



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DA 15ª VARA CÍVEL FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

1267
L

PROC. n. 2009.61.00.013789-7

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: VENBO COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA E OUTROS

O Ministério Público Federal, por seu Procurador que ao final
assina, nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, em atenção à
determinação d. fls. 1765, vem apresentar a presente

RÉPLICA

tem como reque o seguinte:

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL, contra as empresas VENBO COMÉRCIOS DE ALIMENTOS LTDA,
OS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA E BURGUER KING DO BRASIL

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1368
✓

ACESSORIA A RESTAURANTES LTDA visando a condenação dessas empresas a se absterem de comercializar brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos comerciais.

A r. ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (Mc Donald's) apresentou contestação às fls. 1398/1569, na qual arguiu, preliminarmente: (i) falta de interesse de agir do MPF, pelo fato de existir Termo de Ajustamento de Conduta em que o MPF reconhece a comercialização de brinquedos em seus restaurantes; (ii) litisconsórcio passivo necessário de todos os demais agentes econômicos do respectivo setor; (iii) impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou (i) que a venda de brinquedos não está vinculada ao problema da obesidade infantil no país; (ii) que a publicidade veiculada pela rede não induz o consumo de alimentos de baixo teor nutritivo; (iii) que os brinquedos não são vendidos conjuntamente com os alimentos; (iv) que os alimentos fornecidos em seus restaurantes não são determinantes para um quadro de obesidade ou desagregação familiar; (v) que não há periculosidade inerente aos seus produtos; (vi) que a responsabilidade pela alimentação de crianças e adolescentes compete à família; e (vii) que o provimento pretendido viola o princípio da livre concorrência.

A r. BURER KING DO BRASIL ACESSORIA E RESTAURANTES LTDA apresentou contestação às fls. 1570/1615 na qual arguiu preliminarmente: (i) ilegitimidade passiva da ré; (ii) falta de interesse de agir; (iii) impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou: (i) que a comercialização de brinquedos não configura prática abusiva ou ilícita à luz do CF e do CDC; (ii) que inexistente violação ao ECA; (iii) que inexistente ilicitude na prática comercial da rede Burger King pela venda de brinquedos em seus restaurantes; (iv) que há violação ao princípio constitucional da isonomia; (v) que inexistente abusividade na prática publicitária do sistema de franquia do Burger King; (vi) que a contensão

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1369
d

publicitária dirigida ao público infantil não pode ser dirigida as redes de restaurante eleitas pelo autor.

A ré VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOB'S) apresentou contestação às fls. 1298/1395, na qual arguiu, preliminarmente: (i) falta de interesse de agir em face de existente Termo de Ajustamento de Conduta com o MP; (ii) conexão ou continência com ações ajuizadas na Justiça Estadual. No mérito, sustentou: (i) que os produtos comercializados não estão sujeitos a restrições legais ou administrativas, o mesmo em relação à publicidade; (ii) que há indevida intervenção na ordem econômica e usurpação das competências dos Poderes Legislativo e Executivo; (iii) que o brinde oferecido não é fator determinante para a compra do lanche; (iv) que os pais são os únicos responsáveis pela escolha da alimentação de seus filhos; (v) que há violação do princípio da isonomia; e (vi) que eventual sentença condenatória terá efeitos apenas para as lojas próprias, excluindo-se as franquias. É a síntese do necessário.

Os argumentos das rés possuem aspectos em comum e por isso serão analisados conjuntamente:

I - DAS PRELIMINARES ARGUIDAS

I.1. Ilegitimidade passiva

Alega a ré Burger King Assessoria de Restaurantes Ltda que é mera prestadora de serviços à BKC, franqueadora do serviço de franquia Burger King no Brasil. Estas, somente teriam o direito de ostentar a marca Burger King na qualidade de franqueadas das empresa Burger King Corporation (Franqueadora), sendo, esta sim, a parte que deveria figurar no pólo passivo da presente demanda.

m



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1730
2

Contrariamente ao que sustenta a ré, temos que a demandada possui legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que é a fornecedora dos produtos e serviços da marca Burger King no Brasil, respondendo, portanto, nos termos do artigo 12 do CDC, pela reparação dos danos causados aos consumidores em razão dos defeitos em seus produtos /ou em seus serviços.

Aderais, o sistema de tutela do consumidor, na consideração dos grupos societários, art. 28 e seus artigos, não só determina a responsabilidade solidária de todos, como prestigia o explorador econômico que mantém a relação com o consumidor. De fato, a intimidade organizacional de grupos complexos não serve de isenção para a parte nacional de empresa multinacional quanto aos seus deveres com o consumidor.

1.2. Litisconsórcio passivo necessário

A presente ação busca o reconhecimento de infração nas relações de consumo, qual seja, prática comercial abusiva, assim como infração ao sistema de proteção da criança e do adolescente. É uma demanda de interpretação e aplicação da lei interpretada ao caso concreto.

Apresentada a infração em juízo, a legitimidade passiva do infrator decorre da sua condição de violador do quadro normativo e a resposta é a inibição de sua conduta. A eventual multiplicidade de violadores não torna incindíveis às infrações individuais e nem exige a formação de litisconsórcio necessário em hipótese não prevista em lei.

De fato, como já decidiu tribunal alienígena, "não há isonomia na ilegalidade". Por outro lado, as condições de competição não são

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1771
L

prejudiciais, por um lado, a demanda do infrator em juízo e, por outro, não servem para isenção da falta consumerista. Na consideração do setor, o processo funciona na formação do precedente e, futuramente, de uniformização de jurisprudência. Categorias jurídicas aqui pertinentes.

Assim, repita-se, com esta ação, não se pretende inovar o ordenamento jurídico, mas sim aplicar-lhe ao caso concreto, afinal, o modelo judicial é precisamente o modelo do caso concreto, mesmo na tutela coletiva. Com isso, não se deve desvirtuar o procedimento judicial em um procedimento de elaboração setorial de norma, como se o Juiz aplicador da lei, ente administrativo fosse. Não há, portanto, espaço para a criação de litisconsórcio que, ademais de impróprio na consideração da disciplina processual do instituto, desvirtuaria a ação judicial como método de aplicação da legislação invocada na inicial ao caso concreto.

Ou seja, litisconsórcio não é instituto de acobertamento do fato afirmado de alteração do âmbito de incidência da norma - individualmente sobre cada infrator -, nem de transformação do papel do Juiz.

Ora, o ordenamento não prescreve na *fatii specie* (hipótese legal) que o ilícito só ocorre se todos o praticarem. No presente caso, o ilícito existe individualmente para cada empresa, incidindo, portanto, a sanção jurídica no caso concreto.

De qualquer maneira, a restrição da demanda contra determinados rous (os quais já tiveram o ilícito de consumo comprovado e em face dos quais se instruiu a fase administrativa) não exclui a possibilidade de demandar contra outros que cometam o mesmo ilícito.

ilegalidade, pois não são invocáveis para anular determinadas situações em que a Administração, em vez de se comportar de maneira tão diligente, teria deixado passar o tempo e conseqüenciado com a actuação ilegal de particulares".

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1772

✓

Em outras palavras, o processo judicial de incidência da lei no caso concreto, a exemplo do inciso IV do artigo 39, não é um procedimento setorial, mas bilateral entre infrator da ordem consumerista e o legitimado coletivo. Não existe prejudicialidade processual na eventual existência de hipóteses semelhantes, nem o afastamento da pretensão coletiva contra infrator individual.

Em conclusão, destarte, não há litisconsórcio passivo necessário justificado pelo fato de existir outras empresas que ajam da mesma maneira. Fosse assim, haveria litisconsórcio passivo necessário em todos os processos que questionassem condutas ilícitas, chegando-se ao absurdo de não poder-se acionar um infrator pelo fato de existir outros infratores que praticaram condutas semelhantes tornando, portanto, inviável todo qualquer procedimento. Não é o que ocorre.

Veja-se, inclusive, que a alegação de litisconsórcio passivo necessário foi utilizada como mero expediente para tornar a ação impraticável, possibilitando às rés furtar-se à aplicação da lei. Admite a própria ré McDonald's que "essa ação deve ser extinta sem julgamento de mérito, haja vista a patente ilegitimidade passiva (...), bem como a impossibilidade operacional de ser formado o efetivo litisconsórcio passivo necessário para o julgamento dessa ação".

1.3. Falta de interesse de agir do MPF

Todas as rés alegaram falta de interesse de agir pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em razão da existência de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que, segundo seu entendimento, teriam o mesmo objeto que o da presente ação.

Não há a falta de interesse de agir alegada. Cabe distinguir que a presente ação tem como fundamento o artigo 39, IV, do CDC, que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1773

cuida da prática abusiva contra crianças, e não o artigo 39, I que dispõe sobre venda casada. Ou seja, não se discute nos presente autos a venda casada de brinquedos e sanduíches, mas sim os riscos que as práticas promocionais perpetradas pelas rés trazem à saúde da criança.

O escopo dos mencionados TACs foi especificamente evitar a venda casada de alimento e brinquedo, mas não evitar o apelo publicitário e de marketing do brinquedo vinculado ao restaurante. Como consequência, ao comprometer-se a não adotar medidas judiciais questionando as referidas práticas, deve-se entender que o MPF se obrigou a não rediscutir a suposta prática de venda casada. Nada falhou-se em abuso publicitário.

Outra não pode ser a interpretação dos mencionados TACs, pois toda norma que disponha em desfavor do consumidor desse ser interpretada restritivamente, a teor do art. 47 do CDC.

Fica claro, portanto, que não há identidade de objetos entre a presente demanda e o TAC ajustado. É verdade que o TAC afasta a possibilidade de rediscussão da mesma matéria, sob proteção da "coisa julgada administrativa". Por outro lado, também é verdade que a matéria em tela não é a mesma. Trata-se de questão material, não formal.

E o já adiantado na inicial:

"Não obstante, a instrução do procedimento fundamentou-se no invocado artigo 39, IV, que cuida da prática abusiva contra crianças e não no artigo 39, I, sobre venda casada. Diante da diversidade entre os fundamentos de direito (inciso IV e não I) e do fato (as implicações sobre a criança de uma prática promocional, independentemente da venda de

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1774
d

brinquedo ser separada ou não), considerou-se que a causa de pedir e a pretensão de não venda de brinquedos na lanchonete não se confundiam com a lide da venda casada solucionada" (fls. 5, nota 2).

Com relevo, como questões de fato e de direito, as repercussões do brinquedo no consumo da criança, na saúde pública, na infância e na vigilância sanitária são estranhas às convenções elaboradas e determinam a total diversidade do contexto de fato e de direito considerado (efetivamente, por exemplo, a criança é elemento estranho da norma do inciso I do artigo 39 do CDC, mas típico para o inciso IV).

Pelo mesmo motivo, não há de se falar em conexão ou continência de tal com qualquer outra demanda cujo objeto seja a venda em separado de brinquedos e alimentos. Isso porque, conforme já exaustivamente demonstrado, tal não é o objeto da presente demanda.

Por fim, não há de se discutir a unidade do Ministério Público, visto que - como já explicado - esta demanda tem objeto diferente dos anteriormente demandados ou ajustados por este órgão ministerial.

1.4. Impossibilidade jurídica do pedido

Diferentemente do alegado pelas rés, há fundamentos jurídicos expressos a propósito do pedido. Em verdade, o mandamento consta já da Constituição Federal. Senão, vejamos:

CF, 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

m



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1775
✓

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.

Aderais, a legislação infraconstitucional houve por bem regular a matéria nas Leis Federais nº8078 (CDC) e nº8069 (ECA).

Desta forma, não há de se falar em interferência na competência legislativa. O legislador já esgotou sua função ao dispor o art. 37, §2º e 39, IV do CDC, cabendo agora ao juiz interpretá-los e aplicá-los ao caso concreto.

Nota-se que o CDC é uma lei aberta e principiológica. Contudo, o fato de ser uma norma principiológica não significa que não é uma norma. É característico do CDC ser aberto, pois tendo por objetivo regular o mercado de consumo, tal abertura é necessária na medida em que a realidade regulada é dinâmica. O CDC não traz políticas públicas - não se trata de programa de governo, mas sim de princípios positivados no ordenamento jurídico brasileiro e que, portanto, devem ser respeitados no caso concreto. Ora, no ordenamento brasileiro, o 37, § 2º, o 39, IV do CDC e o ECA são dispositivos legais expressos no que se refere à proteção da criança, clamando pela interpretação judicial para concretização do abstrato no concreto.

Verifica-se, portanto, que esses dispositivos têm densidade normativa suficiente para fazer-se autoaplicáveis. Nada justifica o comportamento ilícito (contra legem) que afronta os princípios (o telos) e a mens legis ditados pela Constituição e pela lei pátria.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
 3º Ofício

1776
 ✓

A propósito, observamos que o mais famoso precedente sobre os poderes do juiz (Marbury vs. Madison) já afirmava sua função eminente de interpretar a lei.

Esse precedente é pertinente, tendo em vista que o arcabouço judiciário brasileiro foi arquitetado tendo como modelo o judiciário americano.

Por fim, ressalta-se que negar a possibilidade do presente pedido seria negar o instituto da tutela inibitória, que é "sempre voltada pra o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua petição ou continuação" (cf. MARINONI - fls. 16). É senão a função preventiva da tutela coletiva contra práticas comerciais, extraído do art. 29 do CDC

"ta conceito é importante para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador - aí se incluindo o juiz e o Ministério Público - não deve esperar o exaurimento de uma relação de consumo para só então atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar", v. CDC comentado, p. 211.

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is" (SULLIVAN, Kathleen M. And GUNTHER, Gerald. Constitutional Law. New York: Foundation Press, 2004).



1777
↓

II DO MÉRITO

II.1. Da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência

Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da isonomia uma vez que não há norma que diga que a prática somente será abusiva se tocas as empresas cometerem a infração. Conforme já tratado em preliminar, não havendo o litisconsórcio passivo necessário não se necessita mais do que o caso concreto para que o juiz seja competente para decidi-lo

A demanda contra específicos réus não exclui a possibilidade de se demandar contra outros que pratiquem a mesma conduta. Do contrário, reteria infactível qualquer medida. Ora, um erro não justificaria o outro. Caso contrário a vigilância sanitária, por exemplo, não poderia interditar um restaurante sujo sem que interditassem todos ao mesmo tempo. Não é o que acontece.

Quanto à livre iniciativa, esta se define como a liberdade de exploração de um objeto lícito por meios lícitos. É mandamento constitucional o respeito ao consumidor:

CF, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

137

Assim, não pode ser considerada lícita a prática abusiva perpetrada pela ré, já que se encontra vedada pelo artigo 39, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que assim não fosse, não poderia o direito à livre iniciativa se sobrepor a todos os demais direitos, devendo-se sempre priorizar o direito da criança à alimentação e ao desenvolvimento sadio, a teor do supracitado art. 227, caput da própria Carta Magna.

Finalmente, não há de se falar em violação da livre concorrência. O objeto da presente demanda é o ilícito de consumo praticado pelas réas. Busca-se, portanto, apenas e especificamente vedar a prática comercial abusiva, a despeito da atividade fim da empresa econômica de vender alimentos, a qual não pode sustentar as custas da violação de direitos constitucionais. Ora, a ninguém é facultado agir ilícitamente sob alegação de estar em desvantagem por estarem "obrigadas" a abster-se da prática de ilícito.

Inclusive, em sendo a demanda julgada procedente, os próprios réus poderão provocar o Ministério Público noticiando a prática do ilícito por concorrentes.

II.2. Da relação entre a venda de brinquedos e a obesidade infantil: a desigual distribuição dos benefícios/encargos entre sociedade e agente econômico

Como dito na inicial, não se exige um nexo causal de origem única para se reconhecer o dever de abstenção a determinado agente para se ele imputar responsabilidade.

É falacioso o argumento de que os referidos brinquedos não estão vinculados ao hábito alimentar. Tanto não é assim que os próprios



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1379
2

restaurantes u am-nos como chamariz para seus produtos. Na medida em que as crianças são seres em desenvolvimento, que ainda estão criando seus hábitos alimentares e que não possuem discernimento racional para escolhê-los, é evidente que a associação de brinquedos infantis à experiência naquele restaurante seja um apelo emotivo para cativar o infante consumidor. A longo prazo, essa experiência reiterada cria o hábito de alimentar-se em restaurante cujo **principal** produto não é saudável. A cativação de crianças nesses restaurantes é um indicador de futuros adultos obesos. Logo, trata-se de um problema de segurança da criança, cujos efeitos são observados a longo prazo pela sociedade.

Como é sabido, medidas compensatórias a posteriori ao dano não são a medida mais eficaz em matéria de efeitos sociais (cf. Calixto Salomão Filho - Direito concorrencial: estruturas). Visto que o nosso ordenamento permite o instituto da tutela inibitória (inicial, fls. 16), impõe-se utilizá-lo como melhor tutela possível a oferecer à sociedade.

Destaque-se, outrossim, que a discussão não é sobre a venda conjugada de brinquedos e alimentos. Como já afirmado anteriormente, o objeto desta ação não é a "venda casada" de alimentos e brinquedos, mas sim o uso dos brinquedos como prática abusiva de marketing.

II.3. Da responsabilidade da família na educação alimentar

A pretexto de transferir toda responsabilidade pela dieta alimentar das crianças para os pais, as rés bombardeiam as crianças com publicidades, exploram a carência e a vulnerabilidade dos pais e, por fim, desrespeitam a própria autoridade parental que evocam. Assim, se por um lado a conduta empresarial da ré não exime os pais de suas responsabilidades, por outro lado, a existência dos pais não pode ter a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1380
1

capacidade de tornar lícita a prática abusiva perpetrada pelas rés, isentando-as de qualquer responsabilidade.

De qualquer forma, cabe salientar que a existência de outros fatores não afeta a responsabilidade das rés (art. 12 - CDC):

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 2º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A propósito, é importante notar que através de sua prática

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1781
2

abusiva de marketing, as rés estão interferindo, desvirtuando e corrompendo aquilo que deveria ser escolha dos pais.

Assim, se é verdade que os hábitos alimentares das crianças compete aos seus responsáveis, é também verdade que com a prática abusiva de marketing, consistente em apelo emocional de sujeitos com capacidade de discernimento ainda em desenvolvimento, as rés pretendem superar o poder de educação dos pais, implicando ingerência indevida na esfera particular da família. Deste modo, tendo em vista que liberdade é ausência de costringimento, as rés estão desrespeitando a liberdade dos pais ou responsáveis na escolha da educação de suas crianças.

Logo, irrelevante o argumento de que a publicidade da rede transmite ambientes leves e descontraídos (fls. 1435), quando, ao mesmo tempo, a empresa adota a prática de induzir indiretamente a fidelização de crianças por meio de brinquedos. Se, por um lado, "a recusa é um fato perfeitamente natural e comum na vida de todo e qualquer indivíduo", por outro lado, os meios utilizados pela empresa ultrapassam essa naturalidade, na medida em que se vale de artifícios psicológicos de marketing para atingir sujeitos não dotados de capacidade de discernimento e suas escolhas.

Desta forma, as rés pretendem reduzir a criança de modo a superar o poder de educação dos pais, implicando, portanto, em indevida ingerência na esfera familiar.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1782
L

II.4. Da abusividade da prática publicitária e da violação ao ECA: a potencialidade como critério de ilicitude no CDC

A abusividade está caracterizada na forma com que são realizadas as promoções dirigidas ao público infantil.

Em primeiro lugar, deve-se notar que a presente ação não questiona as condutas gerais de publicidade praticadas pelas empresas. Em verdade, o que se impugna é especificamente a prática de apeio a brinquedos com o forma de, indiretamente, atrair-se crianças para outro âmbito de consumo, qual seja, o de alimentos. Ocorre que esse outro não é um âmbito qualquer, mas sim um âmbito de eminente interesse público, que diz respeito à ordem da saúde pública.

O fato de alguns dos restaurantes terem diversificado seu cardápio não exclui o fato de que a marca está totalmente vinculada a produtos que sabe-se hoje inadequados para alimentação. Ainda que tenham incluído outros itens em seu cardápio, esses são em geral acompanhamento de pratos principais os quais são sempre uma opção não saudável.

Ora, é notório que tais redes de lanchonetes não são referência como vendedores de maçãs ou cenouras, mas sim de lanches altamente calóricos e com baixo teor nutritivo. Note-se que o MPF em nada se opõe à reputação das respeitadas marcas construídas pelas rés. O que aqui se opõe é a cooptação de consumidores hipossuficientes por meio de práticas apertivas que criam um hábito perigoso a longo prazo.

Insista-se na ideia de hábito: a promoção sequencial e reiterada de brinquedos tem por escopo justamente criar o hábito de consumir aqueles produtos, hábito este facilmente criado em se tratando de crianças submetidas a apelos emotivos do marketing.

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1783
✓

A propósito, argumentou-se inexistência de violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo fato de que os brinquedos podem ser vendidos separadamente dos lanches e que dentre as liberdades da criança encontram-se a diversão e a brincadeira.

Ocorre que as réas, ao se valerem da venda de brinquedos como forma de incremento de suas vendas de lanches buscam a fidelização infantil, tolhendo a liberdade da criança de resistir aos produtos ofertados, fazendo com que ela se confunda no momento de sua decisão alimentar e acredite que o único propósito da alimentação é a brincadeira.

Como ensina Capelo de Sousa:

"no que toca à dinâmica evolutiva de cada homem, surge-nos desde logo o ser da criança e o jovem de menor idade, enquanto personalidade com estrutura física e moral particularmente em formação e, por isso, portadoras de uma certa fragilidade e credoras de respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado, tanto em áreas específicas que o nosso direito tende a identificar como - e é o ponto que mais nos interessa agora - na globalidade do seu ser e com vista ao seu desenvolvimento integral. São essas virtualidades e carências, na personalidade dos menores, que podem tornar ilícitos, e como tais susceptíveis de responsabilidade civil, certos actos que o não seriam se praticados entre maiores ou que, por lesão da personalidade específica do menor, podem tornar significativos ou mais extensos os respectivos danos", (O direito geral da personalidade, p. 168).



1784
2

II.5. Da qualidade dos produtos fornecidos: a importância de para quem são vendidos os bens

Insiste-se no objeto desta ação: a cativação de crianças a alimentos de baixo teor nutritivo por meio de marketing abusivo.

O elemento mais perigoso aqui não é o produto, individualmente considerado, mas sim "a forma externa como é apresentado ao público consumidor" (FICHA, Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro, p. 98). É assim o marketing fonte de defeito para o produto, verdadeiro vício de comercialização (inicial, fl. 47). Tem esse produto, em sua associação com o marketing, assim, o potencial de acrescentar riscos à saúde da criança no contexto de sua relação com os alimentos, riscos esses que podem ser percebidos na seguinte lição sobre o defeito do produto: "um produto ou serviço é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou serviço", (Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 140)³.

Tem-se, pois, como relevante para o direito do consumidor, para a proteção da infância e para a saúde pública, a maneira como são vendidos os bens⁴:

³ Na mesma obra, p. 113, "Tão os consumidores e terceiros não envolvidos em dada relação de consumo têm o legítimo direito de não serem expostos a perigos que atinjam a sua incolumidade física, perigos tais representados por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e serviços".
⁴ "A sociedade de consumo é uma realidade inepável. (...) Sendo ela, a um só tempo, fruto de um processo de produção e de um processo de comercialização, impõe-se ao direito a tarefa de cuidar de ambos. Se assim é, já podemos afirmar, ab initio, que no Código de Defesa do Consumidor encontraremos regras trapéguas para as práticas produtivas e outras elaboradas para as práticas comerciais". (Código de Defesa do Consumidor Comentado, p. 108/109)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1285
/

"Ev dente que aos médicos compete tratar os doentes, liv ando-os dos infertúnios dolorosos e, se possível, evi ando a precocidade da morte. Há todavia, no comércio, risco contra o ciclo natural da existência humana, porque determinados produtos, dependendo da maneira como são manufatorados e vendidos, abreviam, pela sua manipulação e consumo, a passagem do homem, impedindo-o de aperfeiçoar sua biografia", gvlaw, p. 8/9

É s bido que uma alimentação saudável está baseada em baixo consumo de gorduras e sódio e maior consumo de frutas, grãos, folhas e leguminosas. Por sua vez, é fato notório que o "carro chefe" dos restaurantes reus não são nenhum destes produtos. Ao passo que a ré intervém no processo de educação alimentar de crianças, desvirtuando-o, está influenciando as escolhas daquele sujeito em todas as situações ao longo de sua vida, e não somente nos exatos momentos em que compra em seus restaurantes. Portanto, não há de se considerar apenas o consumo individual dos produtos da ré, mas sim o impacto que provoca, a longo prazo, na saúde da criança.

II.6. Do segredo de justiça

Não cabe segredo de Justiça. O propósito desta Ação Civil Pública é a defesa do direito transindividual à saúde. Apesar da procedência ou improcedência do pedido, é importante que toda a coletividade seja informada da presente discussão judicial. Se procedente a ação, a sociedade deve estar informada da extensão da violação de seus direitos, para providências cabíveis. Se improcedente,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1786

deve ser esclarecida da legitimidade.

Com efeito, a compatibilização de um Poder da República em que o acesso não se dá por escrutínio popular é o reconhecimento de que a arena judicial é espaço de debates de interesse público e de informação da sociedade. Com efeito, nada mais que o direito do público em receber informações no âmbito de uma democracia.

Inevável que, de qualquer modo, o poder judiciário é parte do governo, que a liberdade de expressão e de informação sustentam um direito de conhecimento das causas de interesse público e a importância social do conhecimento sobre as cortes, o sistema judiciário e a distribuição da justiça. Especialmente, pelo princípio da publicidade, os procedimentos são essencialmente, na mesma raiz, públicos. Princípio esse que surge não apenas como um princípio constitucional, como um eixo pelo qual passa a própria constituição.

Por outro lado, grandes empresas com atividade com efeitos sobre as crianças são entes que replicam sua atuação sobre o cotidiano das pessoas. Aqui não é apenas a transparência nas relações de consumo como princípio mas a própria essência da função social da propriedade: o conhecimento público dos fatos econômicos de interesse geral.

O que a ré pretende com o segredo de justiça é inviabilizar a repercussão do caso. Ora, a coletividade tem o direito (e o judiciário o dever) de ter esclarecido o caso que lhe afeta.

Em suma, o segredo não pode cobrir espaços essencialmente públicos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Secretaria dos Órgãos de Tutela Coletiva - São Paulo
3º Ofício

1387

11.7. Dos limites subjetivos da coisa julgada

Atenta a ré BOB'S que uma eventual sentença condenatória terá efeitos apenas para as lojas próprias, excluindo-se as respectivas franquias.

Não assiste razão à ré na medida em que esta é a fornecedora dos produtos e serviços da marca, responsável inclusive pelo planejamento da publicidade de suas franqueadas, respondendo, portanto, pela reparação dos danos causados aos consumidores em razão dos defeitos em seus produtos e/ou em seus serviços, nos termos do artigo 12 do CDC.

Pelo exposto, reitera o Ministério Público Federal, em todos os seus termos, a petição inicial, requerendo a total procedência dos pedidos nela formulados.

São Paulo, 20 de janeiro de 2010.

Márcio Schusterschitz da Silva Araújo

Procurador da República