tradicionais, chamadas comumente da detestável palavra "regime", são sinônimas de proibição, privação de liberdade de escolha, cerceamento de refeições agradáveis, etc. Além disso, apresentam uma conotação de fenômeno temporário, mesmo que sejam, em teoria, saudáveis e balanceadas.

Refeições mais calóricas ocasionais fazem parte do cotidiano. Uma refeição hipercalórica pode estar inserida no contexto de uma alimentação saudável, desde que haja um equilíbrio com o passar do tempo. O princípio do sistema de pontos, que é utilizado por mim há quase 40 anos, é de que se pode comer qualquer alimento, desde que haja uma compensação.

Pode-se ir a uma festa, com comidas, bebidas e doces, e tentar estabelecer uma semana mais regularizada na alimentação, desde que se conservem os grupos fundamentais (proteínas, vitaminas e minerais) reduzindo as calorias ingeridas (por exemplo, evitando doces e frituras depois da refeição hipercalórica). Comer é muitas vezes um modo de se expressar, exteriorizando sentimentos e sensações boas, comemorações, dias especiais e felizes. A comida também se enquadra a momentos não felizes de solidão, tristeza, nos quais comer traz conforto, segurança, alívio e prazer.

Ter uma atitude saudável em relação à alimentação é descobrir o equilíbrio entre o que dá prazer e o que é necessário, para manter um funcionamento apropriado do

1550  
a

organismo. Comer de modo saudável é individual, porque cada pessoa tem uma maneira de viver. Manter uma alimentação saudável é saber primeiramente o que é saudável, mas vai além, englobando saber sentir como e quando atender as necessidades psicológicas e sociais.

Tive acesso aos rígidos padrões de qualidade exercidos pelo McDonald's em relação à escolha, estocagem e preparação dos alimentos e posso assegurar que o McDonald's observa rigorosos requisitos de qualidade na seleção, armazenagem e preparo dos alimentos, utilizando ingredientes e matéria prima de boa qualidade, sendo esta uma garantia não oferecida por muitos outros estabelecimentos, nos quais não se conhece a qualidade dos ingredientes, nem a higiene e os cuidados no preparo da refeição.

A informação nutricional divulgada pelo McDonald's em seus restaurantes e embalagens é suficiente para que os pais entendam as características dos alimentos vendidos pelo McDonald's e optem por quais alimentos darão aos seus filhos. Tive acesso aos valores nutricionais dos produtos comercializados no McDonald's (obtidos a partir de análises bromatológicas realizadas pelo levantamento dos pesos médios de cada ingrediente que compõe os produtos) e não é razoável afirmar que, em sua totalidade, sejam compostos somente por alimentos hipercalóricos. De qualquer forma, a publicação de tabelas nutricionais dos seus alimentos pelo McDonald's, informando aos seus clientes as características e a composição nutricional dos seus produtos, freqüentemente disponíveis em uma variedade de tamanhos de porções, permite uma escolha consciente pelos consumidores no momento de selecionar os itens que integrarão sua refeição, bem como da opção que os pais julguem mais adequada para oferecer aos seus filhos.

Muitos produtos comercializados no McDonald's não apresentam alto teor calórico, tampouco gordura e açúcar em excesso. São exemplos as saladas, as maçãs, as cenouras, o iogurte com frutas, a salada de frutas, os nuggets, o sanduíche de frango grelhado, a água de coco e todos os sabores de Del Valle.

Uma opção de compra de um McLanche Feliz pelo consumidor pode abranger uma variação calórica que vai de 212 kcal a 690 kcal. Dentro desta variação, é perfeitamente factível ter um dia balanceado do ponto de vista alimentar. Para uma criança de cinco

OPÇÃO DE COMRA DE UM McLanche Feliz pelo consumidor pode abranger uma variação calórica que vai de 212 kcal a 690 kcal. Dentro desta variação, é perfeitamente factível ter um dia balanceado do ponto de vista alimentar. Para uma criança de cinco

Pinus de Oliveira  
do Comércio Ltda  
e Administração de Lda

054709657



anos não muito ativa, que apresenta um gasto energético total diário de aproximadamente 1.400 kcal, a opção mais calórica do McLanche Feliz não atinge 50% do seu gasto energético. Da mesma forma, para uma criança de 12 anos, que tenha um gasto energético diário de 1.800 kcal, a opção mais calórica do McLanche Feliz não atinge 40% de seu gasto energético. Para um menino adolescente de 15 anos, que apresenta um gasto energético total diário de aproximadamente 2.000 kcal, a opção mais calórica do McLanche Feliz representaria aproximadamente a terça parte do seu gasto. Desse modo, a refeição feita no McDonald's com periodicidade moderada (exemplo, três ou quatro vezes por mês) não contribuiria para o desenvolvimento de obesidade numa criança ou adolescente. Na opção menos calórica, apresentada pelo McDonald's na publicidade do McLanche Feliz (ou seja, salada, maçã, cenouras, nuggets, água de coco, McFruit ou todos os sabores de Del Valle), uma criança praticante habitual de esportes estaria enquadrada no contexto de um hábito saudável de vida.

Uma criança que se alimente no McDonald's três a quatro vezes por mês optando pelo McLanche Feliz ingeriria nessas refeições um total de 2.070 a 2.760 kcal, dentro de um consumo mensal de calorias de 42.000 a 60.000. Não é razoável admitir que um possível quadro de obesidade na criança ou no adolescente seja causado por essas refeições.

Uma criança que tem uma alimentação balanceada, com uma vida ativa, que se alimenta uma vez por semana no McDonald's se enquadra em um ambiente que não favorece o desenvolvimento da obesidade. Lembro que uma refeição mais calórica pode estar inserida no contexto de uma alimentação saudável, desde que haja um equilíbrio com o passar do tempo. Em contrapartida, não é plausível afirmar que não fazer refeições no McDonald's torna o conjunto da alimentação de uma criança mais profícuo. Uma criança que nunca tenha se alimentado no McDonald's, mas que possui alimentação desequilibrada e hábitos de vida sedentários, não está protegida do ganho de peso e da obesidade pelo simples fato de não frequentar os restaurantes da rede. Muitas crianças que não se alimentam no McDonald's possuem hábitos de vida inadequados, com desequilíbrio alimentar e sedentarismo levando a obesidade. Mais tarde, com minha experiência pessoal avaliando crianças obesas de todas as classes socioeconômicas (menos favorecidas, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina, da USP e mais abastadas, em clínica privada), não observo uma frequência expressiva de refeições realizadas no McDonald's.





157  
a

As taxas de obesidade estão aumentando na maioria dos países em todo o mundo, independentemente da presença dos estabelecimentos do McDonald's ou do número de lojas. Não é possível estabelecer um paralelismo entre o aumento do número de estabelecimentos do McDonald's e o aumento da obesidade. Temos involuntariamente criado um ambiente que desencoraja a atividade física, seja pela ausência de áreas de lazer, seja pela violência urbana, que confina as crianças em pequenos apartamentos e não lhes permite brincar ao ar livre. A obesidade é reconhecida como um problema de saúde pública, necessitando para sua prevenção ações em comportamentos individuais e no meio ambiente, envolvendo políticas que incentivem a atividade física e levem informação ao consumidor sobre uma alimentação saudável.

A causa da obesidade é multifatorial. As razões para o aumento são complexas e envolvem fatores biológicos, comportamentais e ambientais, como por exemplo, uso do automóvel, redução de gasto calórico com automação de indústrias, número de aparelhos de televisão por domicílio, jogos eletrônicos, além de mudanças seculares em padrões alimentares. Há uma relação direta entre tempo assistindo televisão e ganho de peso, particularmente em crianças. Estudos epidemiológicos documentaram uma correlação positiva entre nível reduzido de atividade física e obesidade em crianças, demonstrando uma redução do grau de condicionamento físico num intervalo de 20 anos.

Outros fatores têm sido apontados como causa de sobrepeso e obesidade, como restrição do crescimento fetal intra-útero, carência de alimento na infância precoce, influência do peso materno, participação de poluentes, papel da flora bacteriana intestinal e até mesmo o ambiente termoneuro causado pelo uso de ar-condicionado, susceptibilidade à obesidade causada por variações genéticas, potencializados pelo desenvolvimento urbano, modernização e alteração de hábitos alimentares e de atividade física.

De qualquer maneira, uma alimentação rica em calorias, indubitavelmente, tem um papel muito importante como causa de obesidade. Em particular, as gorduras (lipídios) compõem a principal fonte energética. A oxidação das mesmas é essencial na produção de energia, sendo que 58% da energia consumida pelo músculo cardíaco provém da oxidação lipídica. O coração é um grande consumidor de ácidos graxos

1553  
15-7  
a

(procedura) e consome cerca de 10% dos ácidos graxos circulantes. Os lipídios desenvolvem um papel fundamental na nutrição da criança, agindo como componente estrutural das membranas, como fonte de ácidos graxos essenciais para o desenvolvimento de órgãos, como fonte de energia eficaz para um período de vida caracterizado por crescimento e desenvolvimento intensos. Além disso, os lipídios são transportadores de vitaminas lipossolúveis (vitaminas A, D, E e K).

É evidente que a ingestão energética excessiva entre crianças e adolescentes é perniciosa, seja ela sob a forma de proteínas, carboidratos ou lipídios. Dessa forma, é admissível que o consumo frequente de refeições com excesso de calorias, sejam elas consumidas no McDonald's, em outros estabelecimentos, ou mesmo em casa, possa levar a ganho de peso e obesidade. Porém, a restrição calórica excessiva em crianças pode ser deletéria, sendo que alguns autores documentaram atraso no crescimento e na puberdade e redução de vitaminas lipossolúveis em crianças submetidas a dietas com baixo teor de gorduras estabelecidas como propostas para evitar a obesidade.

Geralmente não se faz necessário estimar a quantidade de gordura que uma criança consome diariamente pelo pediatra, mas sim observar os hábitos alimentares familiares, a presença de obesidade e de outras doenças crônicas não transmissíveis na família e seu estilo de vida. Por outro lado, o uso de exercícios físicos no tratamento de uma criança obesa é extremamente benéfico, uma vez que reverte ou minimiza a queda da taxa de metabolismo ocasionada pela restrição de calorias.

Considerando que o hábito alimentar num indivíduo obeso é resultante de fatores genéticos (que condicionam as preferências alimentares sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo, além de promoverem uma facilitação do acúmulo do excesso de calorias ingerido) e ambientais (hábitos da família, condição socioeconômica, estado emocional), sua modificação é um processo complexo. Vale ressaltar que, para alguns indivíduos obesos, o alimento passa a ter outros significados, vivendo um conflito entre a recompensa prazerosa da ingestão do alimento gostoso e a sensação de fraqueza, culpa e depressão que se segue ao consumo de uma comida considerada proibida. Sendo assim, minha experiência na condução de pacientes obesos ratifica que não existem alimentos "permitidos" e "proibidos" e em determinadas situações pode ser mais eficaz para o controle em longo prazo da ingestão comer um bombom do que comer uma fruta.

1554  
A

Como vemos, a complexidade que envolve a gênese e o tratamento do sobrepeso e da obesidade impede que se distinga um único vilão, sendo certo que, além de múltiplas serem as causas desse problema, para cada caso individual a gênese da doença tem uma etiologia diferente.

Resumindo, uma nutrição saudável deve ser equilibrada ao longo do tempo, mas pode contemplar o consumo ocasional de alimentos mais calóricos (como em festas e refeições especiais) que podem fazer parte de uma rotina alimentar normal, equilibrando prazer e necessidade (inclusive a psicológica). Para auxiliar nesse equilíbrio, o McDonald's disponibiliza tabelas nutricionais claras dos seus alimentos, que apresentam uma variedade de produtos, incluindo aqueles com baixo teor de gordura e açúcar, como as saladas, as maçãs, as cenouras, o iogurte com frutas, a salada de frutas, os nuggets, o sanduiche de frango grelhado, a água de coco e todos os sabores de Del Valle, vários destes opções de conteúdo do McLanche Feliz. O consumo três ou quatro vezes por mês do McLanche Feliz, mesmo na sua opção mais calórica, não contribuiria mais para o desenvolvimento de obesidade numa criança ou adolescente do que o consumo de outros alimentos não considerados *fast food*. Segundo minha experiência, crianças obesas de várias classes sociais não costumam ser frequentadores habituais do McDonald's. A obesidade e o seu aumento depende de múltiplos fatores, que envolvem mudanças seculares no ambiente e componentes genéticos, não sendo possível nem razoável eleger um unico culpado.

Concluindo, diante dos fatos que me foram apresentados e da minha experiência no estudo e no tratamento de crianças e adultos obesos, iniciada pelo menos 12 anos antes da inauguração do primeiro estabelecimento do McDonald's no Brasil, não há nenhum dado objetivo que sugira ou comprove que a atividade desenvolvida pelo McDonald's estaria de qualquer forma relacionada a um aumento da obesidade nas crianças e adolescentes brasileiros.

S. ORLW 11/12/09

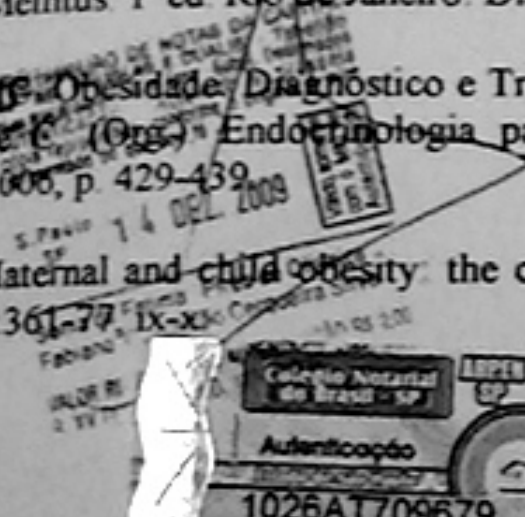
Alfredo Halpern

Professor Titular Docente da USP  
do Hospital das Clínicas da USP  
Chefe do Grupo de Obesidade e Síndrome Metabólica



Referências consultadas

- Andreasen CH, Andersen G. Gene-environment interactions and obesity—further aspects of genomewide association studies. *Nutrition*. 2009;25(10):998-1003.
- Boulton TJC, Magarey AM. Effects of differences in dietary fat on growth, energy and nutrient intake from infancy to eight years of age. *Acta Paediatr Scand*. 1995;84:146-50.
- Halpern A. Pontos para a garotada. São Paulo: Editora Abril, 2001.
- Halpern A, Beyruti M, Vidigal APM. Dieta dos Pontos. 3ª ed. São Paulo: Editora Abril, 2006.
- Halpern A. Pontos Para o Gordo. Rio de Janeiro: Record Serviços de Imprensa, 2003.
- Halpern A. A epidemia do século 21. *Health Services Management* 2006;1:11-14.
- Harsha DW. The benefits of physical activity in childhood. *Am J Med Sci* 1995;310(Suppl 1):S109-13.
- Hill JO, Peters JC, Catenacci VA, Wyatt HR. International strategies to address obesity. *Obes Rev* 2008;9 Suppl 1:41-7.
- James WP. The fundamental drivers of the obesity epidemic. *Obes Rev* 2008;9 Suppl 1:6-13.
- Joss-Moore LA, Lane RH. The developmental origins of adult disease. *Curr Opin Pediatr* 2009;21(2):230-4.
- Krebs JR. The gourmet ape: evolution and human food preferences. *Am J Clin Nutr* 2009;90(3):707S-711S.
- Mancini MC & Halpern A. Aspectos fisiológicos do balanço energético. *Arq Bras Endocrinol Metab* 2002;46(3):230-248.
- Mancini MC & Halpern A. Planejamento e atendimento em obesidade. In: Waitzberg DL (Org). *Nutrição Oral, Enteral e Parenteral na Prática Clínica*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2009, v. 1, p. 1231-1236.
- Mancini MC. Obesidade: da Etiologia ao Diagnóstico. In: Lyra R, Cavalcanti N. (Org). *Diabetes Mellitus*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Diagraphic Editora, 2006, p. 139-144.
- Mancini MC. Obesidade: Diagnóstico e Tratamento. In: Monte O, Longui CA, Calliari LE, Koche C. (Org). *Endocrinologia para o Pediatra*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2006, p. 429-439.
- Oken E. Maternal and child obesity: the causal link. *Obstet Gynecol Clin North Am*. 2009;36(2):361-77.



1556  
↑

Parente EB, Guazzelli ICM, Ribeiro MM, Silva AG, Halpern A, Villares SMF. Obese children lipid profile: effects of hypocaloric diet and aerobic physical exercise. Arq Bras Endocrinol Metab 2006;50:499-504.

Paglirese MT, Lifshitz F, Grad G. Fear of obesity, a cause of short stature and delayed puberty. N Engl J Med. 1983;309:513-8.

Tsai F, Coyle WJ. The microbiome and obesity: is obesity linked to our gut flora? Curr Gastroenterol Rep. 2009;11(4):307-13.

Vincolo MR. Nutrição: da gestação à adolescência. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2003.

Vobecky JS, Vobecky J, Marquis L. The relation between low fat intake and vitamin status in a free living cohort of preschoolers. Ann NY Acad Sci. 1992;662:374-9.

Q2-2009  
14 DEZ 2009  
Pais  
14 DEZ 2009  
Cidade de São Paulo  
Rua da Consolação, 1000 - Consolação, São Paulo - SP, 05303-900

Autenticado  
14 DEZ 2009

Autenticado  
1025AT709678

1025AT709678  
Pires de Oliveira  
Cidade de São Paulo  
Rua da Consolação, 1000 - Consolação, São Paulo - SP, 05303-900



social nos arts. 220 a 224.

Destaque-se deles o que concerne à indagação.

Está no art. 220:

§ 3º - Compete à lei federal:

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

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias está sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

34.2. Está patente no texto acima a exigência de lei para regular a matéria. Não é preciso mais uma vez insistir no peso da lei no Estado democrático de Direito. Na falta de lei, inexiste proibição legítima.

No caso presente, tal lei não existe. Ademais, qualquer providência que se tomasse neste processo a esse respeito, como pretende a inicial, importaria numa desigualização entre iguais, entre os sujeitos à proibição e os não sujeitos à proibição, exatamente como decorre da situação objeto do quesito anterior. Haveria assim não somente uma violação do princípio de igualdade, mas também uma violação ao princípio da liberdade de concorrência.

último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido, conforme dispõe o artigo 241, inciso III do Código de Processo Civil. Além disso, nos termos do artigo 191 do mesmo diploma legal, tendo os Réus procuradores diferentes, o prazo para contestar é contado em dobro.

2. Dessa forma, tendo em vista que o último mandado citatório foi juntado aos autos no dia 12.11.2009 (fl. 1251), o prazo final para apresentar a contestação, utilizando-se o prazo em dobro, seria o dia 12.12.2009, sábado. Assim, prorrogando-se o prazo para o primeiro útil subsequente, o prazo para a apresentação desta contestação seria o dia 14.12.2009.

3. No entanto, de acordo com o artigo 1º da Portaria 1.486/09 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, não houve expediente forense na Justiça Federal no dia 14.12.2009, razão pela qual os prazos processuais que terminariam nessa data foram prorrogados para 15.12.2009, nos termos do artigo 2º da aludida Portaria (doc. 1).

4. Assim, resta demonstrada a tempestividade dessa contestação.

## II. A PETIÇÃO INICIAL

5. Trata-se de ação civil pública proposta pelo MPF contra o McDonald's, o Bob's e o Burger King visando a condenação dessas empresas a se absterem de comercializar brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos comerciais.

6. No entendimento do MPF, a comercialização de brinquedos nos estabelecimentos comerciais dos Réus caracterizaria um mecanismo de *marketing* voltado para o público infantil para a promoção de alimentos supostamente não saudáveis, o que hipoteticamente contribuiria para a obesidade infantil no País.

7. Em 3.7.2009 esse Juízo proferiu a r. decisão de fls. 1.232 a 1.237, por meio da qual indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela sob o acertado entendimento de que:

"É certo, como bem afirmou o Ministério Público Federal, que a Constituição Federal garante à criança o direito à alimentação, atribuindo ao Estado, à sociedade e à família o dever de **salvaguarda** dos direitos da criança e do adolescente. Contudo, a proibição de comercialização de brinquedos e objetos de apelo infantil por parte das sociedades empresárias incluídas no pólo passivo da presente Ação Civil Pública implicaria a absorção, por parte do Estado, de toda a responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, nada restando ao exclusivo âmbito de incumbência da família. Vale dizer, entremostra-se hipertrófica a ingerência estatal, ao menos nesta fase de apreciação perfunctória, de forma a suprimir as atribuições própria do grupo familiar, dos pais e responsáveis, na avaliação da adequação da dieta das crianças e dos adolescentes.

É constante, não só pelas Réis, mas por todas as sociedades empresárias que buscam atingir o público infantil e sua publicidade, a oferta de brindes e brinquedos para estimular o consumo de seus produtos.

A contenção publicitária dirigida ao público infantil deve decorrer da **regulação de todo o setor publicitário** e não bastaria, à primeira vista, uma decisão judicial que impedisse determinadas sociedades empresárias de ofertar brindes para estimular o consumo dos produtos que comercializa. A disseminada prática comercial remanesceria para uma infinidade de lanchonetes, restaurantes, fabricantes de doces e guloseimas que se destinam ao consumo precípuo de crianças e adolescentes.

A **publicidade** direcionada à criança deve ter como limitação a consideração de que o destinatário das práticas comerciais não é dotado de crítica e **discernimento** suficientes para a aferição e avaliação do conteúdo das mensagens publicitárias e, principalmente, dos produtos e mercadorias que lhes são oferecidos. Mas as limitações devem atingir todo o segmento publicitário, para o fim colimado nesta Ação Civil Pública, do deferimento da liminar impedindo a prática comercial por três redes de lanchonetes.

Ausente, assim, ao menos por ora, a plausibilidade do direito invocado pelo Ministério Público Federal, o pedido de liminar deve ser indeferido."

8. Conforme restará demonstrado a seguir, o MPF não foi capaz de indicar qualquer dispositivo legal que amparasse sua absurda pretensão.

9. Pelo contrário. O que se verifica é que o provimento judicial perseguido pelo MPF implica evidente violação aos direitos fundamentais dos Réus, especialmente dos direitos à livre iniciativa, livre concorrência e isonomia.

10. No caso do McDonald's, especificamente, verifica-se, ainda, a absoluta ausência de interesse de agir do MPF. Fato é que o ajuizamento desta ação viola o teor expresso de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o McDonald's ainda em 2.3.2006, no qual o MPF não apenas reconheceu expressamente o direito de o McDonald's comercializar brinquedos em seus restaurantes, mas também obrigou que o McDonald's o fizesse.

### III. A VERDADE DOS FATOS

11. O McDonald's é uma das maiores e mais conhecidas empresa de serviço rápido de alimentação do mundo. No Brasil, a rede é operada desde 2007 pela Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., máster franqueada da marca.

12. O McDonald's é uma empresa preocupada com o ambiente social brasileiro e desenvolve diversos programas visando o desenvolvimento econômico, social e ambiental do Brasil. Entre os diversos programas sociais desenvolvidos e mantidos pelo McDonald's estão o McDia Feliz, os programas desenvolvidos pelo Instituto Ronald McDonald e vários outros.

13. Como é de conhecimento público, os alimentos comercializados pela rede McDonald's são da linha denominada *fast-food* e podem ser resumidos em sanduíches, acompanhamentos, saladas, bebidas, sobremesas, frutas e itens de cafeteria. Todos os produtos comercializados pelo McDonald's são reconhecidos internacionalmente pelo característico padrão de qualidade da marca.

14. Um dos produtos oferecidos pela rede McDonald's é o McLanche Feliz, destinado prioritariamente ao público infantil. O McLanche Feliz é um produto vendido pelo McDonald's em todo o mundo e que foi lançado no Brasil em 1987. Trata-se de um produto que visa a ampliar a experiência da criança nos restaurantes do McDonald's, sendo certo que sua composição pode ser inteiramente determinada pelo consumidor, dentre as inúmeras combinações disponíveis.

15. Desde sua apresentação ao público consumidor, o McLanche Feliz é um



produto diferenciado, sendo servido em uma caixa de papelão, especialmente desenhada e montada, que ilustra o tema da respectiva semana ou mês, normalmente incluindo jogos e informações de caráter educativo também relacionados àquele tema.

16. Essencialmente, o produto é composto de um produto principal, um acompanhamento, uma bebida, uma caixa diferenciada e um brinquedo.

17. O produto principal pode variar entre um hambúrguer, um *cheeseburger*, ou mesmo uma embalagem com quatro *nuggets* de frango. O acompanhamento pode ser uma batata frita pequena, sem gordura trans, ou uma "Cenourita do Ronald", que consiste essencialmente em um pacote de cenouras cruas cortadas no mesmo formato da batata frita, justamente para despertar o interesse do público infantil. Já no que se refere à bebida, o consumidor pode optar entre um McFruit pequeno, um refrigerante pequeno, "Achocolatado do Ronald" – uma bebida láctea rica em cálcio –, água de coco, água mineral ou refresco Del Valle.

18. Por fim, o brinquedo dependerá do tema do respectivo período, atendendo às rígidas normas de segurança do Sistema McDonald's e sendo submetido ao Instituto Falcão Bauer e INMETRO, só sendo liberado para comercialização após a devida aprovação por estes institutos.

19. Embora o McDonald's concorde com muitos dos princípios e preocupações citadas nessa ação civil pública, fato é que não há nenhum motivo para que seja interrompida a comercialização do McLanche Feliz.

**(i) Do Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 2.3.2006**

20. Em 14.7.2005, o MPF instaurou o procedimento investigatório nº 134.001.003115/2005-25, visando apurar a suposta prática de venda casada pelo McDonald's (doc. 2).

21. Nesse contexto, em atenção a uma proposta feita pelo próprio MPF, o McDonald's concordou em firmar um Termo de Ajustamento de Conduta que prevê expressamente, em sua cláusula 2, que o McDonald's deverá vender



brinquedos em seus restaurantes (doc. 3):

"2. Muito embora acredite que o McLanche Feliz é um produto único, o que justifica a comercialização do brinquedo ou surpresa em conjunto com a caixa temática, a refeição, a bebida e o acompanhamento, o McDonald's se compromete a também oferecer o brinquedo ou surpresa separadamente."

22. Nesse mesmo Termo de Ajustamento de Conduta, consta expressamente que o MPF se absteria de ajuizar ação civil pública contra o McDonald's em razão da venda de brinquedos e do McLanche Feliz em seus restaurantes:

"7. O Ministério Público Federal, em contrapartida, se compromete a não ajuizar ação civil pública contra o McDonald's ou a adotar qualquer outra medida judicial que questione a prática até então adotada, exclusivamente no que se refere à venda do produto McLanche Feliz em conjunto com um brinquedo ou surpresa." (doc. 3)

23. Demonstrando a sua boa-fé, o McDonald's cumpriu integralmente as obrigações contidas no referido Termo de Ajustamento de Conduta, o que foi até mesmo reconhecido pelo MPF, ainda em 15.12.2006:

"Da documentação juntada aos autos pelo McDonald's resta suficientemente demonstrado o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, que estabelecia a apresentação do material publicitário e a declaração de seu representante de que a empresa vem cumprindo o termo como meios de sua comprovação. Observa-se ainda estar em destaque no referido material a informação de que o brinquedo ou surpresa pode ser vendido separadamente, advertência que consta dos cartazes veiculados que seguem anexos à esta representação.

**Não há razão para a continuidade do procedimento; de boa-fé a empresa, que demonstrou o atendimento ao TAC firmado.** Além disso, os órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor foram informados da celebração do ajuste, o que assegura sua fiscalização permanente.

Diante do exposto, não existindo justificativa para o prosseguimento do procedimento administrativo, promovo seu arquivamento e determino sua remessa à 3ª CCR para homologação, se o caso." (doc. 4 - sem ênfase no original)

24. Ainda em reconhecimento do pleno atendimento do Termo de Ajustamento

de Conduta, pelo McDonald's, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF homologou o arquivamento do procedimento administrativo, em 7.2.2007:

"11. Analisando as provas reunidas, verifica-se que as irregularidades foram sanadas no curso do procedimento, através da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, com abrangência nacional, e cujo cumprimento foi posteriormente comprovado pela representada, mediante juntada de nota fiscal demonstrando compra avulsa dos brinquedos, e de material publicitário informando ao consumidor a possibilidade de aquisição dos brindes em separado.

12. Por conseguinte, não merece reparos a promoção de arquivamento proferida pelo Ilustre Procurador da República Doutros Luiz Fernando Gaspar Costa, devendo ser homologada." (doc. 5 - sem ênfase no original)

25. Isto é, ainda em 2006 o MPF investigou a prática do McDonald's de vender brinquedos em seus restaurantes, tendo sido firmado um Termo de Ajustamento de Conduta por meio do qual o McDonald's se comprometeu a continuar comercializando esses brinquedos. Conforme reconhecido pelo próprio MPF, em duas oportunidades, o McDonald's cumpriu integralmente com essa obrigação.

26. De sua parte, o MPF se comprometeu apenas a não ajuizar ação civil pública contra o McDonald's em razão da venda de brinquedos e do McLanche Feliz. Como se percebe, no entanto, o MPF não foi capaz de cumprir a sua parte no Termo de Ajustamento de Conduta.

(ii) Do procedimento investigatório nº 1.34.001.003881/2008-32

27. Na mesma linha do procedimento instaurado contra o McDonald's, e que culminou na celebração do Termo de Ajustamento de Conduta acima descrito (doc. 3), o MPF Federal instaurou novo inquérito civil contra o Burger King e o Bob's, a fim de averiguar a suposta prática de venda casada associada à comercialização de brinquedos.

28. Como se extrai a partir do procedimento de fls. 75 a 80, tendo em vista que a questão ali tratada já estava superada com relação ao McDonald's, somente figuraram como interessados na investigação o Burger King e o Bob's.

29. Após a apresentação de defesa pelos interessados, foi determinada pelo MPF a expedição de diversos ofícios a uma série de órgãos públicos para que se manifestassem quanto ao mérito da investigação.

30. Nas respostas enviadas, de caráter absolutamente heterogêneo, alguns órgãos entenderam pela relevância da investigação conduzida, enquanto outros, como o **Conselho Regional de Nutricionistas da 3ª Região**, entenderam que a questão da obesidade não pode ser tratada de forma simplista, como se estivesse vinculada a um único fator, como o consumo dos alimentos comercializados pelo McDonald's, por exemplo (fl. 865).

31. Não obstante, o MPF decidiu "recomendar" ao Burger King e ao Bob's que interrompessem a venda de brinquedos em seus respectivos estabelecimentos comerciais, renunciando, assim, ao seu direito constitucionalmente garantido à livre iniciativa (fls. 1.078 a 1.089).

32. O MPF decidiu, ainda, estender tal "Recomendação" ao McDonald's, empresa que nem mesmo foi ouvida no referido procedimento administrativo, e cujas práticas comerciais em nada se confundem com as que motivaram a elaboração de tal "Recomendação".

33. Surpreso com tal "Recomendação", o McDonald's prontamente apresentou manifestação ao MPF (fls. 1.132 a 1.149), destacando que a venda de brinquedos em seus estabelecimentos comerciais já havia sido investigada e aprovada pelo próprio MPF, conforme consta do Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 23.2006 (doc. 3).

34. Naquela manifestação, o McDonald's requereu, ao final, a designação de uma audiência a fim de que pudesse compreender as razões pelas quais o mesmo órgão que, em 23.2006 obrigou o McDonald's a vender os brinquedos em seus restaurantes, agora, três anos depois, pretendia proibir o McDonald's de fazê-lo.

35. Mesmo ciente do interesse e da disposição do McDonald's em discutir o tema objeto da investigação, o MPF optou por requisitar uma audiência com a coordenadora do Grupo de Obesidade Infantil do Instituto da Criança do Hospital

das Clínicas, sem informar o McDonald's quanto a tal fato ou mesmo lhe conceder a oportunidade de participar de tal audiência (fls. 1.219 a 1.221).

36. Ainda surpreso com a heterodoxa conduta do MPF, que nem mesmo observou os princípios do contraditório e da publicidade dos atos administrativos, o McDonald's apresentou nova petição requerendo que fosse informado de futuras oitivas e audiências (fls. 1.225 a 1.227).

37. Além disso, em 5.6.2009 o McDonald's apresentou petição nos autos do inquérito civil reiterando uma vez mais seu pedido de designação de audiência (fl. 1.229), a fim de que pudesse compreender exatamente quais as razões pelas quais o MPF estava se comportando contrariamente a tudo aquilo que afirmou e assumiu no Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 2.3.2006 (doc. 3).

38. Mesmo assim, ignorando completamente as reiteradas tentativas do McDonald's de chegar a uma solução amigável para o caso, o MPF ajuizou essa absurda e temerária demanda, em evidente demonstração de descaso com o compromisso expressamente assumido em 2.3.2006, exatamente no sentido de que não ajuizaria esta demanda (doc. 3).

#### IV. PRELIMINARMENTE

##### (i) Ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal

39. Conforme acima descrito, antes do ajuizamento dessa demanda o MPF firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com o McDonald's no qual se comprometeu expressamente a não propor essa demanda:

"7. O Ministério Público Federal, em contrapartida, se compromete a não ajuizar ação civil pública contra o McDonald's ou a adotar qualquer outra medida judicial que questione a prática até então adotada, exclusivamente no que se refere à venda do produto **McLanche Feliz** em conjunto com um brinquedo ou surpresa." (doc. 3)

40. Nesse ponto, cumpre destacar que o Termo de Ajustamento de Conduta representa uma verdadeira transação, como reconhece o Procurador de Justiça **Daniel Roberto Fink**:

"[O Termo de Ajustamento de Conduta] se constitui em verdadeira transação,



aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos. (...) **Avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos (...) a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada.** ("Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)", in Ação civil pública - lei 7.347/1985 - 15 anos, (coord. Édís Milaré), 2ª ed., São Paulo: RT, 2002, pp. 119 e 120 - sem ênfase no original)

41. No caso, tendo o MPF celebrado o Termo de Ajustamento de Conduta e assumido expressamente a obrigação de não ajuizar ação civil pública contra o McDonald's que versasse sobre a venda do McLanche Feliz ou de brinquedos em seus restaurantes (doc. 3), é evidente que carece interesse de agir ao MPF para ajuizamento dessa demanda.
42. Tendo o McDonald's cumprido as obrigações por ele assumidas no respectivo Termo de Ajustamento de Conduta, nada justifica que o MPF simplesmente ignore as disposições desse Termo e se comporte de forma diametralmente oposta àquela que se comprometeu.
43. Nesse sentido, confira-se o entendimento de **Ada Pellegrini Grinover**, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em parecer elaborado analisando especificamente os fatos discutidos nessa demanda:

"Dada a natureza jurídica do ato em questão, conforme já examinado, se de um lado é certo que o descumprimento das obrigações assumidas não leva à extinção do compromisso, cujas disposições de cunho substancial, portanto, continuam em vigor, de outro lado e por simetria, é rigorosamente certo e lógico que o **cumprimento das obrigações deve levar ao reconhecimento do término da controvérsia, o que é válido para todos os partícipes do ato, incluindo-se aí, evidentemente, também a Administração.**

Assim, a condição - evento futuro e incerto - consistente na violação do quanto se pactuou não é dirigida à produção de efeitos extintivos de obrigações assumidas, mas à liberação e retomada da persecução. Diante de eventual descumprimento, as obrigações e deveres assumidos continuam - ainda com mais vigor - a ser exigíveis. Mais uma vez, a senso contrário, **o reconhecimento, pela Administração, de que as obrigações foram cumpridas deve sim operar o efeito extintivo, concretizando-se a estabilidade e a imunização do quanto se decidiu.**" (doc. 6 - sem ênfase no original)



44 Assim como enunciado por **Daniel Roberto Fink**, em trecho transcrito acima, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta opera os mesmos efeitos que a coisa julgada, razão pela qual é evidente a falta de interesse de agir do MPF para ajuizamento dessa absurda demanda.

45 Esse também é o entendimento da Procuradora da República **Geisa de Assis Rodrigues** e do Promotor de Justiça **Sergio Shimura**:

*"Partindo da teoria das condições da ação, podemos afirmar que, em nosso juízo, ajustada a conduta às exigências legais não há interesse jurídico em se promover a ação civil pública em relação aos fatos objeto do compromisso. Na concepção carnellutiana o conceito de interesse é sempre relativo à utilidade que um bem possa ter para satisfazer uma dada necessidade. O interesse processual, categoria autônoma do interesse material, é justamente a utilidade que a prestação jurisdicional possa ter para a satisfação de um direito. É, portanto, um interesse instrumental. No caso em tela, não haverá utilidade e necessidade de se movimentar a máquina jurisdicional, porque o ajuste já concedeu, pelo menos, tudo que poderia ser obtido em juízo." ("Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta- Teoria e Prática", Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 224 - sem ênfase no original)*

*"O Termo de Ajustamento de Conduta impede o aforamento de ação coletiva, se houver identidade de objetos. Em verdade, a razão do ajustamento é exatamente obviar os percalços inerentes à demanda judicial, aumentando ainda mais o volume dos processos, razão por que a lei lhe confere força executiva. Assim, carceraria de interesse processual o ente legitimado que postulasse o mesmo direito, já reconhecido no Termo de Compromisso." ("Tutela Coletiva e sua efetividade", São Paulo: Método, 2006, p. 135 - sem ênfase no original)*

46. A confirmar esse entendimento, atente-se para a lição de **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rodrigo Klippel**:

*"Para o Ministério Público e outros órgãos públicos, que compõem os quadros da Administração Pública, possuindo funções especiais descritas pela Constituição Federal ou pelas Constituições Estaduais, surge o que se chama de coisa julgada administrativa, ao fim do iter procedimental que culmina com a assinatura do Termo de Ajustamento de Condutas (e eventualmente com a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, caso o MP seja condutor do acordo), proferindo-se, para a esfera da Administração Pública, solução definitiva, do que é prova o fato de o acordo ter a força de título executivo extrajudicial, que pode ser efetivado por qualquer dos*

entes que o formalizaram, ante a alegação de inadimplemento da parte contrária. (...) **se é certo que somente ao órgão público tomador do compromisso estaria vedado ajuizar demanda de conhecimento (...) por patente assinada de interesse processual**, dada a caracterização do compromisso firmado como título executivo extrajudicial, uma vez que o mesmo seja homologado judicialmente, assumindo as vestes de título executivo judicial, resta impossível que qualquer dos legitimados à ação civil pública volte a discutir os temas já normatizados no compromisso de ajustamento de conduta constituído, cujas normas concretas ali inseridas transitaram em julgado, tornando-se inimpugnáveis e oponíveis erga omnes." ("A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental", in O Novo Processo Civil Coletivo (coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220 - sem ênfase no original)

47. Como não poderia deixar de ser, o Poder Judiciário é uníssono em reconhecer a falta de interesse de agir no ajuizamento de ação pelo Ministério Público, quando o ente já tiver firmado Termo de Ajustamento de Conduta com o fornecedor em razão dos mesmos fatos tratados na demanda:

"BEM MÓVEL/SEMOVENTE - Ação Civil Pública - SISTEMA DE RENOVAÇÃO DE ASSINATURA DE REVISTAS - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO E A EMPRESA-RÉ - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DO MP PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM MESMO OBJETO. **O Ministério Público não tem interesse processual para ajuizar Ação Civil Pública, que tem por objeto a abstenção da prática de sistema de renovação automática de assinatura de revista oferecido pela empresa-ré, em razão da existência de termo de ajustamento de conduta formalizado pelo próprio Ministério Público ajustando o referido sistema. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, DE OFÍCIO.**" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 1091014000, Relator Carlos Alberto Giarusso, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 20.4.2007 - sem ênfase no original)

48. Não por outro motivo, a Professora **Ada Pellegrini Grinover** reconheceu, no parecer elaborado especificamente para o caso tratado nesses autos, a ausência de interesse de agir do MPF na propositura dessa demanda:

"Foi então que o Ministério Público, simplesmente desconsiderando o que antes fizera, ajuizou demanda na qual buscou o reconhecimento da ilicitude da prática comercial adotada pela Consulente - e pelas demais corréis - consistente na venda de brinquedos e de surpresas em promoções

de lanches voltados ao público infantil; exatamente o que fora objeto do precedente termo de ajustamento de conduta, devidamente observado e cumprido pela Consulente.

Ora, conforme exposto à sociedade, o termo de ajustamento de conduta tem natureza de típica transação. Seus termos vinculam as partes e, mais do que isso, sua celebração - observado o respectivo objeto - é forma de superação da controvérsia - observado o respectivo objeto - é forma de superação da controvérsia, equiparável à solução estatal imutável. Portanto, aquilo que fora antes avençado e cumprido não poderia, como de fato não pode, ser desconsiderado pelo Ministério Público, sob pena de, a um só tempo, violarem-se as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como os princípios - de igual envergadura - da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima, examinados à sociedade; sem falar na negativa de vigência às regras legais que disciplinam o ajustamento de conduta.

No caso sob exame, o Ministério Público não foi capaz de indicar uma só imperfeição formal que pudesse, em tese e para argumentar, invalidar o pacto licitamente celebrado. Tampouco se cogitou de fatos ou fundamentos supervenientes, que pudessem alterar o estado de coisas vigente quando da celebração do acordo. E nem mesmo o argumento de que as práticas adotadas violariam a legislação de proteção à criança, de tutela ao consumidor, de prevenção de doenças e de vigilância sanitária no Brasil pode ser aceita. Ainda que isso tudo seja relevante, é inegável - e seria irresponsável supor algo diverso - que tais aspectos já foram considerados quando da celebração do tantas vezes mencionado termo de ajustamento de conduta. Portanto, na linha das reiteradas lições doutrinárias colacionadas, todas essas questões ficaram superadas - legitimamente, diga-se - pela celebração do pacto, que produz autêntica eficácia preclusiva a impedir sua rediscussão."

49. Fato é que o MPF já analisou as práticas comerciais do McDonald's, especificamente no que se refere à venda do McLanche Feliz e de brinquedos nos restaurantes.

50. Ao fazê-lo, certamente analisou todos os aspectos relevantes associados a essas práticas, aí incluídas as questões relacionadas à tutela das crianças e da saúde dos consumidores.

51. Tendo optado por firmar Termo de Ajustamento de Conduta se comprometendo a não ajuizar ação para discutir tais práticas, é evidente que não tem interesse de agir na propositura dessa demanda.

52. A se permitir atitudes como a do MPF nesse caso, de desrespeitar de forma frontal o compromisso livremente assumido, retirar-se-ia toda a importância das valiosas ferramentas para defesa de direitos trans-individuais que são a ação civil pública e o Termo de Ajustamento de Conduta.

53. Como é evidente, ao se permitir tal desrespeito, estar-se-ia retirando toda a credibilidade de tais institutos, fazendo com que nenhum indivíduo ou empresa aceitasse celebrar Termo de Ajustamento de Conduta, na medida em que seria permitido ao órgão tomador do Termo simplesmente ignorar suas disposições, em atitude de evidente má-fé e incoerência.

54. Diante do exposto, o McDonald's entende ter demonstrado a ausência de interesse de agir do MPF para ajuizamento dessa demanda.

55. Como consequência lógica, o McDonald's requer, respeitosamente, seja reconhecida a falta de interesse de agir do MPF para ajuizamento dessa demanda com relação ao McDonald's, motivo pelo qual a ação deverá ser extinta sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

#### (ii) **Litisconsórcio passivo necessário**

56. Conforme acima exposto, o MPF ajuizou essa demanda sob o fundamento de que a venda de brinquedos associada à venda de alimentos supostamente menos saudáveis contribuiria com a obesidade infantil, devendo, portanto, ser proibida.

57. Como se depreende da simples leitura da petição inicial, percebe-se que o MPF não foi capaz de indicar sequer um dispositivo legal que fundamentasse sua absurda pretensão.

58. De fato, não existe qualquer norma no ordenamento jurídico brasileiro que impeça que restaurantes comercializem brinquedos, ou mesmo que produtos de apelo ao público infantil sejam associados à venda de alimentos.



59. Nesse sentido, o que o MPF pretende é que esse Juízo profira uma decisão judicial que substitua a atividade legislativa, isto é, que a sentença a ser proferida nesses autos preencha uma suposta lacuna no ordenamento jurídico, restringindo direitos dos Réus sem amparo legal.

60. Esse fato foi, inclusive, reconhecido na r. decisão de fls. 1.232 a 1.237, que acertadamente indeferiu a antecipação de tutela pleiteada pelo MPF:

*"É constante, não só pelas Rés, mas por todas as sociedades empresárias que buscam atingir o público infantil e sua publicidade, a oferta de brindes e brinquedos para estimular o consumo de seus produtos.*

*A contenção publicitária dirigida ao público infantil deve decorrer da regulação de todo o setor publicitário e não bastaria, à primeira vista, uma decisão judicial que impedisse determinadas sociedades empresárias de ofertar brindes para estimular o consumo dos produtos que comercializa. A disseminada prática comercial remanesceria para uma infinidade de lanchonetes, restaurantes, fabricantes de doces e guloseimas que se destinam ao consumo precípua de crianças e adolescentes.*

*A publicidade direcionada à criança deve ter como limitação a consideração de que o destinatário das práticas comerciais não é dotado de crítica e discernimento suficientes para a aferição e avaliação do conteúdo das mensagens publicitárias e, principalmente, dos produtos e mercadorias que lhes são oferecidos. Mas as limitações devem atingir todo o segmento publicitário, para o fim colimado nesta Ação Civil Pública, do deferimento da liminar impedindo a prática comercial por três redes de lanchonetes." (sem ênfase no original)*

61. Ainda que fosse possível, por meio de uma ação coletiva, substituir o papel do Poder Legislativo e inovar no ordenamento jurídico, restringindo direitos sem amparo legal, como pretende o MPF, é evidente que, nesse caso, a ação jamais poderia ter sido ajuizada apenas contra os Réus.

62. Se o MPF pretende que a sentença a ser proferida inove o ordenamento jurídico, limitando o direito à livre iniciativa dos Réus, é evidente que essa ação deveria ter sido ajuizada contra **todos os fornecedores do mercado que comercializam brinquedos associados a alimentos**, e não apenas contra os Réus.

63. Dentre as condições da ação – ao lado do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido – destaca-se a legitimidade das partes (*legitimatío ad causam*).

64. A partir da lição de Giuseppe Chiovenda, percebe-se que, ao aferir a existência de legitimidade *ad causam*, o Juízo não se limita a perquirir se o Autor da demanda tem legitimidade para pleitear determinado direito em Juízo, mas também se a pessoa contra a qual foi dirigida a ação é capaz de satisfazer o interesse pleiteado:

“Para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer. Ou seja, que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa que é contrária a vontade da lei (legitimação passiva).” (Instituições de direito processual civil”, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1965, n. 39, p. 178 – sem ênfase no original)

65. No caso, é evidente que a ação deveria ter sido ajuizada contra todos os fornecedores que adotam práticas semelhantes às dos Réus, em litisconsórcio passivo necessário unitário. Como é natural, não havendo limitação legal à prática adotada pelos Réus, e questionada nessa demanda, nada justificaria que apenas os Réus fossem alijados do direito à livre iniciativa, de vender produtos lícitos em seus estabelecimentos comerciais, em detrimento de todos os demais fornecedores do mercado.

66. Trata-se de mera aplicação do princípio da isonomia, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, atente-se para a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“(…) o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de **desequiparações fortuitas ou injustificadas**. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, **existindo igualdade**, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações **arbitrárias**.” (“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 18 – sem ênfase no

original)

67. Caso esta ação pudesse ser processada e julgada apenas contra os Réus, estar-se-ia diante de uma circunstância na qual apenas três fornecedores do mercado teriam seu direito à livre iniciativa tolhido, enquanto todos os demais fornecedores poderiam continuar se valendo desse direito, sem qualquer restrição.

68. Alexandre de Moraes também destaca que o princípio da isonomia impede que o Estado restrinja a aplicação da lei a apenas parte dos administrados, sem razão que o justifique:

"O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio poder executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações. (...) O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias." ("Direito Constitucional", 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 65- sem ênfase no original)

69. Se, existindo lei restritiva de direitos, não é dado ao Estado escolher que esta se aplique a apenas parte dos administrados, ainda com mais razão não se pode admitir que um provimento judicial que inovaria no ordenamento jurídico pudesse atingir apenas parte dos administrados, e não todos aqueles que adotam condutas semelhantes.

70. Confira-se, ainda, os ensinamentos de José Afonso da Silva, que se aplicam com perfeição ao caso dos autos:

"São inconstitucionais as discriminações não autorizadas. A inconstitucionalidade resolve-se estendendo-se as vantagens e benefícios legítimos aos discriminados que o solicitarem, ou declarando a inconstitucionalidade do ato discriminatório que tenha imposto obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos, discriminando-as em face de outros na mesma situação, que, assim, permaneceram em condições

mais favoráveis." ("Manual da Constituição de 1988", São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29 - sem ênfase no original)

71. No caso, não havendo qualquer lei que impeça ou limite a venda de brinquedos associada à venda de alimentos, retirar tal direito apenas dos Réus afrontaria claramente o princípio da isonomia.

72. De fato, o MPF nem mesmo indica qual seria a situação especial dos Réus que os tornaria diferentes de qualquer outro fornecedor do mercado. Qual seria o fator de discriminação que permitiria afirmar que um direito conferido a todos os fornecedores não poderia ser exercido pelos Réus.

73. Cite-se, nesse ponto, a doutrina de **Odete Medauar**, ao tratar do princípio da impessoalidade, que nada mais é do que um desdobramento da isonomia:

"Em situações que dizem respeito a interesses coletivos, ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para evitar decisões movidas por preconceitos e radicalismos ideológicos ou pela busca de benesses de tipos diversos." ("A Processualidade no Direito Administrativo", São Paulo: RT, 1993, pp. 89 e 90)

74. Não há qualquer peculiaridade que justifique que os Réus sejam tratados de forma diferente de todos os demais fornecedores do mercado. Isto é, se a todos é conferido o direito de comercializar produtos lícitos, como brinquedos e alimentos, não há razão para que tal direito não seja concedido aos Réus.

75. Ainda, caso se entenda que o Poder Judiciário pode inovar o ordenamento jurídico de forma originária, criando normas jurídicas genéricas e abstratas, como pretende o MPF, é evidente que tal entendimento deverá ser aplicado a todo o mercado de consumo, e não apenas aos Réus.

76. E isso sem mencionar que tal estado de coisas certamente violaria o princípio da **livre concorrência**, um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. Confirmam-se as palavras de **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** e do **Ministro Eros Roberto Grau**, respectivamente:



"A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros." ("Comentários à Constituição de 1988", São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4 - sem ênfase no original)

"De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder." ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica", 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 232 - sem ênfase no original)

77. Parece claro que, alijando-se os Réus do direito de comercializarem brinquedos em seus restaurantes, estes não poderão concorrer em igualdade de condições com os demais agentes de mercado.

78. Atente-se para a lição de **Fábio Konder Comparato** quanto à vedação de tratamento desigual, pelo Estado (seja o Estado Juiz ou o Ministério Público), dos administrados:

"Da mesma forma que a lei deve ser igual para todos - e a lei, em regime democrático, é, essencialmente, a norma geral emanada do povo, ou de seus representantes legítimos, e dirigida ao povo -, assim também o serviço público ou política administrativa não podem tratar de forma parcial e discriminatória os administrados, clientes ou consumidores." ("Contrato de Associação - Descumprimento do Princípio Constitucional da Impessoalidade da Administração Pública", in Revista Trimestral de Direito Público nº 19, 1997, p. 106 - sem ênfase no original)

79. Também o E. Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar quanto ao tema, tendo reconhecido que o princípio constitucional da isonomia, essencial ao Estado Democrático de Direito, não permite a criação de diferenças artificiais entre os administrados:

"O princípio isonômico revela a impossibilidade de **desequiparações fortuitas ou injustificadas**" (Agravo de Instrumento nº 207.130-1-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, pub. DJU 3-4-1998)

80. Dessa forma, ainda que se entenda possível a inovação do ordenamento jurídico por meio de ação civil pública, como pretende o MPF, é evidente que tal inovação deveria afetar todos os fornecedores do mercado, e não apenas os Réus, sob pena de restarem flagrantemente violados os princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência.

81. Muito embora não se discuta que o MPF tem legitimidade para propor ações em defesa de direito trans-individuais, é evidente que não pode, ao fazê-lo, optar por atingir apenas alguns dos agentes do mercado, em benefício direto e imediato dos demais. Nessa hipótese, aqueles fornecedores que, não se sabe por qual motivo, deixaram de figurar no pólo passivo da demanda, certamente seriam beneficiados de forma injusta e imoral, continuando a gozar de um direito que seria apenas suprimido com relação aos Réus.

82. Esse também é o entendimento da Professora **Ada Pellegrini Grinover**, em parecer analisando o caso tratado nesses autos:

"Embora tenha o Ministério Público - tanto quanto os demais co-legitimados nesse âmbito - liberdade para ir a juízo, não é lícito - não apenas sob a ótica estritamente processual (da legitimação *ad causam* e do litisconsórcio necessário) - que pretenda cindir o que é incindível, dirigindo pleitos a pessoas 'eleitas' e em desconsideração a outros que ostentam idêntica situação e que, não apanhados pelas medidas propostas pelo Judiciário, acabam, por vias oblíquas, desfrutando de ilegal, injusta e imoral posição de vantagem." (doc. 6 - sem ênfase no original)

83. Por tudo isso, é evidente que, ainda que se entenda juridicamente possível o pedido formulado nesta demanda, o MPF deveria tê-la ajuizado contra todos os fornecedores de alimentos do mercado, e não apenas contra os Réus.

84. Ao deixar de fazê-lo, o MPF fez com que os Réus fossem parte absolutamente ilegítima para figurar (sozinhos) no pólo passivo desta demanda, com o que a ação deverá ser extinta, sem julgamento do mérito, em razão da evidente ausência das condições da ação.

85. Atente-se, uma vez mais, para o parecer proferido pela Professora **Ada Pellegrini Grinover** com relação ao caso dos autos:

"Nestes casos, devem figurar no processo **todos os que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou de uma só obrigação**, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida não pelo direito processual, **mas pelo direito material em debate**, que determina os titulares e os possíveis afetados pela sentença. É a estrutura interna da relação jurídica - um estado jurídico único - formada pela ligação entre várias pessoas, que torna, senão impossível, ao menos ilegítima a formação de um processo em que apenas uma ou algumas delas esteja presente." (doc. 6 - sem ênfase no original)

86. E, mais à frente, na conclusão do aludido parecer:

"Então, unindo as considerações feitas neste tópico e as constantes do precedente, o que se tem é o seguinte: **admitir-se a demanda em face de um dos agentes econômicos que atuam em certo segmento e não dos demais (embora todos sujeitos a uma só - monolítica e unitária - disciplina legal) é desconsiderar a unidade estabelecida no plano substancial e, assim, violar - ainda que por vias reflexas - os princípios da isonomia e da livre concorrência.**

Pior do que isso, **sob o prisma jurídico e também ético, o exercício assim incompleto da ação civil pública fatalmente leva à quebra da impessoalidade** que há de presidir a atuação estatal, dando azo à cogitação de que a medida poderia ser direcionada de forma propositadamente limitada, quiçá até mesmo com propósitos ideológicos, por que admitir que a demanda teria seja endereçada a apenas um - dentre vários - dos agentes econômicos que atuam em um dado segmento regulado?

Dai se conclui que **o autor da ação civil pública, em casos marcados pela unitariedade no plano material, não pode simplesmente escolher algumas empresas que adotam esta ou aquela prática comercial - o que vale especialmente quando legitimado é o Ministério Público, a quem precisamente incumbe fiscalizar a aplicação da lei. Admitir que essa opção seja feita sem critério racional ou jurídico é violar os princípios já mencionados.**" (doc. 6 - sem ênfase no original)

87. Por todo o exposto, caso seja superada a preliminar de falta de interesse de agir do MPF com relação ao McDonald's, o que se admite apenas para argumentar, essa ação também deverá ser extinta sem julgamento de mérito, haja vista a patente ilegitimidade passiva dos Réus para figurarem (sozinhos) no pólo passivo dessa demanda, bem como a impossibilidade operacional de ser formado o efetivo litisconsórcio passivo necessário para o julgamento dessa ação.

(iii) **A impossibilidade jurídica do pedido**

88. Conforme já destacado, a pretensão deduzida nesta demanda viola os princípios da isonomia e da livre iniciativa, na medida em que implica ilegítima limitação ao direito dos Réus de exercerem sua atividade econômica, sem qualquer amparo legal.

89. Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que carece de possibilidade jurídica do pedido a demanda na qual se pleiteia algo em confronto com literal disposição de lei:

*"Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou **ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa.**" (RT nº 652/183 - sem ênfase no original)*

90. No caso, a pretensão do MPF implica evidente inovação no ordenamento jurídico brasileiro. O que o MPF pretende não é que esse Juízo aplique a lei ao caso concreto, mas sim que emita um provimento que substitua o papel do Poder Legislativo, que crie normas jurídicas genéricas e abstratas, até o momento não existentes no ordenamento jurídico.

91. O fato de que inexistente norma no ordenamento brasileiro que limite a possibilidade de venda de brinquedos associada a alimentos foi até mesmo reconhecido pelos órgãos competentes nos autos do inquérito civil instaurado pelo MPF previamente ao ajuizamento dessa demanda. Nesse sentido, foi juntada aos autos daquele procedimento cópia da Resolução do Conselho Nacional de Saúde ("CNS") nº 408, de 11.12.2008 (fls. 1.075 a 1.078).

92. Conforme consta da referida Resolução, o CNS aprovou uma série de diretrizes para promoção de uma alimentação saudável, dentre elas a regulamentação da publicidade e práticas de marketing associadas a alimentos direcionados ao público infantil.

93. Ou seja, a Resolução CNS nº 408/2008 apenas confirma que não há, atualmente, qualquer norma em vigor que limite e muito menos que impeça a



divulgação e venda de brinquedos em restaurantes.

94. Destaque-se, ainda, que na diretriz 6 o CNS reconhece a importância de informar aos consumidores o teor nutricional dos alimentos, o que **já é feito em todos os restaurantes do McDonald's**.

95. Também o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça reconheceu (fls. 1.204 e 1.205) a necessidade de regulamentação da publicidade de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional.

96. Como será demonstrado a seguir, a publicidade divulgada pelo McDonald's não tem caráter apelativo ou abusivo, está focada em destacar elementos positivos relacionados a um estilo de vida saudável, tais como a importância da prática de esportes e de se ter uma alimentação balanceada e saudável.

97. Além disso, desde dezembro de 2007, as publicidades veiculadas pelo McDonald's relacionadas aos brinquedos apresentam a mesma combinação de alimentos, isto é, a caixa com quatro *nuggets* de frango, o pacote de cenouras e o McFruit, alimentos que não se enquadram dentre aqueles cuja publicidade o DPDC recomenda seja regulamentada.

98. Por outro lado, é importante destacar que o DPDC também reconhece, assim como o CNS, que inexistente norma jurídica em vigor no país que proíba a publicidade ou venda de brinquedos em restaurantes.

99. Por isso tudo, resta claro que a pretensão deduzida nessa demanda não encontra amparo legal. Não há norma jurídica que autorize o pedido formulado nessa ação, ainda que os fatos narrados pelo MPF fossem verdadeiros, o que, como se verá, não é o caso.

100. Aqui, cumpre destacar o entendimento do Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** ao analisar o caso tratado nessa demanda:

**\*31.1. A pretensão de que seja proibida a venda de brinquedos no**

mesmo estabelecimento em que se fornecem alimentos não é fundada em lei alguma. Assim, tal proibição importaria em violação do princípio de legalidade, conseqüentemente em ofensa ao Estado democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil, segundo está no art. 1º, caput, da Constituição brasileira em vigor.

31.2. Se lei houvesse que o proscresse seria ela inconstitucional, por violar princípios fundamentais que são inerentes ao Estado de Direito." (doc. 7 - sem ênfase no original)

101. É evidente que, se a demanda não se funda em qualquer dispositivo de lei, isto é, pretende que o provimento judicial inove o ordenamento jurídico, substituindo o papel do Poder Legislativo, está-se diante de evidente hipótese de impossibilidade jurídica do pedido.

102. Atente-se uma vez mais para o parecer do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que bem delimita o objeto do pedido deduzido nessa demanda:

"Tal pedido mostra que o Ministério Público pretende do Judiciário um provimento de natureza administrativa, portanto de competência do Executivo, sem arrimo em lei - que não invoca - portanto, desprezando o princípio de legalidade que manifesta o Poder Legislativo." (doc. 7 - sem ênfase no original)

103. Cite-se, ainda, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, quanto à impossibilidade de se pleitear, por meio de ação civil pública, providência equivalente à atividade legislativa:

"OBJETO CRIADOR DE DIREITO MATERIAL - A ação civil pública, por outro lado, não é também instrumento idôneo para criação de normas de direito material. Aliás, não poderia sê-lo, porque ao juiz, a quem é dirigida, só cabe aplicar o que já existe a título de 'ius positium'. Assim, o autor da ação só pode pedir providências concretas à luz do direito material que, previamente, já ampara os interesses individuais atingidos pela conduta do réu. As providências acaso deferidas pelo juiz vão refletir, agora sim, resultado da aplicação da lei, e não de sua criação.

Não pode ser ilimitado o objeto. Não pode o autor pretender que o Judiciário crie disciplina sobre o direito material. Este deve preexistir à ação, e esta há de limitar-se a estabelecer as cominações ao réu em conformidade

com os preceitos já fixados pelo direito material." ("Ação civil pública", Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001, pp. 84 e 85 - sem ênfase no original)

104. Em seu parecer, o Professor **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** evidencia que, ainda que fosse possível pretender a edição de atos normativos por meio de ação judicial, a ação civil pública não seria o meio adequado para fazê-lo, assim como esse Juízo não teria competência para prover a pretensão do MPF:

"20. O terreno da omissão constitucional é, pois, um *campus clausus*. A imposição dos mandamentos constitucionais quando exija normação geral e impessoal - lei material - não pode ser editada senão pelo Poder Legislativo, para tanto 'chamado' pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão. Igualmente, tal se dá se a omissão for de providências administrativas exigidas pela Constituição, a fim de que se colimem seus fins. Disto não destoa a disciplina do mandado de injunção que atende a exigências particulares, mas que não escapa das mãos, ou do Supremo Tribunal Federal, ou, mais raramente, do Superior Tribunal de Justiça. Nunca, portanto, de outros órgãos do Judiciário." (doc. 7 - sem ênfase no original)

105. O pedido formulado nessa ação viola a tripartição de poderes e pretende um provimento judicial que jamais poderia ser deferido, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito:

"Ao órgão judicial é dado aplicar a lei que desdobra a Constituição (ou não aplicá-la se a considerar violadora da Lei Magna), não lhe é dado substituir-se aos outros Poderes no plano geral de execução da mesma. Sua tarefa é, ontem como hoje, aplicar a lei contenciosamente a casos particulares, *inter partes*. A ele escapa o poder de direcionar a atuação de órgãos públicos, de empresas privadas, de indivíduos, pois isto é a tarefa da lei.

Assim, não pode ele, a pretexto de fazer cumprir a Constituição, formular, arbitrariamente, exigências, proibições ou comandos que não se arrimem na lei." (doc. 7 - sem ênfase no original)

106. Resta claro, portanto, que o pedido formulado nessa demanda é juridicamente impossível, o que, como é notório, conduz à inépcia da petição inicial, nos termos do artigo 295, I, e 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil:

"Art. 295. A petição inicial será indeferida:  
I - quando for inepta.

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

III - O pedido for juridicamente impossível."

107. Vale dizer, trata-se de vício insanável, que não autoriza emenda. Nesse sentido é o entendimento de **Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery**:

"(...) Verificado o juízo que o pedido é juridicamente impossível, deve indeferir a petição inicial por inepta. Esse indeferimento pode ocorrer de plano, pois não pode ser sanado o vício por emenda da petição inicial." ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 680)

108. Não tendo a petição inicial sido indeferida de plano, o McDonald's requer, respeitosamente, que o processo seja extinto sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

## V. DO MÉRITO

109. O McDonald's concorda com a preocupação externada pelo MPF no sentido de garantir a máxima proteção da criança e do adolescente, especialmente contra os malefícios relacionados à obesidade infantil.

110. No entanto, fato é que as premissas adotadas pelo MPF para ajuizamento dessa ação não se aplicam ao McDonald's e à sua atuação comercial, razão pela qual, ainda que se pudesse superar as preliminares argüidas, essa ação deverá ser julgada improcedente.

111. Conforme restará demonstrado a seguir, (i) o McDonald's vende separadamente os brinquedos que podem acompanhar o "McLanche Feliz", com o que é evidente que a venda de brinquedos pelo McDonald's não contribui em nada para a obesidade infantil; (ii) a publicidade veiculada pelo McDonald's não



tem caráter apelativo ou abusivo, está focada em destacar elementos positivos relacionados a um estilo de vida saudável, tais como a importância da prática de esportes e de se ter uma alimentação balanceada e saudável; (iii) não existem dados objetivos que associem o consumo dos produtos comercializados pelo McDonald's a um suposto aumento na obesidade infantil no Brasil, especialmente considerando que, no caso dos clientes do McDonald's, das 1.095 refeições médias realizadas em um ano, apenas cerca de 26 (aproximadamente 2,4%) são realizadas no McDonald's; (iv) o McDonald's comercializa uma série de produtos que não se enquadram na definição de alimentos com altos teores de "calorias, sódio ou gordura saturada"; e (v) o McDonald's é um dos poucos restaurantes que informa os consumidores quanto à composição nutricional dos alimentos que comercializa.

**(i) Do problema da obesidade infantil**

112. Como se extrai da petição inicial, o MPF tenta fazer crer que essa demanda teria sido ajuizada como forma de tentar reduzir a obesidade infantil.

113. Esse é um tema que interessa e preocupa o McDonald's, tendo, inclusive, sido uma das razões que levou a empresa a diversificar de forma substancial seu cardápio, oferecendo uma série de opções com mais ou menos calorias a seus consumidores.

114. Ainda assim, não se tem conhecimento de qualquer pesquisa oficial, séria e idônea que tenha sido realizada entre consumidores brasileiros nos últimos anos e que revele que a questão da obesidade infantil se tornou um problema de saúde pública no país relacionado aos alimentos comercializados pelo McDonald's.

115. Nesse sentido, a petição inicial não foi instruída com sequer um estudo ou parecer técnico que amparasse a absurda tese de que o McDonald's seria o causador da obesidade infantil.

116. É de se notar que a pesquisa citada na petição inicial, que trata do crescimento da obesidade infantil no País, se baseou em dados de 1997,

comparando-os com dados supostamente colhidos em 1975.

117. Mesmo que o McDonald's não concorde com a idoneidade dessa pesquisa, é importante destacar que dados de 12 anos atrás não devem se prestar a ditar políticas públicas ou justificar a limitação de direitos constitucionais.

118. Como é evidente, a sociedade da década de '70 em nada se confunde com a sociedade da década de '90, havendo inúmeros fatores que contribuíram para o aumento da obesidade infantil entre esses períodos.

119. Exemplificativamente, no que se refere especificamente ao Brasil, as evoluções tecnológicas modificaram os hábitos do brasileiro, sendo certo que não apenas crianças, mas também adultos, realizam muitos menos exercícios físicos hoje em dia do que faziam há 40 anos.

120. Ademais, atualmente, o principal meio de transporte utilizado por crianças e adultos é o carro. Até mesmo em razão das grandes distâncias e da pressa que caracteriza a vida contemporânea, pouquíssimas pessoas caminham para se deslocar nas cidades.

121. Da mesma forma, a escalada da violência e a verticalização das casas nas grandes cidades modificaram os hábitos das crianças, que não mais são autorizadas por seus pais a brincar nas ruas e parques, passando a maior parte de seu tempo dentro de casa.

122. Os hábitos e brincadeiras infantis também se modificaram, sendo a prática de esportes e brincadeiras que envolviam a prática de atividades físicas substituída pela televisão, pelo computador, pelos jogos eletrônicos e até mesmo de tabuleiro.

123. Por tudo isso, é evidente que as modificações da sociedade contribuíram para um aumento dos índices de obesidade, sem que isso envolva, de qualquer forma, a atuação do McDonald's ou as práticas comerciais adotadas pela empresa.

124. Nesse ponto, cumpre destacar o entendimento do Dr. Alfredo Halpern, Professor Livre Docente da Universidade de São Paulo, **Chefe do Grupo de Obesidade e Síndrome Metabólica do Hospital das Clínicas de São Paulo:**

"As taxas de obesidade estão aumentando na maioria dos países em todo o mundo, independentemente da presença dos estabelecimentos do McDonald's ou do número de lojas. Não é possível estabelecer um paralelismo entre o aumento do número de estabelecimentos do McDonald's e o aumento da obesidade. Temos involuntariamente criado um ambiente que desencoraja a atividade física, seja pela ausência de áreas de lazer, seja pela violência urbana, que confina as crianças em pequenos apartamentos e não lhes permite brincar ao ar livre. A obesidade é reconhecida como um problema de saúde pública, necessitando para sua prevenção ações em comportamentos individuais e no meio ambiente, envolvendo políticas que incentivem a atividade física e levem informação ao consumidor sobre uma alimentação saudável.

A causa da obesidade é multifatorial. As razões para o aumento são complexas e envolvem fatores biológicos, comportamentais e ambientais, como por exemplo, uso do automóvel, redução de gasto calórico com automação de indústrias, número de aparelhos de televisão por domicílio, jogos eletrônicos, além de mudanças seculares em padrões alimentares. Há uma relação direta entre tempo assistindo televisão e ganho de peso, particularmente em crianças. Estudos epidemiológicos documentaram uma correlação positiva entre nível reduzido de atividade física e obesidade em crianças, demonstrando uma redução do grau de condicionamento físico num intervalo de 20 anos.

Outros fatores têm sido apontados como causa de sobrepeso e obesidade, como restrição do crescimento fetal intra-útero, carência de alimento na infância precoce, influência do peso materno, participação de poluentes, papel da flora bacteriana intestinal e até mesmo o ambiente termoneutro causado pelo uso de ar-condicionado, susceptibilidade à obesidade causada por variações genéticas, potencializados pelo desenvolvimento urbano, modernização e alteração de hábitos alimentares e de atividade física." (doc. 8 - sem ênfase no original)

125. Na petição inicial, muito embora o MPF reconheça que a obesidade é uma doença multifatorial, defende que o consumo de alimentos no McDonald's seria uma das possíveis causas do problema, o que, em sua distorcida ótica, justificaria a violação ao direito do McDonald's à livre iniciativa, como forma de proteção à

criança.

126. Pois bem. Fosse esse argumento válido, o MPF também deveria ajuizar demandas contra os fornecedores de automóveis, aparelhos de televisão, jogos eletrônicos e aparelhos de ar-condicionado, já que todos esses produtos têm contribuído para o aumento da obesidade infantil.

127. Ainda que assim não fosse, fato é que os dados relacionados à obesidade infantil que embasaram o ajuizamento dessa demanda remontam ao ano de 1997, muito antes, portanto, da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta entre o McDonald's e o MPF (doc. 3).

128. Ora, se não há qualquer dado que indique uma mudança na questão da obesidade infantil entre a assinatura daquele compromisso e o ajuizamento dessa demanda, não se compreende o que motivaria a súbita e radical mudança de entendimento do MPF.

129. Se não houve qualquer modificação no quadro que se apresentava em março de 2006, quando o MPF exigiu que o McDonald's vendesse também separadamente os brinquedos em seus restaurantes, não parece razoável que o MPF mude de entendimento a cada nova representação, dependendo das partes e interesses envolvidos.

130. Caso cada membro do MPF se manifeste de forma diferente quanto a um mesmo tema jurídico, corre-se o risco de causar extrema insegurança jurídica e prejuízo aos particulares.

131. Nesse ponto, é conveniente destacar que o artigo 27, § 1º da Constituição Federal prevê, dentre os princípios institucionais do Ministério Público, ao lado da independência funcional, a unicidade e a indivisibilidade.

132. Em respeito ao princípio maior da unicidade, não é plausível que uma mesma questão jurídica seja tida por lícita e ilícita pelo mesmo órgão do MPF, ficando o entendimento do órgão ministerial condicionado a convicções pessoais de cada um de seus membros.



133. Trata-se de situação no mínimo curiosa, que está em flagrante dissonância com os próprios princípios constitucionais e institucionais do Ministério Público. Neste ponto importante citar comentários do **Ministro Teori Albino Zavascki**:

“II. Atuação do Ministério Público: Repartição de Atribuições

1. O Ministério é instituição permanente de caráter nacional, essencial à função jurisdicional do Estado, subordinando-se aos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF art. 127). Afirmar-se que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou Arruda Alvim, **que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo**. Por ser assim, é evidente que atuação do Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário – que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência –, se dá em forma organizada e hierarquizada.

Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Não se poderia imaginar, com efeito, pudessem todos e cada qual dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aproovessem.” (RF 333/124 – sem ênfase no original)

134. O que se nota é que essa demanda foi ajuizada sem qualquer fundamento fático ou jurídico. Assim como o MPF não foi capaz de indicar o dispositivo legal que autorizaria sua pretensão, também não pôde indicar quais as provas de que a atividade desenvolvida pelo McDonald's contribuiria para o aumento da obesidade infantil no Brasil.

(ii) **Da força da publicidade veiculada pelo McDonald's**

135. Seguindo em sua tortuosa linha de argumentação, o MPF sustenta que a publicidade veiculada pelo McDonald's seria capaz de modificar os hábitos de consumo dos consumidores e transferir a escolha de uma alimentação saudável por uma alimentação não saudável.

136. A este respeito, o McDonald's destaca que, sendo o brinquedo vendido separadamente, a sua comercialização não afeta em nada a opção de consumo dos seus clientes, sejam crianças ou adultos.

137. Especialmente porque **o McDonald's informa aos consumidores, em todas as peças publicitárias do McLanche Feliz, que os brinquedos podem ser adquiridos separadamente**, mediante a aposição da seguinte mensagem:

"As surpresas ou brinquedos podem ser vendidos separadamente do McLanche Feliz nos restaurantes participantes." (doc. 9)

138. Podendo o brinquedo ser adquirido isoladamente, os consumidores podem tanto optar por não se alimentar no McDonald's, quanto decidir por adquirir um dos inúmeros alimentos existentes no cardápio.

139. Ainda que se entenda que a publicidade do McDonald's teria a força de modificar a conduta e as opções de consumo dos indivíduos, isso em nada justificaria a pretendida interrupção de vendas de brinquedos pelo McDonald's.

140. Isto porque, desde dezembro de 2007, as publicidades veiculadas pelo McDonald's relacionadas aos brinquedos apresentam a mesma combinação de alimentos, isto é, a caixa com quatro nuggets de frango, o pacote de cenouras e o McFruit (fls. 1.152 a 1.170).

141. Ou seja, caso se admita que o consumidor se comporte de modo a atender exatamente o que vem divulgado nas publicidades do McDonald's, deve-se entender que **toda criança que frequenta os restaurantes do McDonald's se alimenta de frango, cenoura e McFruit.**

142. Caso se admita tal afirmação, é evidente que os alimentos comercializados pelo McDonald's jamais poderiam contribuir para a obesidade de quem quer que seja, uma vez que todas as refeições feitas no restaurante consistiriam em frango, cenoura e McFruit, uma alimentação altamente saudável, conforme restará

demonstrado a seguir.

143. Ou seja, a premissa e a conclusão dessa ação são absolutamente incompatíveis. Ou a publicidade do McDonald's condiciona o comportamento dos consumidores a ponto de fazer com que todos façam uma refeição altamente saudável no McDonald's; ou a publicidade não tem esse poder de persuasão, não havendo motivos para que o McDonald's seja impedido de comercializar brinquedos, já que isso não determina os hábitos alimentares dos consumidores.

144. Como se não bastasse, as publicidades veiculadas pelo McDonald's estimulam a prática de exercícios físicos e hábitos relacionados a uma vida saudável (fls. 1.152 a 1.170). Nesse sentido, até mesmo os shows do personagem Ronald McDonald e do "Mundo Feliz do Ronald" (shows realizados nos restaurantes ou em locais pré-agendados, para entreter as crianças) apresentam constantemente como tema a importância de uma vida saudável.

145. Assim, caso a premissa adotada pelo MPF fosse verdadeira, todas as crianças que freqüentam o McDonald's praticariam atividades físicas, o que não apenas não causaria obesidade, mas também ajudaria a preveni-la.

146. Por essas razões, também não se sustenta a alegação do MPF no sentido de que o McDonald's proporia uma premiação ao consumo de gorduras. Se assim o fosse, a publicidade do McLanche Feliz não divulgaria a composição do McLanche Feliz apenas com produtos com baixos índices de gorduras e calorias, como ocorre na prática.

### (iii) Dos alimentos vendidos pelo McDonald's

147. Conforme consta da petição inicial, o MPF entende que a venda de brinquedos nos restaurantes do McDonald's representaria um método comercial agressivo por "fazer a criança adotar determinado hábito alimentar", transferindo a decisão alimentar em função da "aquisição associada de brinquedos".

148. Nesse ponto, cumpre destacar uma vez mais que o McDonald's

comercializa os brinquedos que acompanham o "McLanche Feliz" independentemente da aquisição de qualquer alimento pelo consumidor.

149. Assim é que qualquer consumidor que esteja interessado em adquirir os brinquedos vendidos no McDonald's poderá fazê-lo, sem que para isso tenha que adquirir qualquer alimento.

150. Em vista disso, também não se sustenta a alegação do MPF de que o McDonald's utilizaria o brinquedo comercializado em seus restaurantes como "isca" para atrair crianças e adolescentes a consumirem alimentos com maiores teores de gordura ou calorias.

151. A uma porque a publicidade do brinquedo apenas divulga alimentos com baixos teores de gorduras e calorias. A duas porque o McDonald's não condiciona a aquisição do brinquedo ao consumo de alimentos. A toda evidência, se os pais não quiserem que os filhos consumam alimentos nos restaurantes do McDonald's podem até mesmo adquirir os brinquedos sozinhos e presentear as crianças e adolescentes em casa, sem que estes tenham qualquer contato com o restaurante ou com os alimentos do McDonald's.

152. Ainda que o consumidor opte por se alimentar no McDonald's quando da aquisição do brinquedo, poderá escolher livremente entre toda a gama de diferentes alimentos oferecidos, que vão desde os tradicionais sanduíches, refrigerantes e batata frita (com zero de gordura trans), até produtos como (i) "Cenouritas do Ronald", (ii) maçã, (iii) água de coco, (iv) água mineral, (v) salada de frutas, (vi) quatro tipos de saladas, e (vii) iogurte com frutas vermelhas e cereais.

153. Trata-se de opções cuja composição nutricional apresenta baixos índices de calorias, gorduras e sódio e que, portanto, não se adéquam ao argumento do MPF de que a aquisição dos brinquedos estaria atrelada ao consumo de produtos com altos índices de calorias, gorduras e sódio.

154. Este fato, aliado à evidência de que o McDonald's comercializa os



brinquedos separadamente do "McLanche Feliz", leva à inafastável conclusão de que a venda dos brinquedos nos restaurantes do McDonald's não compele qualquer criança ou consumidor a uma alimentação baseada em produtos com altos níveis de calorias, gorduras e sódio.

155. Ainda que o consumidor opte por adquirir o "McLanche Feliz" a fim de obter o brinquedo, mesmo nessa opção é possível realizar um sem número de combinações que oferecem uma alimentação considerada saudável até mesmo pelos critérios adotados pelo MPF, à base de frango e cenouras, por exemplo.

156. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde - OMS informa que, para calcular a necessidade diária de calorias de uma criança basta partir de 1.000 kcal, acrescentando-se 100 kcal por dia para cada ano da criança, até completar 11 anos.

157. Dessa forma, segundo a OMS, enquanto uma criança de seis anos deve consumir 1.600 kcal por dia, por exemplo, uma criança de 10 anos deve consumir 2.000 kcal no mesmo período.

158. Já segundo a ANVISA, crianças em geral devem consumir 1.800 kcal por dia para terem uma alimentação saudável.

159. Além disso, as duas maiores refeições do dia, o almoço e o jantar, devem responder cada uma por, pelo menos, 30% das calorias de que uma criança necessita para se alimentar de forma saudável.

160. Assim é que, para ter uma alimentação saudável, uma criança deve consumir cerca de 600 calorias no almoço e no jantar, a fim de ter uma alimentação saudável.

161. Caso a criança opte por adquirir o "McLanche Feliz", existe uma série de combinações possíveis que são adequadas a essa necessidade de consumo de calorias, variando entre 18% e 33% da quantidade de calorias que uma criança

deve consumir diariamente:

Adequação nutricional	Energia <sup>1</sup> (kcal)
Cenoura+McNugget+McFruit Uva	32,9%
Cenoura+McNugget+McFruit Maracuja	18,7%
Cenoura+McNugget+McFruit Limão	18,4%
Cenoura+McNugget+McFruit Laranja	18,7%
Cenoura+Hamburguer+McFruit Laranja	24,3%

<sup>1</sup>Proporção entre as calorias da refeição e as calorias que uma criança deve consumir em um dia, segundo dados da ANVISA

162. Ou seja, não existe qualquer fundamento para o entendimento de que os alimentos que acompanham o "McLanche Feliz" seriam altamente calóricos ou que poderiam prejudicar a saúde das crianças.

163. Sendo o "McLanche Feliz" consumido no almoço ou no jantar, o produto não oferece mais do que o número de calorias que uma criança deve consumir em cada uma das refeições.

164. E não apenas quanto às calorias essas combinações do "McLanche Feliz" oferecem uma alimentação altamente saudável para as crianças. Atente-se para os valores de consumo diário de nutrientes indicados pela ANVISA para crianças:

Recomendação de proteína para a faixa etária de 4 a 6 anos = 19 g/dia
Recomendação de proteína para a faixa etária de 7 a 10 anos = 34 g/dia
Recomendação de ferro para a faixa etária de 4 a 6 anos = 6 g/dia
Recomendação de ferro para a faixa etária de 7 a 10 anos = 9 g/dia
Recomendação de cálcio para a faixa etária de 4 a 6 anos = 600 g/dia
Recomendação de cálcio para a faixa etária de 7 a 10 anos = 700 g/dia

165. Ainda, segundo os documentos que constam dos autos, a quantidade de consumo diário de sódio recomendado para crianças seria de 1.900 mg, de gordura saturada seria de 18 g e de gordura trans seria de consumo inferior a 2 g

(fls. 921 e 922).

166. Compare-se, agora, a recomendação da ANVISA e os dados que constam das fls. 921 e 922 dos autos, com os nutrientes existentes nas possíveis combinações de alimentos comercializados no "McLanche Feliz":

	Energia (kcal)	Prot. (g)	Cálcio (mg)	Ferro (mg)	G. Sat. (g)	G. Trans (g)	Sódio (mg)
Cenoura+McNugget+McFruit	592	25,16	151,2	5,5	6,9	0,5	1017,7
Uva							
Cenoura+McNugget+McFruit	336	12,46	75,7	1,3	2,8	0,2	477,9
Maracuja							
Cenoura+McNugget+McFruit	332	12,06	75,4	1,15	2,8	0,2	476,2
Limão							
Cenoura+McNugget+McFruit	337	12,86	80,6	1,3	2,8	0,2	473,6
Laranja							
Cenoura+Hamburguer+McFruit	437	14,86	100,6	4,53	4,1	0,3	559,6
Laranja							

167. Por tudo isso, resta claro que a premissa dessa demanda, no sentido de que os alimentos vendidos no McDonald's seriam altamente calóricos, é totalmente equivocada e inverídica.

168. Fato é que diversas combinações do cardápio do McDonald's estão longe de representar alimentos com altos níveis de calorias, podendo propiciar uma alimentação saudável e balanceada, para crianças e adultos.

169. Confira-se, uma vez mais, o parecer elaborado pelo **Professor Alfredo Halpern**:

"Muitos produtos comercializados no McDonald's não apresentam alto teor calórico, tampouco gordura e açúcar em excesso. São exemplos as saladas, as maçãs, as cenouras, o iogurte com frutas, a salada de frutas, os nuggets, o sanduíche de frango grelhado, a água de coco e todos os sabores de Del Valle.

A opção de compra de um McLanche Feliz pelo consumidor pode abranger uma variação calórica que vai de 212 kcal a 690 kcal. Dentro desta variação, é perfeitamente factível ter um dia balanceado do ponto de vista alimentar. Para uma criança de cinco anos não muito ativa, que apresenta um gasto energético total diário de aproximadamente 1.400 kcal, a opção mais calórica do McLanche

Feliz não atinge 50% do seu gasto energético. Da mesma forma, para uma criança de 12 anos, que tenha um gasto energético diário de 1.800 kcal, a opção mais calórica do McLanche Feliz não atinge 40% de seu gasto energético. Para um menino adolescente de 15 anos, que apresenta um gasto energético total diário de aproximadamente 2.000 kcal, a opção mais calórica do McLanche Feliz representaria aproximadamente a terça parte do seu gasto. Desse modo, a refeição feita no McDonald's com periodicidade moderada (exemplo, três ou quatro vezes por mês) não contribuiria para o desenvolvimento de obesidade numa criança ou adolescente. Na opção menos calórica, apresentada pelo McDonald's na publicidade do McLanche Feliz (ou seja, salada, maçã, cenouras, nuggets, água de coco, McFruit ou todos os sabores de Del Valle), uma criança praticante habitual de esportes estaria enquadrada no contexto de um hábito saudável de vida."

170. Igualmente despropositado o argumento de que a comercialização de brinquedos nos restaurantes do McDonald's induziria a "tensões potenciais no ambiente familiar ao transferir para os pais um papel negativo de recusa".

171. Em primeiro lugar, porque a publicidade do McDonald's não coloca os pais na posição de vilões ou induz a criança a acreditar que uma eventual recusa por parte de seus pais significaria que a criança é menos amada ou uma criança pior do que as outras.

172. Todas as peças publicitárias do McDonald's transmitem ambientes leves e descontraídos, baseiam-se em idéias de agregação familiar e diversidade cultural, não constituindo qualquer apelo ou impondo condutas às crianças.

173. Da mesma forma, as peças publicitárias do McDonald's não promovem comparações ou disputas entre crianças ou adolescentes, não induzem à associação entre o consumo de produtos no McDonald's e uma vida mais feliz ou completa. De fato, o MPF não indicou na petição inicial qualquer peça publicitária ou campanha do McDonald's que pudesse colocar os pais na posição de "vilões", como sugere nessa ação.

174. Até porque, a recusa é um fato perfeitamente natural e comum na vida de todo e qualquer indivíduo, sendo perfeitamente normal que os pais tenham que lidar com tal situação na educação de seus filhos.

175. Em toda e qualquer situação, seja ela relacionada à venda de produtos ou



não, os pais têm que impor limites à vontade dos filhos, sob pena de criar pessoas irascíveis e egocêntricas.

176. Tal atitude, ainda que possa não representar a circunstância ideal desejada pelos indivíduos, é natural e inerente à própria paternidade, não sendo diferente no que se refere aos brinquedos comercializados pelo McDonald's.

177. Nesse sentido, não há motivos para entender que a recusa de aquisição de um brinquedo vendido pelo McDonald's geraria um ambiente de tensão familiar maior do que aquele que se verifica em toda e qualquer circunstância na qual os pais devem refrear as vontades e desejos dos filhos.

#### **(iv) Da relação entre a venda de brinquedos e a obesidade infantil**

178. Como já descrito acima, não existe qualquer estudo oficial, sério e idôneo que tenha revelado dados objetivos que evidenciem a existência de nexos causal entre a venda de brinquedos pelo McDonald's e a obesidade infantil.

179. Com efeito, não se tem conhecimento de qualquer estudo que revele que o consumo de produtos no McDonald's aumentaria a obesidade infantil, especialmente considerando as diversas opções no cardápio de produtos considerados mais saudáveis.

180. Ainda porque, em pesquisas realizadas, verificou-se que, em 2008, a frequência média de consumidores nos restaurantes do McDonald's foi de 2,15 vezes ao mês. Em outras palavras, no caso dos clientes do McDonald's, das 90 refeições realizadas, em média, em um mês, apenas 2,4% dessas refeições foram realizadas nos restaurantes do McDonald's.

181. Isso significa dizer que, em média, os clientes do McDonald's freqüentam seus restaurantes apenas uma vez a cada duas semanas (ou 14 dias).

182. Como é evidente, não será o alimento consumido uma vez a cada 14 dias, ou uma vez a cada 42 refeições, que determinará se um indivíduo será obeso ou não.

183. Nesse ponto, cumpre chamar a atenção uma vez mais para o parecer elaborado pelo Professor Alfredo Halpern, no sentido de que, ainda que uma criança se alimentasse uma vez por semana no McDonald's, isso não contribuiria para um quadro de obesidade:

"Uma criança que se alimente no McDonald's três a quatro vezes por mês optando pelo McLanche Feliz ingeriria nessas refeições um total de 2.070 a 2.760 kcal, dentro de um consumo mensal de calorias de 42.000 a 60.000. Não é razoável admitir que um possível quadro de obesidade na criança ou no adolescente seja causado por essas refeições.

Uma criança que tem uma alimentação balanceada, com uma vida ativa, que se alimenta uma vez por semana no McDonald's se enquadra em um ambiente que não favorece o desenvolvimento da obesidade. Lembro que uma refeição mais calórica pode estar inserida no contexto de uma alimentação saudável, desde que haja um equilíbrio com o passar do tempo. Em contrapartida, não é plausível afirmar que não fazer refeições no McDonald's torna o conjunto da alimentação de uma criança mais profícuo. Uma criança que nunca tenha se alimentado no McDonald's, mas que possui alimentação desequilibrada e hábitos de vida sedentários, não está protegida do ganho de peso e da obesidade pelo simples fato de não frequentar os restaurantes da rede. Muitas crianças que não se alimentam no McDonald's possuem hábitos de vida inadequados, com desequilíbrio alimentar e sedentarismo levando a obesidade. Mais ainda, na minha experiência pessoal avaliando crianças obesas de todas as classes socioeconômicas (menos favorecidas, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP e mais abastadas, em clínica privada), não observo uma frequência expressiva de refeições realizadas no McDonald's." (doc. 8 - sem ênfase no original)

184. Ainda porque, é evidente que é possível ter uma dieta balanceada e saudável realizando refeições mais calóricas, esporadicamente:

"Refeições mais calóricas ocasionais fazem parte do cotidiano. Uma refeição hipercalórica pode estar inserida no contexto de uma alimentação saudável, desde que haja um equilíbrio com o passar do tempo. O princípio do sistema de pontos, que é utilizado por mim há quase 40 anos, é de que se pode comer qualquer alimento, desde que haja uma compensação." (doc. 8)

185. Assim, ainda que se presuma que as crianças apenas se alimentam com produtos calóricos no McDonald's, o que se admite apenas para argumentar, esse

fato jamais seria suficiente a justificar um eventual quadro de obesidade infantil.

186. Ainda, é falsa a premissa de que os consumidores se alimentariam menos no McDonald's caso este não efetuasse a venda de brinquedos em seus restaurantes.

187. Nesse sentido, os números indicam que o McDonald's comercializa muito mais refeições desacompanhadas do brinquedo do que em conjunto com esse produto. Além disso, é de se destacar que o "McLanche Feliz" apenas foi criado em 1987, sendo certo que muitas gerações de clientes já haviam se formado antes mesmo de sua criação.

188. Ainda que assim não fosse, fato é que, ainda que a venda de brinquedos fosse utilizada como técnica de *marketing* para incrementar a venda de alimentos, isso jamais caracterizaria uma prática abusiva.

189. Nesse ponto, cumpre destacar que, conquanto absurda e despropositada a demanda, o Poder Judiciário já se manifestou, em caso semelhante, quanto à legalidade de adoção de práticas comerciais que associam o fornecimento de alimentos à obtenção de brindes:

"No presente caso, tem-se uma prática de marketing utilizada pela ré para aumentar o consumo de seus produtos dentre o público infantil. Para tanto, utilizou-se de estratégia comumente vista no mercado brasileiro: a aquisição de determinados produtos, somada ao pagamento de uma certa quantia dá direito ao recebimento de um brinde exclusivo, durante o período pré-estabelecido.

Não vislumbro qualquer abusividade nos anúncios veiculados, uma vez que a participação na promoção é de cunho facultativo, tratando-se de mera tática utilizada pela ré para aumentar o público alvo de seus produtos.

---

Não obstante os produtos serem eminentemente dirigidos às crianças, a decisão a respeito de sua aquisição, ou não, cabe aos pais e responsáveis, esses sim dotados de discernimento para julgá-los necessários, adequados, tanto nutricional quando economicamente, para o consumo.

---

Frise-se, ainda, que a prática empregada pela empresa ré em sua campanha publicitária é bastante comum no mercado brasileiro, não

constituindo qualquer discrepância no campo do marketing. A recorrência de tal promoção gerou no público em geral uma mentalidade que compreende a lógica da estratégia, sem, para isso, criar um consumismo exarcebado e irracional, pois, já é parte de seu cotidiano a oferta de produtos desse modo, sendo-lhes possível calcular a exata medida entre a necessidade e adequação de tais itens frente ao brinde oferecido.

Apesar de todos os seus esforços, o Ministério Público não logrou êxito em enquadrar a prática da ré em qualquer ilícito ou atuação irregular, pois, de fato, não há norma proibitiva da realização de semelhantes campanhas publicitárias. Diante disso, tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum no ordenamento do consumidor brasileiro, que impeça a empresa-ré de realizar tal anúncio promocional." (doc. 10 - sem ênfase no original)

190. Da mesma forma, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já entendeu que mesmo se tratando de produtos que, consumidos em excesso, podem, supostamente, favorecer a obesidade, nada justifica a indevida interferência do Estado na liberdade de iniciativa. De fato, mesmo nesses casos, o papel do Estado é de promover políticas públicas de educação para o consumo e de estímulo à prática de hábitos saudáveis, não havendo fundamento jurídico que autorize a interferência do Estado na liberdade de iniciativa, sem prévia disposição legal que a legitime:

"Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, **não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil**, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento.

O que é emblemático - e nesse particular foi acertada a r. sentença - é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público (art. 50, XXXV, da CF). O refrigerante em excesso engorda, como engordativos são o chocolate, o macarrão, a pizza, o cachorro-quente, a bolacha, a batata chip, as balas, sorvetes e guloseimas e tantos outros produtos que são deliciosos e do gosto da maioria,



especialmente as crianças. Os adultos não resistem aos salgadinhos, pães, queijos amarelos, patês, vinhos, cervejas e tudo isso aumenta o peso e a barriga abdominal. Será preciso constar das embalagens de tais produtos que o consumo é prejudicial à saúde? Evidente que não. Os riscos do consumo dos objetos citados e tantos outros que igualmente fazem oscilar os números das balanças e as fitas que medem a cintura dos indivíduos são conhecidos e dispensam anúncios extravagantes, porque a preferência por eles não diminui com estardalhaço, mas, sim, com campanha educativa. **A educação é que dita as regras e estabelece metas possíveis de um consumo inofensivo.**

Não há, data vênia dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o *light* e *diet*, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo.

Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras." (Apelação com revisão nº 566.275-4/7, Quarta Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Ênio Zuliani, j. 3-9-2009, v.u. - sem ênfase no original)

191. Independente disso, não é a possibilidade de aquisição de um brinquedo que faz com que os consumidores freqüentem os restaurantes do McDonald's. Segundo os clientes da empresa, o que os estimula a freqüentar seus restaurantes são aspectos como a segurança relacionado ao consumo de produtos saudáveis, seguros e saborosos, servidos em um ambiente agradável, no qual as famílias se sentem confortáveis e acolhidas.

192. Também o **Professor Alfredo Halpern** destaca, em seu parecer, a qualidade dos produtos comercializados pelo McDonald's:

"Tive acesso aos rígidos padrões de qualidade exercidos pelo McDonald's em relação à escolha, estocagem e preparação dos alimentos e posso assegurar que o McDonald's observa rigorosos requisitos de qualidade na seleção, armazenagem e preparo dos alimentos, utilizando ingredientes e matéria prima de boa qualidade, sendo esta uma garantia não oferecida por muitos outros estabelecimentos, nos quais não se conhece a qualidade dos ingredientes, nem a higiene e os cuidados no preparo da refeição."

193. Em um ambiente como esse, havendo a oferta de um grande número de alimentos com baixos índices de açúcar, gorduras e sódio, os pais podem optar por uma alimentação extremamente saudável, hábito naturalmente copiado pelas crianças.

194. O que se nota é que essa demanda foi ajuizada não com base em fatos e evidências científicas que lhe dêem suporte, mas sim em um preconceito e uma ideologia particular do MPF, que não resistem a uma análise técnica e isenta do caso.

#### (v) Da suposta periculosidade inerente aos alimentos

195. Por fim, o MPF alega que os alimentos vendidos nos restaurantes do McDonald's encerrariam em si uma suposta periculosidade inerente, já que causariam malefícios à saúde caso consumidos em excesso.

196. Nesse ponto, cumpre destacar que, se os consumidores freqüentam os restaurantes do McDonald's em média apenas uma vez a cada 14 dias, é evidente que o suposto consumo "repetitivo" de um alimento não é suficiente para que este

cause malefícios à saúde.

197. Nesse caso, ainda que um indivíduo coma sempre o mesmo alimento todas as vezes em que frequenta o McDonald's, isso significaria que esse indivíduo comeria o mesmo alimento em cerca de 26 das 1.095 refeições que faria dentro do período de um ano.

198. Como consta do parecer anexo (doc. 8), não existe qualquer fundamento em se acreditar que ao consumir 26 vezes, no período de um ano, um determinado alimento, o indivíduo estaria exposto a um risco para a sua saúde.

199. Ainda que assim não fosse, fato é que o McDonald's é um dos poucos restaurantes do Brasil que informa aos consumidores a composição nutricional dos alimentos que comercializa.

200. Assim é que, ainda que se pudesse entender que referidos alimentos têm uma periculosidade inerente, como mencionado pelo MPF, o McDonald's respeita o direito à informação dos consumidores e propicia escolhas de consumo livres e conscientes, garantindo aos consumidores plena informação quanto à composição dos alimentos que comercializa.

201. Confira-se, uma vez mais, o parecer elaborado pelo **Professor Alfredo Halpern**.

**"A informação nutricional divulgada pelo McDonald's em seus restaurantes e embalagens é suficiente para que os pais entendam as características dos alimentos vendidos pelo McDonald's e optem por quais alimentos darão aos seus filhos. Tive acesso aos valores nutricionais dos produtos comercializados no McDonald's (obtidos a partir de análises bromatológicas realizadas pelo levantamento dos pesos médios de cada ingrediente que compõe os produtos) e não é razoável afirmar que, em sua totalidade, sejam compostos somente por alimentos hipercalóricos. De qualquer forma, a publicação de tabelas nutricionais dos seus alimentos pelo McDonald's, informando aos seus clientes as características e a composição nutricional dos seus produtos, frequentemente disponíveis em uma variedade de tamanhos de porções, permite uma escolha consciente pelos consumidores no momento de selecionar os itens que integrarão sua refeição, bem como da opção que os pais julguem mais adequada para oferecer aos seus**

filhos." (doc. 8 - sem ênfase no original)

202. Não sendo a venda dos alimentos comercializados pelo McDonald's vedada ou proibida de qualquer forma, e sendo os consumidores devidamente informados quanto à composição nutricional desses produtos, é evidente que a comercialização desses alimentos não é de qualquer forma incompatível com a comercialização de brinquedos.

203. Até porque, a premissa do MPF revela a ingênua concepção de que alimentos calóricos seriam prejudiciais aos consumidores. No entanto, fato é que, especialmente no que se refere às crianças, há dados científicos que demonstram **que o consumo de calorias é importante, até mesmo para evitar malefícios à saúde:**

"É evidente que a ingestão energética excessiva entre crianças e adolescentes é perniciosa, seja ela sob a forma de proteínas, carboidratos ou lipídios. Dessa forma, é admissível que o consumo freqüente de refeições com excesso de calorias, sejam elas consumidas no McDonald's, em outros estabelecimentos, ou mesmo em casa, possa levar a ganho de peso e obesidade. Porém, a restrição calórica excessiva em crianças pode ser deletéria, sendo que alguns autores documentaram atraso no crescimento e na puberdade e redução de vitaminas lipossolúveis em crianças submetidas a dietas com baixo teor de gorduras estabelecidas como propostas para evitar a obesidade." (doc. 8 - sem ênfase no original)

204. Por tudo isso, é evidente a improcedência dessa demanda. Não bastasse o fato de que a pretensão do MPF não encontra amparo em qualquer dispositivo legal, pretendendo que esse Juízo emita um provimento que substitua a atividade legislativa do Estado, as premissas fáticas em que se fundou a ação são amplamente equivocadas.

205. Como comprovado, os alimentos comercializados pelo McDonald's não são perigosos e nem prejudiciais aos consumidores.

206. Ainda, sendo a aquisição do brinquedo desvinculada da compra de qualquer alimento, nada indica que o consumidor do brinquedo seria obrigado a se alimentar no McDonald's, caso assim não desejasse.



207. Assim, não há nenhum indício de que a venda de brinquedos pudesse de qualquer forma contribuir com o aumento da obesidade infantil, sendo absolutamente despropositado o ajuizamento dessa demanda.

208. Essa, inclusive, foi a conclusão do parecer do Professor Alfredo Halpern, Chefe do Grupo de Obesidade e Síndromes Metabólicas do Hospital das Clínicas de São Paulo, e um dos maiores especialistas em obesidade no País:

"Resumindo, uma nutrição saudável deve ser equilibrada ao longo do tempo, mas pode contemplar o consumo ocasional de alimentos mais calóricos (como em festas e refeições especiais) que podem fazer parte de uma rotina alimentar normal, equilibrando prazer e necessidade (inclusive a psicológica). Para auxiliar nesse equilíbrio, o McDonald's disponibiliza tabelas nutricionais claras dos seus alimentos, que apresentam uma variedade de produtos, incluindo aqueles com baixo teor de gordura e açúcar, como as saladas, as maçãs, as cenouras, o iogurte com frutas, a salada de frutas, os nuggets, o sanduíche de frango grelhado, a água de coco e todos os sabores de Del Valle, vários destes opções de conteúdo do McLanche Feliz. O consumo três ou quatro vezes por mês do McLanche Feliz, mesmo na sua opção mais calórica, não contribuiria mais para o desenvolvimento de obesidade numa criança ou adolescente do que o consumo de outros alimentos não considerados fast food. Crianças obesas de várias classes sociais não costumam ser frequentadores habituais do McDonald's. A obesidade e o seu aumento depende de múltiplos fatores, que envolvem mudanças seculares no ambiente e componentes genéticos, não sendo possível nem razoável eleger um único culpado.

Concluindo, diante dos fatos que me foram apresentados e da minha experiência no estudo e no tratamento de crianças e adultos obesos, iniciada pelo menos 12 anos antes da inauguração do primeiro estabelecimento do McDonald's no Brasil, não há nenhum dado objetivo que sugira ou comprove que a atividade desenvolvida pelo McDonald's estaria de qualquer forma relacionada a um aumento da obesidade nas crianças e adolescentes brasileiros."  
(doc. 8 - sem ênfase no original)

209. Em outras palavras, resta comprovado que é perfeitamente possível, inclusive para uma criança, ter uma alimentação balanceada e saudável que inclua o consumo de alimentos vendidos no McDonald's, sejam aqueles com

maiores índices de gordura e calorias, ou não.

210. Assim, não assiste razão ao MPF ao alegar que o McDonald's se beneficiaria com a venda de alimentos prejudiciais às crianças, ou mesmo que a empresa promoveria a "anti-dieta", o que não corresponde à realidade.

211. Diante de todo o exposto, ainda que se ignore (i) a evidente falta de interesse de agir do MPF no ajuizamento dessa demanda contra o McDonald's; (ii) a impossibilidade jurídica do pedido deduzido; e (iii) a ilegitimidade passiva do McDonald's e conseqüente extinção da ação, tendo em vista a impossibilidade de efetivação do litisconsórcio passivo necessário, é evidente que, no mérito, essa demanda deverá ser julgada improcedente.

#### **(vi) Da responsabilidade pela alimentação de crianças e adolescentes**

212. Conforme se depreende da petição inicial, o MPF pretende convencer esse Juízo de que a publicidade do McDonald's teria tamanha força persuasiva que transformaria os hábitos alimentares dos indivíduos, induzindo-os a se comportarem de forma contrária aos seus próprios interesses.

213. Ainda que isso constitua uma evidente falácia, como evidenciado acima, fato é que o MPF parece acreditar que os Réus seriam os únicos responsáveis por garantir a qualidade da alimentação de crianças e adolescentes, como se as respectivas famílias não exercessem qualquer autoridade sobre isso.

214. No entanto, como reconhecido por esse Juízo na r. decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 1.232 a 1.237), o direito à alimentação saudável não se dirige apenas à sociedade civil, no caso, o McDonald's, mas também, e principalmente, ao Estado e à própria família:

“É certo, como bem afirmou o Ministério Público Federal, que a Constituição Federal garante à criança o direito à alimentação, atribuindo ao Estado, à sociedade e à família o dever de salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente. Contudo, a proibição de comercialização de brinquedos e objetos de apelo infantil por parte das sociedades empresárias incluídas no pólo passivo da

presente Ação Civil Pública implicaria a absorção, por parte do Estado, de toda a responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, nada restando ao exclusivo âmbito de incumbência da família. Vale dizer, entremostra-se hipertrofica a ingerência estatal, ao menos nesta fase de apreciação perfunctória, de forma a suprimir as atribuições própria do grupo familiar, dos pais e responsáveis, na avaliação da adequação da dieta das crianças e dos adolescentes."

215. Esse também é o entendimento do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como consta do anexo parecer:

"Realmente, no art. 205, fica claro que a alimentação fica afeta (= é dever) do Estado e da família, cabendo à sociedade uma atividade de colaboração.

Ora, aplicando-se isto à alimentação, ou mais precisamente à educação alimentar, torna-se óbvio que à sociedade cabe um papel secundário, ao Estado e à família, a responsabilidade principal.

Evidentemente - e aqui se responde diretamente ao quesito - 'a responsabilidade pela alimentação de crianças e adolescentes' não cabe exclusivamente às empresas de alimentação, mas sim à família e ao Estado." (doc. 7)

216. Vale dizer, em que pese se reconheça a importância de se garantir uma alimentação saudável a crianças e adolescentes, não se pode pretender, como quer o MPF, que tal dever recaia apenas sobre a sociedade civil, como se a família fosse incapaz de determinar as melhores opções para bem atender aos interesses das crianças e adolescentes.

217. No caso do McDonald's, especificamente, as informações nutricionais de seus produtos possibilitam que os consumidores tenham ampla consciência das características dos alimentos vendidos, de forma a realizar uma escolha consciente e orientada quanto a quais os alimentos que melhor atendem às necessidades de crianças e adolescentes.

#### (vii) Da livre concorrência

218. Ciente de que sua pretensão representa grave afronta à liberdade de iniciativa dos Réus, o MPF alega que tal liberdade não seria absoluta, devendo ser limitada em detrimento do bem-estar da criança.

219. Ainda que tal premissa seja verdadeira, fato é que o MPF não foi capaz de comprovar em que medida o exercício da livre iniciativa pelo McDonald's estaria prejudicando crianças e adolescentes.
220. Como já comprovado, a venda de brinquedos pelo McDonald's não causa qualquer prejuízo a crianças e adolescentes. Sendo o brinquedo vendido de forma independente, a criança pode perfeitamente ter acesso ao produto sem precisar consumir qualquer alimento comercializado nos restaurantes do McDonald's.
221. Ainda que os pais optem por permitir que a criança se alimente no McDonald's, poderão selecionar uma série de alimentos que não apresentam altos níveis de gorduras ou calorias. E, ainda que optem por alimentar seus filhos com produtos mais gordurosos e calóricos, isso não irá causar a obesidade da criança, desde que esta tenha hábitos de vida saudáveis e uma alimentação balanceada.
222. Assim, percebe-se que em nenhuma hipótese a venda de brinquedos pelo McDonald's seria prejudicial às crianças, não havendo motivos, portanto, para que o McDonald's tenha sua liberdade de iniciativa restringida.
223. Como já demonstrado acima, ainda que a pretensão do MPF pudesse ser atendida, a decisão a ser proferida nessa demanda não teria qualquer efeito prático no que se refere à finalidade de combater a obesidade infantil.
224. Isso porque, não apenas uma série de fatores que contribuem para a obesidade não está sendo tratada nessa demanda, como também há inúmeros outros fornecedores de alimentos que também fornecem brinquedos e brindes para as crianças. Dessa forma, ainda que se pudesse violar os direitos dos Réus de desenvolverem sua atividade econômica, isso apenas retiraria três empresas do mercado, não modificando em nada a prática que o MPF alega estar combatendo.
225. Ao fazê-lo, o MPF estaria violando um dos princípios da ordem econômica brasileira, qual seja, o da livre concorrência.
226. Segundo o **Ministro Eros Roberto Grau**, "de um ponto de vista



político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder" ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica", 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 232).

227. No caso, o efeito dessa demanda, caso pudesse ser julgada procedente, seria apenas o de retirar arbitrariamente três agentes do mercado de vendas de brinquedos, concentrando o poder econômico nas mãos daqueles fornecedores que, não se sabe os motivos, foram privilegiados pelo MPF.

228. Nesse ponto, cumpre destacar os comentários da Professora Ada Pellegrini Grinover quanto aos efeitos dessa ação sobre a livre concorrência:

"Ora, à toda evidência, pretender impor somente à Consulente e apenas duas outras empresas os deveres e ônus constantes dos pedidos iniciais é quebrar o necessário tratamento isonômico entre todos os agentes que atuam no mercado e que concorrem com a Consulente, violando-se também a liberdade de concorrência. Nesse particular e como já foi dito, o provimento invocado pelo Ministério Público não apenas não atingirá o objetivo pretendido, como ainda adiantará regular a questão para a Consulente, se não se regular a questão para todos, rigorosamente todos aqueles que atuam no mercado em questão." (doc. 6 - sem ênfase no original)

229. Também o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho evidenciou, em seu parecer, a importância do princípio da livre concorrência na ordem constitucional brasileira, assim como a grave violação a tal princípio que o MPF pretende causar com essa demanda:

"32.1. A Constituição brasileira explicita no art. 170, IV, como um dos princípios fundamentais da ordem econômica, a:  
'livre concorrência'.

Ela é a primeira, em nossa história, a fazê-lo. Se ela o fez, indubitavelmente o foi para demonstrar a - então contestada - opção pela economia de mercado.

**Traduz o princípio da livre concorrência, antes de tudo, a proibição de que qualquer atividade econômica seja 'fechada' em favor de alguns, impedindo que outros nela se inscrevam, apresentando os seus produtos aos consumidores em potencial. É a abertura da economia à competição, ao contrário**

do que sucedia no passado, quando corporações açambarcavam setores econômicos, com vantagens para seus membros, e desvantagem para a comunidade em geral. É desse confronto de propostas que se espera, por um lado, o desenvolvimento econômico, por outro a obtenção de melhores condições para os consumidores.

É evidente que, se a comercialização num mesmo estabelecimento de brinquedos e alimentos favorece os que o fazem (como afirma o Ministério Público Federal na questão em tela), obviamente desvantaja os que não o podem fazer. Assim, a ação proposta, se vitoriosa, criaria uma desvantagem para as empresas-rés em face de suas concorrentes, fornecedoras de fast food não incluídas no pólo passivo da demanda. Assim sendo, importaria numa violação do princípio constitucional de igualdade, ou seja, do Estado democrático de Direito." (doc. 7 - sem ênfase no original)

230. Ainda mais absurdo e desconexo o argumento do MPF de que a venda de brinquedos pelo McDonald's violaria os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento sem causa.

231. Os brinquedos vendidos nos restaurantes do McDonald's correspondem exatamente ao que é anunciado para o público consumidor. Com efeito, é de conhecimento público e notório que os brinquedos vendidos pelo McDonald's são de qualidade inquestionável e são vendidos por um preço inferior ao que é praticado na maioria das lojas de brinquedos por produtos semelhantes.

232. Tudo isso, aliado ao fato de que os brinquedos atendem às normas e exigências do INMETRO, revela que a venda de brinquedos pelo McDonald's não importa qualquer violação à legislação em vigor.

233. Trata-se de produtos de alta qualidade, seguros e adequados para as crianças, que em nada prejudicam os consumidores.

234. Até porque, é importante ressaltar que, ainda que o brinquedo seja dirigido ao público infantil, a compra apenas pode ser realizada pelos responsáveis, assim como ocorre com qualquer produto destinado a crianças. A prevalecer o entendimento do MPF de que a venda de brinquedos pelo McDonald's violaria a boa-fé e geraria enriquecimento sem causa, dever-se-ia proibir a comercialização de qualquer produto voltado para o público infantil, o que não encontra qualquer

respaldo jurídico ou razoabilidade.

235. Nesse ponto, também não merece prosperar a alegação do MPF de que o McDonald's incorreria em prática abusiva, consistente em se prevalecer da hipossuficiência do consumidor em razão de sua idade.

236. De fato, não há qualquer fato ou conduta do McDonald's que o torne diferente de qualquer outro fornecedor de produtos voltados para crianças. A publicidade do McDonald's não abusa da ingenuidade da criança, assim como os produtos comercializados não iludem ou induzem a criança a acreditar em algo que difira da verdade.

237. O que se nota é que, na ausência de fundamento legal a amparar sua pretensão de limitar a liberdade de iniciativa dos Réus, o MPF lança argumentos desconexos e sem fundamento, que não têm qualquer relação com o caso discutido nesses autos.

## VI. CONCLUSÃO

238. Por todo o exposto, o McDonald's requer sejam acolhidas as preliminares argüidas para o fim de que a ação seja extinta sem julgamento de mérito, haja vista a falta de interesse de agir do MPF, a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade *ad causam* do McDonald's, por evidente impossibilidade de formação do litisconsórcio passivo necessário.

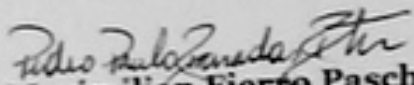
239. Caso não sejam acolhidas as preliminares acima suscitadas, o que se admite apenas *ad argumentandum*, o McDonald's requer seja a ação julgada improcedente, conquanto os fatos narrados na petição inicial não se aplicam ao McDonald's, não havendo qualquer fundamento jurídico que legitime a limitação ao direito à livre iniciativa e livre concorrência que o MPF pretende impor ao McDonald's.

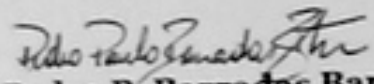
240. O McDonald's protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, sem exceção de quaisquer, especialmente a oitiva de

testemunhas e juntada ulterior de documentos.

Termos em que,  
pede deferimento.

São Paulo, 15 de dezembro de 2009.

11   
Maximilian Fierro Paschoal  
OAB/SP nº 131.209

  
Pedro P. Barradas Barata  
OAB/SP nº 221.727





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

**PORTARIA 1486, DE 27 DE OUTUBRO DE 2009**

*Altera a comemoração do Dia da Justiça  
para 14 de dezembro de 2009.*

**A PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA  
FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, ad referendum, no uso de  
suas atribuições regimentais,**

**CONSIDERANDO** a Portaria 1341, de 10 de outubro de  
2008, que estabeleceu feriado no dia 08 de dezembro em  
comemoração ao Dia da Justiça (Lei 5.010/66, com redação dada  
pela Lei 6.741/79);

**CONSIDERANDO** a fixação da Semana de Conciliação  
pelo Congresso Nacional de Justiça no período de 07 a 11 de  
dezembro de 2009,

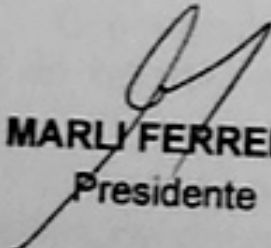
**RESOLVE:**


**Art. 1º** Transferir para o dia 14 de dezembro do  
corrente ano, segunda-feira, as comemorações alusivas ao Dia da  
Justiça, anteriormente previstas para o dia 08 de dezembro.

**Art. 2º** Prorrogar para o dia 15 de dezembro de 2009,  
terça-feira, os prazos processuais que porventura se iniciaram ou se  
completaram nesse período.

**Art. 3º** Determinar o funcionamento do Plantão  
Judiciário para conhecimento de pedidos, ações, procedimentos e  
medidas de urgência destinadas a evitar perecimento de direitos ou  
assegurar a liberdade de locomoção.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

  
**MARLI FERREIRA**  
Presidente

Certifico e dou fé que o ato normativo foi  
disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça  
Federal da 3ª Região, edição 2009, em  
29/10/2009, pág. 19/20 considera-se data de  
publicação o primeiro dia útil subsequente à data  
acima mencionada, nos termos do art. 4º, §§ 3º e 4º,  
da Lei 11.419/2006. 

7468

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

## A CONSULTA

Honra-me o eminente advogado, Dr. Maximilian Fierro Paschoal, encaminhando consulta, acompanhada de documentos, com pedido de parecer, em nome de ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ("McDonald's"), relativamente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, no Estado de São Paulo (autos nº 2009.61.00.013789-7), em face da Consulente, de Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. ("Burger King") e de Venbo Comércio de Alimentos Ltda. ("Bob's").

Relata a Consulente que, em 2/03/2006, no âmbito da Representação nº 1.34.001.0034115/2005-25, firmou com a Procuradoria da República do Estado de São Paulo, órgão do Ministério Público Federal, Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) por meio do qual se comprometeu a comercializar brinquedo ou surpresa destinados ao público infantil separadamente ao produto "McLanche Feliz", incluindo em seu material publicitário a advertência sobre a possibilidade de compra do produto, independentemente da compra do brinquedo ou surpresa, a contrapartida, o Ministério Público Federal comprometeu-se a não ajuizar ação civil pública ou qualquer outra medida contra a Consulente que questionasse a prática comercial até então adotada de venda do produto "McLanche Feliz" em conjunto com brinquedo ou surpresa.

Para comprovar o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, a Consulente assumiu a obrigação de apresentar, durante o prazo de um (1) ano após a vigência do TAC, cópia do material de divulgação das campanhas do "McLanche Feliz" acompanhada de declaração do responsável legal.

Diz a Consulente que, perante a Procuradoria da República do Estado de São Paulo, foi comprovada, mês a mês e a partir da

A

1469  
a

2

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

vigência do termo de ajustamento de conduta, a observância do compromisso assumido, até que, em 14/12/2007, peticionou perante aquele órgão requerendo o arquivamento dos autos do processo administrativo diante do integral cumprimento do TAC.


Na seqüência, aos 15/12/2006, em promoção de arquivamento subscrita por membro da Procuradoria da República do Estado de São Paulo, ficou registrado: (i) o fiel cumprimento do TAC pela Consulente; (ii) a boa-fé da Consulente na demonstração do atendimento ao compromisso assumido; e (iii) que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor tomou ciência da celebração do TAC, assegurando a fiscalização sobre as práticas comerciais da Consulente.

Então, em 07/02/2007, analisando em conjunto, por identidade de objetos, os processos administrativos de autos nºs 1.34.001.003115/2005-25 e 1.34.001.000126/2007-15, a Terceira (3ª) Câmara de Coordenação e Revisão (Consumidor e Ordem Econômica) da Procuradoria Geral da República deliberou, à unanimidade, pela homologação do arquivamento.

Ocorre que, em 15/06/2009, o Ministério Público Federal ajuizou, perante a Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo, ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, em face da Consulente ("McDonald's") e demais empresas já nomeadas, visando o reconhecimento da ilicitude da prática comercial adotada pelas rés consistente na venda de brinquedos e de surpresas em promoções de lanches voltados ao público infantil.

Segundo relata a inicial, precedeu ao ajuizamento da demanda o processamento do inquérito civil de autos nº 1.34.001.003881/2008-32, decorrente de representação formulada pelo Instituto ALANA, em que se argüiu a abusividade da prática comercial das rés na venda dos lanches denominados "McLanche Feliz", "Lanche BKids" e "Trikids".

Preliminarmente, o Ministério Público Federal invoca o cabimento de ação civil pública para a tutela da coletividade dos consumidores e da coletividade de crianças, com fulcro nos arts. 1º, IV, da Lei da ação civil pública, 29 e 81 do Código de Defesa do Consumidor, 200, V, e 208 da Constituição Federal, e 141 do Estatuto



1470  
a

3

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

da Criança e do Adolescente. Sustenta ainda ter legitimidade ativa para a propositura da demanda por força do disposto nos incisos II e III do art. 129 da Constituição Federal, e no art. 6º, VII, "c", da Lei Complementar nº 75/93.


Além disso, segundo o autor, a sua legitimidade decorreria do interesse da União Federal no feito, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que ensejaria, inclusive, a competência da Justiça Federal para o processamento da demanda. Nesse contexto, segundo exposto pelo *Parquet* Federal, o interesse da União residiria: (i) na existência de serviço público federal, formulador de políticas públicas, com igual propósito ao preconizado na inicial (Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008, emanada do Ministério da Saúde, e, de outro lado, ANVISA); e (ii) no impacto em estruturas administrativas federais que a demanda pretende produzir.

Sustentou ainda o Ministério Público Federal que o interesse no ajuizamento da medida judicial decorreria da resistência das rés à pretensão de que fosse cessada a prática comercial acima descrita. Ao lado disso, o pedido seria juridicamente possível na medida em que se prestaria à tutela inibitória para cumprimento de obrigação de não fazer inerente a interesses transindividuais.

No mérito, o autor alegou que as empresas rés lançam mão, como estratégia voltada ao público infantil, da venda de brinquedos e surpresas que promovem a fidelização do consumo de alimentos supostamente com alto teor de calorias, gorduras e açúcares. Segundo a narrativa da inicial, tal prática violaria a legislação de proteção à criança, de tutela ao consumidor, de prevenção de doenças e de vigilância sanitária no Brasil.

Ademais, sustentando estarem presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, o autor postulou antecipação de tutela, para que, sob pena de multa ou outras medidas previstas no parágrafo 5º do art. 461 do Diploma Processual, fosse determinada às rés a abstenção da venda das promoções "McLanche Feliz", "Lanche Bkids" e "Trikids", bem como da venda de brinquedos ou surpresas de apelo infantil, em conjunto ou não aos lanches.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, em 03/07/2009, ao argumento de que estaria ausente a plausibilidade do





142  
a

4

## ADA PELLEGRINI GRINOVER

*Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo*

direito reclamado na inicial, considerando que: (i) a proibição de comercialização de brinquedos e objetos de apelo infantil por parte das rés implicaria a absorção, por parte do Estado, de toda a responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, subtraindo incumbência exclusiva da família para esse mister; (ii) é constante, não só pelas rés, a oferta de brindes e brinquedos para estimular o consumo de seus produtos no público infantil; e (iii) conquanto seja imprescindível o resguardo dos direitos da criança, na qualidade de consumidora, a contenção publicitária dirigida ao público infantil deve decorrer da regulação de todo o segmento publicitário e não de ordens de abstenção dirigidas somente às rés.

Assim sumariamente relatada a questão, a Consulente formula os quesitos que seguem, que delimitam o âmbito deste parecer.

### QUESITOS

- 1 - Qual a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta?
- 2 - No caso submetido a consulta, há identidade entre os objetos do ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Federal, de um lado, e ação civil pública por esse promovida, de outro lado?
- 3 - As obrigações assumidas pela Consulente no aludido pacto podem ser tidas como cumpridas?
- 4 - O cumprimento das obrigações, por parte da Consulente, impede pretenda o Ministério Público condenação com base nos mesmos fatos que foram objeto do termo de ajustamento de conduta?
- 5 - Afigura-se juridicamente possível ajuizar a demanda apenas em face de algumas das empresas que atuam no segmento de mercado descrito na inicial e que adotam as práticas comerciais agora recriminadas pelo Ministério Público?
- 6 - Há litisconsórcio necessário, pela unitariedade, entre as empresas que atuam no referido âmbito?

1472  
A

5

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

*Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo*

Bem examinada a questão, inclusive pelos documentos que a instruem, passo a proferir meu parecer, que se cingirá, tanto quanto às indagações formuladas, às questões processuais suscitadas pelos quesitos.

**P A R E C E R**

**A) DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.**


**1) Natureza.**

Sobre o tema do compromisso de ajustamento de conduta, Hugo Nigro Mazzilli lembrou tratar-se de ato "por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título"<sup>1</sup> (grifei).

Nas palavras de Daniel Roberto Fink o termo de ajustamento de conduta "se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos". Dessa forma, prosseguiu referido autor, "Avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos", mesmo porque, "a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada"<sup>2</sup> (grifei).

<sup>1</sup> Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 358/359.

<sup>2</sup> Cf. Daniel Roberto Fink, *Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, in *Ação civil pública - lei 7.347/1985 - 15 anos*, (coord. Édís Milaré), 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 119/120.



143  
A

6

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

*Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo*

Consoante observou Octavio Augusto da Silva Orzari, "o compromisso de ajustamento de conduta tem o escopo de obrigar o compromissado a voltar a cumprir a lei e, assim, resolver o litígio sem se valer do instrumento processual de conhecimento ou da homologação do órgão jurisdicional". Segundo o autor, é na perspectiva extrajudicial e preventiva que se pode enquadrar o compromisso de ajustamento de conduta<sup>3</sup> (grifei).

Conforme lembrança de Geisa de Assis Rodrigues, "A década de 1990 nos legou alguns institutos que tratam justamente da tutela extrajudicial de direitos transindividuais, como o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, no art. 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e no artigo 76-A da Lei da Natureza (Lei n. 9.605/98), e, na seara da defesa da ordem econômica, o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação de prática. Este último está regulado no artigo 53 da Lei n. 8.884/94"<sup>4</sup>.

Nas palavras da referida autora, "O compromisso de cessação de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas. Exatamente porque o compromisso de cessação é um instrumento de tutela de direitos transindividuais, não deve ser celebrado sob a perspectiva do compromissário ou segundo o seu exclusivo interesse. Conforme tivemos a oportunidade de abordar, as novas formas de solução extrajudicial de conflito devem ser regidas pelos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, da aplicação negociada da norma jurídica e do princípio democrático"<sup>5</sup> (grifei).

É certo que o compromisso previsto e disciplinado pela Lei 8.884/94 – lembrado por essa última autora – não encontra perfeita

<sup>3</sup> Cf. Octavio Augusto da Silva Orzari, *Compromisso de ajustamento de conduta: eficácia na proteção de interesses transindividuais*, tese de láurea defendida em 2004 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 40.

<sup>4</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, *Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática*, in *Lei antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico* (coord. João Carlos de Carvalho Rocha), Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 121/122.

<sup>5</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, *Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática*, in *Lei antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico* (coord. João Carlos de Carvalho Rocha), Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 122/123.

B

1474  
7

## ADA PELLEGRINI GRINOVER

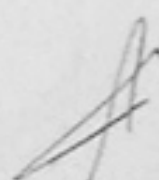
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

identidade no termo de ajustamento de conduta da lei da ação civil pública. Naquele, a celebração do ato leva à suspensão do processo administrativo, ao passo que, no segundo, leva à extinção do processo judicial. Isso, contudo, não infirma a descrita e explorada analogia, na medida em que ambos os institutos têm em comum a presença de ato bilateral, com contornos típicos de transação, a gerar, por outro lado, obrigações que vinculam as partes e que, em caso de descumprimento, podem ser exigidas, mas que, em caso de cumprimento, encerram a certeza da superação da controvérsia.

Ademais, a analogia é relevante para o exame do caso sob consulta, no qual também se cogita da cessação de determinada prática comercial. Assim, é mesmo útil lembrar que o conteúdo do referido compromisso está descrito pelo parágrafo 1º do art. 53 da Lei 8.884/94: "a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25; c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização".

Mais ainda, celebrado o ato, "O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo"; as condições do termo de compromisso "poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica"; e, finalmente, o ato "constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização" (parágrafos 2º, 3º e 4º do referido art. 53).

Consoante assinalou Fábio Ulhoa Coelho, o referido compromisso é um dos mais importantes instrumentos da nova lei antitruste, tendo "o objetivo de superar a atuação administrativa na defesa das estruturas do livre mercado, através da composição com o empresário representado. A sua assinatura suspende a tramitação do processo administrativo e não importa confissão de fatos ou





1485  
A

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

reconhecimento da ilicitude da conduta investigada". Através desse instrumento, prosseguiu referido autor, "o representado assume formalmente a obrigação de cessar determinadas práticas empresariais, e com isso a Administração Pública se satisfaz, considerando atendidos os objetivos do processo administrativo instaurado". Salientando sua natureza, Ulhoa Coelho afirmou "Trata-se o compromisso de cessação de ato bilateral. Suas cláusulas são resultantes de entendimentos havidos previamente entre as partes"<sup>6</sup> (grifei).


O caráter contratual e bilateral do referido compromisso – inspirado no *consent decree* do direito norte-americano – foi também destacado por César Mattos, ao assinalar que "o CCP deve ser amplamente negociado entre o CADE, a(s) parte(s) acusada(s) e a(s) parte(s) que alega(m) estar sendo prejudicada(s)". Fazendo alusão a manifestação da Conselheira Neide Mallard, "em seu voto no processo de fertilizantes (1994), o procedimento 'tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais, evitando ainda os altos custos financeiros normalmente infligidos a todas as partes envolvidas. É inequívoca a desejável redução da incerteza no processo"<sup>7</sup> (grifei).

Nas palavras de Carla Lobão, o Compromisso de Cessação de Prática – CCP é um instrumento de composição de conflitos da concorrência "cujo objetivo é o restabelecimento imediato do funcionamento regular do mercado, por meio da cessação espontânea, pelo representado, da condição investigada". A Lei assegura "a suspensão do processo enquanto estiver sendo cumprido o compromisso, e o arquivamento do processo ao término do prazo fixado, sem julgamento do mérito e sem a aplicação de qualquer penalidade, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo"<sup>8</sup> (grifei).

<sup>6</sup> Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro - comentários à lei n° 8.884/94*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 120.

<sup>7</sup> Cf. César Mattos, *O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos*, in *Revista do IBRAC*, vol. IV, n° IV, abril de 1997, pp. 44/45.

<sup>8</sup> Cf. Carla Lobão, *Compromisso de cessação de prática - uma abordagem crítica sobre o instituto*, in *Revista do IBRAC*, vol. VIII, n° VIII, 2001, p. 89.



1476  
A

9

## ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

Invocando o magistério do professor e ex-Conselheiro do CADE João Bosco Leopoldino da Fonseca, Lobão lembrou que "o CPP se insere no instituto jurídico da transação, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil, cujas características se evidenciam como um acordo, que se manifesta com o propósito de extinguir um litígio, em que existe uma reciprocidade de concessões e em que permanece inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes. Com esse acordo, prossegue o Professor, a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica"<sup>9</sup> (grifei).

### 2) Continuação: objeto.


Tratando-se de atos bilaterais e não obstante o interesse público que os permeia, os compromissos acima mencionados têm o respectivo objeto determinado pelas partes subscritoras.

Conforme observou Daniel Roberto Fink, "O estabelecimento pelas partes das obrigações a que se submetem, respeitado o interesse público, já **amplia as possibilidades do termo em relação à sentença**. A discussão das condições de modo, tempo e lugar do cumprimento dessas obrigações pelos interessados cria horizontes muito mais generosos em termos de alternativas que a composição judicial do conflito". Falando da adstrição do juiz ao pedido, Fink observa que "O compromisso não sofre esses limites, e as soluções poderão ser adotadas conforme os entraves forem surgindo, sem se perder de vista o interesse público. Com isso, ganha-se na qualidade do pacto extrajudicial em relação à sentença"<sup>10</sup> (grifei).

De forma análoga, Fernando Grella Vieira assinalou que "A exigência comum a qualquer das formas é a de que a transação compreenda todas as obrigações cabíveis e necessárias para a

<sup>9</sup> Cf. Carla Lobão, *Compromisso de cessação de prática - uma abordagem crítica sobre o instituto*, in Revista do IBRAC, vol. VIII, n.º VIII, 2001, pp. 87/88.

<sup>10</sup> Cf. Daniel Roberto Fink, *Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, in *Ação civil pública - lei 7.347/1985 - 15 anos* (coord. Edis Milaré), 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.



**composição da ofensa**<sup>11</sup> (grifei). É que, conforme explicou Geisa de Assis Rodrigues, "O princípio da tutela preventiva corresponde à potencial prevenção do dano e do litígio processual insito ao compromisso de cessação, porque este evita, desde sua celebração, a possibilidade de uma situação potencialmente lesiva à ordem econômica, bem como suspende a continuidade do processo administrativo, com todos os dispêndios dele decorrentes. A oportunidade de celebração do compromisso é fundamental para que ele realmente desempenhe todo o seu potencial preventivo, mesmo porque na tutela dos direitos transindividuais a lesão, depois de configurada, dificilmente encontra remédio eficaz para sua reparação integral"<sup>12</sup> (grifei).

Como visto, o conteúdo do compromisso de cessação de prática e do termo de ajustamento de conduta deve considerar o caráter preventivo do ato, bem como a extensão da controvérsia que lhe é subjacente. Tal aspecto foi bem salientado por Hindemburgo Chateaubriand Filho, para quem "O ato tem, de qualquer modo, todas as características de um negócio jurídico, pois estende à esfera de poder das partes interessadas a eliminação da incerteza relativa à situação jurídica preexistente, permitindo a prevenção ou término do conflito, no que se aproxima do esquema legal ditado para a transação. Como o interessado se compromete a adequar a sua conduta ao que supõe corresponder às exigências da lei, é correto deduzir que o negócio se dirige à eliminação de todas as dúvidas relativas à situação jurídica preexistente". Dessa forma, conclui referido autor, "O significado do ajustamento de conduta do interessado às exigências da lei passa a ter, assim, maior amplitude, alcançando, a partir da fixação da situação jurídica preexistente, todos os efeitos decorrentes do ato, entre os quais se inclui o dever de reparação"<sup>13</sup> (grifei).

<sup>11</sup> Cf. Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, in *Ação civil pública - lei 7.347/1985 - 15 anos* (coord. Edis Milaré), 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

<sup>12</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, *Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática*, in *Lei antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico* (coord. João Carlos de Carvalho Rocha), Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 123.

<sup>13</sup> Cf. Hindemburgo Chateaubriand Filho, *Compromisso de ajustamento de conduta*, in RT 781/735.

A

Mais uma vez, Daniel Fink lecionou que "além da correção da conduta futura, é possível afirmar-se, com certeza, que o **fornecedor pode corrigir – ou ajustar – sua conduta passada**, comprometendo-se a uma série de obrigações positivas ou negativas para sanar as lesões já causadas aos consumidores, coletiva ou individualmente considerados. Para isso, o termo de compromisso de ajustamento de conduta se transforma em valioso instrumento para composição de conflitos dessa natureza"<sup>14</sup> (grifei).

Enfim, nas precisas palavras de Geisa de Assis Rodrigues, "o compromisso de cessação de prática – tanto quanto o termo de ajustamento de conduta, completamos nós – "é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas". Dessa forma, ele **"soluciona o próprio conflito administrativo"**<sup>15</sup> (grifei).

### 3) Continuação: cumprimento das obrigações e conseqüências (em particular, quanto a posterior persecução judicial).

Estabelecidos a natureza e o conteúdo do termo de ajustamento de conduta, é possível e necessário passar ao exame das conseqüências do cumprimento do quanto avençado no compromisso.

Dada a natureza jurídica do ato em questão, conforme já examinado, se de um lado é certo que o descumprimento das obrigações assumidas não leva à extinção do compromisso, cujas disposições de cunho substancial, portanto, continuam em vigor, de outro lado e por simetria, é rigorosamente certo e lógico que o cumprimento das obrigações deve levar ao reconhecimento do término da controvérsia, o que é válido para todos os partícipes do ato, incluindo-se aí, evidentemente, também a Administração.

Como visto, o compromisso é ato pelo qual o representado assume formalmente a obrigação de cessar determinadas práticas

<sup>14</sup> Cf. Daniel Roberto Fink, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 7ª ed., São Paulo, Forense, 2001, pp. 895/897.

<sup>15</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, **Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática**, in *Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso de poder econômico* (coord. João Carlos de Carvalho Rocha), Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 122/123 e 132.



empresariais, de sorte a suspender a investigação a cargo do órgão competente. No compromisso há cláusulas resultantes de entendimentos havidos previamente entre as partes e, nessa medida, as declarações formalizadas devem ser honradas, a bem do interesse público que, por sinal, é o que justifica e abona a celebração de ato dessa natureza.

Assim, a condição – evento futuro e incerto – consistente na violação do quanto se pactuou não é dirigida à produção de efeitos extintivos de obrigações assumidas, mas à liberação e retomada da persecução. Diante de eventual descumprimento, as obrigações e deveres assumidos continuam – ainda com mais vigor – a ser exigíveis. Mais uma vez, a senso contrário, o reconhecimento, pela Administração, de que as obrigações foram cumpridas deve sim operar o efeito extintivo, concretizando-se a estabilidade e a imunização do quanto se decidiu.

Conforme lição de Carla Lobão, segundo a qual a lei assegura “a suspensão do processo enquanto estiver sendo cumprido o compromisso, e o arquivamento do processo ao término do prazo fixado, sem julgamento do mérito e sem a aplicação de qualquer penalidade, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo”<sup>16</sup> (grifei). Ora, se o objetivo do compromisso é justamente o de restaurar a concorrência sem as delongas, ônus e custos do processo administrativo e se ele almeja a redução da incerteza no processo, então não haveria qualquer sentido em se desconsiderar o que antes fora consciente e voluntariamente assumido.

Ademais, foi bem realçado que ao termo de ajustamento de conduta (assim como ao compromisso de cessação de conduta) se aplicam as regras da transação e, a rigor, as regras contratuais (guardadas as peculiaridades próprias de um ato que envolve o interesse público). Nesse contexto, atentaria contra a *boa-fé objetiva*<sup>17</sup> – inserta na regra do art. 422 do Novo Código Civil – imaginar que (i)

<sup>16</sup> Cf. Carla Lobão, *Compromisso de cessação de prática - uma abordagem crítica sobre o instituto*, in Revista do IBRAC, vol. VIII, n.º VIII, 2001, p. 89.

<sup>17</sup> Vista aí a questão sob o ângulo contratual. Para exame da questão sob o ângulo da boa-fé e da confiança legítima perante a Administração, devem ser vistas as considerações feitas a propósito dos princípios que regem a Administração.

alguém pudesse suspender o curso de uma investigação – que envolve interesses da coletividade – assumindo, para tanto, certas obrigações e, posteriormente, que as descumprisse e simplesmente pretendesse desconsiderá-las, assim como que (ii) alguém pudesse ser turbado em sua esfera jurídica após o exposto reconhecimento do cumprimento das obrigações assumidas.

Consoante lição de Silvio Rodrigues, a boa-fé é “conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar”<sup>18</sup>. Trata-se de “um princípio que informa todo o campo do contrato”<sup>19</sup>.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, “Tanto nas tratativas como na execução, bem como na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional ou pós-contratual), a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual”<sup>20</sup> (grifei). De outro lado, lembre-se a lição de que o compromisso de cessação é forma de solução extrajudicial de conflito que deve ser regida, dentre outros, pelo princípio “da aplicação negociada da norma jurídica”<sup>21</sup> (grifei).

Aliás, a celebração da transação é acompanhada por uma espécie de eficácia preclusiva, na medida em que, como já visto e agora repetido, “Avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos”, mesmo porque, “a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada”<sup>22</sup> (grifei).


<sup>18</sup> Cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 60.

<sup>19</sup> Cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. III, São Paulo, Saraiva 2002, pp. 61/62.

<sup>20</sup> Cf. Silvio Venosa, *Direito civil*, vol. IV, São Paulo, Atlas, p. 380.

<sup>21</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, *Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática*, in *Lei antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico* (coord. João Carlos de Carvalho Rocha), Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 122/123.

<sup>22</sup> Cf. Daniel Roberto Pink, *Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, in *Ação civil pública - lei 7.347/1985 - 15 anos* (coord. Édís Milaré), 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 119/120.



Não deve haver dúvida, portanto, de que o cumprimento das obrigações assumidas no termo de ajustamento de conduta leva necessariamente à resolução da controvérsia. A esse propósito, César Mattos, tratando embora do compromisso de cessação de conduta, escreveu de forma proveitosa para o contexto deste parecer que "O principal *appeal* que a parte acusada tem para aderir ao compromisso é a desnecessidade do reconhecimento da infração e a sua não punição, dado que o processo fica suspenso por um prazo determinado no próprio compromisso. Findo esse prazo e com o acusado dando mostras de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, impõe-se o arquivamento do processo"<sup>23</sup> (grifei).

Lição análoga foi dada por Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel, segundo os quais "para o Ministério Público e outros órgãos públicos, que compõem os quadros da Administração Pública, possuindo funções especiais descritas pela Constituição Federal ou pelas Constituições Estaduais, surge o que se chama de *coisa julgada administrativa*, ao fim do *iter procedimental* que culmina com a assinatura do Termo de Ajustamento de Condutas (e eventualmente com a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, caso o MP seja condutor do acordo), proferindo-se, para a esfera da Administração Pública, *solução definitiva*, do que é prova o fato de o acordo ter a força de título executivo extrajudicial, que pode ser efetivado por qualquer dos entes que o formalizaram, ante a alegação de inadimplemento da parte contrária"<sup>24</sup> (grifei).

Segundo esses mesmos autores, "se é certo que somente ao órgão público tomador do compromisso estaria vedado ajuizar demanda de conhecimento (...) por patente ausência de interesse processual, dada a caracterização do compromisso firmado como título executivo extrajudicial, uma vez que o mesmo seja homologado judicialmente, assumindo as vestes de título executivo judicial, resta

<sup>23</sup> Cf. César Mattos, *O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos*, in Revista do IERAC, vol. IV, n.º IV, abril de 1997, pp. 44/45.

<sup>24</sup> Cf. Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel, *A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental*, in *O Novo Processo Civil Coletivo* (coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 220.

impossível que qualquer dos legitimados à ação civil pública volte a discutir os temas já normatizados no compromisso de ajustamento de conduta constituído, cujas normas concretas ali inseridas transitaram em julgado, tornando-se inimpugnáveis e oponíveis *erga omnes*<sup>25</sup> (grifei).

Na mesma direção, Daniel Roberto Fink observou que "Em sendo uma transação que visa a extinguir litígios, não faria sentido possibilitar a rediscussão do objeto da lide no processo de conhecimento. Avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos, salvo por meio de embargos no processo de execução, com os limites a ele inerentes. Aliás, como já lembrado, 'a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada'<sup>26</sup> (grifei).

Dessa forma, persecução judicial posterior à celebração do pacto somente se justifica diante da premissa de que a parte descumpriu as obrigações assumidas. Vale dizer: mesmo em tese, a instauração de processo judicial em desconsideração ao quanto foi avençado é atentatória aos mais mezinhos direitos da parte se a própria Administração reconhece – ou ao menos não põe em dúvida – o cumprimento do quanto se avençou. A propósito, Jaime Vita Roso observou que "O não cumprimento importa em imediata continuação da averiguação no inquérito ou sua remessa ao Tribunal de Defesa da Concorrência, com a imposição de multa diária"<sup>27</sup>; a senso contrário, o cumprimento afasta qualquer continuidade de investigação.

Em certo sentido, há aí uma analogia com o que se passa no contexto da Lei 9.099/95, no tocante à *suspensão condicional do processo*. Conforme já dissemos em doutrina, nessa aventada hipótese "o que se suspende é o próprio processo, *ab initio*. O momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado, a princípio, para a concretização da proposta de suspensão. Sendo aceita, o juiz

<sup>25</sup> Cf. Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel, *A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental*, in *O Novo Processo Civil Coletivo* (coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo e Marcelo Abelha Rodrigues), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 220.

<sup>26</sup> Cf. Daniel Roberto Fink, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., São Paulo, Forense, 2001, p. 905.

<sup>27</sup> Cf. Jaime Vita Roso, *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*, São Paulo, LTr, 1998, p. 118.



pode suspender o processo. O que temos, em síntese, em termos conceituais, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova<sup>28</sup> (grifei).

Nesse mesmo sentido, na esfera examinada, Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes escreveram que "A revogação da suspensão conduz à instrução da causa. Já disse atrás que nada obsta venha o Ministério Público optar pela proposta de suspensão do processo depois de realizada a instrução criminal, ao menos na parte acusatória que julgar mais relevante. Desse modo, se assim feito, **revogada a suspensão do processo**, o juiz pode abrir vista ao Ministério Público e à defesa para as alegações finais ou determinar a realização de audiência de debates e julgamento e proferir decisão"<sup>29</sup>. Mais uma vez, a senso contrário, somente a premissa de descumprimento - condição sem a qual não se opera a "revogação" - é que autoriza a retomada das atividades de investigação ou de persecução.


#### 4) Continuação: os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança ("legítima").

À toda evidência, o tema aqui tratado está inserido no contexto dos princípios que regem a Administração e, em particular, os da segurança jurídica e da confiança - por alguns chamado de confiança "legítima".

Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica "não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo". Assim, prossegue o autor, "a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se

<sup>28</sup> Cf. Grinover-Magalhães-Scarance-Luiz Flávio Gomes, *Juizados especiais criminais*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 253.

<sup>29</sup> Cf. Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 396.



orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes entre eles<sup>30</sup> (grifei).

Falando ainda do tema, Bandeira de Mello ressaltou que "um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes<sup>31</sup>. E mais:

"A estabilidade - e é este o exemplo extremo - não tem outro significado, outro sentido, outra expressão lógica, senão proteger para o futuro os beneficiários dela. Afinal, estabilidade quer dizer permanência no tempo! Logo, se um indivíduo perfaz os requisitos exigidos legalmente para ser estável, assim que venham, por exemplo, fazer novas exigências para sua obtenção. Se uma disposição concessiva de estabilidade não for compreendida como a outorga de garantia de permanência no tempo, não tem como ser compreendida<sup>32</sup> (grifei).

De forma análoga, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembrou que "O princípio da segurança jurídica, que não tem sido incluído nos

<sup>30</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 104/105.

<sup>31</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Mauro Roberto Gomes de Mattos, in *Princípio do fato consumado no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, vol. 220, 2000, pp. 199/200.

<sup>32</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Aplicação da Lei no tempo em Direito Administrativo*, in Revista de Direito Administrativo, vol. 134, 1978, p. 18.


livros de Direito Administrativo entre os princípios da administração pública, foi inserido entre os mesmos pelo artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99. Tal princípio "se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança na interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, **afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior.** Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa". E destaca:

"A segurança jurídica tem **muita relação com a idéia de respeito à boa-fé.** Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado **teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração,** é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, **não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo**"<sup>33</sup> (grifei).

Já Hely Lopes Meirelles ensinara que "O *princípio da segurança jurídica* é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho<sup>34</sup>, um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito. Para Almiro do Couto Silva, um dos temas mais fascinantes do Direito

<sup>33</sup> Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 84/85.

<sup>34</sup> Cf. J.J. Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 384.




Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como **princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança**. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito<sup>35</sup> (grifei).

Para Lucia Valle Figueiredo o princípio da boa-fé guarda estreita simbiose com o da moralidade. Para ela, "O princípio da boa-fé encontra agasalho expresso, isto é, está expressamente mencionado no texto constitucional em seu art. 231, § 6º, como também em diversas leis regedoras da atividade administrativa". Na verdade, diz ela, **"a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa"**. Não poderá a Administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deveras, não poderá a Administração desrespeitar a boa-fé do administrado, não lhe dar importância, ignorá-la<sup>36</sup> (grifei).

Nesse mesmo diapasão, Danilo Knijnik observou ser "preciso proteger a confiança do interessado nas atitudes administrativas", lembrando que "de um ato administrativo eivado de nulidade, possam derivar direitos subjetivos para os administrados, os quais **não são passíveis de simples desconstituição unilateral por parte da administração**". Destacou esse autor que "a fluência de um longo período pode acarretar a perda, por parte da administração, da faculdade de anular o ato". Assim, "o princípio da segurança jurídica, antes de opor-se ao valor justiça - como levianamente se tem afirmado - é já, ele próprio uma forma prática de justiça. Com efeito, seria absolutamente incompatível uma modalidade de segurança jurídica totalmente divorciada das aspirações de uma ordem justa, sob pena de converter-se, ela mesma, na própria insegurança, não querida nem desejada pelo ordenamento. Da mesma forma, **um princípio da legalidade que conduzisse à insegurança jurídica, implicaria de**

<sup>35</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 90/91.

<sup>36</sup> Cf. Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, pp. 52/54.





tal forma na negação de seu substrato histórico e filosófico, que restaria descaracterizado enquanto tal<sup>37</sup> (grifei).

Também digna de nota a lição de Almiro do Couto e Silva, para quem "quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material"<sup>38</sup> (grifei).

Dentre os constitucionalistas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho tem dado grande destaque à idéia de *confiança legítima*. Examinando a doutrina estrangeira mais recente, Ferreira Filho escreveu que "Bertrand Mathieu, jovem e eminente professor da Faculdade de Paris I - *Panthéon-Sorbonne* - analisou em profundidade o tema da segurança jurídica, desdobramento do princípio e direito de segurança *tout court*."<sup>39</sup> Mostra ele que a segurança jurídica tem duas vertentes. Uma, a da 'qualidade do direito'; outra, a 'exigência de previsibilidade do direito'. Registra esse jurista ser este princípio uma criação do direito germânico, adotado pelo direito comunitário e hoje consagrado nos países europeus, sobretudo França e Itália". Assinala:

"O princípio de confiança legítima constitui uma expressão particular da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio de segurança jurídica. Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurada pelo princípio da confiança legítima"<sup>40</sup> (grifei).

<sup>37</sup> Cf. Danilo Knijnik, O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 35, 1996, pp. 241/243, 245 e 247.

<sup>38</sup> Cf. Almiro Couto e Silva, Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo, in Revista de Direito Público 84/46, 1987, pp. 46/47.

<sup>39</sup> Cf. Parecer inédito cedido à subscritora deste parecer. A citação contida no parecer foi extraída do *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 155 e ss.

<sup>40</sup> Cf. op. cit., p. 162.

Invocando a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, lembra o Professor<sup>41</sup> que "O princípio da confiança legítima pode ser invocado quando um 'particular... se acha numa situação a respeito da qual a administração fez nascer esperanças fundadas' ('*espérances fondées*')"<sup>42</sup>. Lembra ainda Ferreira Filho que "Não é diferente o posicionamento de Alessandro Pizzorusso e Paulo Passaglia, abordando o tema do ângulo italiano."<sup>43</sup> Mostram estes que a proteção da confiança legítima (*legittimo affidamento*) tem, no direito italiano, raízes na noção de boa fé.<sup>44</sup>

Tudo isso é aplicável ao termo de ajustamento de conduta porque, por seu objeto, natureza e função, não há como admitir – sem afronta aos princípios aqui examinados – que ele seja, depois de consumado, simplesmente desconsiderado pelo órgão que participou de sua celebração e que medida judicial seja intentada como se nada tivesse ocorrido previamente.

## B) O ELEMENTO SUBJETIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.

### 1) A legitimidade como uma das condições para o julgamento do mérito.

Consoante já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, "embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições da ação por parte do legislador ordinário"<sup>45</sup>. Tais são, como se sabe, as chamadas "condições da ação", que receberam tratamento sistemático na obra de Enrico Túlio Liebman, por este definidas como "condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições

<sup>41</sup> CJCE, 19 de maio de 1983, *Mavridis c. Parlement*, Rec., p. 1731.

<sup>42</sup> *Mathieu*, trab. cit., p. 163.

<sup>43</sup> *Annuaire*..., cit., pp. 215 e ss.

<sup>44</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 215.

<sup>45</sup> Cf. Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, n. 158, p. 259.

1489  
A

22

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência a situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo<sup>46</sup>.

Dentre as assim denominadas condições da ação – ao lado do interesse e da possibilidade jurídica do pedido – encontra-se a **legitimação para agir** (*legitimatío ad causam*). Esta, ainda nas clássicas palavras de Liebman, corresponde à “*pertinência subjetiva da ação*, isto é, a identidade entre quem propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo”. Convém lembrar as palavras do Mestre:


“Como direito de invocar a tutela jurisdicional, a ação apenas pode pertencer àquele que a invoca para si, com referência a uma relação jurídica da qual seja possível pretender uma razão de tutela a seu favor. Já se disse logo acima que o interesse de agir se destina a remover a lesão de um interesse substancial que se diz protegido pelo direito; ele só pode, pois, ser invocado [*fatto valere*] por aquele que se afirma titular do interesse substancial cuja tutela vem pedir em juízo.”<sup>47</sup> (grifei)

Já antes de Liebman, Chiovenda, embora sob ângulo metodológico diverso, observara que a legitimação significa que, “para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e **contrário àquele contra quem se faz valer**. Ou seja, que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação *ativa*), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa que é **contrária a vontade da lei** (legitimação *passiva*)”<sup>48</sup> (grifei).

<sup>46</sup> Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil* (trad. Cândido Rangel Dinamarco), vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1984, n. 74, p. 154.

<sup>47</sup> Cf. op. cit., pp. 157/159.

<sup>48</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil* (trad. J. Guimarães Menegale), vol. I, São Paulo, Saraiva, 1965, n. 39, p. 178.



Entre nós, mais recentemente, Donaldo Armelin definiu a legitimidade – vocábulo que preferiu a *legitimação* – como “qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado”<sup>49</sup>. Daí porque, como desdobramento dessa idéia, não tem o poder de provocar o exercício da jurisdição aquele que, como lembra Cândido Dinamarco, “não tiver interesse substancial nos resultados úteis desta”<sup>50</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, conforme lembra, na doutrina italiana recente, Giovanni Verde, “il problema della legittimazione, quindi, coincide con il problema dei destinatari del provvedimento giudiziale”<sup>51</sup> (grifei). Desse modo, a legitimização se estabelece em relação àqueles que devem “suportar as conseqüências da demanda”<sup>52</sup> (grifei), conforme fórmula empregada, entre nós, por Vicente Greco Filho, ou em relação àqueles que devem se sujeitar aos “efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”<sup>53</sup> (grifei), na linguagem adotada por Arruda Alvim.

## 2) Tutela coletiva (em sentido lato) e os princípios da isonomia, impessoalidade e livre concorrência.

Num contexto concorrencial entre diferentes empresas, a determinação dos legitimados passivos para eventual demanda coletiva (em sentido lato), na qual se busque a imposição de dever que – quando menos em tese – possa atingir a todos eles, é preciso, antes de tudo, considerar a unidade que a atuação de todos esses agentes apresenta na disputa do mercado consumidor. É preciso, portanto e desde logo, considerar a questão à luz dos princípios acima indicados.


<sup>49</sup> Cf. Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, n. 1, p. 11.

<sup>50</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, São Paulo, Malheiros, 1997, n. 278, p. 423.

<sup>51</sup> Cf. Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 192.

<sup>52</sup> Cf. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 69.

<sup>53</sup> Cf. José Manuel de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 337.





Consoante lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, "por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a **impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas**. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, **existindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias**"<sup>54</sup> (grifei).

Assim também Alexandre de Moraes observou que "O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio poder executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, **na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações**". Dessa forma, prossegue o aludido autor, "Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos". Dai concluir que "O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias"<sup>55</sup> (grifei).

Nessa mesma direção, Celso Ribeiro Bastos ensinou que referido princípio "não se limita a proibir desequiparações em função de uns poucos critérios. O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não dê um tratamento razoável, eqüitativo, aos sujeitos envolvidos". Dai concluir que "o cidadão tem o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas

<sup>54</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 18.

<sup>55</sup> Cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 65.

A

mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar<sup>56</sup> (grifei).

Assim também expressiva é a lição de José Afonso da Silva, segundo quem "São inconstitucionais as discriminações não autorizadas. A inconstitucionalidade resolve-se estendendo-se as vantagens e benefícios legítimos aos discriminados que o solicitarem, ou declarando a inconstitucionalidade do ato discriminatório que tenha imposto obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos, discriminando-as em face de outros na mesma situação, que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis"<sup>57</sup> (grifei).

Esse também é o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, a propósito do princípio em tela, já teve oportunidade de decidir que "O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas" (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, AI 207.130-1-SP, DJU 03.04.98; grifei).

Paralelamente ao princípio da isonomia, e por alguns considerado como um desdobramento do mesmo, vigora no sistema o princípio da *impessoalidade*.


Nele, mais uma vez segundo a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, "se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia"<sup>58</sup>.

Também assim Fábio Konder Comparato, segundo quem "Exatamente porque os órgãos administrativos, mesmo da

<sup>56</sup> Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 182/183.

<sup>57</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Manual da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 29.

<sup>58</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 96.

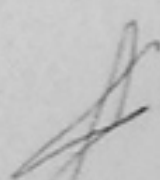


Administração indireta, não podem sobrepor o interesse particular ao bem comum, têm eles o dever constitucional de não estabelecer privilégios ou discriminações em seu relacionamento externo. Da mesma forma que a lei deve ser igual para todos - e a lei, em regime democrático, é, essencialmente, a norma geral emanada do povo, ou de seus representantes legítimos, e dirigida ao povo -, assim também o serviço público ou política administrativa não podem tratar de forma parcial e discriminatória os administrados, clientes ou consumidores<sup>59</sup> (grifei).

Assim também Odete Medauar, para quem "Impessoalidade, imparcialidade, objetividade envolvem tanto a idéia de funcionários que atuam em nome do órgão, não para atender objetivos pessoais, como de **igualdade dos administrados** e atuação norteada por fins de interesse público. Trata-se de ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das decisões administrativas. Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, 'trocós', nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em concursos públicos, licitações, processos disciplinares, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, fazer predominar o sentido de função, isto é, o caráter objetivo nas atuações dos agentes, pois, sob tal enfoque, os poderes atribuídos não se destinam a atender interesses e móveis subjetivos e pessoais; finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais". E, com grande proveito para o caso submetido a consulta, concluiu Medauar:

**"Em situações que dizem respeito a interesses coletivos, ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para evitar decisões movidas por preconceitos e radicalismos**

<sup>59</sup> Cf. Fábio Konder Comparato, Contrato de Associação - Descumprimento do Princípio Constitucional da Impessoalidade da Administração Pública, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 19, 1997, p. 106.



ideológicos ou pela busca de benesses de  
tipos diversos.<sup>60</sup> (grifei)

Tais considerações, por certo, são também aplicáveis ao Ministério Público, ente que integra – sob a ótica da divisão de poderes – o Poder Executivo. Portanto, ainda que o *parquet* tenha inegável e indiscutível liberdade de ação, pautando-se pela independência, dele também é lícito esperar condutas que não traduzam ou que não possam levar a injustificadas discriminações. Vale lembrar aqui a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem, “embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade”<sup>61</sup> (grifei).

Finalmente, em certo sentido também como projeção da igualdade – em seu sentido substancial – vigora entre nós o princípio da *livre concorrência*. Ela, nas palavras de Ana Carolina dos Santos Gatto, seria meio de garantir tanto os direitos do consumidor quanto o direito de igualdade de oportunidades dos agentes no mercado<sup>62</sup> (grifei).

Segundo Eros Roberto Grau, “De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder”<sup>63</sup>. Também assim Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo quem “O princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio”<sup>64</sup>. Dessa forma, prossegue o ilustre constitucionalista, “A menção expressa à livre concorrência


<sup>60</sup> Cf. Odete Medauar, *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 89/90.

<sup>61</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 81.

<sup>62</sup> Cf. Ana Carolina dos Santos Gatto, *A Defesa da Livre Concorrência e a Proteção do Consumidor*, in Revista do IBRAC, n. 1, vol. 8, 2002, p. 258.

<sup>63</sup> Cf. Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 232.

<sup>64</sup> Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 356.





significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, **ela importa na igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros**<sup>65</sup> (grifei).


Esses três princípios – isonomia, impessoalidade e livre concorrência – hão, conforme demonstrado, que ser rigorosamente observados pela Administração e isso se aplica também – e talvez com especial importância – no emprego dos remédios destinados à tutela coletiva (em sentido lato), dada a abrangência dessa forma de atuação estatal e dada a expansão dos limites subjetivos da eficácia da sentença e também da autoridade da coisa julgada, nesses casos.

Embora tenha o Ministério Público – tanto quanto os demais co-legitimados nesse âmbito – liberdade para ir a juízo, não é lícito – não apenas sob a ótica estritamente processual (da legitimação *ad causam* e do litisconsórcio necessário) – que pretenda cindir o que é incidível, dirigindo pleitos a pessoas “eleitas” e em desconsideração a outros que ostentam idêntica situação e que, não apanhados pelas medidas propostas pelo Judiciário, acabam, por vias obliquas, desfrutando de ilegal, injusta e imoral posição de vantagem.

### 3) Continuação: repercussões sobre o litisconsórcio (necessário unitário).

As considerações precedentes – que deram ênfase para a unidade que se estabelece entre todas as empresas que disputam determinado mercado – estão, como se percebe e já se destacou, ligadas à determinação e à natureza do litisconsórcio em demanda coletiva que pretenda regradar a atividade das aludidas pessoas. Por outras palavras, é lícito indagar: *no contexto indicado, quem deve figurar no pólo passivo da relação processual?*

<sup>65</sup> Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 4.



1496  
a

### ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

Como já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, o *litisconsórcio* "é um fenômeno de pluralidade de pessoas, em um só ou em ambos os pólos conflitantes da relação jurídica processual"<sup>66</sup>. A esse propósito, a conjugação de mais de um autor, ou mais de um réu, para litigar em um mesmo processo, pode ter origem em razões de conveniência e economia processual. É o chamado *litisconsórcio facultativo*, em que, de um modo geral, ao autor "cabe deliberar sobre a formação do litisconsórcio ou coligando-se com outro ou outros para propor a ação, ou propondo a ação contra mais de um réu"<sup>67</sup>. Nesses casos, a lei admite como possível (e, às vezes, até recomendável) a união das partes, em qualquer ou em ambos os pólos do processo, mas não impõe - como condição de eficácia da sentença - que assim o seja.

Em casos outros, é a própria lei que determina a obrigatoriedade de que diferentes autores ou diferentes réus sejam reunidos para a propositura da demanda ou para que suportem os efeitos da sentença. Trata-se, aqui, do **litisconsórcio necessário por força de lei**, em que se estabelece, de antemão, todos aqueles que necessariamente deverão compor o processo<sup>68</sup>, independentemente da vontade do autor, ou de quem quer que seja.

E há hipóteses em que, pela natureza da relação jurídica debatida, é necessária a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo. Nas ações que tenham por objeto uma relação plurilateral, ou mesmo nas ações propostas por terceiros que tenham por alvo relações bilaterais ou plurilaterais, a comunhão de interesses que justifica a reunião de pessoas em um mesmo pólo "se **depreende da relação jurídica material posta em juízo**. Quando esta é una e incidível quanto aos sujeitos ativos ou passivos, **todos eles deverão**

<sup>66</sup> Cf. Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cláudio Rangel Dinamarco, **Teoria geral do processo**, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 264.

<sup>67</sup> Cf. José Frederico Marques, **Manual de Direito Processual Civil**, vol. I, Campinas, Bookseller, 1997, p. 353.

<sup>68</sup> Exemplo clássico é o da ação de usucapião de terras particulares, em que o proprietário e todos os confinantes, a União Federal, Estado e Município (e ainda eventuais terceiros e interessados) são chamados a participar (CPC, arts. 942 e 943). É como se dá também nas hipóteses do art. 10, par. Único, do CPC, em que marido e mulher devem ser citados como litisconsortes. Ou, ainda, os credores, que devem participar todos do processo de insolvência civil (CPC, arts. 761 e 762) e os juízos divisórios (CPC, arts. 946, 952 e 999).

1497  
A

30

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

*Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo*

necessariamente participar da relação processual, porquanto a sentença a todos atinge<sup>69</sup> (grifei).

Nestes casos, devem figurar no processo todos os que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou de uma só obrigação<sup>70</sup>, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida não pelo direito processual, mas pelo direito material em debate, que determina os titulares e os possíveis afetados pela sentença. É a estrutura interna da relação jurídica – um estado jurídico único – formada pela ligação entre várias pessoas, que torna, senão impossível, ao menos ilegítima a formação de um processo em que apenas uma ou algumas delas esteja presente<sup>71</sup>.

O tema, diga-se, foi alvo de estudo pela doutrina italiana, que se apercebeu de que – ao lado dos casos de litisconsórcio designados pela lei – havia outras hipóteses em que era necessário o ingresso de mais de um participante nos pólos do processo, em decorrência das características do direito material controvertido. Nesse sentido, a lição de Carmelutti:

“Manifestamente la soluzione del problema del litisconsorzio necessario non può essere affidata se non all'arbitrium iudicis, il quale, ogni qualvolta tale opportunità si manifesta, possa e debba ordinare l'estensione del processo a soggetti dei rapporti connessi. Per fortuna se la teoria non ha saputo razionalmente chiarire il problema, l'intuizione empirica aveva da tempo suggerito questa soluzione creando accanto al litisconsorzio necessario ex legge il litisconsorzio necessario 'iussu iudicis', altrimenti detto intervento per ordine del giudice, il cui campo d'applicazione però

<sup>69</sup> Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 09.

<sup>70</sup> Cf. Hélio Tornaghi, *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 215.

<sup>71</sup> Cf. Ovidio Baptista da Silva, *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 196.

A

1498  
A

31

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

come si vedrà e assai più vasto di quello  
che fu ora considerato.<sup>72</sup> (grifei)

Mais recentemente, no direito espanhol, Maria Encarnación D'Avila Millan, em trabalho específico sobre o tema, destacou a intrínseca relação entre o direito material e o litisconsórcio necessário, concluindo que o litisconsórcio, "más que una situación exclusivamente procesal **va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida**, es decir, a una cuestión de derecho sustancial y por eso precisamente los códigos procesales aunque se hacen cargo de él, **no formulan a priori, cuáles son los casos en que el litisconsorcio necesario se produce**"<sup>73</sup> (grifei).

É justamente o direito material que, regulando a interação entre os indivíduos, ordena quem compõe e como são formadas essas relações. É, portanto, problema de direito material determinar quando há relações compostas por vários sujeitos, vinculados por obrigações, deveres, faculdades ou direitos de tal forma conexos que não possam ser modificados, extintos ou exercitados sem que produzam efeitos diretos e imediatos uns sobre os outros<sup>74</sup>. Paralelamente, o direito processual, quando estas relações vão a juízo, ordenará a presença de todos os interessados, pois não poderá desrespeitar a determinação que o direito material lhe impõe. E assim é porque o processo atingirá (ou, ao menos, deverá atingir) a todos e frente a todos produzirá seus efeitos<sup>75</sup>.

Assim, sendo muitos os casos em que é necessária a formação do litisconsórcio "pela natureza da relação jurídica", não se aventurou o legislador a defini-los, cabendo ao juiz o exame de cada hipótese que se lhe apresenta, para determinação de qual a relação jurídico-material envolvida e análise da possibilidade - e utilidade -

<sup>72</sup> Cf. Francesco Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1941, p. 259.

<sup>73</sup> Cf. Maria Encarnación D'Avila Millan, *Litisconsorcio necesario - concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 47.

<sup>74</sup> A lição é de Enrico Redenti, na obra *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milão, Giuffrè, 1960.

<sup>75</sup> Sobre o tema, consultar o trabalho de Giovanni Pavanini, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, Cedam, 1948, p. 244.



1999  
A

# ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

de que seja decidida sem a participação de todos seus possíveis afetados<sup>76</sup>.

Além de determinar a presença obrigatória, no processo, de todas os sujeitos envolvidos, a natureza da relação jurídica material posta em juízo traz por consequência a necessidade de que a decisão que venha a ser tomada seja uniforme para todos os litisconsortes. Não apenas necessário, o litisconsórcio também é unitário: a demanda deve ser "decidida de forma idêntica para todos quanto figurem em um mesmo pólo da relação processual"<sup>77</sup>, pois não é possível que se modifique a situação substancial de um dos litisconsortes, sem necessariamente se alterar a do outro.

Jorge Americano, comentando o Código de Processo de 1939, já apontava a existência de casos em que "a decisão deve ser única, a respeito de todos, pois assenta na unicidade do direito que os traz conjugados a juízo"<sup>78</sup> (grifei). Assim também Pontes de Miranda, que destacou a situação em que a sentença tinha de ser uniforme, não cabendo ao juiz dar sorte diferente - no plano do direito material - às partes litisconsorciadas<sup>79</sup>.

Nesse contexto, o direito material cria a unitariedade, no tocante aos direitos e obrigações substanciais dos indivíduos, e essa unitariedade vai se refletir na lide, determinando a formação de litisconsórcio unitário. Naquele plano se estabelece, portanto, não apenas a necessidade de que todos os participantes da relação compareçam ao processo, mas de que a decisão para todos, no tocante

<sup>76</sup> Cf. Guilherme Estellita: "Mas somente pode o Judiciário concluir pela necessidade ou desnecessidade daquela presença descendo à análise da natureza da relação jurídica, examinando-a em sua contextura íntima; verificando em face desta: se podem trazê-la a juízo, um ou algum de seus interessados, ou somente todos eles, conjuntamente; se a obediência à relação pode ser reclamada de um ou de alguns interessados, ou somente de todos eles, reunidos" (Do litisconsórcio no direito brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 342).

<sup>77</sup> Cf. Arruda Alvim, Manual de direito processual civil, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

<sup>78</sup> Cf. Jorge Americano, Comentários ao código de processo civil brasileiro, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 128.

<sup>79</sup> "No litisconsórcio passivo unitário, a sentença tem de ser uniforme: o juiz não pode dar sorte diferente - no plano do direito material - às partes litisconsorciadas" (Cf. Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 35).

1500  
A

33

## ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

a essa relação, seja exatamente a mesma. A incidibilidade da questão jurídica (incindibilidade do direito material) passa a produzir a incidibilidade do processo, e "o que é uno a respeito de mais de uma pessoa não pode judicialmente cessar ou modificar-se senão a respeito de todos os interessados"<sup>80</sup> (grifei).

O pedido que se faz e os efeitos buscados com relação a um dos litisconsortes, de igual modo - e com igual eficácia - deve ser feito para os outros, o que levou a doutrina ao entendimento de que, nestas hipóteses, se está diante não de um cúmulo subjetivo de demandas, **mas de uma ação única, que somente pode ser exercida em face de todos os envolvidos.** Apesar da pluralidade de pessoas interessadas como autores ou réus, estes e aqueles surgem como partes únicas, tal como se fosse o caso de um processo simples, com um só autor e um só réu<sup>81</sup>.

A questão, posta dessa forma, situa-se no terreno da **legitimação para agir** (ou legitimidade das partes) necessariamente abrangente dos titulares da relação jurídica que se pretende deduzir em juízo<sup>82</sup>. Na esteira do pensamento de Enrico Redenti, se a relação substancial que se forma é única para vários sujeitos, as modificações que porventura forem nela operar, para serem eficazes, devem se estender para todos. Por esse motivo, a legitimação para tratar dessas mudanças (quer no pólo passivo, quer no pólo ativo da relação processual) **pertence conjunta - e não separadamente - a todas aquelas pessoas**<sup>83</sup>. E, ainda por esse motivo, não pode o juiz se pronunciar sobre essas eventuais modificações, sem provocar efeito

<sup>80</sup> Cf. Gabriel de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 258.

<sup>81</sup> Entre nós, Lopes da Costa (*Direito processual civil brasileiro*) e Cândido Dinamarco (*Litisconsórcio*) trataram da consideração - no litisconsórcio necessário unitário - das partes consorciadas como se fossem um "todo monolítico", na feliz expressão de Dinamarco. No direito estrangeiro, Niceto Alcalá-Zamora Y Catillo (*Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, vol. I) consideram a necessidade de se tratar os litisconsortes necessários unitários como se formassem um bloco (bloque). A idéia, sempre, é a da indivisibilidade e inseparabilidade dos direitos e obrigações a eles referentes.

<sup>82</sup> Essa era a idéia de Chiovenda (cf. seu *Sul litisconsorzio necessario - Saggi di diritto processuale civile*), e, mais recentemente, Andrea Proto Pisani (*Opposizione di terzo ordinaria*).

<sup>83</sup> Cf. Enrico Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milão, Giuffrè, 1960, p. 5.

1501  
24

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

direto e imediato sobre todas aquelas pessoas<sup>84</sup>. Daí porque, se as partes da pretensão que se busca, segundo o esquema abstrato traçado na lei, são duas ou mais de duas, todas devem participar do processo:

“Vi sono però dei casi nei quali il provvedimento giurisdizionale al quale tende l'azione (quid petitionis), per sua stessa natura o per espressa disposizione di legge, non può essere pronunciato se non con effetti diretti ed immediati per più di due soggetti. Allora anche lo schema dell'azione deve designare come legittimati tutti quanti costoro. Veniamo così ad avere degli schemi di azioni con pluralità di parti (contrapponendo qui la pluralità alla dualità) ed anche la corrispondente azione-pretesa non si può concepire se non come pretesa concernente più di due parti.

(...)  
Se qualcuno pretenda farsi luogo all'annullamento o alla risoluzione o rescissione di un contratto sociale o comunque polilaterale, non può avanzare tale pretesa se non in confronto di tutti i contraenti (artt. 1420; 1446; 1459 ecc. Cod. Civ.) e così di seguito. In tutti questi casi il giudice non può provvedere sulla domanda (azione-pretesa) se non in quanto tutti i soggetti attivi e passivi dell'azione-pretesa partecipino o siano stati chiamati a partecipare al processo' (...) questa è una conseguenza logica, naturale necessaria e di tutta evidenza del principio del contraddittorio.  
(...)

<sup>84</sup> Essa, ademais, é a própria idéia da legitimação passiva, que pertence, segundo lição de Liebman, ao titular do interesse oposto, isto é, aquele sobre o qual o provimento pedido deverá produzir os seus efeitos, ou sobre quem deverá operar a tutela jurisdicional invocada pelo autor (Cf. Manual de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 159).

1502  
A

35

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

In conclusione: quando le parti dell'azione pretesa, secondo lo schema legale al quale si informa, sono due, abbiamo visto che debbono partecipare al processo ambedue; se sono più di due, per identità di ragione, devono pur sempre participarvi tutti quanti sono.<sup>85</sup> (grifei)

Chiovenda, em suas *Instituições*, abordou a questão da impossibilidade de desconstituição de uma relação jurídica sem que todos os nela envolvidos estejam presentes:

"Quando, ao contrário, a ação tende a mudança de uma relação ou estado uno, não se pode propor senão em face de todos os participantes da relação ou estado; porque o que existe como unidade composta de vários, não pode deixar de existir como unidade senão relativamente a todos: a sentença que opera a mudança (sentença constitutiva, adiante 8§) deve operá-la para todos os componentes; de outro modo *inutiliter datur*."<sup>86</sup> (grifei)


Enrico Tullio Liebman chegou à mesma conclusão, afirmando que a "ação, única, tem cabimento apenas conjuntamente contra os vários legitimados passivos necessários, e isso quer dizer que não tem cabimento só contra um ou alguns deles (um bem pertencente a três pessoas não pode ser dividido entre duas delas apenas); movida a alguns, a ação não poderá ser julgada pelo mérito e a rigor deveria, mesmo de ofício, ser declarada inadmissível"<sup>87</sup> (grifei).

Entre nós, Ovidio Baptista da Silva afirmou ser a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário uma

<sup>85</sup> Cf. Enrico Redenti, *Diritto Processuale Civile*, vol. II, Milão, Giuffrè, 1957, p. 9.

<sup>86</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 39, p. 261. A citação, importante observar, insere-se em passagem dedicada ao estudo da legitimação para agir.

<sup>87</sup> Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 106.





1503  
a

36

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

questão de *legitimitio ad causam*, "sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus integrantes é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, sob a consideração de que a lide é igualmente una e única"<sup>88</sup> (grifei).


A invalidade da sentença proferida sem a presença de todos os litisconsortes necessários decorre da impossibilidade "quase mecânica" de produzir efeitos unicamente quanto a um dos sujeitos ignorando a situação, que continua válida e produzindo efeitos, daqueles que não participaram do processo. A ofensa atingiria, talvez até mais do que o processo, a própria relação de direito material<sup>89</sup>.

"No sistema de nosso direito isto não é possível em si mesmo e, segundo penso, até mesmo por uma impossibilidade quase mecânica, nem mesmo pode ser concebida abstratamente. Com efeito, uma sentença de anulação ou divisão porventura pronunciada (superada que fosse essa impossibilidade mecânica) perante apenas um dos cônjuges ou perante apenas algum dos condôminos, seria por sua natureza *inutiliter datus* e portanto nem mesmo as partes podem pedir e nem o julgador pode considerar-se autorizado a proferir uma sentença inútil, já que tal provimento seria nulo por ausência absoluta de legitimação das partes e do órgão jurisdicional."<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 214.

<sup>89</sup> "Muda, porém, o problema no caso do litisconsórcio unitário. Aqui, a invalidade ou ineficácia da sentença não irá decorrer diretamente da ofensa a um determinado dispositivo da lei processual e sim da natureza una e única da relação de direito material, controvertida no processo. (...) a sentença produzida, num processo em que não forem citados todos os litisconsortes, antes de produzir ofensa à lei, representa uma violação da própria relação de direito material, só indiretamente ofendendo a lei ou algum princípio processual" (Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 212).

<sup>90</sup> Cf. Enrico Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milão, Giuffrè, 1960, p. 13.



Então, unindo as considerações feitas neste tópico e as constantes do precedente, o que se tem é o seguinte: admitir-se a demanda em face de um dos agentes econômicos que atuam em certo segmento e não dos demais (embora todos sujeitos a uma só - monolítica e unitária - disciplina legal) é desconsiderar a unidade estabelecida no plano substancial e, assim, **violar - ainda que por vias reflexas - os princípios da isonomia e da livre concorrência.**

Pior do que isso, sob o prisma jurídico e também ético, o exercício assim incompleto da ação civil pública fatalmente leva à quebra da **impessoalidade** que há de presidir a atuação estatal, dando azo à cogitação de que a medida poderia ser direcionada de forma propositadamente limitada, quiçá até mesmo com propósitos ideológicos: por que admitir que a demanda teria seja endereçada a apenas um - dentre vários - dos agentes econômicos que atuam em um dado segmento regulado?

Dai se conclui que o autor da ação civil pública, em casos marcados pela unitariedade no plano material, não pode simplesmente escolher algumas empresas que adotam esta ou aquela prática comercial - o que vale especialmente quando legitimado é o Ministério Público, a quem precisamente incumbe fiscalizar a aplicação da lei. Admitir que essa opção seja feita sem critério racional ou jurídico é violar os princípios já mencionados.

### **C) EXAME DO CASO SUBMETIDO A CONSULTA.**

O exame supra enunciado já foi feito, parcial e inevitavelmente, quando da exposição das teses de direito pertinentes à situação exposta.

Do relato inicial extrai-se, em primeiro lugar, ser fato incontroverso o de que a Consulente que celebrou com a Procuradoria da República do Estado de São Paulo um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo qual assumiu a obrigação de comercializar brinquedo destinado ao público infantil de forma separada do produto denominado "McLanche Feliz". Nesse mesmo pacto, o Ministério Público Federal se comprometeu a não ajuizar ação civil pública que tivesse por objeto referida prática comercial.

Também é fato não sujeito a controvérsia o de que a obrigação assumida pela Consulente no aludido termo foi devida e integralmente cumprida. Para além dos atos que se seguiram ao pacto e a comprovação - mês a mês - da observância de seus termos, os próprios termos da propositura da demanda pelo Ministério Público são o reconhecimento claro daquele fato: em nenhum momento o autor alegou descumprimento das obrigações assumidas pela Consulente; tanto que o pedido deduzido não foi para dar cumprimento ao que antes se avençara, mas sim para se impor obrigação (diametralmente) diversa daquela que fora precedentemente assumida.

Foi assim que, no ato de promoção de arquivamento de inquérito civil, ficou expressamente registrado o fiel cumprimento do TAC pela Consulente, com a anotação da boa-fé da Consulente na demonstração do atendimento ao compromisso assumido e a plenitude das possibilidades de fiscalização sobre as práticas comerciais em questão.

Foi então que o Ministério Público, simplesmente desconsiderando o que antes fizera, ajuizou demanda na qual buscou o reconhecimento da ilicitude da prática comercial adotada pela Consulente - e pelas demais corrés - consistente na venda de brinquedos e de surpresas em promoções de lanches voltados ao público infantil; exatamente o que fora objeto do precedente termo de ajustamento de conduta, devidamente observado e cumprido pela Consulente.

Ora, conforme exposto à saciedade, o termo de ajustamento de conduta tem natureza de típica transação. Seus termos vinculam as partes e, mais do que isso, sua celebração - observado o respectivo objeto - é forma de superação da controvérsia, equiparável à solução estatal imutável. Portanto, aquilo que fora antes avençado e cumprido não poderia, como de fato não pode, ser desconsiderado pelo Ministério Público, sob pena de, a um só tempo, violarem-se as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como os princípios - de igual envergadura - da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima, examinados à saciedade; sem falar na negativa de vigência às regras legais que disciplinam o ajustamento de conduta.




No caso sob exame, o Ministério Público não foi capaz de indicar uma só imperfeição formal que pudesse, em tese e para argumentar, invalidar o pacto lícitamente celebrado. Tampouco se cogitou de fatos ou fundamentos supervenientes, que pudessem alterar o estado de coisas vigente quando da celebração do acordo. E nem mesmo o argumento de que as práticas adotadas violariam a legislação de proteção à criança, de tutela ao consumidor, de prevenção de doenças e de vigilância sanitária no Brasil pode ser aceita. Ainda que isso tudo seja relevante, é inegável - e seria irresponsável supor algo diverso - que tais aspectos já foram considerados quando da celebração do tantas vezes mencionado termo de ajustamento de conduta. Portanto, na linha das reiteradas lições doutrinárias colacionadas, todas essas questões ficaram superadas - legitimamente, diga-se - pela celebração do pacto, que produz autêntica eficácia preclusiva a impedir sua rediscussão.

Ora, diante do reconhecimento pelo próprio Ministério Público de que as obrigações assumidas foram cumpridas, revela-se atentatória ao Direito e à Ética a propositura da demanda. Conforme se teve oportunidade de demonstrar, é reiteradamente reconhecida em doutrina a vinculação da Administração a suas próprias decisões, do que resulta a estabilidade das decisões tomadas, ao mesmo tempo em que elas são colocadas a salvo de alterações injustificadas, restando imunizadas.

Tal estabilidade, como visto, é essencial ao funcionamento do poder do Estado. Desconsiderar essa estabilidade e essa imunização é, a um só tempo, atentar-se contra os princípios de segurança, boa-fé e confiança legítima, em desprestígio notório do próprio Estado, dado o grave conflito entre manifestações oriundas de uma mesma vertente de seu poder. Nessa medida, aliás, não há como deixar de registrar que atos violadores aos princípios que regem a Administração, em tese, configuram atos de improbidade administrativa, nos precisos termos do art. 11 da Lei 8249/92.

Nesse contexto, a celebração e cumprimento das obrigações firmadas no termos de ajustamento de conduta poderiam até ser qualificadas como fatores a determinar a carência de ação por falta de interesse de agir, pela falta de adequação do provimento jurisdicional. Contudo, parece mais correto afirmar que a precedente transação leva à improcedência da demanda no tocante à Consulente porque, na





**ADA PELLEGRINI GRINOVER**  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

verdade, o que se está a fazer é rejeitar o pedido. Assim, proferindo-se sentença de mérito, ela será apta à formação da coisa julgada material e, espera-se, colocará definitivamente um fim na incerteza gerada pelo Ministério Público.

Mas, ainda que, por argumentação, o óbice do precedente termo de ajustamento de conduta pudesse ser superado, seria - como de fato é - inadmissível que apenas a Consulente e mais duas empresas tenham sido guindadas ao pólo passivo da demanda, quando é notório que o objeto da demanda, por seus próprios termos, diz respeito a outras empresas que, valendo-se de práticas iguais ou análogas, disputam um mesmo mercado; empresas que, justamente por essa última circunstância, compõem um todo indivisível, a impor tratamento uniforme para todas elas, sob pena de violação à isonomia, à impessoalidade e à livre concorrência.

Esse aspecto, aliás, já foi percebido pela decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada. Ao destacar que a proibição de comercialização de brinquedos por parte das rés implicaria a absorção, por parte do Estado, da responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, o magistrado oficiante bem ponderou que a oferta de brindes e brinquedos para estimular o consumo de seus produtos no público infantil é prática usual e não-exclusiva das requeridas. Como disse Sua Excelência, conquanto seja imprescindível o resguardo dos direitos da criança, a contenção publicitária dirigida ao público infantil deve "decorrer da regulação de todo o segmento publicitário e não de ordens de abstenção dirigidas somente às rés". Portanto, o caráter unitário da situação jurídica foi bem apanhado pela decisão que corretamente negou a antecipação pretendida.

Apenas exemplificativamente, no segmento em que atuam a Consulente e as corrés, adotam práticas comerciais iguais ou semelhantes as empresas Habib's, Giraffa's, Pizza Hut, Gordão Lanches e Vivenda do Camarão. Todos são restaurantes e também comercializam ou distribuem brinquedos e surpresas. Aliás, ao que consta, desses nem todos disponibilizam ou comercializam os brinquedos e surpresas separadamente. Já em relação às empresas de outros segmentos, podem ser lembradas as empresas Kraft (ovos de páscoa), Ferrero Rocher (chocolates, kinder ovo) e Pepsico (salgadinhos Fandangos, Batatas Ruffels, Doritos, etc).



7508

42

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**


Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

Com efeito, todos quantos atuam no segmento em tela ou que, mesmo fora daí, adotam expedientes como o que é objeto da ação civil pública, são destinatários de decisões que imponham limitações ou que permitam práticas comerciais comuns a tais agentes. Tais pessoas, portanto, compõem uma relação incidível e monolítica. Não se pode alterar a regulação para um sem alterar para todos. Daí a existência de um litisconsórcio necessário unitário entre todos os agentes que se ajustam na descrição contida na inicial, como é o caso da Consulente.

Ora, à toda evidência, pretender impor somente à Consulente e apenas duas outras empresas os deveres e ônus constantes dos pedidos iniciais é quebrar o necessário tratamento isonômico entre todos os agentes que atuam no mercado e que concorrem com a Consulente, violando-se também a liberdade de concorrência. Nesse particular e como já foi dito, o provimento invocado pelo Ministério Público não apenas não atingirá o objetivo pretendido, como ainda imporá uma situação claramente desfavorável à Consulente. Repita-se: de nada adiantará regular a questão para a Consulente, se não se regular a questão para todos, rigorosamente todos aqueles que atuam no mercado em questão.

Finalmente, e sem que isso represente qualquer mácula em relação ao demandante, é inegável que a "eleição" da Consulente para figurar isoladamente no pólo passivo da demanda sugere quebra do princípio da impessoalidade: quais as razões jurídicas para que a demanda tenha sido endereçada a apenas alguns - dentre vários - dos agentes econômicos que atuam no segmento de refeições rápidas? Por que exigir apenas da Consulente e de mais duas pessoas que adotem as condutas descritas na inicial?

Não havendo razão jurídica ou lógica para tal discriminação, a conclusão, por mais esse fundamento, é de que o pleito não pode ter seqüência. O emprego da ação civil pública não pode se sujeitar ao risco de tal desprestígio, pela seriedade e pela dimensão que ostenta. Na tutela coletiva, para lembrar as palavras de Odete Medauar, já invocadas, "a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para evitar decisões movidas por preconceitos e radicalismos ideológicos ou pela busca de benesses de tipos diversos". No caso



dos autos, a iniciativa do Ministério Público em buscar o bem-estar do consumidor só merece encômios. Contudo, é preciso adotar os caminhos certos, promovendo-se a demanda em face de todos quantos devem ser demandados e não se investindo contra poucos - supostamente os mais fortes - dos sujeitos que atuam no mercado, por motivos que não se podem alcançar.

Sendo tudo isso certo, a falta de observância do litisconsórcio necessário acima destacado, se for o caso, haverá que se resolver na extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC. Tal solução, frise-se, só terá lugar se, antes, não puder o mérito ser resolvido em favor da Consulente, julgando-se improcedente a demanda pela precedente celebração e cumprimento da transação na forma supra alvitada. Tal se justifica diante da regra contida no parágrafo 2º do art. 249 do Código de Processo Civil, segundo o qual "Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

## RESPOSTAS AOS QUESITOS

1 - Qual a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta?

R. Como demonstrado no corpo do parecer, referido termo tem natureza de verdadeira transação e, como tal, equipara-se à sentença estatal transitada em julgado. Nos limites do respectivo objeto e respeitada a respectiva licitude, a celebração desse pacto gera eficácia preclusiva e afasta qualquer possibilidade de discussão de seus termos.

2 - No caso submetido a consulta, há identidade entre os objetos do ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Federal, de um lado, e ação civil pública por esse promovida, de outro lado?

R. - Sim, há perfeita identidade. A mesma prática comercial que foi objeto da transação firmada entre as partes embasou a demanda ajuizada pelo Ministério Público, sem o acréscimo de qualquer fato ou fundamento novo. Também não houve qualquer alegação de vício que pudesse macular a validade do ajustamento.



1570  
A

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**  
*Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo*

3 - As obrigações assumidas pela Consulente no aludido pacto podem ser tidas como cumpridas?

R. - Sim. O cumprimento foi devidamente comprovado pela Consulente e, a rigor, reconhecido pelo Ministério Público, quer na promoção de arquivamento na fase administrativa, quer mesmo quando da propositura da demanda, oportunidade na qual não se cogitou de pedir o cumprimento do quanto se avençara, mas se pretendeu a imposição de obrigação oposta ao antes ajustado.

4 - O cumprimento das obrigações, por parte da Consulente, impede pretenda o Ministério Público condenação com base nos mesmos fatos que foram objeto do termo de ajustamento de conduta?

R. - Sim. A pretensão deduzida esbarra nas garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, tendo em vista a natureza do termo de ajustamento de conduta, conforme já examinado. Além disso, a pura e simples desconsideração do precedentemente ajustado caracteriza violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima, cuja observância cabe primeiramente ao próprio Ministério Público. Tudo isso leva à improcedência da demanda em relação à Consulente.

5 - Afigura-se juridicamente possível ajuizar a demanda apenas em face de algumas das empresas que atuam no segmento de mercado descrito na inicial e que adotam as práticas comerciais agora recriminadas pelo Ministério Público?

R. Não. Conforme exposto e demonstrado no corpo do parecer, a situação substancial entre as empresas concorrentes num mesmo segmento se afigura una e indivisível. A eleição de apenas três empresas não se compadece com os postulados da isonomia, impessoalidade e livre concorrência.

6 - Há litisconsórcio necessário, pela unitariedade, entre as empresas que atuam no referido âmbito?

R. Sim. Devendo a relação material ser tratada de modo uniforme para todos seus protagonistas, o caráter unitário dita a necessidade do litisconsórcio passivo. Caso não seja antes decretada a



151  
A

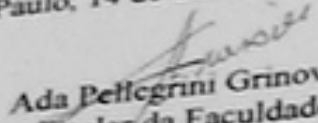
**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

improcedência do pedido em relação à Consulente (CPC, art. 249, parágrafo 2º), a falta deverá ser sanada na forma do disposto no art. 47, parágrafo único do CPC, sob pena, ai sim, de extinção do processo sem julgamento do mérito.

É o parecer

São Paulo, 14 de dezembro de 2009.



Ada Pellegrini Grinover  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
 Professor Emérito e Titular (aposentado) de Direito Constitucional  
 da Faculdade de Direito da USP

PARECER

I. A Consulta.

1. Os eminentes advogados Drs. Maximilian Fierro Paschoal e Pedro Paulo Barradas Barata, de Pinheiro Neto - Advogados, honram-me com uma consulta, com pedido de parecer.

Nela, solicitam a:

Elaboração de parecer jurídico a respeito dos aspectos de Direito Constitucional relacionados à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra nosso cliente McDonald's e outras duas redes de fast food, pretendendo a proibição da venda de brinquedos nos estabelecimentos comerciais dessas

Esclarecem que:

"em 2.3.2006 o McDonald's firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Federal por meio do qual se comprometeu a vender brinquedos em seus restaurantes, independente da aquisição, pelo consumidor, do produto denominado "McLanche Feliz".

Ainda assim, em 6.3.2009 o Ministério Público Federal encaminhou uma "recomendação" ao McDonald's, nos autos de um procedimento instaurado contra duas outras redes de fast food - Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. ("Burger King") e Venbo Comercio de Alimentos Ltda. ("Bob's") - determinando a interrupção da venda de brinquedos nos restaurantes dessas empresas.

Em 18.3.2009, o McDonald's respondeu a essa "recomendação" informando que não deixaria de comercializar brinquedos em seus restaurantes porque (i) não existe qualquer dispositivo legal que impeça a venda de brinquedos em restaurantes; (ii) o McDonald's também comercializa alimentos que não apresentam altos teores de açúcar, sal, gorduras saturadas e gordura trans, e que, portanto, não podem ser considerados menos saudáveis, segundo os critérios adotados pelo Ministério Público Federal; (iii) os consumidores do McDonald's podem adquirir o brinquedo independentemente da aquisição de qualquer alimento; bem como (iv) o próprio Ministério Público Federal concordou com a venda de brinquedos pelo McDonald's ao firmar o Termo de Ajustamento de Conduta de

despeito de o McDonald's ter requerido expressamente a designação de audiência para discussão do caso, o Ministério Público Federal julgou ação civil pública contra o McDonald's, o Burger King e o Bob's, pleiteando que as três empresas fossem proibidas

das de comercializar brinquedos em seus restaurantes."

Informam, ademais, que a ação está em curso, havendo sido, todavia, indeferida a antecipação de tutela pleiteada.

Enfim, concluem:

"Considerando todo o histórico narrado e a reprodução dos autos que segue anexa, solicitamos a elaboração de parecer jurídico que aborde as seguintes questões, sem prejuízo daquelas que o Professor entenda pertinente serem analisadas com relação ao caso:

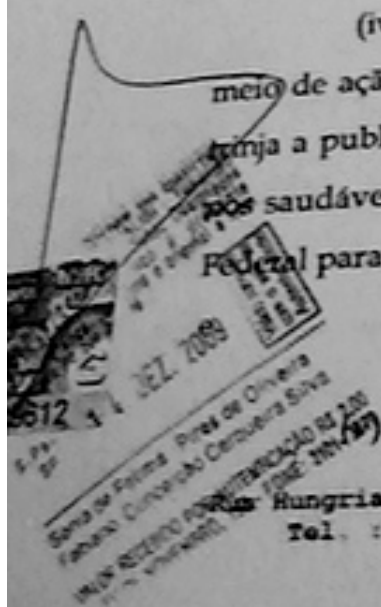
(i) A impossibilidade de o Poder Judiciário proibir as empresas de comercializarem produtos lícitos (brinquedos), à luz do princípio da legalidade, já que não há lei que vede a comercialização de brinquedos e alimentos em um mesmo estabelecimento;

(ii) A violação princípio da livre concorrência;

(iii) A violação ao princípio da livre concorrência, já que apenas os três Réus ficariam impossibilitados de comercializar brinquedos, enquanto diversos outros agentes do mesmo segmento de mercado poderiam continuar adotando essa prática, com evidente vantagem competitiva;

(iv) A impossibilidade de limitação da publicidade por meio de ação judicial, já que não há lei em sentido estrito que restrinja a publicidade de brinquedos ou alimentos considerados "menos saudáveis", como exigido pelo artigo 220, § 4º, da Constituição Federal para produtos mais perigosos ou nocivos aos consumidores;

A violação ao artigo 227 da Constituição Federal, na





medida em que a ação pretende imputar aos Réus toda a responsabilidade pela alimentação de crianças e adolescentes, ignorando o importante papel desempenhado pela família e pelo Estado, conforme mencionado, inclusive, na decisão liminar que indeferiu a antecipação de tutela."

### II. Considerações gerais.

2. Depreende-se, em síntese, da consulta e da documentação fornecida, que o Ministério Público Federal postula do Judiciário, por meio de uma ação civil pública, a proibição da comercialização de brinquedos em determinados estabelecimentos fornecedores de fast food. Isto ele o faz, segundo pretende, em vista do interesse na preservação da saúde da criança, ameaçada, segundo entende, não pelos brinquedos, mas pela alimentação "nociva" que servem os estabelecimentos de fast food, propiciaria e que esse comércio estimularia.

O pedido, portanto, solicita no fundo uma providência - a proibição do comércio de brinquedos em estabelecimentos de fast food - visando a um bem - a saúde da criança - que não é diretamente afetada pela comercialização a ser vedada.

Tal pedido mostra que o Ministério Público pre-Judiciário um provimento de natureza administrativa, portanto de competência do Executivo, sem arrimo em

lei - que não invoca - portanto, desprezando o princípio de legalidade que manifesta o Poder Legislativo.

3. Mais, propugna por uma proibição que o ente estatal, competente constitucional e legalmente para fazê-lo, não expediu.

Com efeito, não se pode ignorar que, na organização estatal brasileira, existe um sistema administrativo de proteção da saúde que avalia se alimentos são, ou não, prejudiciais à saúde. Assim, é esquecida, indo-se diretamente ao ponto, da existência da ANVISA que tem competência legal para avaliar os alimentos e proibir os nocivos. Mais ainda, pretende, com base em dados de uma ONG, condenar como nocivos alimentos que a ANVISA não considera tais.

4. Diga-se de passagem não haver, na peça exordial qualquer demonstração objetiva da ligação entre a comercialização de brinquedos e o consumo de alimentos "nocivos", com a pressuposição - implícita, mas claramente discernível de que toda a alimentação oferecida pelos "fast foods" é nociva (mesmo se for uma fruta ou uma salada...). Sim, porque os fornecedores de fast food não utilizam apenas esse tipo de alimentos, mas também

para evitar o uso repetido da locução estabelecimentos de personalizar esses estabelecimentos, tal qual se faz na linguagem, como fast foods.

Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

157  
a

PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
Professor Escriba Titular (aposentado) de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da USP

outros que não se enquadram nesse rol e não são suspeitos de nocividade.

5. Esta ação civil pública, além dos aspectos que os quesitos levanta, suscita alguns questionamentos de significação básica para a ordem jurídica brasileira. Se transcendem ao caso em debate, não deixam de constituir premissas fundamentais da resposta aos quesitos.

Tais elementos, com efeito, estão no cerne do sistema constitucional brasileiro.

Deles, o primeiro, sem dúvida, é a **essência do Estado democrático de Direito**, que tem como princípio primordial - o **princípio de legalidade**. Outro, intimamente ligado ao primeiro, é a **separação dos poderes**. E, deste ponto, um aprofundamento necessário concerne ao  **papel do Judiciário**, o que não se completa sem o exame da função do Ministério Público e do instrumento que é a ação civil pública.

Com base nessas linhas fundamentais, cabe, a seguir, examinar o problema que está no âmago da consulta: - **a saúde alimentar**, especialmente a competência para protegê-la.

Estes temas serão sucintamente estudados nas páginas seguintes.

14 DEZ 2008  
PROFESSOR MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
RUA HUNGRIA, 664 - SÃO PAULO - SP

estudo será feito, tendo em vista o princípio de unidade da Constituição, que impede se pincem

Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278





PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
Professor Emérito e Titular (aposentado) de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da USP

12. Nenhuma delas é irrelevante para o estudo em te-

8. O Brasil é um Estado democrático, portanto, um Estado em que o povo - o soberano - governa, portanto, um retamente ou por meio de representantes eleitos. Não é outra coisa o que decorre do Parágrafo Único desse mesmo art. 1º, verbis:  
"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

Assim sendo - sublinhe-se - a governança, quando não exercida diretamente pelo povo, deve sê-lo necessariamente por representantes seus, por ele eleitos. A governança ordinária, portanto, porque o exercício direto é excepcional dadas as condições do Estado contemporâneo, não cabe senão aos eleitos pelo povo, os representantes do povo. Ora, como é notório, somente são eleitos, no Brasil, os chefes do Executivo - federal, estadual, distrital, municipal - e os integrantes do Legislativo - senadores e deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais, vereadores. Outras autoridades, por relevante que seja o seu papel, não são governantes. Em consequência não lhes cabe formular a orientação política o indirizzo governativo - de que falam os autores É a estes que compete a apreciação e a inte-

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA  
1519  
A  
1987  
10/10/87  
10/10/87

PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
Professor Emérito e Titular (aposentado) de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da USP

gração das políticas que, em síntese, constituem a política pública. Política pública que, por definição, visa ao interesse geral, o bem comum.

9. Sendo um Estado democrático, o Brasil é também um Estado de Direito, distinção feita *ad argumentandum*, eis que não se pode aceitar seja um Estado democrático um Estado que não seja um Estado de Direito.

A noção de Estado de Direito tem mais de dois séculos e é bem conhecida, ao menos de todo operador do Direito. Consiste, de modo genérico, no "governo de leis, não de homens", como enuncia o art. 30 da Constituição do Massachussets. Ou seja, um governo que atua segundo normas gerais, estabelecidas sem acepção de pessoas ou causas, sob o controle de órgãos judicantes imparciais. Governo este que naturalmente se estrutura segundo o princípio da separação dos poderes.

Desdobra-se em três princípios: o princípio de legalidade, o princípio de igualdade e o princípio de justicialidade.<sup>3</sup>

10. O primeiro princípio seu é, pois, o princípio de legalidade. Este, já enunciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 5º), está expresso na Constituição vigente, no art. 5º, II:

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278  
14 DEZ 2008

Remeto a meu livro **Estado de Direito e Constituição**,  
São Paulo, 4ª Ed., 2007.  
Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Merece realce a triplice significação deste princípio. É ele um princípio de liberdade e de segurança para o povo, um princípio de limitação para o Poder (com o que serve para resguardar a liberdade e a segurança de todos os cidadãos).

**Princípio de liberdade** ele o é, porque deixa o indivíduo livre quanto a tudo aquilo que não proíbe ou não comanda a lei. **Princípio de segurança**, porque exclui o arbítrio da autoridade, já que esta fica adstrita aos limites postos pela lei: a autoridade não pode atuar senão **sub lege** (conseqüentemente **princípio de limitação da autoridade**).

11. O constitucionalismo clássico via na lei a "expressão da vontade geral", o conceito essencial da visão rousseauiana da democracia. Com isto, queria salientar que, por sua vocação, é ela voltada para o interesse de todos.

Reserva, ademais, sua edição a um Poder específico, dos três que consagra a doutrina também clássica da separação dos poderes: o Poder Legislativo. Não admitia que o Poder usurpasse essa função.

evolução dos tempos certamente fez do Executivo, com a sua autoridade, o formulador da maioria das leis (pela

14 DEZ 2008  
BIBLIOTECA DE DOCUMENTOS  
DEPARTAMENTO DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO  
RUA HUNGRIA, 664, 9º, 91/92 - SÃO PAULO - CEP 01455-904  
TEL.: (011) 3812.1588 - FAX: (011) 3814.0278





Inabolível, torna a Constituição a separação dos poderes, porque a considera, sem dúvida alguma, o cerne da estrutura governamental brasileira.

Que significa isto?

14. Não é necessário analisar o assunto, remontando às lições de Locke, nem às de Montesquieu. Igualmente, não é preciso discutir a natureza específica das pretendidas três funções. Também, narrar a mudança que hoje está na obra dos constitucionalistas. Mas ouse se insistir no óbvio, demonstrado pela Constituição vigente, a separação dos poderes não morreu.

Basta apontar que a separação importa nalguns pontos que não mudaram e estão em nosso sistema constitucional:

1º) O poder do Estado é dividido quanto a seu exercício entre três Poderes, isto é, entre três conjuntos de órgãos de igual hierarquia;

2º) Estes Poderes são, como está no texto brasileiro, independentes entre si, contudo devem atuar harmonicamente;

3º) Em linhas gerais, um deles é especializado na criação, outro na administração, um terceiro na juri-



Faculdade de Direito  
Rua do Lagoa, 664 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel.: (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

4\*) Tal especialização não é absoluta, - nem jamais o foi<sup>4</sup> - visto que, **excepcionalmente** (e aqui o ad-  
verbo não é acessório), um Poder pode exercer função  
própria de outro.<sup>5</sup>

5\*) Ela é, todavia, **ela definida pela distribui-  
ção de competências adotada pela Constituição**. Este, em  
termos práticos, é o ponto decisivo.

Acrescente-se que, no tempo e no espaço, esta  
distribuição variou, especialmente quanto a decisões mais  
delicadas que são fortalecidas por um certo consensus en-  
tre Poderes.<sup>6</sup> De modo geral, porém, ao Legislativo sempre  
incumbiu e incumbe a legiferação, ao Executivo, a admi-  
nistração, ao Judiciário, a jurisdição. Isto, aliás, não  
é inócua, quando, no eventual silêncio da Constituição,  
se tem de indagar a quem cabe praticar um ato inerente a  
determinada função.

### C) O poder do Judiciário na Constituição brasi- leira.

15. Dos três Poderes, o que está em causa no caso  
em debate é o Judiciário, pois dele é que se reclama, no  
caso em tela um provimento. Torna-se útil, portanto, de-  
dicar-lhe uma atenção mais detida. Sobretudo, quanto ao

clássica das doutrinas. Montesquieu combinava, na elaboração  
do Poder Legislativo e o Executivo, como o fizeram e fazem a maioria das  
Constituições.  
O Legislativo, por exemplo, processa e julga o Presidente da República  
no caso dos crimes de responsabilidade - é o impeachment.  
Por exemplo, os tratados, o que, no direito constitucional brasilei-  
ro, é atribuição do Executivo e do Legislativo (v. art. 84, VIII).  
Hungria, 664, 9°, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

que ele **pode**, em face da Constituição vigente, com relação à proteção de interesses difusos e direitos fundamentais, conseqüentemente também o que ele **não pode** em face da Lei Magna. Realmente, esta temática está presente no âmago da questão em debate.

16. No desenvolvimento do constitucionalismo, de há muito é aceito que o Judiciário pode exercer um controle de legalidade sobre os atos dos demais Poderes - no Brasil, pelo menos depois de 1891.<sup>7</sup> De certa forma, trata-se de um controle antes "negativo" que "positivo", eis que tem em mira essencialmente o desfazimento de atos ilegais.

Igualmente, no Estados Unidos, desde 1803, data do caso *Marbury x Madison*, no Brasil, desde a primeira Constituição republicana, admite-se que o Judiciário exerça o controle de constitucionalidade sobre atos dos demais Poderes. Trata-se, na verdade, de um controle "negativo" - daí dizer-se que a Corte Suprema ou o Supremo Tribunal Federal são um "legislador negativo", na medida em que podem nulificar leis.

17. Uma importante evolução se desenvolve após a Segunda Guerra Mundial, embora haja precedentes anteriores. Consiste em admitir uma atuação judiciária "positiva"

14 DEZ. 2009  
BIBLIOTECA DE DOCUMENTOS  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

va", visando fazer efetivar direitos fundamentais ou im-  
plementar políticas públicas definidas na Constituição.  
Certamente, isto foi provocado, por um lado, pela  
percepção de que a omissão no cumprimento da Constituição  
é por si uma inconstitucionalidade. E encontrou terreno  
propício na Europa, em decorrência da instituição do con-  
trole concentrado de constitucionalidade, por órgão inte-  
grante da organização superior do Estado, conquanto não  
integrado em qualquer dos Poderes tradicionais: o Tribu-  
nal Constitucional.

Isto se deu especialmente na República Federal  
Alemã, cuja Constituição consagrou o Bundesverfassungsge-  
richtshof. Este, com efeito, é que consagrou o instituto  
da inconstitucionalidade por omissão.

Mais tarde, a Constituição portuguesa de 1976  
instituiu uma ação específica para a correção dessa omis-  
são.

R

18. Por influência desta Constituição, a Lei Mag-  
na brasileira prevê também a ação de inconstitucionalida-  
de por omissão. Aparece ela claramente no art. 103, § 2º:

"Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida  
para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder  
competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tra-  
tando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

RECEBIDO  
22.12.2009  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



Examine-se o texto. Em face dele, há remédio específico para corrigir a omissão quanto à efetivação de norma constitucional, seja omissão quanto à efetivação de seja de ordem administrativa. Em ambos os casos, o remédio é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o guarda da Constituição. Pretender fazê-lo por outro instrumento viola, portanto, a Carta.

Note-se que, se se tratar de providência administrativa, a decisão determinará a expedição desta, pelo Poder competente - não pelo Judiciário - no prazo de trinta dias.

19. Estabelece também a Constituição pátria que, na hipótese de a omissão inviabilizar, por falta de "norma regulamentadora", "o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", cabe, mas aí somente, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) que não é reservado ao Supremo Tribunal Federal, mas também ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "h").

Sobre o alcance deste, muito se controverteu, conquanto hoje o Supremo Tribunal Federal entenda que nessa hipótese pode ele suprir a atuação do Poder omisso.

RECEBIMOS  
em 15/05/92  
das 14h30min  
de  
MARCOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
PROFESSOR

20. O terreno da omissão constitucional é, pois, um *casus clausus*. A imposição dos mandamentos constitucionais quando exija norma geral e impessoal - lei material - não pode ser editada senão pelo Poder Legislativo, para tanto "chamado" pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão. Igualmente, tal se dá se a omissão for de providências administrativas exigidas pela Constituição, a fim de que se colimem seus fins. Disto não destoa a disciplina do mandado de injunção que atende a exigências particulares, mas que não escapa das mãos, ou do Supremo Tribunal Federal, ou, mais raramente, do Superior Tribunal de Justiça. Nunca, portanto, de outros órgãos do Judiciário.

21. Estes outros órgãos, entretanto, não hão de ficar inertes, em face do descumprimento dos mandamentos constitucionais, por omissão de política adequada (já que, quanto ao descumprimento por violação, nem sequer se discute).

Entretanto, a sua força se limita ao campo da execução dos imperativos constitucionais, como esta é regulada infraconstitucionalmente. Quer dizer, com a sujeição ao princípio de legalidade, elemento inicial é básico de um Estado democrático de Direito. Este campo é longo e largo, ademais, porque a legislação a respeito de direitos fundamentais e interesses coletivos e difusos é abrangente, não vai, porém, além dos lindes desta legislação.

Ao órgão judicial é dado aplicar a lei que deo-  
bra a Constituição (ou não aplicá-la se a considerar vio-  
ladora da Lei Magna), não lhe é dado substituir-se aos  
outros Poderes no plano geral de execução da mesma. Sua  
tarefa é, ontem como hoje, aplicar a lei contenciosamente  
a casos particulares, *inter partes*. A ele escapa o poder  
de direcionar a atuação de órgãos públicos, de empresas  
privadas, de indivíduos, pois isto é a tarefa da lei.

Assim, não pode ele, a pretexto de fazer cumprir  
a Constituição, formular, arbitrariamente, exigências,  
proibições ou comandos que não se arrimem na lei.

22. Cumpre ter presente que a Constituição de  
1988 manteve a governança nos moldes tradicionais. Ou se-  
ja, reservou-a ao povo, diretamente, ou por seus repre-  
sentantes devidamente eleitos, submeteu-a à distribuição  
de tarefas que resulta da separação dos poderes.

Assim, se o Judiciário pode atuar em vista da im-  
plementação da Constituição, em nome dos valores, princí-  
pios e finalidades nesta estabelecidos, incluída a disci-  
plina de políticas públicas, ele há de fazê-lo segundo a  
lei. Pode denunciar eventual omissão, mas apenas O Supre-  
mo Tribunal Federal tem competência para determinar o su-  
primento de omissões de outros Poderes que dessirvam a  
conservação da Lei Magna.

STAMP: Tribunal Superior do Trabalho - TST  
PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
Rua da Prata de Oliveira  
Cidade de São Paulo - SP  
CEP 01455-904  
Tel. (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

23. A limitação do poder do Judiciário acima re-  
trapada condiciona a atuação do Ministério Público. Este  
viu reconhecido, na Constituição vigente, exercer uma  
função essencial à Justiça. Esta, ademais, o concebe não  
somente como custos legis, mas também como um verdadeiro  
ombudsman da administração pública, e, mais, do interesse  
público.

Entretanto, a sua relevante atividade desemboca  
no provocar a atuação do Judiciário. Este é que vai, em  
última análise, acatar ou não a sua postulação. Não deve  
ele, em consequência, formular em juízo pedidos que ul-  
trapassem a competência do órgão a que é dirigido, nem  
pleitear que este adote medidas ou edite comandos que  
contrariem a lei, a pretexto de fazer cumprir a Constitu-  
ição. Sua competência institucional está, sem dúvida,  
vinculada à Constituição. Ora, nesta, no Estado democrá-  
tico de Direito que estabelece, inclui-se o **princípio de**  
**legalidade**. Sua atuação, na defesa da Constituição, há,  
portanto, de pautar-se pela defesa da lei, não pela dene-  
gação do império desta. Nisto, põe-se uma tarefa de re-  
levantíssimo interesse público.

24. A questão analisada neste parecer foi concre-  
tamente posta por uma ação civil pública. Por isto, con-  
formular algumas observações a respeito deste insti-



Tal ação tem seus contornos constitucionais explicitados no art. 129, III da Constituição, a propósito das funções institucionais do Ministério Público. Segundo está nesse preceito, cabe a este órgão:

\* III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Tal ação enseja um vasto elenco de providências, entretanto, possui limites nitidos e óbvios.

Um destes é o de não poder ignorar a lei, dispensar-lhes as normas, "criando" outras, extraídas, racional, mas arbitrariamente, do entendimento pessoal de quem as propõe ou adota. Outro é não poder servir de ersatz para outras ações, reguladas estritamente pela Constituição, como as ações de inconstitucionalidade, incluída a de inconstitucionalidade por omissão.

Relembre-se, quanto a este último ponto, que a Lei Magna disciplina os meios específicos de prover à omissão na efetivação das determinações constitucionais, seja a omissão no plano legislativo, seja no plano administrativo. Entre esses meios não se inclui a ação civil

Ela, destarte, não pode substituir a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, como não pode subs-

STAMP: 14 DE JULHO DE 2005  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
PROFESSOR MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
RUA HUNGRIA, 664 - SÃO PAULO - SP - CEP 01455-904  
TEL: (011) 3812-1588 - FAX: (011) 3814-0278

tituir o processo legislativo, gerando disposições gerais "leis".

Não se invoque contra isto a magna questão da proteção e efetivação de direitos fundamentais. Esta deve ser alcançada de modo expedito pelo mandado de injunção. Nem a implementação de políticas públicas, a que se omite o Poder competente - insista-se - porque isto é reservado à ação de inconstitucionalidade por omissão, que, em se tratando de medida administrativa, admite a prescrição de prazo máximo de trinta dias para a tomada das providências.

#### D) A salvaguarda da saúde alimentar.

25. A questão da salvaguarda da saúde alimentar das crianças é o núcleo central da questão que aqui se examina.

Embora, *prima facie*, o que se discuta em juízo seja a possibilidade de ser proibida a comercialização de brinquedos nos estabelecimentos que servem fast food, o verdadeiro objeto do pleito encetado pelo Ministério Público Federal não é esse. Trata-se de dificultar o consumo de alimentos que O Ministério Público e a OAB lhe alimenta de informações, consideram nocivos à

...dir naquilo que se apelidou de "patologia das ações  
no precioso livro de Hely Lopes Meirelles, *Mandado de*  
Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

1533  
A

Assim, o realmente pretendido é a salvaguarda da saúde alimentar das crianças, dificultando-lhes a ingestão de fast food. São acusados estes por determinados especialistas e determinadas ONGs de serem "nocivos" à saúde. Como estes alimentos não estão proibidos, nem sofrem restrições na sua comercialização, por parte dos órgãos administrativos incumbidos da defesa da saúde, busca-se fazê-lo, por meio do Judiciário.

26. Retrace-se em breves linhas a questão da proteção à saúde no sistema constitucional brasileiro.

A Constituição de 1988 é a primeira no Brasil a reconhecer na saúde um direito. É o que está no art. 196, que abre uma Seção dedicada ao tema (Título VIII, seção II):

"A saúde é direito de todos e dever do Estado..."

Nessa Seção, indo ao essencial, devem-se destacar alguns pontos.

1º) A regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde devem ser estabelecidos em lei (art. 197, caput).

2º) Tais ações e serviços são integrados (art. 200, caput) numa rede nacional - o SUS - Sistema Único de Saúde



3º) Expressamente, é dada ao SUS a competência,  
no art. 200, VI, para:

"fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle  
de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo hu-  
mano".

Fica, portanto, claríssimo que a competência para  
"fiscalizar e inspecionar alimentos" pertence ao SUS - ente admi-  
nistrativo - inclusive quanto a seu "teor nutricional" (o que  
envolve a apreciação de fazer bem ou não para os que os  
consomem).

27. Esta tarefa não foi esquecida na estruturação  
legal do SUS. É esta basicamente fixada pela Lei (fede-  
ral) nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, atualizada pela  
Lei (federal) nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Na primeira das Leis referidas, está muito clara  
a sua competência no controle sobre alimentos. Veja-se o  
que está no seu art. 6º, VIII:

"Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Siste-  
ma Único de Saúde (SUS):

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas  
para consumo humano;"

Como se isto não bastasse, enfatiza o art. 13:

\* A articulação das políticas e programas, a cargo das comis-  
sões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

I - alimentação e nutrição; ..."

Sua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278



1535  
a

28. A seu turno, em 1999, pela Lei (federal) n° 9.782 de 26 de janeiro, foi, num desdobramento, criado o Sistema de Vigilância Sanitária - SVS, com a instituição da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em tal Lei, encontra-se o seguinte:

"Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

Enfim, o Decreto n° 3.029, de 16 de abril de 1999, que regulamentou a ANVISA, atribuiu-lhe, como deveria, no art. 4º, § 1º:

"II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;"

29. As referências acima feitas servem para deixar evidente que **não existe omissão** por parte do Legislativo do Executivo quanto ao que concerne à preservação de todos, especialmente quanto ao controle sobre

RECEBIDO  
15/01/2000  
SECRETARIA DE SAÚDE  
DEPARTAMENTO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA  
AV. HUNGRIA, 664 - SÃO PAULO - SP

alimentos, sua nocividade e seu teor nutricional, em relação a crianças e adultos.

Note-se, num parêntese, que se ocorresse tal omissão, seria ela uma inconstitucionalidade por omissão, o que cai na competência reservada do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 2º).

Tal omissão, contudo, inexistente. Com efeito, o Legislativo, já em 1990, estruturou o SUS, do qual desdobrou o SVS em 1999. O Executivo (ou melhor, os Executivos, porque papel aqui cabe tanto ao federal, como ao estadual, ao distrital e ao municipal), vêm efetivando esse controle.

Não ocorrendo omissão, evidentemente descabe a atividade de substituição que o Ministério Público que, na ação em causa, ver exercido pelo Judiciário (e por via transversa).

30. Por outro lado, se existe atuação no controle de alimentos, que hoje cabe à ANVISA, esta não considera - nem jamais declarou - ser nocivo o consumo de fast food.

Estará ela errada?

É, sem dúvida, o que pensa o Ministério Público, melhor, o membro do Ministério Público que subscreveu certamente a ONG que o alimenta de argumen-

RECEBUEIRO DE DOCUMENTOS  
11 DE ABRIL DE 2008  
PROF. DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
RUA HUNGRIA, 664 - SÃO PAULO - SP



crático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil, segundo está no art. 1º, caput, da Constituição brasileira em vigor.

31.2. Se lei houvesse que o proscresse seria ela inconstitucional, por violar princípios fundamentais que são inerentes ao Estado de Direito.

Com efeito, a este repugna o arbitrio. Sua razão de ser é exatamente impedir esse mal. Disto resulta que são com ele incompatíveis normas que não atendam a determinados princípios.

Ou seja, em primeiro lugar que não sejam congruentes - **princípio de congruência** - com a finalidade visada pela ação determinada. Em livro recentemente publicado, **Princípios fundamentais do direito constitucional**, analisei o tema e mencionei posicionamentos que ora resumo.<sup>3</sup>

Um é do Prof. Willis Santiago Guerra Filho que cita, a tal respeito, decisão do Tribunal Constitucional alemão, em cuja primeira parte se lê:

"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e ex-

ível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quan-



do com seu auxílio se pode promover o resultado desejado..."<sup>10</sup>

Consequência deste princípio é, como sublinha o Prof. Humberto Ávila, a rejeição dos meios manifestamente inadequados.<sup>11</sup>

Outro é a razoabilidade - o princípio de razoabilidade. Este, sem dúvida, está em grande parte incluído na congruência, mas, isoladamente exprime uma exigência de "justificação válida e lógica", como lembra Suzana Toledo Barros, com a ajuda dos dicionários.<sup>12</sup> É o que ressalta José Adércio Leite Sampaio, falando em "justificação objetiva".<sup>13</sup>

Registre-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal invoca com frequência esse princípio de razoabilidade.<sup>14</sup> E o faz não raro nele abrangendo a adequação e a proporcionalidade, quando não o emprega no sentido de juízo de bom senso.

31.3. Destaque-se à parte o **princípio de proporcionalidade** que também decorre do Estado de Direito e mais diretamente do seu princípio de igualdade.

princípio de proporcionalidade", em *Dos princípios constitucionais*, organizado por George Salomão Leite, Malheiros, São Paulo, 1969, p. 69.

*Teoria dos Princípios*, Malheiros, São Paulo, 3ª ed., p. 131.

Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

Este princípio de proporcionalidade foi desenvol-  
vido particularmente pelo Tribunal Constitucional alemão.

A seu respeito vale trazer a observação de Gilmar  
Ferreira Mendes que, segundo o qual:

"No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da  
proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição do  
excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita,  
derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a  
compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desne-  
cessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais" 15

Dele decorre a ponderação entre a contribuição  
que a medida acarreta para a finalidade almejada e o ô-  
nus, ou desvantagem que traz. Com a óbvia consequência de  
afastar, por violar tal princípio, a medida que traz en-  
cargos (vantagens) desproporcionais em relação às vanta-  
gens que acarreta.

Tal entendimento foi sufragado por decisão do Su-  
premo Tribunal Federal que deu pela inconstitucionalidade  
de lei, cujos ônus eram desproporcionalmente onerosos em  
relação aos benefícios que poderia trazer. É o famoso ca-  
so da lei sobre a pesagem de botijão de gás.<sup>16</sup>

31.4. Ora, todos esses princípios repelem a  
proibir a realização, no mesmo estabelecimen-  
to, de outras atividades lícitas, quando compatíveis en-

Controla de Constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 43.

ADIN, Min. Otávio Gallotti, DJU 1.10.93. Comenta-o com per-  
sua Avila (ob. cit., p. 124/125).

Sua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278



art. 170, IV, como um dos princípios fundamentais da  
ordem econômica, a:

"livre concorrência".

Ela é a primeira, em nossa história, a fazê-  
lo. Se ela o fez, indubitavelmente o foi para demons-  
trar a - então contestada - opção pela economia de  
mercado. Este princípio, sem dúvida alguma, constitui  
peça central desse sistema, portanto, do sistema eco-  
nômico vigente, no Brasil. Constitui ele, combinado  
com a livre iniciativa, mencionada no caput do art.  
170, a sua mola mestra.

Traduz o princípio da livre concorrência, an-  
tes de tudo, a proibição de que qualquer atividade e-  
conômica seja "fechada" em favor de alguns, impedindo  
que outros nela se inscrevam, apresentando os seus  
produtos aos consumidores em potencial. É a abertura  
da economia à competição, ao contrário do que sucedia  
no passado, quando corporações açambarcavam setores  
econômicos, com vantagens para seus membros, e desvan-  
tagem para a comunidade em geral. É desse confronto de  
interesses que se espera, por um lado, o desenvolvimen-  
to econômico, por outro a obtenção de melhores condi-  
ções para os consumidores.

pretensão de proibir que os fornecedo-

Rua Hungria, 664, 9º, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278



res de fast food comerciem em seus estabelecimentos brinquedos, lhes está vedando um campo de atuação lícito, o campo da comercialização de alimentos. Está, portanto, fechando, ou ao menos restringindo a competição num setor comercial. Gera um fechamento corporativo do mesmo.

33. O terceiro questiona especificamente:

"(iii) A violação ao princípio da livre concorrência, já que apenas os três Réus ficariam impossibilitados de comercializar brinquedos, enquanto diversos outros agentes do mesmo segmento de mercado poderiam continuar adotando essa prática, com evidente vantagem competitiva,"

33.1. Também é inerente à livre concorrência a igualdade entre os competidores - a igualdade na concorrência. Exclui, destarte, a imposição de práticas, limites e obstáculos que privilegiem uns em detrimento de outros.<sup>17</sup> como ensina André de Laubadère

Na verdade, o princípio da igualdade que é de alcance geral num Estado democrático de Direito exige, conforme a lição clássica de Rui Barbosa, o "tratamento igual dos iguais" (como "o tratamento desigual dos desiguais, na medida em que se desigualam").

É evidente que, se a comercialização num mesmo estabelecimento de brinquedos e alimentos favorece os

Laubadère e Pierre Delvolvé, *Droit public économique*, 4<sup>o</sup> ed., 1974, p. 153.

Hungria, 664, 9<sup>o</sup>, 91/92 - São Paulo - CEP 01455-904  
Tel. : (011) 3812.1588 - Fax: (011) 3814.0278

que o fazem (como afirma o Ministério Público Federal na questão em tela), obviamente desvantaja os que não o podem fazer. Assim, a ação proposta, se vitoriosa, criaria uma desvantagem para as empresas-rés em face de suas concorrentes, fornecedoras de fast food não incluídas no pólo passivo da demanda. Assim sendo, importaria numa violação do princípio constitucional de igualdade, ou seja, do Estado democrático de Direito.

A bem lançada indagação leva à tomada de consciência de um dos limites da ação judicial, qualificada de "positiva", pois, esta, dada sua índole, jamais tem força erga omnes. Esta só a lei possui (ou as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal).

34. O quarto levanta a questão d'

"(iv) A impossibilidade de limitação da publicidade por meio de ação judicial, já que não há lei em sentido estrito que restrinja a publicidade de brinquedos ou alimentos considerados "menos saudáveis", como exigido pelo artigo 220, § 4º, da Constituição Federal para produtos mais perigosos ou nocivos aos consumidores,"

34.1. Vale aqui lembrar que a Constituição em outra de suas inovações regula a comunicação