

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Exmo. Sr. Juiz Federal da \_\_\_\_\_ Vara da Seção Judiciária  
Federal de São Paulo

"nós queremos que as crianças digam: "eu preciso desse produto. Eu quero esse produto. Eu amo esse produto". (frase dita por um palestrante em uma conferência especializada em marketing infantil, citada no livro "Consuming Kids", de Susan Linn)<sup>1</sup>

O **Ministério Público Federal**, por seu Procurador que ao final assina e com base no artigo 129, II e III da Constituição Federal, e do artigo 1.º e seguintes da Lei n.º 7.437/85, vem ajuizar a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** com **PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA** em face de:

---

<sup>1</sup> *"Meanwhile, the duo at the front of the room is very young and very energetic. "At the end of the day", one of them enthuses, "we want kids to say, 'I need this product. I want this product. I love this product". A autora se refere à 5ª anual conferência Advertising and Promoting for Kids (APK).*

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**VENBO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 71.833.552/0001-29, com sede na Rua Voluntários da Pátria, 89 - 9º andar e cobertura, Botafogo, Rio de Janeiro - RJ.

**ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob nº 42.591.651/0001-43, com sede na Alameda Amazonas, 253, Alphaville Industrial, Barueri/SP;

**BURGUER KING DO BRASIL ASSESSORIA A RESTAURANTES LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o Nº 06.088.593/0001-76, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 1645, 10º andar, cj. 102, Cidade Monções, São Paulo/SP.

Pelos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos.

### **I - INTRODUÇÃO**

Pela presente ação civil pública, pretende o Ministério Público Federal, seja reconhecida a ilicitude da prática comercial adotada pelas empresas réis de, em seus estabelecimentos comerciais - lanchonetes, venderem brinquedos em sequenciais e constantes promoções para lanches, voltadas para o público infantil.

Os réus, McDonald's, o Burger King e o Bob's, tem em comum, como estratégia de incitação ao consumo de seus

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

produtos dirigidos ao público infantil, promoções que fazem acompanhar um brinquedo ou outro objeto de apelo infantil a um sanduíche com acompanhamento e bebida. Respectivamente, essas promoções se chamam McLanche Feliz, Lanche Bkids e Trikids. Nesse contexto, por exemplo, no início do mês de junho de 2009, o McLanche Feliz era composto de oito bonecos relativos ao filme "Uma Noite no Museu 2", o Lanche Bkids era composto por 16 brinquedos personalizados com som do filme "Star Trek" e, atualmente, o Lanche Trikids é composto por 5 modelos diferentes de squeezes promovidos pela Hanna Barbera.

O Trikids, como lanche, é principalmente composto de um refrigerante ou suco Kapo, cheeseburger e batata frita. O McLanche Feliz oferece algumas opções tidas como mais saudáveis, como, por exemplo, a maçã como opção de sobremesa e cenouras como acompanhamento, mantendo porém como carro chefe os produtos com a marca do McDonald's: hamburger, cheeseburger ou McNuggets (frango frito) como opção central necessária, e a batata frita, o refrigerante como principais opções de acompanhamento e bebida (destaque-se que a maçã cumpre principalmente um papel legitimador, como se suas qualidades nutricionais fossem transferidas aos demais produtos oferecidos). O Bkids, por sua vez, é composto de hamburguer, cheseburguer ou Nuggets.

Ressalte-se que as três empresas rés são redes de "fast food", cujo cardápio é composto basicamente de alimentos altamente calóricos, gordurosos e com alto teor de açúcar. A transição das promoções infantis para o cardápio comum, buscada pela fidelização, dar-se-á em seguida também com custos para a saúde.

Como esclarece o Instituto Alana na notícia que originou o inquérito civil público nº 1.34.001.003881/2008-32

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

(com referência às promoções do Burger King e do Bob's)<sup>2</sup>:  
"apesar de as promoções serem dirigidas eminentemente ao público infantil, os componentes alimentícios (sanduíche, batata frita e refrigerante ou suco) possuem valor calórico que varia entre 529 a 691 quilocalorias, de acordo com a informação nutricional fornecida pelas empresas, por sua vez construída em percentuais baseados em uma dieta de 2000 quilocalorias, recomendada para adultos e não para crianças. Em uma dieta infantil a ingestão destas quantidades de calorias equivale a 31,12% e 40,65% das calorias diárias que uma criança necessita (de acordo com uma dieta de 1700 quilocalorias, recomendada para crianças com idade entre quatro e oito anos"), fls. 05.

Assim, como será melhor desenvolvido nos pontos abaixo, o brinquedo como imã de marketing promove a venda de alimentos não saudáveis, de redes caracterizadas por cardápios não saudáveis, importando na fidelização da clientela infantil para esse tipo de produto e em desconsideração das condições particulares da criança como pessoa em desenvolvimento e da obesidade como epidemia.

---

2 Deve ser notado que a notícia do Instituto Alana se fundamentava em também em eventual venda casada entre o brinquedo e o lanche, sendo limitada ao Burger King e ao Bob's. 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 de fato (as implicações sobre a criança de uma prática promocional, independentemente da venda do 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 entre o McDonald's e o MPF por meio do TAC no âmbito do procedimento 1.34.001.003115/2005-25 - fls. 328 e seguintes. Daí a inclusão do McDonald's na presente ação. De fato, a venda casada independe do público ser infantil ou não e dos efeitos médicos e para a saúde do produto consumido, tratando-se de uma consideração meramente sobre a liberdade de contratação. No caso do inciso IV, os fatos relevantes são aqueles sobre a captura do processo de decisão da criança por prática abusiva, a inadequação do produto face a teoria da qualidade do produto trazida pelo CDC, as questões de vigilância sanitária e a problemática da criança como pessoa em desenvolvimento.

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

### **I.a - O CONSUMIDOR EM CAUSA, A CRIANÇA E O DIREITO**

A criança aparece no século XXI como o centro da problemática da ética no marketing. Essa problemática, que certamente não é exclusivamente jurídica, envolvendo opções familiares e empresariais, pula no Brasil para dentro de um quadro jurídico de especial proteção da criança - do consumidor e da criança consumidora -, na qual as consequências são evidente e necessariamente jurídicas.

Tem-se na presente ação, então, a atribuição de relevância jurídica a específica prática comercial das rés, por se entender haver uma contrariedade ou antagonismo dessa prática de venda de brinquedos em lanchonetes como forma de atração, consumo e fidelização do consumidor infantil com a ordem jurídica. Entende-se e argumenta-se, pois, haver uma necessária reprovação por parte da ordem jurídica desses métodos de venda por sua oposição à legislação de proteção da criança, de tutela do consumidor, de prevenção de doenças e de vigilância sanitária no Brasil. Assim tanto na dimensão constitucional quanto legal.

Busca-se aqui, pois, a medida do convívio entre as iniciativas econômicas privadas e a problemática jurídica da criança. Assim, a partir da percepção que a tutela constitucional e legal da criança, da saúde e do consumidor são fontes de normas de conduta para o fornecedor de bens e serviços no mercado de consumo.

Tem-se, pois, nesses autos a invocação da incidência das normas protetivas da criança, da saúde e do consumidor sobre as práticas comerciais adotadas pelas rés, em específico, sobre o uso do brinquedo como instrumento de

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

venda, consumo e fidelização de alimentos associados a diversas restrições médicas e ao uso dessa prática para aprisionamento das opções alimentares da criança, pessoa em desenvolvimento e consumidor especialmente vulnerável.

Em resumo, a venda de alimentos de lanchonete para crianças, intermediada por brinquedos, são fatos jurídicos, fatos com relevância para o direito. São, especificamente, fatos ilícitos, conforme qualifica sua incidência como práticas comerciais vedadas e abusivas.

### II - A ADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LEGITIMIDADE, INTERESSE PROCESSUAL, POSSIBILIDADE DO PEDIDO E COMPETÊNCIA

A ação civil pública, por expressa previsão, destina-se a tutela da coletividade de consumidores e da coletividade de crianças. Assim pelos termos dos artigos 29 e 81 do CDC e artigos 200, V e 208 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, o princípio da não taxatividade da ação civil pública (art. 1º, IV, da LACP) faz incluir a proteção da saúde da coletividade como objeto adequado para a ação coletiva.

Veja-se aqui que a promoção das rés caracteriza-se, precisamente, pelos fundamentos que levaram à formalização da tutela coletiva: a massificação das relações, a assimetria de poder econômico, o impacto transindividual, por exemplo. De fato, como reconhecido pelo próprio marketing:

*"O marketing tenta influenciar o modo como os consumidores se comportam. Essas tentativas têm implicações para as organizações que as fazem, para os*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*consumidores que estão tentando influenciar e para a sociedade em que essas tentativas ocorrem*"<sup>3</sup>

De fato, o direito do consumidor, de mandamento constitucional, tem entre seus princípios exatamente o da proteção estatal do consumidor - art. 6º, VII - , o qual, previsto na parte geral do CDC, virá a ter seu desdobramento na tutela jurisdicional conforme prevista pelo artigo 81 e ss. - com destaque precisamente para a tutela coletiva. Na mesma direção a proteção da criança, conforme art. 141 do Estatuto.

Postos, pois, como objeto de tutela a saúde, o desenvolvimento e a liberdade da coletividade de crianças e da coletividade de crianças consumidores, bem como o impacto transindividual das práticas comerciais nas questões de regulação do alimento (vigilância sanitária), adequada se mostra a via da ação civil pública.

Ademais de cabível a ação civil pública, é autor legítimo o Ministério Público, com base no disposto nos incisos II e III do artigo 129 também da Constituição Federal (cf. REsp 89.646, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, constando da ementa: "*na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania*")<sup>4</sup>.

---

3 Prefácio do livro "Comportamento do Consumidor", Del. I. Hawkins, David L. Mothersbaugh e Roger J. Best, Editora Campus, 10ª ed.

4 Ademais, como ensina José Alfredo de Oliveira Baracho: "*essas Constituições, além da enunciação dos princípios fundamentais, que precedem os direitos e deveres dos cidadãos, procuram promovê-los, através de certas garantias, que não se restringem apenas às iniciativas judiciais dos titulares de situações jurídicas subjetivas, mas supõem o compromisso de todos os órgãos dos poderes públicos para que todos se tornem funcionalmente efetivos*" (Teoria Geral da Cidadania, A Plenitude

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No interesse do presente objeto, expressa a atribuição do Ministério Público Federal. Em legislação complementar à Constituição, - a Lei Complementar 75/93 - incumbe literalmente ao Ministério Público da União (art. 6º, inciso VII) promover o inquérito civil e a ação civil pública para (na alínea "c") a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor.

Presente ativamente em Juízo pois pessoa enquadrada dentre aquelas elencadas pelo inciso I, do art. 109, da Constituição Federal. A legitimidade do MPF vincula-se, por outro lado, ao interesse da União do feito, a ser dado como condição para sua vinda à Justiça Federal. Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal. 3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A*

---

da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais, Editora Saraiva, p. 61)

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos. 4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria – as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa – as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109,

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar. (REsp 440002 / SE, rel. Min. Teori Albino Zavascki)*

Destaca-se que a natureza do bem tutelado insere-se no âmbito do interesse da União pela existência coincidente de serviço público federal de igual tutela, formulador de políticas públicas, que tem coincidente propósito ao que se visa alcançado por determinação judicial. Assim, no âmbito do Ministério da Saúde (v. Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008, fls. 1077) e da ANVISA (fls. 1067). **Percebe-se, pois, que se trata de objeto na esfera de atuação da União.**

No âmbito da tutela coletiva, cumpre reconhecer que a ação civil pública que controla prática submetida ao controle administrativo da União, ainda que considerada a separação entre as instâncias administrativas e judiciária, tem implicações federativas, necessariamente.

O modelo de federação adotado no Brasil importou, constitucionalmente, na distinção entre um Judiciário da União e Judiciários em cada um dos Estados.

Esse modelo brasileiro, entretanto, fugiu do modelo original de Judiciário Federal conforme adotado pela Constituição dos Estados Unidos de 1787/1788, em que a Justiça Federal tem para si a aplicação da legislação federal (artigo III, seção 2 da Constituição norte-americana).

Para a legislação federal, considerada a centralização legislativa na União, optou o constituinte

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

brasileiro por manter o controle da União apenas por via recursal extraordinária, instituindo Tribunais empenhados na uniformização da interpretação da lei federal (STF e STJ).

Assim, por esse modelo, o Juiz da União - ressalvada as justiças especializadas - nas hipóteses que envolvem aplicação da legislação federal é um juiz apenas de direito e não de fato (efeito devolutivo limitado dos recursos extraordinários, conforme súmula 7 do STJ).

Não obstante, em matéria administrativa ou executiva, o modelo federativo do Poder Judiciário da União é abrangente e determina o controle judicial das pessoas jurídicas federais e seus bens e serviços, em regra, e da determinação do interesse federal em concreto. Seria, de fato, estranho que, definido administrativamente para determinado objeto a arena federal, não pudesse a mesma questão ser trazida por um órgão da União - o MPF - para escrutínio judicial.

Percebe-se, então, aqui, que o Juiz da União, especialmente aí considerado como Juiz Federal, é juiz tanto do fato quanto do direito.

Assim, em lides como a presente (caracterizadas pela afetação ampla da prática trazida a escrutínio judicial, por seu impacto nas políticas públicas federais, e dentro do espectro de ação da estrutura federal), a atividade jurisdicional é mais ampla que a simples adjudicação de interesses privados e atinge a própria conformação do interesse público envolvido pelo serviço público federal (em sentido amplo). De fato, nas ações coletivas, como ensina Carlos Alberto de Salles (Direito Processual Público - A Fazenda Pública em Juízo, Coord. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno, p. 60/62):

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*“Por assim dizer, o Poder Judiciário passou a adjudicar o interesse público em determinadas situações, definindo, entre vários, o interesse prevalecente em uma situação de conflito. Com isso, o Judiciário conheceu uma expansão de suas atribuições, passando a resolver questões de âmbito político, no cumprimento de um papel antes relacionado a outros centros decisórios existentes na sociedade. Em certo sentido, pode-se afirmar que o processo judicial passou à condição de instituição socialmente apta a decidir sobre o interesse público em determinadas situações. Mais do que isso, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão social capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por características estruturais, obtêm um inadequado tratamento pelo mercado ou pelo processo político.*

*Essas modificações operaram uma transformação não apenas quanto ao conteúdo das decisões judiciais, no sentido do seu alcance social e dos critérios de justiça que passaram a balizar a tomada de decisões. Essa ampliação do poder jurisdicional, por consequência, impeliu à modificação do próprio modo de operação do sistema judicial em relação a esses casos,*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

conduzindo a uma alteração também do padrão tradicional de funcionamento das normas processuais implicadas nesses novos casos (...). Abram Chayes, fornecendo elementos para o exame desse novo modelo, enumera as seguintes características:

1. O escopo da ação judicial não é exogenamente dado, mas é modelado principalmente pela corte e pelas partes.

2. A estrutura de parte não é rigidamente bilateral, mas espalhada e amorfa.

3. O exame dos fatos não é histórico e adjudicativo, mas prospectivo e legislativo.

4. A resposta não é concebida como compensação por erros passados na forma logicamente derivada da responsabilidade material e confinada a seu impacto para as partes imediatas; ao contrário, ela é prospectiva, elaborada "ad hoc" em medidas de linhas flexíveis e abrangentes, frequentemente tendo importantes consequências para muitas pessoas incluindo terceiros não participantes do processo.

5. O remédio judicial para a situação não é imposto, mas negociado.

6. A sentença não termina o envolvimento judicial no problema: sua execução requer a contínua participação da corte.

7. O juiz não é passivo, sua função está limitada à análise e afirmação de normas legais imperantes; é ativo, com

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*responsabilidade não apenas por palpável avaliação dos fatos, mas por organizar e moldar a litigância para assegurar um resultado justo e viável.*

*8. O objeto da ação judicial não é a disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma reclamação sobre a operação de uma política pública (The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v.89, maio 1976)".*

Não por outra razão, em atendimento ao art. 109, I, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para a ação civil pública e a competência, assim, da Justiça Federal, sempre que presente um interesse federal a qualificar a legitimidade do Ministério Público Federal.

De ser reconhecida aqui, pois, a legitimidade do MPF assim como a competência da Justiça Federal.

O interesse mostra-se presente pela necessidade da tutela pretendida em razão da prática comercial contestada: não havendo a cessação voluntária por parte do fornecedor, resistida se mostra a pretensão do Ministério Público Federal.

O pedido, por sua vez, é juridicamente possível diante da existência da tutela inibitória como tutela da obrigação de não fazer ligada aos interesses transindividuais constitucionalmente expressamente reconhecidos (art. 227 e 170, com detalhamento legal pelas Leis 8078 e 8069):

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

*"A tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação. Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que multiplicam-se os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário. A tutela inibitória, em outras palavras, é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos. (...) A tutela inibitória não visa apenas a impedir um fazer, ou seja, um ilícito comissivo, mas destina-se a combater qualquer espécie de ilícito, seja ele comissivo ou omissivo. O ilícito, conforme a espécie de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, o que abre a oportunidade, por conseqüência, a uma tutela inibitória negativa - que imponha um não fazer - ou uma tutela inibitória positiva - que imponha um fazer"<sup>5</sup>*

### **III - MÉRITO**

#### **III.a - OS BRINQUEDOS COMO MARKETING INFANTIL**

Os fornecedores de bens ou serviços no mercado de consumo, com destaque crescente a cada ano que passa, têm se esforçado para estabelecer os padrões de compra da criança consumidora e atraí-las para suas marcas e produtos.

---

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Manual do Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, p. 454 e 456

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Alguns fatores que se desenvolveram nas últimas décadas têm permitido e explicado esse crescente foco na criança, e aí não apenas a assunção de um papel cada vez mais central da criança na família. Assim, o aumento da exposição aos meios de comunicação, inclusive com o desenvolvimento de novos desses meios, como a própria internet e o telefone celular, que ademais de tudo, representam uma quebra geracional e isolam a criança, em maior ou menor medida, dos círculos de influência tradicionais, notadamente a família. A própria família passou por mudanças<sup>6</sup>, que implicam, em regra, na ausência de ambos os pais da casa, não apenas facilitando a exposição da criança aos meios de comunicação (onde fazem o consumidor sua publicidade ou a partir de onde aproveitam personagens para licenciar em seus produtos), como retirando do controle dos pais essa forma de entretenimento. A criança tem hoje, ainda, um dinheiro próprio, decorrente de mesada, presentes, prêmios ou a ela destinado para pequenas despesas ou educação financeira - e que é representativo, especialmente para certos setores ligados aos chamados produtos de conveniência (produtos em que o processo de decisão de compra e consumo é menos complexo e mais espontâneo ou acrítico). Especialmente, perceberam e reconheceram os profissionais do marketing nas crianças um **papel prescritor**<sup>7</sup> fundamental para

---

6 *"Mais e mais famílias dependem de duas fontes de renda para pagar as contas e assim seus filhos passam maior tempo por conta própria, suas televisões ligadas e seus computadores com a tela aberta, recebendo mensagens que são cada vez mais estruturadas para atraí-los. Há uma forte diminuição do tempo que os pais passam com seus filhos, e pais constantemente compensam com dinheiro sua ausência"*, Martin Lindstrom, Brand Child, ed. Kogan Page p. 193, tradução livre. No original, "More and more families requires two incomes to pay the bills, so tweens spend a lot of time on their own, their televisions turned on and their computer screens open, receiving messages that are more and more designed to appeal them. There is a steady decrease in the time spent by parents with tweens, and parents often compensate for their absence by increasing their children's pocket money"

7 O marketing vê a criança como um tomador de decisões em potencial: *"Atualmente, as crianças têm grande influência sobre as decisões de compra de seus pais. Em muitas famílias, ambos os pais trabalham e têm pouco tempo, o que pode encorajar as crianças a participar. Além disso, os filhos em domicílios com pais separados envolvem-se mais cedo nas*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

definição dos gastos familiares - e aqui não apenas com relação às despesas a elas dirigidas, como para o próprio grupo de produtos de consumo dos demais membros da família. Fundamentalmente, notaram os mencionados profissionais que as crianças são em grau crescente pleiteantes, ou seja, consomem e querem cada vez mais bens de consumo, **demandando** tanto a seus pais - constantemente. Demanda essa que vem hoje associada a outra característica, a vinculação à marca.

Dispõe hoje o profissional do marketing infantil do conhecimento sobre o comportamento da criança ligado, por exemplo, ao que se chama nessa área do conhecimento de "nag factor" (ainda "pester power"), algo como "fator resmungo": quando a criança incomoda persistentemente os pais com resmungos, cenas e pedidos.

Importa aqui perceber que o marketing infantil hoje é alimentado por cifras astronômicas e sustenta esforços profissionais pesados na sedução do consumidor infantil e na prescrição de seu comportamento.

Nesse contexto é importante perceber que toda ação de marketing que se dirija a criança ou, de qualquer forma, que a afete, é sujeita a um escrutínio mais rigoroso por parte do direito do consumidor e do direito da infância e da juventude.

---

*tomadas de decisões das famílias do que em famílias com pais casados. As crianças são especialmente influentes em decisões sobre alimentos, conforme mostrado na Figura 4.11. Frequentemente, as crianças ajudam a decidir onde a família faz as refeições rápidas, e muitas influenciam a escolha de restaurantes para refeições completas. As crianças são ouvidas quanto aos tipos de alimentos que a família come em casa e também frequentemente influenciam até mesmo as marcas específicas que os pais compram. Finalmente, as crianças influenciam as decisões de compra de brinquedos, roupa, férias, recreação e automóveis, mesmo sabendo que normalmente elas não são as compradoras reais de tais itens. Os profissionais de marketing estão conscientes do poder de compra das crianças: estima-se que as crianças de 12 anos ou menos gastam diretamente US\$ 24 bilhões por ano e influenciam outros US\$ 300 bilhões em gastos domésticos", Princípios de Marketing, Charles W. Lamb, Jr, Joseph F. Hair, Jr e Carl McDaniel, p. 154*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nessa sequência, percebe-se que a prática das rés aqui contestada traz circunstâncias especiais que a agravam e, especialmente, conforme aqui fundamentado, que a empurram para o campo da ilicitude.

As rés se valem de brinquedos e de objetos de indubitável apelo infantil como forma de promoção de suas vendas de lanches, quer pela venda associada, quer como maneira de trazer a criança para dentro de seu estabelecimento, quer pela associação de suas lojas, marcas e produtos à idéia construída de diversão, distinção, realização ou poder associado ao brinquedo adquirido. De fato, assim, esses brinquedos se fazem definidores de uma dieta, hábito ou consumo alimentar caracterizado pela criticável composição nutricional dos alimentos vendidos e do conjunto ou mix de produtos à disposição nas lojas das rés.

Outra característica dessas promoções é a constante alteração das coleções e da variedade de brinquedos em cada uma delas. Os brinquedos a serem adquiridos nunca se esgotam, o consumo do hamburger nunca se desgasta ("não sai de moda") e a criança, de lanche em lanche, de brinquedo em brinquedo, forma sua dieta no cardápio das rés e fideliza-se às marcas. Ou seja, de brinquedo em brinquedo, de coleção em coleção, a prática comercial se faz perceber destacadamente por seu **impacto cumulativo**.

A prática comercial, posta em outra linha, caracteriza-se por aquilo que por vezes é chamado de Trans-Toying, ou seja, a transformação de itens do dia a dia da criança, com outras funcionalidades, em brinquedos. Nesse contexto, o marketing das rés faz crer às crianças que o propósito da alimentação outra coisa não é que a brincadeira.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ainda, a prática comercial é dirigida diretamente à criança, deixando os pais em uma posição incômoda de veto, o que equivale a dizer em incômoda posição no próprio processo familiar.

Os brinquedos, por sua vez, não são apenas produtos que provocam o imaginário da criança, mas são reproduções de personagens cada vez mais presentes no imaginário e no cotidiano infantil, através da televisão, do cinema, da internet, dos quadrinhos, etc (assim ao serem percebidos no contexto de explosão das mídias, a partir da universalização da televisão, passando pelos canais e programas infantis especializados e chegando agora na internet, inclusive móvel).

Na prática das rés faz-se o controle do universo de referências da criança e a aquisição de legitimidade junto ao universo de consumo infantil, pela intermediação do brinquedo, do personagem e da marca.

Percebe-se assim que a venda de brinquedos em lojas de fast food, em coleções sempre renovadas, outra funcionalidade não tem senão a de cultivar o comportamento repetitivo de compra e consumo. Esse contexto não pode ser entendido fora de outro, o da obesidade como epidemia.

### **III.b - A OBESIDADE NA INFÂNCIA**

A Dieta é um dos principais fatores em nossa vida. Não apenas porque pode ser percebida como elemento que compõe a própria definição da personalidade, como por sua direta associação com questões de saúde. A dieta é, de fato,

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

imediatamente associada a obesidade como questão de saúde (física especialmente, mas com marcantes efeitos psicológicos sobre a infância).

De pronto já se diga nessa inicial que a presente pretensão não parte do pressuposto de ser a alimentação inadequada a única causa da obesidade. É ela, de fato, multifatorial. Ainda assim, cumpre reconhecer a necessária relação entre alimentação e saúde e sua relevância para o direito. Ademais, deve ser posto que, não obstante, não seja causa única, a alimentação inadequada é central para o problema da obesidade. No âmbito jurídico, deve ser percebido que, com relação à legislação, **não se exige um nexos causal de origem única para se reconhecer o dever de abstenção a determinado agente e para a ele imputar responsabilidade.** Tanto assim que a culpa da vítima ou de terceiro é causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor apenas quando exclusiva.

Posta assim a questão da dieta no contexto dessa pretensão, percebe-se que ela se vincula, em medicina, às chamadas DCNT - doenças crônicas não transmissíveis. Essas doenças respondem por uma cada vez maior percentagem das mortes no Brasil (ou seja, sua importância como questão de saúde pública é crescente). São também doenças que se caracterizam por serem doenças prolongadas<sup>8</sup>

Um dos principais problemas com a obesidade é sua associação a outras doenças:

---

<sup>8</sup> "Por serem doenças de longa duração, as DCNT são as que mais demandam ações, procedimentos e serviços de saúde. Em 2002, o Ministério da Saúde apresentou estimativas de gastos de cerca de 7,5 bilhões/ano em atendimento ambulatorial e internações, devido a DCNT", Dirce Maria Lobo Marchioni e Regina Mara Fisberg, Nutrição nas Doenças Crônicas Não Transmissíveis, coordenador Lilian Cuppari, Manole, p. 4

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*"A obesidade, definida como uma enfermidade crônica, que se caracteriza pelo acúmulo excessivo de gordura e que representa um comprometimento da saúde, está associada a outras condições, como dislipidemia, diabete, hipertensão e hipertrofia ventricular esquerda, todos conhecidos como fatores de risco coronariano. Aumentos na frequência de câncer de cólon, reto e próstata têm sido observados em homens obesos, enquanto a obesidade em mulheres associa-se à maior frequência de câncer de vesícula, endométrio e mamas. Além disso, a obesidade predispõe a outras condições mórbidas, como colelitíase, esteatose hepática, osteoartrite, osteoartrose, apnéia obstrutiva do sono, alterações da ventilação pulmonar e dos ciclos menstruais e redução da fertilidade. Quanto maior o grau de obesidade, maior o comprometimento da saúde e qualidade de vida, o que no seu extremo é chamada de obesidade mórbida ou grau III, caracterizada pelo índice de massa corpórea (IMC) acima de 40 kg/m<sup>2</sup>. Neste caso, a intervenção clínica parece não ser suficiente para controlar as comorbidades, sendo necessário o tratamento cirúrgico.*

*Por sua vez, a síndrome metabólica (SM) é um transtorno complexo representado por um conjunto de fatores de risco cardiovasculares, usualmente relacionados à*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*deposição central de gordura e à resistência à insulina*"<sup>9</sup>.

*"A obesidade está associada a algumas das mais prevalentes doenças crônicas não-transmissíveis na sociedade moderna, como hipertensão, dislipidemias, diabetes e doenças cardiovasculares (DCV). Os maiores riscos à saúde causados pela obesidade aumento de forma progressiva e desproporcionalmente ao aumento de peso, numa curva conhecida em forma de "J". O desenvolvimento de diabetes mellitus apresenta maior probabilidade de ocorrência. Em adultos, quando o IMC está acima de 35, o risco de seu desenvolvimento pode estar elevado em até 93 vezes em mulheres e em 42 vezes em homens*"<sup>10</sup>.

Por outro lado, a prevenção é especialmente importante para a obesidade vez que a própria doutrina médica reconhece a dificuldade do sucesso em seu tratamento. É esta a condição, porque baseada a doença em um hábito ("*a redução do peso é um processo lento e demorado, e adotar hábitos alimentares melhores, aliados a um padrão dietético adequado, não é uma tarefa simples para o paciente e família*", Maria Aparecida Vieira em Nuvarte Setian, op. cit, p. 214)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Kênia Mara Baiocchi de Carvalho, Eliane Said Dutra e Mariana Silva Melendez Araújo, *Nutrição nas Doenças Crônicas Não Transmissíveis*, coordenador Lilian Cuppari, Manole, p. 71/72

<sup>10</sup> Mauro Fisberg, Isa de Pádua Cintra, Roberto Fernandes da Costa e Luana Caroline dos Santos, *Obesidade na Criança e Adolescente*, coordenadores Nuvarte Setian, Durval Damiani, Thais Della Manna, Vaê Dichtchekenian e Ary Lopes Cardoso, p. 11

<sup>11</sup> Unfortunately, successful treatments for obesity have been elusive. For adults, the current treatment of choice only results in about a 10% reduction in body weight, and virtually all patients regain this weight within a few years of treatment (Jeffery et al., 2000). Obesity

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Perceba-se que: “a obesidade impõe um enorme ônus para todos: para o indivíduo em especial, para a família e para o Estado. Com relação às crianças e adolescentes, as complicações envolvem: hipertensão, dislipidemia, desconforto ortopédico, resistência à insulina, problemas cardiorespiratórios e psicossociais”. (Nuvarte Setian, p. 2)

Um dos problemas com a epidemia de obesidade é sua **evolução em números:**

“No Brasil, verifica-se um processo de transição nutricional nas últimas décadas. Comparando-se os dados do Estudo Nacional da Despesa Familiar (ENDEF), realizado em 1974 e 1975, com os dados da pesquisa sobre padrões de vida (PPV), realizada em 1996 e 1997, nas regiões Sudeste e Nordeste, verificou-se um aumento na prevalência de sobrepeso e obesidade de 4,1 para 13,9% em crianças e adolescentes de 6 a 18 anos”.<sup>12</sup>

---

treatments for children and adolescents have yielded similar effects, though behavioral family-based interventions have produced more persistent weight loss effects (Epstein, Valoski, Wing, & McCurley, 1990; Flodmark, Ohlsson, Ryden, & Sveger, 1993). Compounding matters, only about 10% of obese children and adolescents seek weight loss treatment (e.g., French, Perry, Leon, & Fulkerson, 1994). Accordingly, much effort has been devoted to developing and evaluating obesity prevention programs, in the hope that this strategy will more effectively curb this pernicious public health problem.

Artigo encontrado no sítio da Associação Norte-Americana de Psicologia, <http://www.apa.org/journals/releases/bull1325667.pdf>

Tradução livre: Infelizmente, tratamentos de sucesso para a obesidade tem sido esquivos. Para adultos, a taxa de tratamento resulta em apenas 10% de redução no peso corporal e virtualmente todos os pacientes recuperam esse peso com alguns poucos anos do tratamento. Tratamentos de obesidade nas crianças e adolescentes têm efeitos similares, embora intervenções comportamentais baseadas na família tem produzido uma mais persistente perda de peso. Compõe o problema o fato de apenas 10% das crianças obesas buscar tratamento. Assim, grande esforço tem sido dedicado a desenvolver e avaliar programas de prevenção, na esperança de que tanto seja mais efetivo para conter esse problema pernicioso de saúde pública.

12Mauro Fisberg, Isa de Pádua Cintra, Roberto Fernandes da Costa e Luana Caroline dos Santos, Obesidade na Criança e Adolescente, coordenadores Nuvarte Setian, Durval Damiani, Thais Della Manna, Vaê Dichtchekian e

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A origem dessa epidemia não se separa da condição da criança:

*"A síndrome metabólica (SM), descrita inicialmente como anormalidade metabólica determinante de graves riscos para a saúde e considerada própria do adulto, apresenta-se, atualmente, com fortes evidências de que suas raízes estão na infância. E aqui a obesidade torna-se um fator de grande risco para essas alterações metabólicas. Portanto, fatores como dieta, estilo de vida, doenças crônicas e medicamentos podem ter importante impacto sobre o metabolismo das crianças e, em longo prazo, morbidade na vida adulta. A probabilidade de que uma criança obesa venha a tornar-se um adolescente e/ou um adulto obeso aumenta com a idade e a gravidade da obesidade, ao mesmo tempo em que reduções de peso da ordem de 5 a 10% diminuem de modo significativo o risco de complicações da obesidade"<sup>13</sup>.*

No contexto da infância, a obesidade tem implicado na antecipação já para a criança de problemas de saúde típicos da idade adulta:

*" O aumento da prevalência de obesidade na criança e no adolescente transferiu a*

---

Ary Lopes Cardoso, p. 8

<sup>13</sup>Nuvarte Setian, Obesidade na Criança e Adolescente, coordenadores Nuvarte Setian, Durval Damiani, Thais Della Manna, Vaê Dichtchekian e Ary Lopes Cardoso, p. 46

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*manifestação da hipertensão primária, associada à síndrome plurimetabólica, tradicionalmente encontrada no adulto, para a faixa etária pediátrica*<sup>14</sup>.

Esse relevante contexto da obesidade implica necessariamente em consequências jurídicas para as práticas indutoras de um ambiente obesogênico, notadamente com impactos sobre a criança.

### **III.c - A ALIMENTAÇÃO E A OBESIDADE: BRINCANDO COM A GORDURA**

O cardápio das rés, principalmente os produtos que são seus mais vendidos, caracterizam-se como a antítese da dieta recomendada. Esse cardápio dirige-se ao público infantil não apenas através de personagens de culto infantil, mas principalmente por meio de brinquedos colecionáveis em coleções em constante renovação. De fato, personagens do Star Trek, de Uma noite no museu, de desenhos animados, etc. usados pelas rés são aqueles aos quais as crianças aderem, pois são os que são vistos nos meios de comunicação, nos objetos licenciados, promovidos exaustivamente, postos como desejo, como projeto, como meta e satisfação.

O uso desses personagens em brinquedos e outros objetos por redes especializadas em sanduíches, doces e frituras, não é despropositado. A alimentação ofertada pelas rés é promovida com o objetivo claro de aumentar o consumo infantil de fast food e de determinar a inclusão desse tipo de alimento na dieta da pessoa. De fato, no marketing:

---

<sup>14</sup>Vera Hermina Koch, Obesidade na Criança e Adolescente, coordenadores Nuvarte Setian, Durval Damiani, Thais Della Manna, Vaê Dichtchekian e Ary Lopes Cardoso, p. 103

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*"o composto promocional apropriado é o que a gerência crê que atenderá às necessidades do mercado alvo e realizará os objetivos globais da organização. Quanto mais recursos alocados em cada ingrediente promocional e quanto mais ênfase gerencial for colocada em cada técnica, mais importante esse elemento é para os resultados do composto de marketing global"<sup>15</sup>.*

Na hipótese dos presentes autos, uma prática de marketing, com a funcionalidade de incitar o consumo e fidelizar o consumidor ao produto, outra coisa não representa que domínio ou a potencialidade de **domínio sobre as escolhas e hábitos alimentares**.

O que propõem os réus é a premiação da gordura (notando-se que a associação com o prêmio tem sido uma tradicional forma de marketing):

*"provavelmente, o melhor exemplo de utilização de prêmios seja o Happy Meal do McDonald's, em que as crianças são premiadas com um pequeno brinquedo junto com suas refeições. O lucrativo pacto da profissional de marketing de refeições rápidas com a Ty Inc., profissional de marketing do Beanie Babies, transformou a combinação Happy Meal anual e a Teenie Beanie Babies em um produto forte. A demanda foi tão alta durante a promoção de*

---

<sup>15</sup>Princípios de Marketing, p. 467

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*1998 Teenie Beanie Babies que muitas lojas do McDonald's esgotaram estoques de alimentos, e os prêmios duravam somente alguns dias ou, no máximo, duas semanas na maioria das lojas. O McDonald's também promove rotineiramente filmes da Disney por meio de prêmios Happy Meal vinculados a filmes como 101 Dálmatas, Flubber e Mulan".<sup>16</sup>*

### III.d - O CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO

A prática comercial das rés é aqui trazida ao Judiciário pela sua inadaptação ao quadro normativo brasileiro, ou seja, por sua contrariedade à nossa lei. Temos, a partir das normas constitucionais, o impedimento legal ao brinquedo "isca" no CDC, ECA e legislação de saúde/vigilância sanitária.

Esse quadro normativo caracteriza-se pela ordem pública na proteção à criança e na tutela do consumidor.

De fato, como noção, por certo, não há que se discordar que a proteção da criança represente um limite externo à livre iniciativa. O que aqui se pretende é a especificação dessa idéia dentro de um contexto concreto, qual seja, das promoções das redes de lanchonetes para atração, consumo e fidelização do público infantil. Nessa pretensão, sustenta-se que a criança como criança não só, mas também como consumidora, e a sociedade como espaço que demanda a restrição de iniciativas como prevenção a epidemias vão determinar que,

---

<sup>16</sup>Princípios de Marketing, p. 538

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

na hipótese trazida, a livre iniciativa deve ser constrangida como esforço necessária para conformação e acomodação dos interesses conflitantes, quer como a própria configuração constitucional da livre iniciativa (o conteúdo do direito), quer pela ponderação de valores constitucionais (com prioridade para a criança, a saúde e o consumidor).

### III.e - A SAÚDE, A ALIMENTAÇÃO, A EPIDEMIA E A VIGILÂNCIA SANITÁRIA

O produto das rés é o alimento, produto sujeito a um regime de regulação no Brasil e submetido a um conjunto normativo destinado a prevenir riscos à saúde pelo seu consumo. Há assim, legalmente, uma "administração do alimento". Essa administração inclui a preocupação com a decisão alimentar dos consumidores e de seus responsáveis (inclusive a vigilância nutricional e a orientação alimentar, conforme art. 6º da Lei 8.080)<sup>17</sup>. Não, por outra razão, inclui a administração dos alimentos obrigações de rotulagem e informação. De fato, como consta da legislação (art. 6º, Lei 8.080):

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e

---

<sup>17</sup> Lei 9782, 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;.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Por sua vez, conforme se põe nessa inicial, as rés, em um processo aqui tido por ilegal, procuram apropriar da decisão alimentar através de uma prática comercial que retira a alimentação propriamente da decisão alimentar e fidelizam o consumidor infantil, pessoa em desenvolvimento, em alimentos associados ao risco de doenças e outros agravos<sup>18</sup>.

Há o direcionamento específico, contínuo e profissional de produtos associados a problemas de saúde para o público infantil, através de técnicas de marketing especializadas e mais efetivas para atingir esse público.

Como consta de relatório da IOTF (International Obesity Taskforce):

*"Isso leva a duas conclusões. A primeira é a de que o tratamento da obesidade deve ser conduzido em um contexto mais amplo do que*

---

<sup>18</sup> Quanto às questões que envolvam a saúde (art. 2º § 2º, Lei 8.080) o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*o discutido atualmente. O tratamento de sucesso envolve mais do que a família e os serviços pediátricos e dependerá do suporte da escola e da comunidade. Será fútil indicar a criança que contenha seu comportamento em um contexto que é cada vez mais aceito como o de um ambiente obesogênico, com frequentes oportunidades de consumo de alimentos (em paralelo a massivo marketing e publicidade) e frequentes oportunidades de comportamento sedentário. Esse tipo de ambiente é um desafio para as crianças e pais, potencialmente levando a dificuldades na dinâmica familiar e a sentimentos de fracasso pessoal.*

*A segunda questão é a de que a obesidade se torna uma questão de saúde pública e não apenas de serviços de saúde: a ênfase deve sair do tratamento do indivíduo para a prevenção na população em geral. Prevenções de ganho de peso em crianças de peso normal vão requerer muito da mesma atenção que é dada às crianças obesas e com sobrepeso. Medidas deverão ser adotadas partindo da escola, da casa e da comunidade até políticas de suprimento de alimentos, marketing comercial e a promoção de modos de vida mais saudáveis, através de medidas como as propostas pela Organização Mundial de Saúde e outros grupos de entendidos<sup>19</sup>.*

---

<sup>19</sup>Tradução livre. No original, na página na internet, "This leads to two conclusions. The first is that obesity treatment may need to be conducted in a broader context than that currently being discussed. Successful treatment is likely to involve more than just the family and the

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O problema posto por réus fornecedores, profissionais, em contínua atividade, de venda e marketing, potencializam a questão e a levam para o âmbito da sociedade, das condições de segurança alimentar<sup>20</sup> do conjunto da população e dos problemas ligados à exposição repetida.

Tem-se, nesse ponto, que é relevante para a regulação jurídica do alimento saber o que significa fidelização ou lealdade à marca (brand loyalty) com relação a produtos reconhecidos por sua associação a problemas de saúde e de qualidade de vida.

Considerando a dimensão das iniciativas econômicas das réus, o tamanho e a despesa de sua rede e os investimentos de marketing infantil, coloca-se especificamente quanto a elas o problema da escala e da capilaridade das técnicas de captura da criança.

---

pediatric services, and will almost certainly require support in the school and the wider community. It may be futile to ask the child to restrain his behaviour in the context of what is increasingly accepted to be an 'obesogenic' environment, with frequent opportunities for the consumption of food (along with its widespread marketing and promotion) and frequent opportunities for sedentary behaviour. This type of environment is a challenge for children and their parents, potentially leading to difficult family dynamics and a sense of personal failure. The second point is that child obesity is becoming a public health issue rather than a health services issue: the emphasis needs to move from treatment of individuals to prevention in the population at large. Prevention of weight gain among normal weight children will require much the same set of policies as are needed to support weight-control among overweight and obese children. Measures will need to be taken both 'downstream' in the school, home and neighbourhood environment, and 'upstream' in terms of policies for food supplies, commercial marketing and the promotion of healthier lifestyles, through measures such as those proposed by the World Health Organization and by other expert groups ."

20 Lei 8.080, art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a **ALIMENTAÇÃO**, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (grifo nosso)

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### III.f - A ALIMENTAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO

Quanto à alimentação, a parte as especificidades do contexto partidário e de regulação dos Estados Unidos (e principalmente, a diversidade do contexto jurídico, com uma Constituição ainda na primeira geração dos direitos), a doutrina daquele país tem, ao menos, ressaltado a preocupação institucional quanto à alimentação e ao hábito alimentar face ao fato da vinculação da comida e da saúde. Como ensina um autor, *"uma boa nutrição é uma questão de intensa preocupação pública e individual. Ela é intimamente relacionada ao desenvolvimento físico e mental do indivíduo e à prevenção de doenças e tem sido objeto prioritário das administrações de ambos partidos. Consequentemente, os programas da FDA relacionados ao valor nutricional dos alimentos representa uma das mais importantes funções da agência"* (Peter Batton Hutt, Richard Merrill e Lewis A. Grossman, Food and Drug Law, Cases and Materials, 3ª ed, Foundation Press)<sup>21</sup>.

Ademais, de sua vinculação ao desenvolvimento físico e mental, deve ser percebida também a alimentação como um processo e a alimentação como decisão - e aí, inclusive, independentemente das qualidades nutricionais do produto a ser posto em questão. Aqui, a alimentação não entra em conexão apenas com a saúde, mas com a liberdade e a intimidade. Com a própria definição individual (com relevância para a liberdade como direito da criança).

---

<sup>21</sup> Interessante notar que, haja vista que as redes aqui res promovem uma dieta de inspiração norte-americana, os autores acima citados indicam na p. 201 da obra referida os índices de obesidade nos Estados Unidos que, de certa forma, tendem a ser a projeção dos efeitos desse tipo de alimentação. Em 1999-2000, 64% dos adultos eram obesos (um aumento em relação a 1988-1994, quando 56% estavam nessa condição)

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nesse contexto, percebe-se que, no caso destes autos, a associação com o brinquedo retira o fundamento da escolha no alimento. O que é percebido como benefício ou impulso de compra é principalmente o brinquedo. Assim se perde a ligação da criança com o alimento em si e surge com o brinquedo. A aplicação ou o emprego da comida, do ato de se alimentar e do hábito alimentar é turvada pelo apelo profissionalmente dirigido ao emocional infantil<sup>22</sup>. A mastigação da criança é automatizada e sua atenção roubada pelo brinquedo. A criança, no ato de se alimentar, passa a se definir pelo que ela possui: a alimentação, bem por definição consumível, passa a ser avaliada pela criança não por si, mas pela posse permanente de bens a ela associada.

O modelo de comércio direcionado às crianças se faz na criação de interações com a comida e as mensagens de marketing, exógenas ao processo de alimentação. A prática de fazer do brinquedo o motivo de compra cria um universo de referências ao qual a criança se liga e se fideliza, mas que é exterior ao alimento consumido e que descarta ou inutiliza a decisão que deve ser feita sobre o alimento em si. Um universo de referências que, embora não alimentar, substitui o contexto alimentar e faz abrir a boca da criança para uma alimentação ligada a toda uma problemática de saúde e de qualidade de vida.

O brinquedo vendido por uma rede de lanches só se justifica no propósito de unir a criança a uma marca e a um produto específico.

Assim, como ensina Susan Linn, *"em longo termo, a imersão da criança na cultura comercial tem implicações que*

---

<sup>22</sup>Certamente uma questão já em si moral e de relevância para o direito, pela moralidade como condição de licitude do objeto.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*vão além do que se compra ou não se compra. O marketing é feito para influenciar mais do que se quer comer ou do que se quer vestir. Ele busca afetar valores essenciais tais como as escolhas do modo de vida: como nós definimos felicidade e como nós medimos nossa auto-estima”<sup>23</sup>*

### III.g - A CRIANÇA, PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

A criança no Brasil, por determinação constitucional, encontra-se em um regime de proteção integral, prioritária e absoluta (art. 227 da Constituição Federal, art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Não é ela apenas titular de direitos<sup>24</sup>, mas a efetivação desses direitos deve se dar com consideração a sua condição peculiar (Art. 6º), como também lhe são atribuídos direitos próprios de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Os direitos atribuídos à criança dão-se como dever da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227). Considerando a inclusão das rés como participantes da sociedade, deve ser reconhecido que a elas, como particulares, há especificamente um dever de abstenção, de ter a criança como limite às suas iniciativas econômicas.

Temos, não obstante, que o objeto das práticas comerciais aqui trazidas a escrutínio judicial revela a opção

---

23 *“In long run, our children's immersion in this commercial culture has implications that go far beyond what they buy or don't buy. Marketing is designed to influence more than food preferences and choice of clothing. It aims to affect core values such as lifestyle choices: how we define happiness and how we measure our self-worth”*, Consuming Kids, p. 8

24 ECA, Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

por um indevido impacto sobre a criança e pela lesão aos direitos dela.

A presente ação cuida de prática comercial que se caracteriza por seu impacto sobre o menor. De fato, ao promover a venda de brinquedos em suas lanchonetes, as rés tem uma clara estratégia de concentração de parte de seus esforços sobre esse segmento próprio do mercado - o público infantil - e, ao mesmo tempo, sensível ao direito. Como ensina um livro de marketing:

*"Segmentação por idade. As crianças influem muito no consumo das famílias. Combinando mesadas, salários e presentes, as crianças de 14 anos ou menos gastam cerca de US\$ 20 bilhões por ano e influenciam a maneira como outros US\$ 200 bilhões são gastos nos Estados Unidos... O apelo às crianças é uma estratégia para muitas empresas porque elas esperam estimular bem cedo a lealdade a marcas" (Princípios de Marketing, Charles W. Lamb, Jr e outros, Thomson, p. 210)*

Como é natural, a promoção da venda pelo brinquedo não tem outro propósito a não ser o de (principalmente no segmento escolhido, o infantil) incrementar as vendas, formar a clientela e criar o hábito ou a constância de consumo. Esse contexto, se visto pela ótica do ordenamento jurídico, traz, entretanto, algumas questões. Por exemplo, quais são as características e o contexto do produto consumido? Quais as repercussões para a criança do produto consumido? Como funciona sobre a criança a estratégia de marketing? Como afeta a criança essa estratégia? Essas questões, por sua vez, em um consideração jurídica como aqui, devem ser percebidas em

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

conformidade com a condição que o direito dá a criança, qual seja, a de pessoa em desenvolvimento.

A incitação profissional do consumo infantil é assim problema a ser considerado pela prática jurídica.

Já no âmbito do próprio direito privado geral, fundam-se em elementos que servem para circunscrever as possibilidades de atuação privada dos agentes econômicos profissionais. A superação dos paradigmas ideológicos tradicionais (não exclusiva do direito do consumidor, mas abrangente do próprio direito civil), ainda que mantendo a livre iniciativa e a autonomia da vontade, importam a determinação ao contratante e ao agente privado de respeito a condição de outrem ou pela posição do outro. No âmbito do direito civil, faz-se assim através dos institutos do abuso do direito, da boa-fé objetiva<sup>25</sup>, da função social dos contratos<sup>26</sup>, etc. Ademais, a vedação de determinadas práticas e comportamentos já em si vedados pelas normas materiais de direito privado fazem-se reforçar pela presença do estado interventor no âmbito das relações de consumo, inclusive pela determinação de atenção à tutela do consumidor por parte das agências reguladoras em âmbito setorial.

Na consideração dos poderes e faculdades ao agente econômico, o Estatuto da Criança e do Adolescente qualifica o princípio de responsabilidade próprio das iniciativas privadas. Funda o ECA, em combinação inclusive com o próprio CDC, um princípio da limitação do uso da criança como fonte de riqueza. Há aqui, então, como acima dito, um especial dever de abstenção.

---

25 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

26 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nesse contexto, a vedação contratual de formação da venda, considerados os institutos de direito civil vistos a partir da perspectiva da criança pode ser reconhecida tanto em razão à inidoneidade do objeto, quanto ao dever de boa-fé e propriamente quanto à vedação do enriquecimento sem causa/ilícito.

No âmbito específico do direito da criança há vedação em si já suficiente para conter o lucro abusivo sobre a criança. Com a proteção integral da pessoa em desenvolvimento na Constituição, a determinação da proteção da criança no regime jurídico brasileiro é necessariamente a proscrição de qualquer ganho econômico que se permita pelo uso das fragilidades próprias da infância, que exerça excessiva influência sobre a criança, que determine padrões de comportamentos que atinjam a criança em seus direitos, que forme hábitos na criança em substituição ao seu processo de desenvolvimento, que aproxime a criança de contextos impróprios para sua saúde, que altere o direito da criança à alimentação em favor de um fornecedor privado, que desenvolvam hábitos associados a aquisição de doenças crônicas, que altere o processo de escolha da criança e da família, que absorva na iniciativas econômicas os processos próprios da infância, ou, em suma, que substitua a proteção integral da criança pela exigência particular de lucro.

Devem, portanto, ser percebidos elementos que colocam em contrariedade com a tutela da criança a prática comercial das rés. Assim por suas características, impacto e métodos.

Os produtos ofertados às crianças são alimentos. Esses alimentos e as redes que os vendem, por sua vez, destacam-se pela associação das qualidades nutricionais aos

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

problemas de saúde<sup>27</sup>, quando não já na infância, potencialmente na sequência da vida da criança. Há, pois, uma incompatibilidade entre o que se quer fazer a criança comer, por incitação profissional, e o direito das crianças à saúde. Basicamente, a promoção das rés é a promoção de um comportamento de risco: se um grupo dos fatores para a obesidade, central para a epidemia como se têm hoje, é o comportamental<sup>28</sup>, contraditoriamente as rés fazem promoção da anti-dieta e do comportamento errado, assim profissional, constante e massivamente.

Deve ser considerado ainda que, por expressa disposição legal, o direito à saúde da criança inclui seu desenvolvimento sadio e harmonioso. A venda de gordura, açúcares e calorias empurrados por brinquedos e personagens do mundo infantil, formadora de uma dieta por sua repetição, não

---

27 "Alimentos de alta densidade energética promovem ganho de peso. Esses alimentos, ricos em gorduras ou carboidratos simples, são, em geral, altamente processados e pobres em micronutrientes... Postula-se que alimentos com elevada densidade energética, altamente palatáveis, promoveriam um "superconsumo passivo" de energia total. Fast food, p. ex., podem interferir no controle do apetite, favorecendo a ingestão energética excessiva e o desenvolvimento da obesidade", Nutrição nas Doenças Crônicas Não Transmissíveis, ob. cit., p. 97

28 "A ocidentalização dos hábitos alimentares em todo o mundo e o crescente sedentarismo, principalmente nas grandes cidades, são fatores que, associados às influências genéticas dos indivíduos, aumentam os casos de obesidade. O aumento no fornecimento energético ao longo dos anos deve-se principalmente, à maior facilidade na aquisição de alimentos, além da redução de seus custos e maior produtividade. Além disso, as alterações na qualidade dos alimentos produzidos são caracterizadas pela maior densidade energética nas porções e indução do consumo exagerado, já que as indústrias procuram produzir alimentos cada vez mais palatáveis e visualmente atrativos. Dessa maneira, exceto em condições comportamentais especiais, a obesidade, em geral, decorre de pequenos e contínuos acúmulos de gordura corpórea ao longo dos anos em função de mudanças dos hábitos alimentares e aumento do sedentarismo, observados com o desenvolvimento industrial e tecnológico", Nutrição, p. 83/84

"Em todo o mundo, a ingestão de gorduras totais, produtos animais e açúcar têm aumentado, enquanto se observa um rápido e importante declínio na ingestão de cereais, frutas e hortaliças. Estas mudanças estão intimamente relacionadas ao fenômeno de globalização e acesso aos alimentos modernos altamente processados, os quais são facilmente transportados entre regiões. Soma-se ao problema da qualidade do padrão alimentar a questão da quantidade ou o consumo energético que tem se mostrado superior às necessidades nutricionais individuais.", Nutrição, p. 94

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

pode ser compatibilizada com essa condição do desenvolvimento. Veja-se que a obesidade (aqui comercialmente induzida) é inclusive associada a diversas dificuldades psicológicas na criança.

Como prática comercial, a venda de brinquedo turva a decisão alimentar, encobre o que se consome e determina à criança a demanda por um produto em razão das qualidades de outro (sendo que o produto encoberto é precisamente aquele associado a problemas de saúde, ligados à formação da dieta e central no desenvolvimento da criança). Deve ser considerada assim a oferta profissional de alimentos através de meios de captação da criança com o direito constitucional à alimentação em sua dicção específica para o menor (art. 227 da CF, que inclui expressamente a alimentação).

A interpretação do art. 227 deve ser a de que o direito da criança à alimentação não se limita ao direito a ter alimento, mas se qualifica pela repercussão do que se come na saúde da criança, pela avaliação das possibilidades da dieta e pela formação livre de pressões exógenas dos hábitos alimentares - ou seja, que o direito à alimentação é também direito a uma alimentação saudável.

O direito a liberdade da criança (art. 15, ECA) deve ser interpretado como limitação da criança à sujeição a fatores exógenos, sob o controle de terceiros e manobrados no interesse deles. De fato, a liberdade de uma pessoa em desenvolvimento diz respeito em grande medida às possibilidades do desenvolvimento (no que se afasta dos instrumentos de determinação por terceiros do que deve a criança vir a ser). Não se compatibiliza com a liberdade a competição pela dieta das crianças de alimentos que se promovem massivamente e em todos os lugares, de fácil acesso e

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

sustentados por estratégias de marketing incitando o seu consumo. De fato, como consta de relatório da International Obesity Taskforce<sup>29</sup>: a mídia, a sociedade civil e setores da indústria devem reconhecer sua responsabilidade no suporte aos esforços de melhora das saúde das crianças (“*Therefore the media, civil society and industrial sectors should acknowledge their responsibility to support efforts to improve the health of children*”). Ressalte-se que no quadro normativo brasileiro essa responsabilidade não se encontra na autonomia da vontade do fornecedor, mas vincula-se à proteção constitucional de ordem pública da criança (notadamente quando consumidora).

A liberdade da criança face ao fornecedor é então a capacidade de fato a ser reconhecida a ela, dentro de seu contexto cultural, familiar e social, de resistir aos produtos ofertados no mercado de consumo, notadamente quando se trate de produtos com direta associação a comportamentos que implicam em fatores de risco a sua saúde.

A centralização do processo alimentar no brinquedo, como esforço de marketing, retira da criança e atribui ao fornecedor o domínio sobre uma das principais condições que está em desenvolvimento no menor, a formação da dieta e a criação do relacionamento da criança com a comida. A instrumentalização da prática faz do brinquedo um atributo saliente, prominente ou evidente da alimentação.

Percebe-se então que é incompatível com a pessoa em desenvolvimento os processos comerciais que não apenas impactam sobre a saúde da criança, como embaraçam o próprio processo de alimentação como questão de desenvolvimento e liberdade.

---

29 Em <http://www.iotf.org/policy.asp>, March 2006 - IOTF-EASO joint response to EU Green Paper “Promoting healthy diets and physical activity: a European dimension for the prevention of overweight, obesity and chronic diseases”. )

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### III.h - UM ADULTO POR VIR

Um dos aspectos mais importantes relativos aos efeitos e ao contexto do uso do brinquedo na venda do fast food diz respeito a sua persistência na criança que se torna um adulto. Como se diz no marketing:

*"Quer sejam consumidores, prescritores ou compradores autônomos, a criança é antes de tudo um adulto porvir, que terá a tendência de permanecer fiel a dois terços de marcas que ele terá escrutinado durante sua infância"*<sup>30</sup>

Não se trata, em outra vertente, apenas dessa perspectiva do intuito do marketing em fidelizar o consumidor. A alimentação é um padrão de comportamento e a dieta se forma no indivíduo com base, em grande parte, nos comportamentos firmados na infância e adolescência. Não apenas isso, a obesidade que apareça já na infância caminha para a idade adulta. De fato, *"uma criança obesa possui um risco maior de se tornar um adulto obeso, e essa alta prevalência pode provocar graves consequências na saúde pública nos próximos anos"*.

Finalmente, a vinculação à dieta de produtos tais quais aqueles vendidos pela ré induz a manutenção de uma dieta

---

<sup>30</sup> Tradução livre. No original, *"Qu'il soit consommateur, prescripteur ou acheteur autonome, l'enfant est avant tout un adulte en devenir, qui aura tendance à rester fidèle aux deux tiers des marques qu'il aura plébiscitées durant son enfance"*, Anne Krupicka, em *L'enfant Consommateur*, p. 17, obra coletiva coordenada por Valérie-Inés de La Ville

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

não saudável por um período que transcende a infância e pode se manter por grande parte da vida do indivíduo.

### **III-i - A CRIANÇA CONSUMIDORA**

#### **TEORIA DA QUALIDADE DO PRODUTO**

O Código de Defesa do Consumidor é lei que determina a conformidade do produto e de sua oferta. Funciona, pois, como regulação da colocação no mercado de produtos e serviços. Dentro desse quadro de conformidade destaca-se a teoria da qualidade-segurança do produto.

Essa teoria da qualidade do produto importa na ilicitude das consequências deletérias de atividades e de produtos sobre a segurança e a saúde dos consumidores (no sentido amplo dos artigos 17 e 29 do CDC). De forma que é próprio ao direito do consumidor se preocupar em alcançar e regular as consequências da introdução de bens e serviços no mercado de consumo.

Não poderia ser diferente quanto à proteção à saúde da criança consumidora (a atenção às repercussões sobre a saúde da criança das práticas comerciais).

Assim, também para os produtos voltados para o público infantil, preocupa-se o direito do consumidor com a maneira como devam ser comercializadas (ou seja, de modo a não provocar riscos à saúde e integridade das pessoas).

Principalmente, assim, em relação à criança, vincula-se o agir e o produto do fornecedor a uma obrigação geral de segurança e de limitação dos riscos. Ou seja, pela disciplina

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

do constitucional direito do consumidor no Brasil, a saúde e a segurança se fazem como um imperativo superior.

É obrigação primária do fornecedor, legalmente, então, a **redução do risco**. Em outras palavras, há uma obrigação de remover os riscos e perigos, o que torna injustificada perante a legislação prática que se destine precisamente ao contrário, ou seja, a incrementar, formar e induzir riscos e perigos.

A segurança fixa, então, de modo determinante, as condições de fabricação e distribuição dos produtos.

Por sua vez, a associação do brinquedo a alimento não saudável importa em determinar, à técnica de marketing ao produto, uma periculosidade, a ser dada pelos riscos do consumo, pela formação da dieta não saudável e pela fidelização da criança ao alimento proposto.

De fato, a forma de promoção dos lanches vendidos pelas rés para as crianças, com o uso de brinquedos colecionáveis, transforma a repetição ou a recorrência em uma característica do consumo, devendo, pela forma de oferta, o produto repetidamente consumido ser entendido por **impacto cumulativo**.

Não por outra razão, a autora Nathalie Sapena nos alerta para essa **epidemia fabricada pelo homem**.

*"Por muito tempo considerada como posta à responsabilidade de cada um, não foi mais do que recentemente que a obesidade foi qualificada de doença, depois de epidemia, pela Organização Mundial da Saúde. Visto*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*que é ela precisamente uma doença, fabricada pelo homem, através de uma pressão industrial e de marketing que faz explodir as normas sociais, como as patologias ligadas ao álcool e tabaco. Uma doença de sociedade, uma doença de massa. A civilização se torna "obsogena", neologismo que cobre a alimentação, o marketing alimentar, o sedentarismo e o modo de vida.*

*A obesidade não é apenas um problema de peso: é também uma questão de vida ou de morte. É com desprezo de sua saúde que a indústria agroalimentar engorda nossas crianças de açúcares, de gordura e de sal, de toda essa comilança superabundante e desequilibrada"<sup>31</sup>.*

Essa epidemia criada parte também de comportamentos induzidos pelos fornecedores. A ação de marketing que envolva os produtos alimentares vendidos pelas rés para o público infantil, envolvendo gastos e esforços profissionais, tem, por sua própria lógica econômica, o hiperconsumo como objetivo: o maior número de crianças comendo o maior número de lanches.

---

31 Tradução livre. No original: "Longtemps considérée comme relevant de la responsabilité de chacun, ce n'est que récemment que l'obésité a été qualifiée de maladie, depuis d'épidémie par l'Organisation Mondiale de la Santé. Car c'est bien une maladie, fabriquée par l'homme, avec une pression industrielle et marketing qui fait exploser les normes sociales, comme pour les pathologies liées au tabac et à l'alcool. Une maladie de société, une maladie de masse. La civilisation est devenue "obésogène", néologisme qui couvre l'alimentation, le marketing alimentaire, la sédentarité, le mode de vie. L'obésité n'est pas seulement un problème de poids: c'est aussi une question de vie et de mort. C'est au mépris de leur santé que l'industrie agroalimentaire gave nos enfants de sucres, de graisses et de sel, de toute cette "bouffe" surabondante et déséquilibrée", L'Enfant Jackpot - protégeons nos enfants contre les abus de la société marchande, Flammarion, p. 79/80

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O processo de comercialização aqui, em si só, tem presente a criação de uma ligação afetiva entre a criança e uma comida gordurosa.

A ação de marketing, o produto e a relação que se forma entre as condições de consumo daquele produto, devem ser percebidas dentro da ordem pública da teoria da qualidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. A proposta de marketing, por definição, é de vender mais de um produto para um maior número de pessoas. Quando o conjunto de pessoas em consideração é de crianças, com a inclusão da criança e do marketing em categorias jurídicas em diálogo (ECA e CDC), inevitavelmente deve haver a consideração sobre qual produto é esse, como ele se relaciona com a infância, a saúde e o processo de desenvolvimento da criança.

É assim o marketing fonte de defeito para o produto, verdadeiro vício de comercialização.

Não pode, por isso, corretamente ser considerada própria a proposta de venda que exagera a periculosidade do produto. Desse modo, o marketing para a criança, pessoa em desenvolvimento, em formação de sua dieta, através de técnica que incita a repetição do comportamento de compra e consumo, peca pela forma como apresenta o produto, ou seja, vicia o produto pela " *forma externa como é apresentado ao público consumidor*"<sup>32</sup>.

Vê-se nas práticas comerciais objeto da presente ação precisamente o inverso do cuidado devido: esquecem as redes que deveriam evitar o risco e não incrementá-lo ou incorporá-lo aos hábitos das crianças ("*antes de decidir*

---

32 Silvio Luís Ferreira da Rocha, Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, 2ª ed, editora Revista dos Tribunais, p. 98

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

questões importantes de design, produção e marketing, um fornecedor responsável deve honestamente considerar os riscos de lesão aos consumidores e "bystanders", ao considerar seus próprios interesses de maximizar os lucros")<sup>33</sup>. De fato, "o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários das normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo"<sup>34</sup>.

### III.j - PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS CONTRA A CRIANÇA

O Código do Consumidor, na definição do suporte que determina sua incidência, conceitua, por quatro vezes, o sujeito ou a coletividade consumidor e em outro dispositivo o sujeito fornecedor, fazendo desses dois conceitos a referência de seu campo de aplicação<sup>35</sup>. Ademais dos conceitos de consumidor, tratados pelo art. 2º, por seu parágrafo único e os demais dos arts. 17 e 29, o CDC faz duas expressas menções à criança (art. 37, § 2º e art. 39, IV), como subgrupo de consumidores sujeitos à uma especial proteção decorrente de

---

33 Tradução livre. No original, "prior to making important design, manufacturing, and marketing decisions, a responsible manufacturer should fairly weigh the risks of injury to consumers and bystanders when considering its own interests in maximizing profits", David G. Owen, Products Liability Law, Thomson West, p. 72

34 Bruno Miragem, Direito do Consumidor, editora Revista dos Tribunais, p. 131

35 "A identificação da relação de consumo e seus elementos é o critério básico para determinar o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, das normas de direito do consumidor", Miragem, op. cit. p.80

"A abrangência do microsistema do direito do consumidor foi definida pelo legislador brasileiro a partir da definição dos sujeitos da relação de consumo - consumidor - e do seu objeto - o produto ou serviço. No caso, trata-se de conceitos relacionais, ou seja, a identificação de um consumidor em dada posição jurídica depende da existência de um fornecedor na mesma relação, sendo que um só existirá, quando existir o outro", Miragem, ob. cit., p. 31

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

sua especial condição (devendo haver aqui um diálogo entre as fontes, CDC e ECA).

Como consumidora, o destaque à criança se presta, pois, necessariamente, como distinção: práticas comerciais que seriam possíveis se destinadas estritamente ao público adulto ou se a ela limitadas em seus efeitos, se voltadas a ela ou caso a afetem, tem sua licitude e a não abusividade negadas.

Não fosse assim, pela mensagem protetiva da legislação consumerista, a prática comercial já deveria ser entendida conforme a realidade a ela subjacente. De fato, precisamente por ser especial essa realidade da criança, é que a proteção a ela, como consumidora, se reforça.

Mais do que os demais grupos de consumidores, a criança encontra-se em uma condição que apenas faz crescer o poder do fornecedor sobre ela<sup>36</sup> e incrementar o potencial da lesão (se conformada em hábito ou internalizada). Não por outra razão é objeto dessa específica e fortalecida proteção por parte do direito do consumidor:

*“Note-se que os contratos de consumo, sendo considerados na sociedade contemporânea, menos como expressão de liberdade*

---

360 inciso IV do art. 39 do CDC positiva uma diferenciação entre os consumidores, a reconhecer a pior situação face ao fornecedor de grupos de consumidores por razões intrínsecas desses: *“Les consommateurs sont, de façon générale, en situation de faiblesse aux professionnels. Mais certains consommateurs sont plus faibles que d'autres, pour des raisons qui leur sont intrinsèques (âge, maladie, etc) ou extrinsèques (contrat à conclure d'urgence, par exemple). Il arrive que des professionnels abusent de cette situation de particulière faiblesse pour pousser les consommateurs à des achats inutiles ou dispendieux”*, Droit de la Consommation, Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, p. 184 (Os consumidores estão, de modo geral, em situação de fraqueza face ao fornecedor. Entretanto, alguns consumidores são mais fracos que outro, seja por razões intrínsecas (idade, doença, etc), seja extrínsecas (contratos concluídos em situação de emergência, por exemplo). Ocorre que os fornecedores abusam dessa circunstância de particular fragilidade para forçar os consumidores compras inúteis ou dispendiosas)

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*contratual, e mais como realização de uma necessidade de consumir, imprimem à idéia de abuso a noção de prevalência da posição dominante (Machtposition) do fornecedor na relação de consumo, de uma situação de vulnerabilidade do consumidor”<sup>37</sup>*

De fato, importa com mais sensibilidade para o direito do consumidor, dessa forma, toda prática do fornecedor que tenha envolvimento com a condição infantil, com a condição da criança. Há assim a absorção das implicações de fato da condição infantil pelas implicações jurídicas dessa condição: o que a criança compra, porque compra, quanto compra, o consumo da coisa, o que implica, etc.. Há, pois, uma valoração legal a fazer incidir a norma protetiva com especial atenção quando em jogo se tem as consequências sobre a infâncias das relações de consumo (art. 39, IV, CDC).

E o que tem de especial o marketing projetado sobre a criança? As fragilidades próprias do desenvolvimento, o jogo entre o enfadonho e o excitante, o impulso do mágico ou sensacional, o consumo como interação/aceitação, a perspectiva de ensinar - no interesse do fornecedor - o que seria a própria felicidade. Há, em suma, uma capacidade única para o profissional de marketing de potencializar ferramentas de sedução.

A criança, quando consome ou quando é exposta às práticas comerciais, vem ao mercado de consumo com outro contexto: de aprendizado, de desenvolvimento da cognição, da socialização. Há em tal caso, a ser destacada, a influência do marketing sobre e a partir desses processos.

---

37 Miragem, ob. cit., p. 185

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O consumo na infância não é apenas um ato de aquisição mas um processo de formação das preferências com relação a produtos e marcas, trata-se de um aprendizado - aliás como bem denota o campo que o estuda, qual seja, "a teoria do aprendizado".

A criança se sujeita mais facilmente ao apelo emocional a ser produzido pelo fornecedor e por suas práticas comerciais, pela oferta e pela publicidade: à criação emocional do marketing, a criança não está ainda apta a contrapor um processo racional<sup>38</sup>.

Em outra direção, considerados os produtos perigosos, produtos que, por qualquer razão envolvam risco, é próprio das crianças a incapacidade em apreciar os riscos envolvidos.

Nesse quadro, ocorre que a prática comercial dos réus é uma prática que traz consequências sobre a infância, já não

---

38 "A dimensão afetiva ocupa lugar preponderante no comportamento da criança. Os trabalhos conduzidos por Derbaix desde 1975 sobre a reação das crianças face aos estímulos publicidade permitiram estabelecer a supremacia das reações emocionais quando da exposição. A criança tem de início uma reação emocional podendo conduzir uma demanda (comportamento indireto), não se fazendo a alteração cognitiva em último lugar. Outros autores (Debraix et Brée, 1997; Moore et Lutz, 2000) sublinharam a importância do afetivo no comportamento da criança, principalmente diante da publicidade televisiva. Um estudo conduzido por Pécheux (2001) confirmou a reação emocional (Feeling - Doing (request) - Knowing [ou sentindo, requerendo, sabendo]) apresentada por Derbaix. No curso desse experimento, as crianças interrogadas não manifestaram qualquer reação cognitiva (assimilável às convicções) antes de fazerem o pedido por uma marca, ao contrário, eles manifestavam reações afetivas.

A importância da dimensão afetiva no comportamento da criança conduziu certos autores tais como Rouen (2002) a sugerir que o processo de escolha da criança consumidora possa decorrer do afeto, resultando de sentimentos emocionais associados a um objeto. Derbaix e Pham (1989) mostram que o composto afetivo permitia ao indivíduo de realizar discriminações entre diferentes alternativas que apresentem atributos funcionais equivalentes. Nesse caso, a criança vai ter tendência a fundar suas escolhas de consumo sobre suas emoções, utilizando as heurísticas afetivas (Peterson et al., 1986). Do mesmo modo, Brée (1990) indica que os fatores afetivos podem aparecer, senão como heurística de escolha, ao menos como um meio de facilitar a escolha da criança", L'enfant Consommateur, p. 27, Tradução livre.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

fosse por formular algo tão central na definição pessoal e no seu desenvolvimento como é a alimentação.

De início, cumpre ser percebido que a prática aqui tida como abusiva é uma prática no sentido estrito da palavra: a relação das rés com a criança não se resume a uma pontual contratação ou ato ocasional; as rés tem influência recorrente sobre a vida das crianças e que se revela em um processo contínuo de direção, incitação e comunicação.

Nesse processo, buscam as rés a apreensão da criança pelo uso da condição precisamente de uma pessoa em desenvolvimento. Através do licenciamento ou da criação de personagens próprias, as rés associam seus produtos a figuras marcantes no dia a dia das crianças. Pela publicidade se fazem marcas conhecidas delas. Pela capilaridade de suas lojas, são elas vizinhas. Através de cada vez mais modernas e dispendiosas técnicas de marketing, as rés diferenciam seus produtos de outros alimentos não pelas suas qualidades mas pela transferência do valor dos alimentos para brinquedos e quinquilharias de apelo infantil. Principalmente, querem e conseguem se fazer presentes no maior número possível de vezes em um processo repetido, perene e fundamental na vida das crianças, a alimentação.

Abusa a prática comercial aqui indicada da fragilidade emocional da criança, sobrepondo o brinquedo à comida e definindo-o como vínculo emocional de aquisição do fast food.

Abusa da condição sensorial da criança, com o incremento da condição hedonista do alimento gorduroso, calórico ou açucarado (hedonismo pelo brinquedo).

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O certo é que as rés não apenas vendem ocasionalmente produtos às crianças mas buscam criar modelos de comportamento que, em se tratando de alimentação, importam em modelos de dieta.

Abusivamente, a prática comercial retira de seu contexto real um ato de consumo infantil. Quando uma promoção ou prática comercial procura vender um produto, essencialmente ela procura colocar esse bem sob a melhor luz possível. Ao associar o brinquedo ao alimento, as rés precisam colocar apenas o brinquedo sob essa luz.

Abusivamente, também, a prática comercial retira o brinquedo de seu contexto. O brinquedo vai para a lanchonete no interesse das rés e de seus produtos. Vira ainda plural, brinquedos colecionáveis. Com isso, para completar a coleção, a criança deve ir a uma das lojas das rés.

Não há como fugir, ademais, à abusividade da prática ao se perceber, em suma, que usa o brinquedo como recompensa pelo comportamento não saudável (e o art. 37, § 2º, esclarece que abusiva é a indução que faça o consumidor se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança)<sup>39</sup>.

A abusividade está também em içar o fornecedor, o brinquedo, ao patamar de referência para a categorização e comparação entre alimentos pela criança.

Define, então, o direito do consumidor a responsabilidade das rés e a ilicitude por abusiva e perigosa das práticas adotadas.

---

<sup>39</sup>Não seria próprio do CDC ter um conceito de abusividade próprio para a propaganda e não aplicável às demais técnicas de marketing, notadamente quanto comum a incitação como funcionalidade.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### III.k - A EXISTÊNCIA DE OUTROS FATORES NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Como dito acima, a presente pretensão não ignora que a obesidade seja problema multifatorial. Não obstante, deve ser tido que a existência de outros fatores a ela associados não isenta de responsabilidade o fornecedor de alimento gorduroso ou calórico às crianças, por meio de estratégia de marketing.

O cardápio das rés é, principalmente, de alimentos ligados a fator de risco de obesidade, especificamente, a fator de risco modificável. De fato, a dieta é um fator comportamental e as rés tentam dominar o comportamento das crianças precisamente em sentido contrário ao medicamento recomendável.

Fato inegável é que a obesidade e a dieta são fatores influentes já imediatamente na vida das crianças:

*"A hipertensão em crianças é fortemente relacionada com a obesidade, em particular, com adiposidade central, e se agrupa com perfil lipídico sérico adverso, especialmente LDL - colesterol. A pressão elevada em crianças causa mudanças anatômicas em órgãos alvo que estão associados com risco cardiovascular, incluindo redução na elasticidade das artérias, aumento do tamanho e massa do ventrículo, aumento hemodinâmico e resistência periférica.*

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

*Na adolescência, há três aspectos críticos que têm impacto nas DCNT: desenvolvimento de fatores de risco que têm impacto neste período; a persistência (tracking) de fatores de risco por toda a vida; e, em termos de prevenção, o desenvolvimento de hábitos saudáveis e não-saudáveis que tendem a permanecer na vida adulta, como p.ex., a inatividade física. Estudos mostram que, quanto mais tarde o ganho de peso na criança e no adolescente, maior a persistência. Segundo achados do Bogalusa Heart Study, mais de 60% de crianças com sobrepeso apresentaram ao menos um fator de risco adicional para doenças cardiovasculares, como pressão arterial elevada, hiperlipidemia ou hiperinsulinemia, e mais de 20% tiveram mais de dois fatores de risco.*

*O ambiente "obesogênico" parece ser largamente dirigido ao mercado dos adolescentes, dificultando escolhas saudáveis. Hipertensão arterial, resistência à glicose e dislipidemia em crianças e adolescentes estão relacionadas com estilo de vida não-saudáveis, com dietas com excessivo conteúdo de gordura, colesterol e sal, inadequação no consumo de fibras e potássio, falta de exercício físico e aumento do tempo assistindo à televisão ou em frente ao computador. Estudos com grupos de adolescentes brasileiros indicam a ocorrência de*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*inadequação alimentar, com carência de ingestão de produtos lácteos, frutas, hortaliças e excesso de consumo de açúcares e gorduras".<sup>40</sup>*

Salienta-se aqui que, não obstante doença multifatorial, a existência eventual de outros riscos, comportamentais ou não, não afasta a responsabilidade das rés.

De início, a obrigação de segurança dos produtos não se faz apenas para aqueles itens que possam ser causa única e suficiente para um acidente, um dano ou uma doença.

Por outro lado, a existência de outros fatores, pelo regime do CDC, sequer é causa de exclusão da responsabilidade, como deixa claro o art. 12 do 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.*

*(...)*

*§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:*

*(...)*

---

40 Nutrição, op. cit., p. 14/15

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*III - a culpa **EXCLUSIVA** do consumidor ou de terceiro. (grifos nossos)*

Em outra linha de consideração, pela disciplina do marketing no CDC, a indução de um comportamento é abusiva quando seja ele associado a um comportamento prejudicial (§ 2º, art. 37) e por esse, não pode ser considerado apenas aquele que seja causa única e suficiente para um prejuízo.

De fato, é próprio da sociedade de massas que o CDC regula a convivência de riscos e causas e o projeto de segurança do consumidor seria nulo se se restringisse apenas às hipóteses de causa total.

Por fim, sendo a venda do alimento empurrada pelo brinquedo, como prática comercial abusiva por si só (art. 39, IV), a própria forma de marketing em si já é suficiente para a reprovação da conduta das rés.

### **III.1 - O PODER PARENTAL NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR**

Uma tendência de argumentação em defesa da prática das rés é a transferência da responsabilidade para os pais e o esgotamento dessa responsabilidade aí.

Temos que assim não deva ser entendido.

De início, cumpre perceber que apresentar um brinquedo para puxar a compra de um lanche e afirmar que a responsabilidade é dos pais são posições contraditórias. **Se a responsabilidade é dos pais, deve ser respeitada pelo**

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**forneecedor**. Aqui, ao contrário, o que fazem os fornecedores é subverter o contexto de decisão dos pais e impedir o desembaraço deles na tomada de decisões quanto aos seus filhos, considerada as interações familiares, a importância do alimento para o desenvolvimento e definição da criança e seus efeitos na saúde.

Deve ser percebido também que não se cuida apenas de uma decisão restrita ao contexto familiar, mas do posicionamento dos pais, nos limites de sua condição, em face de uma pressão profissional e bilionária<sup>41</sup>. Ou seja, a pressão publicitária e de marketing desloca a posição dos pais dentro de seu espaço de responsabilidade. De fato, como diz a autora Susan Linn, *"ainda que eu, como todos os pais, seja responsável pelo comportamento de minha filha e pela salvaguarda de seu futuro, as corporações a bombardeiam com mensagens que solapam meus esforços"*<sup>42</sup>.

A estratégia de marketing funciona precisamente por ser capaz de fazer os filhos prescreverem aos pais seus desejos. Assim, a ação de marketing é a ação de mobilização do filho a mover, por sua vez, seus pais, conforme o contexto familiar, pela repetição, recorrência e impertinência do pedido, pela exploração da carência dos pais, etc. Assim, como diz a escritora francesa Nathalie Sapeña quanto aos pais, *"face às crianças impregnadas de publicidades insidiosas, que reclamam sempre mais e mais produtos e marcas, eles não sabem mais o que fazer. "Os pais são impotentes, já que pensam que*

---

41 "o McDonald's gastou mais de 1.3 bilhões de dólares em publicidade em 2002 apenas nos Estados Unidos, fazendo com que os 650 milhões do Burger King pareçam de pouco valor em comparação", Susan Linn, *Consuming Kids*, p. 95, tradução livre. No original, *"McDonald's spent over \$ 1.3 billion on advertising in 2002 in the United States alone, making Burger King's \$ 650 million seem paltry by comparison"*.

42 *"Even while I, like all American parents, am held responsible for the behavior of my child and for safeguarding her future, corporations bombard her with messages that undermine my efforts"*, Susan Linn, *Consuming Kids*, p. 1

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*uma criança feliz é uma criança satisfeita. E assim, se é bom quando se satisfaz”, diz Daniel Coum. Um fecho com duas voltas, ainda mais implacável que as compras sejam vividas frequentemente como meio de aplacar as tensões familiares. Esses desgastes já se fazem sentir ainda que saltem aos olhos menos que as hordas de pequenos obesos... “O papel dos pais consiste em dar os limites. Deste ponto de vista, a sociedade não lhes ajuda, pelo contrário. Os pais devem batalhar contra a publicidade, que faz soar as sirenes que as crianças entendem”, avança o professor Marcelli”.<sup>43</sup>*

Não há, aqui, porque não se reconhecer o desequilíbrio e a vulnerabilidade dos pais: a insuficiência do pátrio poder como instituto tradicional do direito civil e sua não estruturação para se contrapor ao esforço profissional de redes (de se lembrar que uma das razões fundamentais da própria existência do direito do consumidor é precisamente a insuficiência dos institutos tradicionais de direito privado para a proteção da parte consumidora em uma relação estruturalmente caracterizada pelo desequilíbrio).

Veja-se que, ao distinguir a criança como consumidor em especial situação, o CDC não recepciona, integralmente, a proteção da criança como trazida no direito civil (principalmente comercial ou contratual - pelo reconhecimento da incapacidade - patrimonial e parental). Não fosse assim, não haveria certamente função esse destacamento e menção

---

43 Tradução livre, no original: “Face à des enfants imbibés de publicités insidieuses, qui réclament toujours plus de produits et de marques, il ne savent plus quoi faire. “Les parents sont impuissants car ils pensent qu'un enfant heureux est un enfant comblé. Et donc qu'on est un bon parent quand on comble”, décrypte Daniel Coum. Un verrouillage à double tour, d'autant plus implacable que les achats sont souvent vécus comme des moyens d'apaiser les tensions familiales. Ces dégâts-là se font déjà sentir, même s'ils sautent moins aux yeux que les hordes de petits obèses... “Le rôle des parents consiste à donner des limites. De ce point de vue, la société ne les aide pas, au contraire. Les parents doivent batailler contre la publicité, qui fait résonner les sirènes qu'entendent les enfants”, renchérit le professeur Marcelli”, Nathalie Sapena, L'Enfant Jackpot, Flammarion, p. 48/49

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

expressa da criança no âmbito da publicidade e das práticas abusivas.

Invoca-se, dessa forma, que a função dos pais não envolve um dever de suportar. A existência da posição dos pais na família não impõe a eles a obrigação de conviver com forças profissionais externas que buscam seus filhos. Assim, não só os pais e as crianças não são obrigados a suportar, como ainda deve ser considerado que a promoção afeta não apenas aos que consomem com consentimento dos pais, mas também aos que consomem com contrariedade dos pais e, propriamente ainda, aos que não consomem - para esses considerados inclusive o contexto de disputa no âmbito familiar que o marketing tende a criar.

Não devem, pois, serem isentas de responsabilidade as estratégias que se voltam para as crianças com o efeito ou a funcionalidade de dinamitar códigos sociais e legais, inclusive o da própria autoridade paterna.

Não é assim o jargão "apenas diga não" instituto jurídico válido: *"estamos aqui, gastando milhões, bilhões, bombardeando seus filhos com mensagens e marcas, nos associando a personagens e brincadeiras, estamos em sua casa, nos amigos de seus filhos, nas ruas, na internet, no cinema, praticamente em todo lugar, mas para anular todo esse nosso serviço profissional - muitas vezes científico - constante, invasivo, sofisticado e caro basta você, como pai, dizer não"*. Deve ser percebido que o marketing atinge pais e filhos, provoca comportamentos e determina tensões. O marketing faz das crianças, na linguagem de Martin Lindstrom (Brand Child, p. 47), *advogados da marca ("Tweens são lobistas ativos quando isso se refere a marcas. Pesquisa realizada pelo Center for a New American Dream indica que ainda que os pais digam "não",*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*aproximadamente 6 em 10 crianças continuaram a insistir nas marcas que elas querem - uma média de nove vezes. Irritante que possa ser para o pai, isso implica em que as crianças tenham tremenda voz no que se refere ao que é comprado pela família”<sup>44</sup>). Trabalha com as pressões externas ao ambiente familiar - como grupos de convivência, escola, etc. , com as necessidades de aceitação*

O ponto sobre a responsabilidade dos pais deve considerar não apenas o uso que o marketing faz de seu contexto e do contexto da família na sociedade de consumo - uso que permite a correta exploração em favor das vendas - como deve considerar também a dimensão coletiva - ou seja, o contexto mais amplo que o da família - e o lado do fornecedor - reconhecer obrigações aos pais não quer dizer que obrigações também não devam ser reconhecidas ao fornecedor.

Firmado que os brinquedos exercem influência sobre a vontade das crianças e desenvolvem o impulso delas para o consumo, deve-se determinar a posição dos pais diante desse tipo de prática.

Nesse ponto, o que deve ser percebido é que a conformação da conduta empresarial de um agente econômico não representa a absolvição dos pais de suas responsabilidades ou, sob outra perspectiva, a substituição destes.

**Primeiro**, a existência dos pais e sua relevância para diversos institutos jurídicos não tem a funcionalidade de converter uma prática abusiva em um comportamento lícito.

---

<sup>44</sup>Tradução livre, no original, “Tweens are active lobbyists when it comes to brands. A survey commissioned by the Center for a New American Dream suggest that even when their parents say no, nearly 6 out of 10 kids keep asking for brands they want - an average of nine times. Annoying though this may be to their parents, it results on kids having tremendous say over what gets bought by the household”.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**Segundo**, o dever de proteção dos pais não afasta o dever constitucional imposto pelo art. 227 da sociedade<sup>45</sup> <sup>46</sup> e do Estado em relação às crianças. **Terceiro**, estratégias empresariais de marketing não se convertem em uma estrita preocupação doméstica pelo simples fato de ser destinada a crianças, mantendo assim toda sua conotação coletiva e social. **Quarto**, nem todos os impactos na vida de uma criança estão dentro da disponibilidade, do conhecimento ou da influência dos pais. **Quinto**, não está na disponibilidade dos agentes econômicos induzir ou influenciar conflitos familiares<sup>47</sup>. **Sexto**, um problema deixa de ser estritamente familiar quando se converte em um problema de saúde pública e vigilância sanitária. **Sétimo**, não é uma posição juridicamente possível a interposição do marketing entre os pais e suas crianças. **Oitavo**, ainda que um pai, o consumidor é por definição vulnerável e o CDC se mantém como norma de ordem pública. **Nono**, o quadro presente de evolução do marketing e da atividade econômica envolvem assimetrias de poder relevantes entre o pai de uma criança e o grupo econômico que se dirige

---

45 "Esta proteção já não é mais obrigação exclusiva da família. É um dever social. Todos devem velar pela dignidade e proteção da criança e do adolescente", Annina Lahalle, em Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coordenadores Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emilio García Mendez, p. 29

46 Susan Linn argumenta: "A frase "é preciso uma vila para se criar uma criança" pode haver sido de uso exagerado na década passada, mas é ainda uma metáfora evocativa do argumento de que cuidar de nossas crianças é um esforço coletivo que se estende para além da família imediata. Ela também nos lembra que a experiência da criança além de seu lar - na vizinhança, na escola ou na comunidade maior - pode ter forte impacto em seu crescimento e desenvolvimento", Consuming Kids, p. 32. Tradução livre, no original, "The phrase "It takes a village to raise a child", may have been overused during the past decade, but it's still an evocative metaphor for the argument that caring for our children is a collective effort that children's experiences beyond their own households - in the neighborhood, in school, or in the larger community - can have a powerful impact on their growth and development"

47 "conflitos sobre produtos ofertados às crianças é causa de estresse nas famílias, e os profissionais do marketing estão bem cientes desse fato. A publicidade claramente influencia as coisas que as crianças pedem - não fosse, é claro, as empresas não estariam gastando tanto dinheiro nisso", Susan Linn, consuming kids, p.32 ("conflict about stuff marketed to kids is a cause of stress in families, and marketers are well aware of that fact. Advertising clearly influences the things children ask for - if it didn't, of course, companies wouldn't be spending so much money doing it", consuming kids, p. 32)

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

constante, profissional e agressivamente para lhe vender produtos; ou seja, o pátrio poder não é instituto de direito propriamente voltado para resolver e combater o problema do poder econômico.

Importa ver que do próprio lado das rés, como fornecedoras, em sua livre iniciativa, o conteúdo de seu direito não permite a elas se esquivarem dos limites de referida iniciativa. Não cabe aqui encerrar a discussão em um sistema relacional familiar e esquecer de seu enquadramento em um sistema maior, precisamente o sistema econômico. E nesse é considerado e tido que as ações envolvidas não se esgotam no ambiente doméstico. Nos termos do art. 170 da CF, tem-se que a conformação da conduta do agente econômico se dá pela intervenção do estado na economia e nas práticas comerciais e não pela estrita atividade doméstica da entidade familiar.

De fato, a discussão do papel dos pais não tem o condão de se converter em causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor por sua política de marketing. Como diz Juliet Schor:

*"O inegável fato da responsabilidade parental não implica que sejam apenas os que devam prestar contas. As complexidades da vida hoje traduzem esse enfoque como muito simplificado. Olhando para a evolução das relações entre crianças, pais e fornecedores, vemos quão mais intrincado e difícil essa triangulação se tornou. No processo, fica claro que as três partes devem se comportar diferentemente.*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*Alguns dos mais zelosos publicitários que encontrei entendem bem essa triangulação. Wynne Tyree descreve o exemplo da comida, explicando que a penetração das escolhas não saudáveis "coloca as mães em uma posição difícil - guerrear ou se render". Tyree crê que as mães tenham apenas as melhores intenções para suas crianças e que se preocupem com a saúde delas. "Mas as mães de hoje, ao contrário de muitas delas antes, querem que seus filhos sejam tão felizes quanto saudáveis. Isso é particularmente verdadeiro para as mães que enfrentam maiores restrições em seu tempo e ou trabalham fora de casa. Desde que seus filhos queiram doces, gorduras, carboidratos, o resultado será de uma criança com um pequeno excesso de gordura de criança e as mães estão certas que crescerão fora dela". Tyree também reconhece o problema que os cientistas chamam de "path dependency" [dependência do caminho, dependência do caminho] - o que somos hoje afeta nosso comportamento futuro. "Existe o problema das crianças que crescem sem o paladar para a alimentação saudável e nunca desenvolverão gosto por ela". Induzir crianças pequenas a uma dieta não saudável, ainda que como entretenimento, pode anular sua habilidade para manter uma dieta saudável em longo termo"<sup>48</sup>.*

---

<sup>48</sup> "but the undeniable fact of parental responsibility does not imply that it's only parents who should be held accountable. The complexities of life today render that approach far too simple-minded. Looking at the evolution of relationship between children, parents, and marketers, we

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assim, a questão não é precisamente sobre a responsabilidade dos pais mas sim sobre a exclusividade dessa responsabilidade. Desse modo, principalmente quando o que se quer, ao se centrar a responsabilidade no poder paterno, não apenas é isentar a indústria alimentícia de responsabilidade como liberá-las para adotar práticas comerciais com a funcionalidade de minar o próprio poder paterno<sup>49</sup>.

É relevante para o direito, então, o papel do fornecedor no consumo infantil. O marketing infantil desenvolve a capacidade de influenciar os desejos de consumo das crianças, notadamente nas decisões de compra em que a criança é diretamente implicada. Essa capacidade de influenciar tem relevância jurídica principalmente quando

---

*see how much more entangled and difficult this triangulation has become. In the process, it becomes clear that all three parties need to behave differently. Some of the more thoughtful advertisers I encountered understand this triangulation well. Wynne Tyree describes the case of food, explaining that the pervasiveness of unhealthy choices "put moms in a tough position - the battle or surrender". Tyree believes that mothers have only the best intentions for their children and care about their health. "But moms today, unlike many moms of yesterday want their kids to be happy as much as they want them to be healthy. This is particularly true of those moms who are more time-constrained and/or work outside the home. Since kids want the sweets, the fats, and carbs, the result becomes a child with a little extra baby fat moms are sure their kids wil grow out of". Tyree also recognizes the problem of what social scientists call "path dependency" - that we do today affects our behavior tomorrow. "There's the problem of kids' palates that never get exposed to healthy foods and thus never develop a taste for them". Introducing young children to unhealthy food, even as treats, can undermine their ability to maintain a healthier diet over the long run".*

<sup>49</sup> "Reparando na paisagem comercial, parece que chegamos a um ponto onde não é mais justo deixar o ônus exclusivamente sobre os pais. Aqueles que tentam limitar o acesso do marketing a seus filhos merecem uma chance verdadeira de sucesso. Eles não devem ficar sujeitos a retirar seus filhos em grande parte do mundo circundante. O fracasso em tratar dessas questões também injustamente expõe as crianças que, por qualquer razão, não tenham pais estabelecendo tais limites a elas", Juliet Schor, p. 186. Tradução livre, no original: "Surveying the commercial landscape, it seems that we've reached the point were it is no longer fair to put the onus exclusively on parents. Those who are trying to limit marketers' access to their kids deserve a reasonable chance of success. They shouldn't have to sequester thir kids from so much in the environment. That put an undue burden on both child and parent. The failure to address these issues also unfairly exposes those children who, for whatever reason, don't have parents setting limits for them".

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

importa na indução de comportamento que é prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança da criança.

### **III.m - QUALIFICAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA**

As rés promovem seus alimentos junto ao público infantil e podem pretender estar no contexto da liberdade de iniciativa econômica. Com isso, cumpre saber se são a criança e a família que devem se adaptar às iniciativas privadas ou são estas que devam se adaptar às crianças?

A liberdade de iniciativa, como princípio jurídico, é a liberdade de exploração de um objeto lícito e por meios lícitos.

Dentro da própria ordem econômica, na Constituição, a livre iniciativa é qualificada por sua função social e pela proteção do consumidor.

Não representa, pois, a livre iniciativa o afastamento das valorações próprias da ordem constitucional e da incidência de outros princípios sobre o contexto de fato de sua realização. Não excepciona assim a livre iniciativa o dever de respeito aos direitos da criança. Dessa forma, a tutela da criança exige ou demanda dos fornecedores determinados padrões de conduta, determinados comportamentos ou certa atenção, modulando aí o modo de ser do fornecedor para com os outros.

Não é então conteúdo da livre iniciativa eventual faculdade do fornecedor em construir a família e a criança com base em um modelo negocial.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Extraí-se daí que é a criança limite imanente às iniciativas econômicas. As práticas comerciais que afetam negativa a criança e frustram seus direitos não encontram-se no limite do possível e lícito reservado à livre iniciativa. Deve ser vista assim, aqui, a promoção das rés como falta.

Não se inclui a criança no contexto da livre iniciativa sob pena de se permitir que a autoregulação privada que justifica a liberdade transmute em capacidade de interferência sobre o outro (pessoa em desenvolvimento e ainda sem capacidade de entender amadurecida).

De fato, a livre iniciativa não é um direito com a potencialidade de se alimentar de outros direitos<sup>50</sup>. A liberdade negocial sempre está restrita a fins protegidos (ou ao menos não proibido) pelo direito<sup>51</sup>. O uso induzido da clientela infantil é prática comercial que extrapola o que se

---

<sup>50</sup> Por exemplo, diz Aguiar Dias (Responsabilidade Civil, p. 380): *"Lalou, proclamando a dificuldade de estabelecer uma sistematização adequada, adota a classificação de Planiol para os atos ilícitos, dividindo-os em três categorias, conforme a regra violada: a) contra a honestidade; b) contra a habilidade; c) contra a lei. Em última análise, está de acordo com Josserand, quando estabelece três categorias de culpa existentes: a) no ato ilegal; b) no ato ilícito; c) no ato excessivo. As duas fórmulas se complementam, como faz notar Lalou, recordando que o abuso de direito, que não pode enquadrar-se em nenhuma das divisões de Planiol, cabe, entretanto, na categoria de ato excessivo. Aos contra a honestidade se definem aqueles que constituem tanto o delito penal como, de maneira mais geral, os que traduzem deslealdade ou desonestidade, estejam, ou não, catalogados na lei penal: a máxima fraus omnia corrumpit, eis a fórmula que abrange com exatidão todo o alcance da idéia"*.

Ou, como ensina Orlando Gomes, *"em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem" (...)* *"os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos"*

<sup>51</sup> Assim no direito civil, ramo jurídico que especifica a autonomia da vontade, suporte da livre iniciativa: *"tem-se como terceiro elemento essencial à configuração do ato jurídico que ele se dirija à obtenção de um resultado protegido ou, pelo menos, não proibido pelo direito e também possível, vale dizer: é necessário que o ato jurídico tenha um objeto e que este seja lícito e possível"*, Marcos Bernardes de Mello, Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência, 15ª ed., Editora Saraiva, p. 150

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

considera admissível, valendo-se pois de meios excessivos de influência e fidelização.

O próprio ramo do direito responsável pela disciplina da autonomia da vontade reconhece que a liberdade do indivíduo não é alheia aos demais direitos e ao contexto social. O Código Civil, em norma central à sua disciplina dos contratos, diz no artigo 421 *"a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*.

### III.n - COLISÃO DE DIREITOS

Ainda que se considere a promoção dos brinquedos dentro do conteúdo da livre iniciativa, ainda assim deve essa prática se submeter a um juízo ponderação em face dos demais direitos constitucionais.

Como ensina Jean Rivero,

*"Os direitos de 1789 são direitos absolutos: não têm outro limite além do direito igual dos outros. Dono de seus direitos, o homem os usa como bem entender. É a consequência de seu caráter natural: já que impõem ao respeito da sociedade, como esta poderia atribuir-lhes certas finalidades? Mas, à medida que o rigor da doutrina cede perante as realidades da vida social, fica evidente que há um bom e um mau uso dos direitos, não só do ponto de vista de seu titular, mas sobretudo com relação ao conjunto da sociedade"*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

(Liberdades Públicas, Martins Fontes, p.).

116.

A livre iniciativa quer dizer a estrita voluntariedade de toda atividade econômica e em toda sua extensão. É, com isso, a livre iniciativa o ponto de partida da ordenação jurídica da ordem econômica.

A livre iniciativa não importa na retirada da relevância jurídica das atividades econômicas. Não implica que o que fazem os indivíduos de seus interesses econômicos não requer a atenção do direito. Pelo contrário, o direito mostra-se atento às iniciativas econômicas privadas e se dá a tarefa de conseguir determinar a proteção daqueles interesses que não são econômicos ou estritamente individuais e a função de garantir a realização de valores constitucionais econômicos e sociais.

O relevo da livre iniciativa é então a necessidade de sua proteção como fundamento da autonomia do homem e sua função em razão de sua excelência ou eficiência econômica. A livre iniciativa é um princípio do direito e não um limite ao direito. Sua inclusão como princípio constitucional importa na sua contextualização com os demais princípios e na definição de sua convivência com os demais termos do texto constitucional.

Naturalmente, então, a livre iniciativa não deve ser percebida como uma liberdade absoluta. Por isso, cumpre a ela conviver com os demais direitos. Como ensina Luís S. Cabral de Moncada, "à medida que os poderes públicos se convertem em responsáveis pela conformação da ordem econômica e social diminui o âmbito dentro do qual a auto-regulação dos interesses privados se fazia através de um quadro contratual

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

de direito privado" (Direito Económico, Coimbra Editora, p. 78/79).

Assim na ponderação da livre iniciativa com os direitos, deve ela ceder: a) à prioridade constitucional da criança; b) à ordem pública constitucional do consumidor quando veda práticas abusivas do fornecedor; c) à ordem pública constitucional do consumidor quando veda práticas comerciais que tragam riscos à saúde e segurança do consumidor; d) à regulação constitucional do fornecimento de alimentos no interesse da proteção da saúde e vigilância sanitária.

O Código Civil português traz uma regra que bem ilustra a solução a ser dada, ainda com a invocação das rés de sua liberdade de iniciativa (Artigo 335.º: (Colisão de direitos):

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior. (grifos nossos)

Essa ponderação de direitos é própria dos sistemas constitucionais modernos. Como ensina Daniel Sarmiento: *"isto não quer dizer, no entanto, que estas liberdades fundamentais revistam-se de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, fazendo necessário*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto através de uma ponderação de interesses. É isto que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular (...) quando direito positivo nestas relações materialmente desiguais, ditando normas de ordem pública em proveito da parte hipossuficiente, ele não está, a rigor, desconsiderando sua autonomia privada como agente moral. E não se trata de paternalismo - ao contrário do que os críticos de direita insistem em apregoar -, mas de proteção da própria liberdade, cuja interpretação deve se articular com o valor igualdade, num ordem jurídica que se preocupa igualmente com ambos", Dos Princípios Fundamentais, organizador George Salomão Leite, p. 310/311.*

Em suma, ainda que se inclua no conteúdo da livre iniciativa a prática comercial das rés, não sobrevive ela a um juízo sobre a colisão com direitos constitucionais em situação de prioridade. Notadamente quando o controle sobre a iniciativa privada busca vedar apenas e especificamente uma prática comercial abusiva e que emprega o brinquedo - produto que sequer é, propriamente, ligado à atividade econômica de vender alimentos em si<sup>52</sup>.

### IV - CONCLUSÃO

Pode-se concluir pelo acima exposto que os brinquedos vendidos nas lojas das rés são influentes na compra de um

---

<sup>52</sup>Como constante da recomendação de fls. 972, "existem lojas de brinquedos e de materiais infantis e a rigor, não dependeriam as crianças e os pais de buscá-los em lanchonetes"

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

alimento associado ao problema da obesidade. Que essa influência não se dá por qualidade intrínseca do produto, mas pela criação artificial e externa ao alimento de um interesse pela sua aquisição. Que essa influência, por ser recorrente, se refere não apenas ao consumo do alimento mas também à própria formação da dieta. Que a alimentação é direito constitucionalmente reconhecido à criança. Que o conteúdo do direito à alimentação deve ser tido não apenas como não privação, mas principalmente como adequação. Que a criança, como pessoa em desenvolvimento deve ser respeitada pelo fornecedor privado. Que o processo de venda de brinquedos como gancho para o fast food atrapalha as condições de entendimento da criança e se vale de associações emocionais estranhas ao processo alimentar. Que a alimentação é central na definição da personalidade da criança. Que o brinquedo e o marketing são fatores exógenos ao alimento e que turvam a liberdade como direito da criança. Que alimentos não saudáveis vendidos através de brinquedos colocam fator de risco de obesidade como prêmio. Que há contrariedade à teoria da qualidade do produto trazida pelo direito do consumidor. Que a responsabilidade do fornecedor não é excluída pela existência de outros fatores associados à obesidade. Que a responsabilidade do fornecedor por prática abusiva é suficiente para se reconhecer a ilicitude. Que os pais envolvidos em um processo profissional de marketing infantil não retiram do fornecedor seus deveres. Que o abusivo e perigoso não se encontram no conteúdo da liberdade de iniciativa. Que ainda que estivessem, cederiam à prioridade dos valores constitucionais associados à criança, ao alimento, à saúde e à proteção do consumidor.

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### V - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Os fatos atribuídos às rés, como forma de lesão ao consumidor, à criança e à segurança alimentar, estão em posição de constante proliferação. São danos tipicamente sujeitos a repetição e permanecem com a continuidade da prática abusiva.

A oferta agressiva direcionada à criança se mantém e há o risco de atingir crianças mais novas que entrarão por agora no mercado de consumo e de se repetir a interferência sobre as crianças hoje consumidoras.

Em situações tais, a efetividade da tutela é dada pela capacidade de se interditar a continuidade do dano, fazendo-se necessária a cessação da prática sem dependência temporal quanto ao momento sentença. Assim por estarem aqui presentes tanto o perigo da demora ou urgência, quanto a verossimilhança.

A fumaça de bom direito é dada pelos fundamentos acima indicados e pela carga probatória trazida pelo procedimento nº 1.34.001.003881/2008-32.

Quanto à urgência, por um lado, a antecipação da tutela presta-se, processualmente, precisamente à esses danos sujeitos a repetição, destinando-se a sua cessação como prevenção da lesão na intercorrência do processo. Como ensina Roberto Senise Lisboa, certos danos se caracterizam pela *"potencialidade de proliferação do dano versa sobre a reconhecida possibilidade de que outras pessoas venham a sofrer idêntico prejuízo, pouco importando se essas pessoas*

## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*poderão ser ou não, desde logo, determinadas” (Contratos Difusos e Coletivos, editora Revista dos Tribunais, p. 314).*

Processualmente deve ser considerado que a urgência conforma o que o direito constitucional traz como prioridade de tutela a criança. Relevante, ademais, para a adoção da medida a ponderação sobre a importância dos direitos trazidos ao processo, especialmente a saúde e a infância.

De fato, não fosse a possibilidade da antecipação o ônus do tempo do processo estaria em favor do fornecedor responsável pela prática abusiva. Como se traz a presente pretensão, a lesão se repetirá continuamente no transcorrer do processo, sendo suportada pela coletividade a ser tutelada. Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt, *“a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreenda a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, um vez que o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão (Manual do Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, p. 211).*

### VI - DO PEDIDO

Diante do exposto, é a presente ação para requerer:

a) **a antecipação de tutela** para que, sob pena de multa ou outra das medidas indicadas pelo parágrafo 5º do artigo 461 do CPC, se determine às rés a obrigação de não fazer, consistente na suspensão e

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

não continuidade das promoções, Mc Lanche Feliz, Lanche Bkids e Trikids, e da venda promocional de brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos, conjuntamente **ou não** com a venda de lanches;

b) **citação das rés**, para que apresentem sua defesa;

c) ao final, a confirmação da antecipação da tutela, ou, não havendo essa sido concedida, a condenação das rés na obrigação de não fazer consistente no encerramento das promoções MC Lanche Feliz; Lanche Bkids e Trikids, e da venda promocional de brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos, conjuntamente ou não com a venda de lanches, sob pena de multa ou outra das medidas indicadas pelo parágrafo 5º do artigo 461 do CPC.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se a causa o valor de mil reais.

São Paulo, 15 de junho de 2009.

**Márcio Schusterschitz da Silva Araújo**  
**Procurador da República.**