

MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE
A D V O G A D O S

São Paulo, 12 de agosto de 2008.

Ao

Ministério Público Federal

Secretaria dos Offícios de Tutela Coletiva – São Paulo

3º Ofício – Consumidor e Ordem Econômica

A/C: Dr. Luiz Fernando Gaspar Costa

Procurador da República

Rua Peixoto Gomide, 768, 8º Andar

CEP 01409-904 São Paulo – SP

PR/SP-SEPJ-
006360/2008

12 AGO 2008

Ref.: Ofício nº GABPR25 – LFGC/SP - 000358/2008

Representação nº 1.34.001.003881/2008- 32

Ilustríssimo Procurador da República Dr. Luiz Fernando Gaspar Costa,

1. Reportamo-nos ao ofício em referência, encaminhado por V.Sa. e datada de 28 de junho de 2008 (“Ofício”), para nos manifestar acerca da Representação (“Representação”) do Instituto Alana (“ALANA”).

2. Conforme já manifestamos em petição protocolizada em 24 de julho de 2008, a entidade notificada, Burger King Assessoria à Restaurante Ltda. (“BK Brasil”) não é a titular do sistema de franquia, nem a franqueadora da rede de restaurantes Burger King no Brasil (“Burger King”). A BK Brasil também não é titular da marca Burger

de franquias no Brasil. É a sociedade norte-americana Burger King Corporation (“BKC”), nº 366
situada na 5505 Blue Lagoon Drive, na Cidade de Miami, Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América, CEP 33126, que ocupa essa posição (doc. 01) e responderá à Ofício.

3. Em caráter excepcional e por deferência a V. Sa. F ao ALANA, a presente resposta é apresentada, independente da ilegitimidade passiva da BK Brasil e da ausência de comunicação formal feita à BKC. Requer-se, todavia, que toda e qualquer comunicação referente ao sistema de franquias do Burger King no Brasil, que diga respeito à franqueadora, seja encaminhada para a BKC no endereço acima mencionado.

4. Feito esse esclarecimento inicial, observamos que nos causou perplexidade a Representação recebida por intermédio do Ofício de V.Sa., em razão da imputação à BKC, pelo ALANA, de descumprimento de deveres prescritos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, mais especificamente pelas práticas da chamada “venda casada” e de publicidade abusiva dirigida à crianças, que não condiz com a realidade dos fatos. Adicionalmente, o ALANA acusa o produto comercializado pelo sistema de franquia Burger King® denominado “Bkids”, de deter excessiva carga calórica, questão que também discutiremos nesta manifestação.

Da Inexistência de Venda Casada.

5. Sem desmerecer o louvável objetivo de proteção às crianças a que declara buscar o ALANA, no afã de atrair atenção para sua causa referido instituto acaba por generalizar situações, analisando-as de forma superficial, descontextualizada e açodada, tratando questões eminentemente técnicas (como as práticas previstas no artigo 39 do CDC) sem o devido cuidado e, por isso, de forma temerária.

6. Causa certa incredulidade, para não dizer espanto, a facilidade com a qual o ALANA atribui ao consumismo infantil, sem qualquer ponderação mais apurada, as mais diversas mazelas. O instituto chega a atribuir, em sua página institucional destinada ao tema “consumismo infantil”, uma relação direta entre a questão e tragédias naturais que assolam o planeta Terra:

*“Não é por acaso que o consumismo está relacionado à idéia de devorar, destruir e extinguir. Se agora, tragédias naturais, como queimadas, furacões, inundações gigantescas, enchentes e períodos prolongados de seca, são muito mais comuns e freqüentes, foi porque a exploração irresponsável do meio ambiente prevaleceu ao longo de década”.*¹

7. O internauta mais desavisado², ao se deparar com certas denúncias feitas pelo *website* do ALANA, acaba desinformado ou até mesmo induzido a entendimento equivocado com base em denúncias aparentemente lastreadas em dados técnicos aplicados a casos objetivos. O que se vê, como se comprovará a seguir, é muito mais a manifestação de uma ideologia contra a livre iniciativa econômica, exercida de maneira legítima e assegurada pela Constituição Federal, do que a comprovação técnica de determinada ilegalidade. Como veremos, a conduta do Burger King® perante seus consumidores pauta-se pelo respeito à legislação e a busca de qualidade e satisfação.

8. Focando especificamente a questão da venda casada, vejamos o entendimento da renomada jurista consumerista Claudia Lima Marques:

¹ (<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/ConsumismoInfantil.aspx>). Vale lembrar que sequer há consenso na comunidade científica sobre a capacidade do ser humano de interferir na natureza a ponto de gerar grandes desequilíbrios climáticos, apesar da grita internacional de grupos ambientalistas movidos pelos interesses mais variados, cobertos sob aparente capa de cientificidade. Vide, no sentido de que as alterações climáticas, que estão no centro dos debates atuais, seriam apenas o ápice de ciclos climáticos que se repetem ao longo da história, em períodos de 1500 anos, AVERY, Dennis T. e SINGER, Fred, *Unstoppable Global Warming: Every 1,500 Years*, Rowman & Littlefield (Aquecimento Global Interminável: a Cada 1500 anos); e, a respeito da ideologização dos debates, a ponto daqueles que negam a causa humana do aquecimento global, com argumentos científicos tão confiáveis quanto aqueles que manifestam no sentido da afirmação, serem vítimas de perseguição e ameaças, SALOMON, Lawrence, *The Deniers: The World Renowned Scientists Who Stood Up Against Global Warming Hysteria, Political Persecution, and Fraud*, Richard Vigilante Books (Os Negadores: Os Mais Renomados Cientistas que Lutam Contra a Histeria, Perseguição Política e Fraude do Aquecimento Global). Obviamente que não se está a debater aqui o problema climático, mas o problema ilustra o sensacionalismo engendrado pelo ALANA, na medida em que, para justificar a sua missão, traz à baila as conseqüências mais funestas para o problema do consumismo em geral e, em particular, o infantil.

² É importante ressaltar, por oportuno, que a acusação de prática ilegal feita pelo ALANA é ostensiva e publicamente veiculada em seu site e sua missão não é menos oculta: “*Nesse sentido, luta contra toda e qualquer forma de comunicação mercadológica dirigida às crianças*” (em <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?v=4>). Além de não ser o Bkids essencialmente dirigido ao público infantil, como se comprovará a seguir, ao contrário do que entende o ALANA, a publicidade dirigida as crianças não é ilegal no Brasil. Para comprovar a generalização indiscriminada efetuada pelo ALANA, lembramos que este instituto considera ilegal, baseado em mera e injustificada interpretação, a prática de publicidade lícita infantil: “*Por que toda e qualquer publicidade dirigida à criança é abusiva? De acordo com a interpretação conjunta da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, o Brasil já proíbe qualquer publicidade dirigida a crianças*”. (em <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?v=4>).

“Tanto o CDC quanto a Lei Antitruste proíbem que o fornecedor se prevaleça de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições desfavoráveis ao consumidor. Assim, proíbe o art. 39, em seu inciso I, a prática da chamada venda ‘casada’, que significa condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço”.³ (grifo nosso)

9. Para que referida definição seja operacional para fins de aplicação do CDC, é preciso ter claro quando há dois ou mais produtos e serviços independentes entre si, comercializados de forma “casada”. Ora, a norma jurídica em questão não pode ser aplicada de forma cega em face da realidade social, de forma a classificar como venda casada a comercialização de produto ou serviço sempre que possa ser cindido em seus elementos constitutivos, e que haja interesse, por parte de algum consumidor, ou grupo de consumidores, em apenas algum ou alguns de seus elementos, e não do todo do produto, por qualquer motivo.

10. Para ilustrar o ponto, pensemos no caso em que um consumidor queira adquirir um automóvel que disponha de acionamento elétrico dos vidros de apenas uma janela, e não das duas frontais ou de todas as demais. Embora o sistema de acionamento elétrico de cada janela do automóvel possa ser instalado de maneira independente em cada janela, e, portanto, comercializado dessa forma, não há que se classificar a venda do automóvel completo, com as duas janelas dianteiras com acionamento elétrico ou todas elas, como venda casada.

11. Portanto, a “venda casada” não se configura pela simples indisponibilidade de determinado produto ou serviço para consumo independente de outro produto ou serviço por parte dos consumidores; ou, ainda, pela mera venda de um produto formado por vários produtos em princípio separáveis entre si, que compõe um todo unitário. Ninguém em sã consciência se afastaria das práticas sociais aceitas para reputar ilegítima e ilegal as situações acima de venda conjugada de produtos.

12. Em realidade, a “venda casada” se configura pela comercialização de dois produtos ou serviços unidos de maneira claramente artificial, com o objetivo, do lado do fornecedor, de promover as vendas de um produto ou serviço menos desejado que o outro produto ou serviço, considerando-se o interesse do consumidor. A artificialidade dessa união e a falta de interesse do consumidor por um dos produtos ou serviços é que deve se configurar, segundo um juízo de razoabilidade. Mediante a constatação da artificialidade da união e da falta de interesse por um dos produtos é que se julgará se o consumidor deve ter o direito de exigir a separação ou não dos produtos ou serviços, de modo a ter a opção de adquirir apenas um ou alguns deles, mas não o todo criado, vale repetir, de forma artificial pelo fornecedor.

13. Para esclarecer por fim a questão, é preciso entender que tipo de prática comercial inspirou o legislador a proibir a “venda casada”. De fato, o legislador busca coibir o comerciante capcioso, aquele que, por meio da conjugação forçada de produtos ou serviços, tenta “desovar” itens de pouco apelo na esteira de bens e serviços mais desejados. Para tanto, ambos os produtos ou serviços, “casados”, devem fazer parte do inventário do estabelecimento e um deles, naturalmente, precisa ter o seu apelo de venda reduzido ou inexistente, bem como poder de mercado, caso contrário não há motivação para constranger o comprador a adquirir dois produtos em conjunto, nem o comprador adquiriria o produto do fornecedor que os vende de forma “casada”. Este é o elemento básico da atividade descrita no inciso I do artigo 39.⁴

14. Muitos exemplos desta prática são citados pela doutrina e reconhecidos pela jurisprudência, como a venda de financiamentos condicionada à compra de seguros ou a venda de serviços de Internet condicionada à venda de serviço de televisão por assinatura. Nota-se, como traço comum, a necessidade de forçar a compra de um em função do sucesso de outro. Ou seja, no segundo exemplo, o cliente gostaria de ter acesso somente à Internet, mas para tê-lo é obrigado a gastar mais e obter também o pacote de televisão por assinatura, menos desejado ou simplesmente não desejado. O prejuízo do consumidor nesses casos fica evidente.

⁴ “A denominada ‘venda casada’, sob esse enfoque, tem como *ratio essendi* da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços competitivos”. (STJ, REsp 744602/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 01.03.2007, DJ 15.03.2007, v.u.) (doc. 02)

15. No caso do produto comercializado pelo Burger King®, denominado “Bkids”, trata-se de exemplo de prática comercial lícita, legítima e socialmente difundida, inclusive em segmentos diversos daqueles em que atua o Burger King®. Basta recordar a infinidade de produtos vendidos em supermercados aos quais se agregam brinquedos, utilidades domésticas e amostras de outros produtos, seja para permitir que o consumidor tome contato com um novo produto (e decida continuar a consumi-lo, se for de seu agrado), seja para enriquecer a experiência de consumo, a um custo baixo ou nulo ao consumidor, a ponto manter a competitividade do produto no mercado em face da concorrência. O Bkids, como V.Sa. encontra-se informada, consiste de uma refeição completa Burger King® junto com um boneco, embalados numa caixinha decorada com os mesmos motivos do boneco (“Batman”, “Indiana Jones”, etc.). Embora seja possível distinguir a refeição do boneco, eles formam um conjunto unitário, que tem por objetivo alimentar e também divertir. Por isso a embalagem do kit apresenta os mesmos motivos do brinquedo, para compor um produto complexo e incindível. É importante insistir: brinquedo, refeição e embalagem formam um conjunto, que alimenta ao mesmo tempo em que age de forma lúdica⁵, ao enriquecer a experiência do consumo da refeição e estendê-la para além das instalações do Burger King®, ao permitir que o cliente leve para sua casa um produto não imediatamente consumível como a própria refeição.

16. Naturalmente, seria possível vender separadamente os diversos elementos do “Bkids”. Mas não é parte do objeto social do Burger King®, vale frisar, comercializar brinquedos. Ou seja, o Burger King® não “força” a venda, seja de alimentos ou brinquedos, mediante o artifício de agregar um produto não desejado a um produto desejado. Confiamos que quem se dirige a nossos restaurantes, quer se alimentar com nossas refeições, e que determinados públicos, aqueles consumidores do “Bkids”, podem ainda se beneficiar por um brinquedo agregado à refeição. Mas não se trata de vender brinquedos condicionados à compra de refeições. Ao contrário, trata-se de estratégia comercial que beneficia os consumidores, pois estes têm a possibilidade de consumir nossas refeições, e ainda ganhar um brinde – o brinquedo –, tudo por um preço

⁵ Para retomar os exemplos dados acima, um dos personagens é um professor-arqueólogo que combate o mal, quase sempre representado por nazistas que pretendem empregar relíquias arqueológicas em algum propósito de dominação, e outro é um herói que combate o crime, ou seja, referências positivas para jovens, sem referências a símbolos com conotação sexual como não raro se vê nos dias atuais. Como demonstraremos a seguir, os personagens aproximam-se muito mais do público adolescente e adulto que ao infantil.

módico, pois, caso contrário, perderíamos clientes para o vasto número de concorrentes do mercado em que atuamos.⁶

17. É importante informar que o Burger King® não possui controle além de certos limites sobre as atividades de seus franqueados. Ao contrário do seu concorrente McDonald's, que opera sua rede mediante franqueados e também diretamente, por meio de restaurantes próprios, o Burger King® opera exclusivamente mediante franqueados. Os franqueados do Burger King® possuem certa esfera de liberdade para atuar, conforme permitido pelos seus contratos de franquia, e integra esse âmbito livre de atuação a faculdade de determinarem os preços dos produtos por eles comercializados. Aliás, como manda a boa prática concorrencial, o Burger King® apenas indica tais preços, mas não os controla, fato comprovado pela diferenciação de preços real entre os restaurantes Burger King® nas diversas cidades brasileiras onde está presente. A diferenciação de preços entre restaurantes existe inclusive no que se refere ao nosso produto "Bkids".

18. A análise circunstancial da prática do Burger King® em tela evidencia exatamente o contrário da venda casada. Apesar de ser um atrativo, é notório que o sistema de franquia Burger King® não está, por meio do brinquedo, tentando se livrar de seu estoque de alimentos, pois estes são os seus verdadeiros produtos e contam com considerável aceitação, seja de forma individual, ou por meio do lanche combinado ("Combo"). É notório, também, que os produtos alimentícios que integram o "Bkids" podem ser vendidos separadamente. Já o brinquedo não, mas não porque seja parte de venda casada, sim porque não faz parte da linha de produtos do BKC. O brinquedo é apenas um brinde, ofertado de forma sazonal. Tanto é verdade que, ao contrário do que pode parecer ou do que certamente crê o ALANA, a venda do Bkids representa, atualmente, 3% do faturamento do Burger King no Brasil.⁷

19. Por outro lado, a eventual proibição da entrega de brindes (como brinquedos) nas condições atualmente praticadas pelo sistema de franquia Burger King®,

⁶ Vale notar, inclusive, conforme melhor demonstrado a seguir, que o Burger King ainda é, no Brasil, uma rede de franquias consideravelmente pequena se comparada aos seus tradicionais concorrentes e, também, as cadeias nacionais, que não raro, são cinco ou mais vezes maiores em número de restaurantes e cidades atendidas.

⁷ A própria verba dos padrões do mercado e :

muito provavelmente causaria verdadeiro prejuízo ao consumidor⁸. A interrupção da oferta seria uma das conseqüências naturais da intervenção injustificada na base econômica da operação, caso seja determinada a venda isolada dos brinquedos. Conforme é sabido, tais brinquedos não fazem parte dos produtos regularmente vendidos por cadeias de *fast food*; aliás, esta prática acabaria por provocar concorrência desleal com as próprias lojas especializadas. Tanto é verdade, que o próprio Ministério Público Federal da 3ª região reconheceu este risco e determinou a prática de preço, para o brinquedo, similar ao Combo, ao examinar o produto McLanche Feliz do McDonald's.

20. Mais do que isso e ao contrário do asseverado na Representação, o Ministério Público Federal reconheceu a ausência de ilicitude nas práticas comerciais do sistema de franquia da empresa McDonald's, similar ao sistema do Burger King⁹, ao concordar "*que o Representado não praticou qualquer ato ilícito ou agiu com a intenção de lesar os consumidores de seus produtos*".¹⁰ (grifo nosso) (doc. 03)

21. Por todas as razões acima, é de se concluir que a reputada ilicitude da venda casada, em face do CDC, não se verifica quando da comercialização de nosso produto "Bkids".

Da Inexistência de Publicidade Abusiva.

22. Ao atacar o que chama de "comunicação mercadológica¹¹ dirigida às crianças", o ALANA o faz em termos amplíssimos, combatendo "qualquer estratégia publicitária que se utilize de crianças modelos, bonecos, personagens infantis, personalidades conhecidas do público infantil, desenho animado, animação, etc.,

⁸ Conforme orienta a Fundação Procon-SP, a oferta de brindes e outras vantagens não apresenta nada de errado, pelo contrário, beneficia os consumidores e ainda estimula a concorrência, o que também é benéfico. (http://www.consumidor-rs.com.br/index.php?p=cont_int&p1=boletim&txt_codigo=10003936)

⁹ No que diz respeito ao Combo e a oferta de brindes.

¹⁰ <http://www.prsp.mpf.gov.br/atuacao/vt/McDonalds.pdf>

¹¹ Definida como "toda e qualquer atividade de comunicação comercial empregada na divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado; ou seja, além de publicidades, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio e banners na Internet, são exemplos de comunicação mercadológica as embalagens, as promoções, o merchandising, e a forma de disposição de produtos em pontos de vendas.

estabelecendo uma interlocução direta com este público alvo. Esse combate fundamentar-se-ia num pressuposto puro, simples e hialino, segundo o ALANA: toda publicidade dirigida a crianças é abusiva e, por isso, proibida e reprimida pela legislação pátria.

23. Ou seja, na perspectiva do ALANA não seria exagero algum afirmar que qualquer tipo de comunicação publicitária dirigida a crianças, independente do seu conteúdo, o produto ou serviço se refiram, seria ilícita *per se*, sem a necessidade de qualquer juízo sobre sua utilidade, legitimidade, moralidade ou outro valor que sempre aprendemos a preservar, seja pela força da tradição, dos costumes ou dos princípios que o ordenamento jurídico brasileiro e em especial a Constituição Federal tutelam e promovem.

24. Fazer propaganda de leite, de outros produtos alimentícios, de brinquedos, de vestuário e de tudo o mais a que se possa ter como usuário ou consumidor uma criança adquire, assim, o *status* de algo maligno, a ser execrado como um mal em si.

25. Qual seria o fundamento para esse dogma absoluto, o da malignidade de toda comunicação dirigida a crianças, que leva à necessidade de sua estigmatização completa, sem maiores dúvidas, não apenas no plano científico e filosófico, mas também no jurídico, já que categoricamente se afirma que toda comunicação mercadológica dirigida a crianças é ilícita.

26. Ora, sabe-se que não há princípios absolutos numa ordem jurídica não-teocrática como a brasileira. Mesmo o direito à vida, o valor máximo da sociedade humana, cede em face das circunstâncias concretas, conforme exemplificado pela exclusão da culpabilidade daquele que mata quando o faz em legítima defesa, própria ou de terceiro. Como poderia então a comunicação empresarial dirigida a crianças ser proibida sem exceção alguma?

27. Para sustentar tal visão, é preciso ir longe. É preciso enxergar no mercado e no empresário um mal em si. É preciso crer que todo empresário é uma fonte prejudicial a sociedade, que se materializa a todo momento, a ponto de tornar necessária a defesa das crianças pela criação em torno delas de uma redoma inexpugnável, que as deixe distante, fora do alcance de qualquer manifestação do mundo externo.

28. Inevitável aqui não pensar na analogia da mãe que, ao permitir que seu filho pequeno enfrente o mundo sozinho pela primeira vez, peça-lhe que evite o contato com estranhos. Ora, a mãe ciosa de seus filhos pequenos pode temer os perigos do mundo moderno, repleto de violência, drogas e outros males, sobre os quais não cabe aqui nossa manifestação.

29. Mas como comparar a violência das ruas, que pode matar, viciar e seqüestrar, com o comércio de bens e produtos em geral, que visa atender necessidades básicas dos consumidores, oferecendo bens produzidos de maneira legítima, que podem ou não ser comprados e que, no caso das crianças, ainda depende da aprovação paternal ou maternal? É preciso ir além da técnica jurídica para igualar coisas tão distintas ao ponto de propugnar a aniquilação de toda propaganda que possa se dirigir a crianças.

30. Continuando a demonstração do absurdo jurídico em que consiste a tese do ALANA acerca da ilicitude de toda publicidade dirigida às crianças, esse entendimento equivale a criar uma limitação expressa aos princípios da livre iniciativa, erigido em fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV da CF) e da liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF), como se toda a esfera de liberdade humana no que se refere à comunicação em face de crianças fosse tolhida, como valor absoluto por si próprio. Entenda-se bem, comunicação, e não incolumidade física ou psíquica. É como se a Constituição tivesse de ser lida desta forma: “É livre a iniciativa, mas, no plano econômico, abstenham-se de ofertar bens para as crianças”; e ainda, “é livre a manifestação de pensamento, desde que a manifestação não se refira a oferta de produtos e serviços para crianças”.

31. Essa tese insustentável não só fundamenta em última análise toda a linha de argumentação contra a publicidade dirigida a crianças do ALANA constante do Ofício, como é o objetivo do Projeto Criança e Consumo do ALANA:

“O Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, combate qualquer tipo de comunicação mercadológica dirigida às crianças por entender que os danos causados pela lógica insustentável do consumo irracional podem ser minorados e evitados, se efetivamente a infância for preservada em

sua essência como o tempo indispensável e fundamental para a formação da cidadania. Indivíduos conscientes e responsáveis são a base de uma sociedade mais justa e fraterna, que tenha a qualidade de vida não apenas como um conceito a ser perseguido, mas uma prática a ser vivida.”¹²

32. Para demonstrar que não exageramos o alcance da manifestação do ALANA, oferecemos uma prova irrefutável acerca da inexcedível ambição do ALANA, de sobrepor suas opiniões acerca do tema ora comentado sobre tudo o que se fez e se faz, tudo o que se aceitou e se aceita como razoável para a vida em sociedade:

“Da mesma maneira, o Instituto não visa acabar com as práticas comerciais. No entanto, persegue mudanças de paradigmas na sociedade, propondo alterações nas relações de consumo, fortalecendo valores humanísticos hoje tão menosprezados.”

33. Ora, resta claro que o ALANA arrega-se de autoridade supra-social de ditar à sociedade paradigmas a seguir. Evidentemente, tudo isso com o nobre objetivo de fortalecer “valores humanísticos hoje tão menosprezados”. A dúvida que resta é sobre quem será o porta-voz de tais valores. Será o próprio ALANA, e não o próprio mercado, que de um lado é composto sim por milhões de fornecedores, mas também de um número incomparavelmente maior de consumidores, que livremente escolhem de quem, quanto e o que comprar para seu próprio benefício?

34. A publicidade vedada no Brasil, no que se refere à crianças, é a considerada abusiva, seja com base no CDC ou no Estatuto da Criança e do Adolescente ou mediante a aplicação direta da CF. Naturalmente, para que exista abusividade, é preciso que exista publicidade, ao contrário do que sustenta o ALANA, ao confundir os termos publicidade e abusividade, ao menos no que se refere à “comunicação mercadológica dirigida às crianças”.

35. Não obstante a ausência de ilicitude na prática de publicidade infantil, como demonstrado anteriormente, é essencial mencionar que na prática quase

nenhuma peça publicitária da Burger King é dirigida ao público infantil, assim como definido no ECA. É o jovem entre 18 e 24 anos o público-alvo da empresa, como afirmado por Afonso Braga, gerente de marketing da Burger King do Brasil, empresa que presta consultoria à Burger King, em matéria divulgada na Gazeta Mercantil¹³. Na mesma reportagem, fica claro que as campanhas promocionais que envolvem brinquedos – como as relacionadas aos filmes “Homem-Aranha 3” e “Os Simpsons” ou, ainda, as mais recentes, com brindes dos filmes “Indiana Jones e o Reino da Caveira de Cristal” e “Batman – O Cavaleiro das Trevas” não são diretamente destinadas a crianças. Isso porque, em primeiro lugar, todos esses filmes têm classificação indicativa para maiores de 12 anos. Em outras palavras, não é possível concluir que o brinquedo representa um apelo ao público infantil, pois os próprios filmes destinam-se a adolescentes e adultos, uma vez que uma criança que não assistiu ao filme não é capaz de se identificar com tais brindes e contextualizá-los como parte de uma estória conhecida.

36. Mais, esses personagens fazem, na realidade, parte do imaginário adulto: a saga de Indiana Jones começou em 1981, e a série Os Simpsons estreou na televisão em 1989, sendo ambos típicos produtos culturais de sua época, que mantém um público bastante fiel desde seu surgimento. Nem é preciso mencionar a influência dos personagens Batman e Homem-Aranha (criados nas décadas de 30 e 60, respectivamente) em diversas gerações, com estórias que ultrapassam os últimos filmes lançados. Nesse sentido, fica evidente que os brindes que fazem parte do Combo Bkids não têm no público infantil de menores de 12 anos o seu alvo, mas sim jovens e adultos que, fãs dos personagens, desejam adquirir os brinquedos como parte de sua coleção.

37. Situação diversa ocorreria se os brindes estivessem relacionados a personagens de filmes ou desenhos animados destinados a crianças. É nesse sentido e com base na comparação com os brinquedos do Mc Lanche Feliz (atualmente, os heróis Bionicle da Lego ou a turma da Hello Kitty, protagonista de série transmitida pelo canal Boomerang, e, no mês de julho, os personagens do filme Kung Fu Panda, sem restrições na sua classificação indicativa), que concluímos não haver dúvidas de que a publicidade, bem como os brindes que fazem parte de nossos Combos, não pretende atingir as crianças, mas jovens e adultos que conhecem as estórias e os personagens das campanhas

e, como demonstrado em estudos do próprio ALANA, já teriam poder de discernimento sobre campanhas publicitárias¹⁴.

38. Cumpre destacar, ainda, que existe no Brasil o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), que, constituído por profissionais de diversas áreas, tem como missão “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas”¹⁵. Nesse sentido, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária criou dispositivos específicos que devem ser atendidos quanto à publicidade de cada tipo de produto ou público-alvo. E, especialmente no que se refere à publicidade para crianças e jovens¹⁶, não restam dúvidas de que todos os pontos são atendidos pelas campanhas do Burger King.

¹⁴ Estudo “Criança e Consumo: Publicidade dirigida à infância – IMPACTOS E CONSEQUÊNCIAS”, in <http://www.febraban.org.br/semark2007/palestras/Isabella%20Henriques%20-%20Painel%202%20-%2019%2009%20.pdf>

¹⁵ De acordo com o próprio *website* do CONAR: www.conar.org.br

¹⁶ “Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

- a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b) provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d) impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g) utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h) apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i) utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

39. Ainda que os comerciais do Burger King sejam considerados dirigidos ao público infantil, nada do que neles é veiculado permite o entendimento no sentido de sua abusividade. Ao contrário, as nossas propagandas divulgam valores positivos, como a amizade e a importância do brincar e da brincadeira, aliadas a uma refeição que, como será demonstrado, representa uma experiência positiva para a criança, um momento especial em família.

40. Os diversos estudos elencados na Representação, que ilustram técnicas de marketing, em especial aqueles que destacam a formatação de embalagens, o licenciamento de símbolos e marcas, servem como lições sobre marketing em geral, não apenas em campanhas dirigidas a crianças. Mas onde está sua ilicitude? O ALANA restringe-se a invocar uma vaga interpretação sistemática da CF, do ECA e do CDC, que de forma algum, em seu espírito, estigmatizam a publicidade como o faz o ALANA. Ao invés de demonstrar fundamentos legais sólidos do seu pedido, invoca genericamente referidos estatutos e a Carta Magna como fundamento de sua pretensão.

41. Conforme demonstramos acima, a lei não impede a publicidade dirigida a crianças que não se aproveita da vulnerabilidade infantil. É o preconceito do ALANA contra a livre iniciativa que lhe permite extrair do ordenamento jurídico as

-
- a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
 - b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
 - c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
 - d) obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
 - e) abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

§ 1º

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

§ 2º

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas”.

conclusões a que ele não permite, e faz com que qualquer comunicação feita no mercado entre empresas e crianças e adolescentes se transforme em “forma de exploração e violência”.

42. O que se vê nos restaurantes Burger King são adultos e adolescentes, nosso público alvo preponderante. Naturalmente crianças também entram e consomem em nossos restaurantes, pois é lícita a sua entrada, mas quase sempre o fazem acompanhadas de seus pais. Ou seja, aos pais que trazem crianças a nossos restaurantes é que se deve atribuir a decisão de consumo. Não se quer aqui negar a eventual influência que crianças podem ter sobre a decisão de consumo, mas também não se pode exagerá-la, como se a relação pais e filhos fosse invertida, como pressupõe muitos dos parágrafos da Representação. Aliás, ao tratar da questão, a Representação simplesmente refere-se à influência das crianças sobre decisão de consumo. Em que sentido operaria tal influência? Qual o seu peso? Porque ao mesmo tempo as crianças são consideradas influenciáveis, hipossuficientes, fracas, mas, por outro lado, tornam-se soberanas nas decisões domésticas de consumo? Parece-nos contraditória tal linha de argumentação pois, quando conveniente, vitimiza as crianças e, de outro lado, as transforma em pequenos ditadores, cuja vontade não pode ser contrariada sob pena das conseqüências mais terríveis para o destino da família.

43. Bem sabemos que o funcionamento do lar não é esse ambiente de tensão constante, de ditadura infantil que pretende construir a Representação. Crianças, vale dizer, jovens de menos de doze anos de idade, em grande parte dependem de aprovações e recusas de seus pais ou adultos que com eles convivam para tomar grande parte das decisões de consumo. Nesse sentido, é com referência também a estes, e não somente às crianças, que deve ser debatida a questão da comunicação mercadológica.

44. A Representação sustenta que a publicidade infantil “impõe a necessidade de possuir determinados produtos”. Por um recurso de retórica podemos admitir a o uso do verbo impor. Mas daí afirmar que ela ofende a “liberdade de escolha das crianças” e que, com isso, “as crianças ficam impossibilitadas de exercer seu poder de autodeterminação, na medida em que suas escolhas e pedidos aos pais não são originados de necessidades ou desejos próprios, mas de imposições de mercado e da mídia”,

força da criança, manifestada pela sua liberdade, conceito que sempre se pensou inerente ao homem maduro, formado, capaz de pensar por si, e, de outro, a necessidade de proteção com uma redoma inexpugnável contra tudo e todos, ao mesmo tempo em que se atribui aos pais papel meramente passivo, de fantoches dos jogos e maquinações infantis.

45. O ALANA olvida-se de comentar ou avalia dispositivo constitucional em sentido diretamente contrário aos entendimentos perpetrados por este instituto. A constituição pátria garante, além do dever, o direito absoluto dos pais de conduzir, em sobreposição ao estado, a educação e orientação moral e ideológica de seus filhos. Por certo que existem exceções para casos extremos, em especial para garantir a segurança física e psicológica das crianças, mas a tese do ALANA está longe de se enquadrar nestes casos e afastar o elementar direito dos pais.

46. O que aparecia numa pesquisa como “influência” – pesquisa essa, aliás, que não esclarece o significado que se deu ao termo -, subitamente transforma-se em causalidade, *conditio per quam*. Tomemos o seguinte exemplo, para ilustrar a distância entre a influência e a causalidade: se faz muito calor, posso comprar roupas mais apropriadas para o verão. Se faz mais frio, posso comprar roupas mais apropriadas para baixas temperaturas. Em qualquer caso, posso simplesmente continuar a usar as roupas de que já disponho, adaptando-as de acordo com as minhas necessidades. Assim, diz-se que o clima influencia meu consumo de artigos de vestuário. Posso dizer que o clima causa referido consumo? Não, pois a causa do consumo – no sentido de aquisição de vestuário – é a minha decisão de adquirir novos bens. Assim ocorre com a influência doméstica das crianças sobre os produtos a serem adquiridos. Qual é a pessoa que, diante da vontade de seus filhos ou sobrinhos, não ponderou o pedido diante das circunstâncias e decidiu sobre conceder ou não o pedido? Nesse sentido, as crianças influenciam escolhas de consumo, mas não são causa deles, porque é dos pais ou outras pessoas maiores é que partem as decisões.

47. A alegação do ALANA de que hoje as crianças dispõem de poder de consumo próprio, em razão das mesadas, também não merece todo o peso que o ALANA pretende conferir. Primeiro porque a disponibilidade da mesada infantil não significa que a criança seja absolutamente livre para decidir o que fazer com os recursos pecuniários que lhe foram dados, pois, em geral, pais que dão mesadas acompanham os gastos dos

filhos. Segundo porque o valor médio apurado, de R\$ 28,60, distribui-se por diversos bens que possam interessar à criança – sapatos, roupas, alimentos e brinquedos, de modo que é ínfima a parte que poderia ser considerada dirigida a compras em nossa rede de restaurantes para a compra de Bkids; em terceiro lugar, embora a soma total pareça significativa (R\$69.237.069,00 ao mês), no quadro geral da economia brasileira, resulta numa proporção ínfima, praticamente desprezível, de modo que nenhum empresário consciente contaria com tal parcela de renda para centrar o foco de seus negócios, para “explorar” a inexperiência infantil.¹⁷

48. A falta de fundamentação jurídica da Representação manifesta-se, novamente, quando da alegação de que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças estatui os direitos fundamentais de todas as crianças a um desenvolvimento saudável e equilibrado, longe de opressões e violências como fonte da pretensa ilegalidade de qualquer publicidade infantil. Em que momento ficou demonstrada a violência e a opressão? É claro que a ONU preocupa-se com violência e opressão contra crianças, mas violência e opressão reais, e não aquelas que o ALANA pretende demonstrada sem mostrar seus contornos, origem e efeitos. O art. 13 de referida Convenção, alegado de maneira artificiosa pela Representação, sequer trata do suposto direito de liberdade de escolha acima aludido, pois constitui garantia da liberdade de expressão da criança, que nenhuma relação guarda com a publicidade.

49. No que se refere à alegação de que a publicidade do Burger King viola o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Brasileira, basta a simples leitura dos dispositivos citados, sem nenhum esforço interpretativo, para perceber que eles não se aplicam às condutas descritas pela Representação e atribuídas ao Burger King. Dessa forma, abster-nos-emos de atacar ponto por ponto as acusações que faz a Representação.

50. A Representação envereda, ainda, por discorrer sobre a relação entre consumo e felicidade, para salientar que aquele não resulta nessa. Trata-se do erro comum de atribuir a eventual falta de felicidade do ser humano ao consumo. É preciso ter claro que o consumo não oferece a satisfação de todas as necessidades humanas, em particular as espirituais. Sabidamente o ser humano transcende a esfera material, e aqueles que

sustentaram o contrário, contribuíram para gerar infelicidade, ao rebaixar o ser humano a seu molde estreito. Entretanto, sem a possibilidade do consumo, vale dizer, da satisfação das necessidades naturais, não se faz possível a vida em condições mínimas de satisfação, a não ser para santos e mártires que souberam transcender a esfera do humano. A partir do momento da satisfação das necessidades básicas, dentre as quais se destaca a alimentação, pode o ser humano partir para vãos mais altos, inclusive em busca da felicidade. Mas, vale salientar, não se deve atribuir a falta de felicidade ao consumo, que atende a necessidades básicas e, nesse sentido, pode contribuir para a felicidade, sem ser, contudo, responsável por ela. Aqui temos mais um exemplo sobre os pressupostos ideológicos da Representação que, ao atacar o Bkids, na verdade pretende lançar sentimentos variados contra o mercado e a organização empresarial.

Da Excessiva Carga Calórica dos Alimentos Vendidos pelo Burger King

51. Antes de discorrermos sobre os valores nutricionais dos alimentos vendidos pelo Burger King, é importante chamar à atenção de V. Sa. para a falta de objetividade, para não dizer ausência completa de pedido.

52. Referida falha torna-se ainda mais acentuada no presente tópico, tendo em vista que acreditamos quanto aos outros temas que a intenção do ALANA é obrigar o (i) sistema Burger King a vender separadamente os brindes que compõe o Bkids, mesmo que este não configure venda casada e (ii) acabar com qualquer tipo de publicidade direcionada ao público infantil no Brasil, mesmo que esta não seja abusiva, ainda que tal proibição seja careça de lastro normativo e considerando que o Burger King, ao contrário do entendimento do ALANA, não dirige sua publicidade para as crianças¹⁸.

53. Como se vê, a dificuldade de responder às denúncias do ALANA é considerável. Não porque a presente tese seja embasada em dados concretos e arcabouço legal adequado, mas sim porque o ALANA cria teses puramente abstratas com o intuito de eliminar grande parte da publicidade no Brasil (e talvez a oferta de determinados

¹⁸ Sobre este tema, já discorreremos acima acerca do público-alvo juvenil, buscando personagens e brindes voltados para adolescentes, não crianças.

produtos)¹⁹ e tenta aplicá-las indiscriminadamente aos mais diversos casos, sem qualquer nexo de causalidade e politizando um debate que deveria ser técnico²⁰.

54. Voltando à questão alimentícia, é impossível afirmar com convicção (i) qual é a denúncia do ALANA; (ii) qual o lastro legal para justificar a intervenção do Ministério Público Federal e, acima de tudo; (iii) o que exatamente quer o instituto ALANA. Talvez a falta de objetividade seja proposital, pois considerando que o objetivo do ALANA seja banir a operação das redes *fast food* no Brasil, ninguém em sã consciência faria tal pedido de forma direta e objetiva.

55. Nessa linha, o ALANA afirma, em sua Representação (página 18), que “é possível corroborar um paralelo: o desenvolvimento econômico das cadeias de *fast food* está intrinsecamente relacionado aos crescimentos dos índices de sobrepeso e obesidade entre crianças e adolescentes.” Mesmo que o Bkids, que vale lembrar, é o produto objeto da Representação, configure apenas 3% (três por cento) das vendas do sistema Burger King, não podemos nos abster de comentar conclusão tão descontextualizada e incoerente²¹. Existem diversas razões que podem causar a obesidade, tanto em adultos como em crianças e adolescentes. Além das causas orgânicas de natureza hormonal, existem as psicológicas. Além disso, obesos são atraídos pelos mais diversos grupos de alimentos e bebidas, ou seja, trata-se realmente de uma escolha individual. Existem pessoas que ingerem obsessivamente chocolates, outras acabam consumindo excessivamente pães, massas e pizzas, existem os que exageram no consumo de churrasco e até aqueles que não vivem sem uma vitamina de frutas com leite integral, açaí e abacate. Nesse sentido, para poder comprovar a veracidade da afirmação do ALANA, seria necessário investigar um universo adequado de pessoas no grupo de obesos e determinar qual o tipo de comida preferido por este grupo. Mesmo que tal

¹⁹ Apenas a título exemplificativo, o *website* do ALANA exibe as dezenas de processos e notificações contra fabricantes e vendedores dos mais variados produtos.

²⁰ O ALANA tenta agregar a obviedade de certas teses (crianças que vêem mais televisão tem mais tendência à obesidade – vide página 17 da representação da ALANA) aos seus pleitos, numa clara tentativa de legitimar o ilegítimo. Mesmo sendo óbvia a informação, descontextualizada ela não faz nenhum sentido. Primeiramente, não existe nenhuma coerência em proibir, por vias legais, a audiência televisiva pelas crianças. Esta tarefa é, e sempre será, felizmente, dos pais. Segundo, não há qualquer relação entre a afirmativa do ALANA e a suposta obesidade causada pelo alimento do sistema Burger King. A criança que joga muito xadrez, videogame ou mesmo aquela que tem uma inclinação maior para a leitura, também terá maior tendência a obesidade. Mesmo assim, tais práticas jamais poderão ser consideradas ilegais e nenhuma delas terá relação com o tipo de alimento ingerido por estas crianças. Como ressaltado, trata-se de uma tentativa de confundir o leitor desavisado por meio do discurso ideológico.

²¹ Afinal, o próprio ALANA atribui à televisão o papel de vilã principal nos casos de obesidade infantil.

pesquisa fosse aceita pelos rígidos padrões internacionais, não acreditamos seja recomendável banir as churrascarias ou proibir a entrada de crianças em pizzarias caso o resultado da pesquisa apontasse para um destes segmentos alimentícios.

56. Além disso, não basta provar, cientificamente²² qual o alimento preferido por pessoas obesas. Seria preciso ainda provar onexo de causalidade entre o alimento e a obesidade coletiva²³ e a ingestão de um alimento específico. Nem assim existem argumentos legais para banir a oferta destes produtos. Tome-se o exemplo do cigarro. É indiscutível a relação do cigarro com o câncer (especialmente de pulmão) e mesmo assim a sua venda não é proibida. Se a tese do ALANA fosse acolhida, os biscoitos, dentre outros alimentos, deveriam ter sua venda vedada aos adolescentes e às crianças ou até mesmo deveriam ser retirados do mercado²⁴. E isso, que ao contrário da nicotina, não encontramos nenhuma pesquisa (e o ALANA também não apresentou, até o momento) afirmando que biscoitos causam dependência química em seus consumidores.

57. Tamanha a vontade de atribuir todas as mazelas do mundo às redes de fast food que o ALANA, sem qualquer embasamento legal nem tampouco respeito à lógica, estabelece uma relação (página 41 da representação) entre a bulimia e a anorexia e a oferta do Bkids, que para a própria ALANA é um produto excessivamente calórico. É difícil entender que saltos interpretativos levaram o ALANA a associar transtornos alimentares tipicamente atribuídos ao desejo obsessivo de atingir a esqualidez (influenciados, em muitos casos, por um padrão coletivo de beleza atrelado a corpos excessivamente magros) aos produtos vendidos pelo Burger King.

58. Mantendo a astuta estratégia de repassar informações sem contextualizá-las, o ALANA afirma (página 21 da representação) que o Bkids contém, na opção cheeseburger, 28 gramas de gordura, o que corresponde a 51% das necessidades diárias em uma dieta de 2.000 quilocalorias por dia. Esquece, o ALANA, de informar que

²² Com todo o respeito ao Instituto ALANA, muitas de suas teses estão atreladas a pesquisas que não merecem, ao menos neste momento, maior crédito. Por um lado, nenhuma das pesquisas apontadas foi acompanhada com informações adicionais que pudessem credenciá-la para aplicação ao caso concreto e, por outro lado, os autores não são institutos especializados ou entidades imparciais.

²³ Até porque o nexo de causalidade entre a ingestão de um determinado alimento e a obesidade individual além de óbvia pode ser aplicada para qualquer alimento, até aqueles naturais como banana e leite, para citar alguns.

o Bkids pode ser adquirido em até 24 combinações, sendo que a opção Bkids com nuggets de frango contém apenas 14 gramas de gordura. O ALANA não apenas omitiu importantíssima informação como ainda selecionou a opção com maior valor como se fosse a única.

59. Pior do que descontextualizar informações é transformar exceção em regra e opção em obrigação. Pior ainda é o radicalismo de tratar a verdade isolada apenas com base em experiência pessoal e desarrazoada, querer que esta interpretação transforme a verdade isolada na verdade coletiva, inquestionável, inabalável, aplicável em qualquer lugar e a qualquer situação.

60. Não resta dúvida que qualquer pessoa que coma diariamente um determinado tipo de comida ficará obesa (no caso de alimento excessivamente calórico) ou terá sérias restrições nutricionais. Nenhuma pessoa sobrevive comendo somente alface em todas as refeições, por mais “saudável” que seja este tipo de alimento. O segredo da alimentação é balancear todos os tipos de alimentos. O sistema Burger King jamais induziu seus consumidores, crianças ou adultos, a acreditarem que um cheeseburger serve de substituto para outras refeições e alimentos ou que representa uma “super refeição” que contém tudo que é necessário para o ser humano. Além disso, não há, em nenhuma peça promocional da empresa a idéia de que os alimentos vendidos pelo Burger King são os mais saudáveis do mundo, até porque, conforme mencionado acima, acreditamos que não existe um alimento ou refeição que possa ocupar este lugar. Muito pelo contrário.²⁵

²⁴ Conforme informação contida no site do ALANA, referido Instituto tenta limitar ou coibir a venda e promoção de alimentos como biscoitos, sucos, ovos de páscoa, sucrilhos, salgadinhos e salsichas, seja porque estão atrelados a brindes ou porque não são, na opinião do ALANA, saudáveis o suficiente.

²⁵ Nesse sentido, o próprio IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) corroborou com as práticas do Burger King e desistiu de processo investigatório em 2007 ao se convencer da licitude da publicidade do Burger King. Ao investigar a possível existência de descumprimento do artigo 31 do CDC, por entender que o Burger King transmitiria aos consumidores a falsa idéia de consumo de um alimento mais saudável com base na informação, constante das embalagens de alguns de seus sanduíches, de que suas carnes são grelhadas, acabou convencido da ausência de publicidade abusiva. Se as carnes são, de fato, grelhadas, o que poderia o Burger King inserir em suas embalagens? Que suas carnes são fritas, quando não o são? A informação imprecisa a esse respeito certamente implicaria em violação ao dever de informação prescrito pelo artigo 6º, inciso III, do CDC e do artigo 31 do mesmo código. Some-se a isso o fato de que a informação de que as carnes são grelhadas demonstra que o produto é, sim, mais saudável do que se a carne fosse frita. Trata-se de fato notório e é uma comparação entre os métodos de cozimento do Burger King e alguns de seus concorrentes. Note-se, entretanto, que isso não impede que o consumidor consulte a tabela de informações nutricionais que se encontra à sua disposição em cada restaurante do Burger King, para que tome conhecimento da composição do lanche e de seu valor calórico antes da tomada de decisão para sua aquisição.

61. A pouca publicidade veiculada pelo Burger King no Brasil²⁶ reforça a idéia de sabor, acima de tudo²⁷. Cumpre destacar que os gastos com publicidade relacionada ao Bkids, incluindo os comerciais televisivos e os materiais expostos nos restaurantes, totalizou apenas R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), entre julho de 2007 e junho de 2008, ou seja, R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais) por mês ou cerca de R\$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) por ano para cada restaurante.

62. Adicionalmente, todas as campanhas da empresa enfatizam que determinados programas gastronômicos, até por representarem exceção na rotina da maioria das pessoas, possuem uma conotação de felicidade, atrelada a momentos especiais. É mais fácil uma pessoa (considerando o padrão brasileiro) possuir ótimas lembranças da macarronada de domingo em família (ao invés da salada de domingo), ou do churrasco e da feijoada, ao invés do peito de frango assado. Quem não se lembra do cachorro quente no estádio, assistindo ao time do coração junto com seu pai? Da mesma forma, que mal tem em sair sábado à noite com a namorada ou namorado e comer um hambúrguer depois do cinema? Ou ainda, curtir um milk shake com os amigos depois de um domingo no parque?²⁸

63. Ninguém pensa na maçã no estádio, no iogurte após o parque ou naquele “alfacezinho” depois do cinema. Não porque exista um complô da mídia ou de corporações multinacionais, como o ALANA parece querer convencer V. Sa. São sentimentos anteriores ao fenômeno das franquias, das marcas famosas ou do licenciamento de personagens. Assim como os furacões e tsunamis são anteriores ao consumismo.

²⁶ Talvez a ALANA desconheça esta informação, mas o Burger King no Brasil é muito menor que muitas redes com menos notoriedade. O Burger King possui atualmente 55 restaurantes, contra 1.142 pontos de venda do McDonalds e mais de 620 restaurantes do Bob's, 165 do Subway e 250 do Giraffa's.

²⁷ Para confirmar essa informação, anexamos material publicitário do Burger King (doc. 05).

²⁸ Isso não inviabiliza a criação de programas de conscientização como apregoa o ALANA. O Burger King Holdings Inc. tem diversos programas de incentivo, inclusive relacionados a publicidade destinada a crianças. Nesse sentido, informou a Gazeta Mercantil em 13/09/2007, Caderno C, página 6 (http://indexet.gazetamercantil.com.br/arquivo/2007/09/13/170/Registro_-Burger-King-corta-calorias.html) e confirmou o Burger King, anunciando a venda de mais de 3 milhões de maçãs em 5 semanas (<http://investor.bk.com/phoenix.zhtml?c=87140&p=irol-newsArticle&ID=1186454&highlight=>) (doc. 06)

64. A própria parecerista oficial do ALANA, Dra. Maria Helena Masquetti, em sua obra intitulada “Marcas de Chocolate”, reconhece, em diversas passagens, a associação entre referido alimento calórico e momentos especiais de sua vida: “Quando meus onze anos chegaram, eu já estava esperando sentada. Um metro e meio de altura e sessenta e cinco quilos, fora uma baita dor nas plantas dos pés. Ao invés de ajudar, a caminhada diária de 5 quilômetros na ida e volta ao colégio só fazia aumentar a fome e acentuar a dor. Antes dela, só médicos de regime e a mesma tortura de sempre: reduzir as calorias para 800 por dia; proibido comer massas; proibido refrigerantes; proibido doces de qualquer tipo. Simplificando: proibido viver”²⁹. (grifos nossos) 3. n.º 387
C

65. Ou, ainda: “Fora o bombom que me dera de presente para qualquer emergência, explicando que o problema era o excesso de consumo e não o chocolate, o médico me dera também a seguinte instrução: ‘aqui está, gorda, a lista dos alimentos que você pode comer e as quantidades por dia’. Se existe uma coisa mais gostosa que chocolate, só pode ser compreensão. Convenhamos, não era mesmo só por rebeldia que eu rasgava as receitas anteriores. No lugar de ‘Não comer tal coisa’ e ‘Proibido todo o resto’, a receita (cheirando a tinta da caneta dele) era uma lista simples de alimentos permitidos e algumas dicas criativas para enganar a fome. (...) O problema não é o quanto você come, mas o quanto deixa de ‘queimar’. Mas se você vir que não agüenta mesmo, de jeito nenhum, nenhum, coma um bombom desse aqui”³⁰.

66. Ainda em tom sensacionalista e, mais uma vez de forma açodada e temerária, o ALANA acusa o Burger King, de violar “inegavelmente o artigo 31 da legislação consumerista” (grifo nosso), por entender que a informação nutricional não é clara. Esta assertiva não corresponde à verdade. O próprio IDEC notificou o Burger King com o mesmo objetivo e acabou suspendendo o processo investigatório em 2007.

67. De fato, todos os restaurantes Burger King têm afixado em frente aos caixas, em local visível, uma tabela com o valor nutricional de seus produtos (doc. n.º 07). Como demonstram as fotos anexas (doc. n.º 08), tiradas, em caráter exemplificativo em alguns de nossos restaurantes, os consumidores do Burger King têm irrestrito acesso às informações nutricionais contidas em seus lanches e acompanhamentos. Caso alguma loja

careça de referida tabela, certamente é devido à necessidade de atualização, fato que ocorre em razão da constante inclusão de novos produtos em nosso cardápio, mas mesmo assim as informações estão sempre disponíveis mediante solicitação aos atendentes.

68. Com isso, o consumidor pode, perfeitamente, esclarecer o exato índice calórico e a composição dos produtos comercializados pelo Burger King e, posteriormente, tomar uma decisão informada e consciente sobre a aquisição ou não dos produtos oferecidos.

69. Não obstante essa clara política de transparência adotada pelo Burger King com seus clientes, não há que considerar, como aparentemente desconhece o ALANA, a Resolução nº 360/03, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (“Resolução ANVISA 360/03”), como aplicável às embalagens de todos os produtos oferecidos pelo Burger King. Essa interpretação, com o devido respeito, extrapola as exigências legais vigentes.

70. A Resolução ANVISA 360/03 aprovou o Regulamento Técnico sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos embalados, que, em seu item 1, restringe sua aplicação “à rotulagem nutricional dos alimentos produzidos e comercializados, qualquer que seja sua origem, embalados na ausência do cliente e prontos para serem oferecidos aos consumidores”. Esse mesmo item dispõe, ainda, que o dito regulamento técnico não se aplica “aos alimentos preparados e embalados em restaurantes e estabelecimentos comerciais, prontos para o consumo”.

71. Diante dos excertos acima transcritos, é evidente que a Resolução ANVISA 360/03 não se aplica, *in totum*, ao Burger King.

72. Em primeiro lugar, a própria Resolução ANVISA 360/03, ao delimitar seu âmbito de incidência, atesta que não se aplica aos alimentos preparados e embalados em restaurantes e estabelecimentos comerciais. O Burger King é, evidentemente, um restaurante que prepara e embala seus alimentos na frente do cliente, o que já é suficiente para afastar a aplicabilidade do mencionado ato normativo aos seus produtos. Mais especificamente, o Burger King tem sua cozinha exposta aos consumidores, de tal forma

que os clientes podem, do caixa, observar a preparação de seus lanches, o que ocorre em poucos restaurantes.

73. Em adição a isso, o Burger King oferece aos seus consumidores a possibilidade de modificar seus lanches de acordo com suas preferências (o *slogan* do Burger King é justamente “*A Gente Faz do Seu Jeito*”). Para ampliar a gama de escolha dos clientes, o Burger King tem por política permitir que seus consumidores usufruam seus alimentos do modo que entendam mais agradável ao seu paladar. Por isso mencionamos as vinte e quatro variações possíveis do Bkids.

74. Esse tipo de serviço personalizado impede que as embalagens indiquem, com precisão, o valor nutricional de seus alimentos, pois as mudanças sugeridas pelo cliente impactam esses dados. Apenas como exemplo, tal como consta de material publicitário que se encontra nos restaurantes Burger King (doc n° 09), há 1024 maneiras de se fazer um sanduíche *Whopper*®!

75. De qualquer forma, o Burger King tem trabalhado intensamente e apresenta, sempre que necessárias, novas tabelas nutricionais, que são afixadas nas paredes dos restaurantes, indicando, com detalhamento, as informações nutricionais das mudanças que os clientes podem fazer em seus lanches, de tal sorte que o consumidor possa tomar conhecimento da composição e do índice calórico dos lanches por eles próprios montados e escolhidos.

76. De outro passo, todos os produtos oferecidos pelo Burger King, abarcados pela Resolução ANVISA 360/03, uma vez que feitos na ausência dos clientes, contêm as informações nutricionais exigidas. É o caso, por exemplo, dos molhos para saladas French e Italian, *catchup*, mostarda, maionese, Suco Del Valle Maracujá, Suco Del Valle Maracujá Light, Suco Del Valle Pêssego, Suco Del Valle Pêssego Light, Suco Del Valle Uva, Torta de Maçã e Torta de Chocolate Hershey's®³¹

³¹ - As informações nutricionais desse tipo de produtos (feitos na ausência de clientes) só não constam dos pacotes de sal e dos molhos *barbecue*, mostarda e agridoce, uma vez que, pelo fato de as embalagens serem menores do que 100cm², não há obrigatoriedade de exibir na embalagem as informações nutricionais desses alimentos (tal como estabelece a Resolução ANVISA 360/03). Não obstante isso, os valores nutricionais dos molhos *barbecue*, mostarda e agridoce constam da tabela nutricional exibida nas paredes dos restaurantes Burger King.

77. Desse modo, a solicitação do ALANA, requerendo que o Burger King passe a informar, nas embalagens de todos os seus produtos (a par aqueles cuja rotulagem de informações nutricionais é obrigatória), seus valores nutricionais, não encontra respaldo legal nem a ausência de seu atendimento gera qualquer prejuízo aos consumidores, de modo que não há razão para ser adotada.

Conclusão

78. Em suma, não procedem as imputações que o ALANA faz a práticas ilícitas cometidas pelo Burger King no Brasil. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. E lei não há que proíba as práticas comerciais do Burger King, seja no que se refere ao produto Bkids, à publicidade ou a sua linha de produtos. Nem poderia haver, pois a Constituição Federal assegura a liberdade de iniciativa econômica, e não há qualquer motivo para impedir que tantos restaurantes continuem a desenvolver suas atividades, de maneira legítima, ética, eficiente, higiênica e com a aprovação do consumidor.

79. Assim, não há venda casada, pois o Burger King não compele o consumidor a comprar um produto que não deseja, mediante a aquisição de outro produto.

80. Não há, também, publicidade abusiva de parte do Burger King, pois, conforme demonstramos, o Burger King cumpre toda legislação sobre a matéria e não nos aproveitamos da falta de experiência de crianças e adolescentes para comercializar nossos produtos.

81. Por fim, os alimentos que servimos são tão calóricos quanto tantos outros que são comercializados, em outros restaurantes, bares ou mesmo em supermercados.

82. Somos alvo do fogo de instituições como a ALANA pela visão tão politicamente correta quanto equivocada de que o *fast food* é o símbolo de tantas mazelas sociais, com relação às quais o Burger King apenas pode negar com veemência qualquer responsabilidade, como fica demonstrado pela própria Representação e o website: to

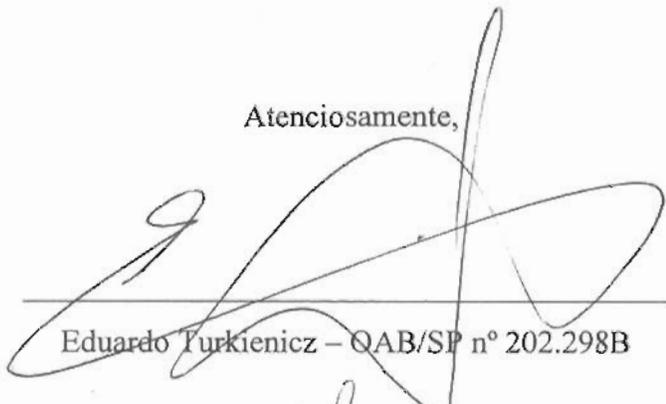
390
C

ALANA, que não conseguem demonstrar minimamente qualquer nexo de causalidade entre nossa atividade e os problemas do mundo que aponta (obesidade, consumismo infantil, terremotos, tsunamis e outras catástrofes naturais).

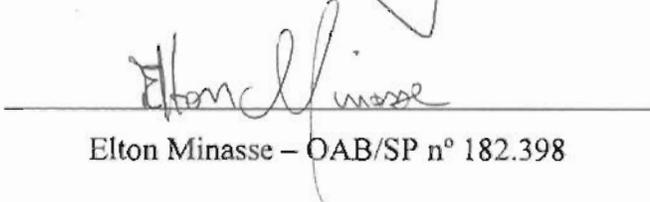
83. Pelos motivos expostos, e pretendendo ter prestado todas as informações requeridas, requeremos seja encerrada a Representação nº 1.34.001.003881/2008-32 em relação ao Burger King, sem que seja aplicada qualquer sanção ou promovidas outras medidas, pelo fato de inexistir qualquer ilegalidade, imoralidade ou outro vício em nossa forma de atuar, fazer publicidade e comercializar nossos produtos.

84. De todo modo, colocamo-nos à integral disposição para prestar-lhes quaisquer informações adicionais que se façam necessárias, certos de que V.Sa., assim como o Burger King®, trabalham diuturnamente com vistas ao cumprimento da legislação consumerista e na busca de assegurar o melhor para os consumidores.

Atenciosamente,



Eduardo Turkienicz – OAB/SP nº 202.298B



Elton Minasse – OAB/SP nº 182.398