

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

1587 830 021930

JUNTADA

Conforme Provimento CGE n° 100/2009,
Junto este documento aos autos.

Eu, [Assinatura] Ref. 7363
São Paulo, 18/12/09

Ação Civil Pública
Autos nº. 2009.61.00.013789-7

BURGER KING DO BRASIL ACESSORIA A RESTAURANTES LTDA.
(doravante designada como "BKB" ou Ré), já qualificada, por seus advogados, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em epígrafe proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** ("MPF" ou "Autor") também em face de **Venbo Comércio de Alimentos Ltda. ("Bob's")** e **Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. ("McDonald's")**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar tempestivamente sua **CONTESTAÇÃO**, consubstanciada nas razões de fato e de direito que passa a expor.

IV. **NO MÉRITO**

101. Postas as matérias preliminares que certamente imporão a extinção imediata da presente demanda, a Ré passa a expor seus argumentos de mérito, em estrita obediência ao princípio da eventualidade (artigos 300 e 302 do Código de Processo Civil).

102. Como visto, a presente ação, de natureza inibitória, tem como objeto impedir que a Ré realize a venda de brinquedos ou objetos infantis em seus estabelecimentos comerciais - restaurantes -, ainda que não seja ela a detentora do sistema de franquias em vigor no Brasil.

103. Todavia, a comercialização de objetos infantis ou brinquedos nos restaurantes franqueados não configura prática comercial abusiva ou ilícita tanto à luz da Constituição Federal quanto à luz do Código de Defesa do Consumidor e/ou do Estatuto da Criança e do Adolescente. É o que se passa a demonstrar.

IV.1.

Da inexistência de responsabilidade da Burger King pela suposta "epidemia" de obesidade infantil - Falta de nexo causal - Responsabilidade dos pais pela escolha da dieta alimentar das crianças.

104. A fim de proibir que os restaurantes da rede Burger King® comercializem brinquedos, o Autor sustenta que a Ré, por integrar a sociedade, teria o dever constitucional de assegurar a saúde e a alimentação das crianças por força do que prevê o artigo 227 da Constituição Federal e que, portanto, a Ré não poderia estimular as crianças a consumirem seus produtos.

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

106. Logo, o Autor busca imputar à Ré a responsabilidade pelo aumento da obesidade infantil no Brasil, acusação esta grave, ainda mais se considerados os elementos de prova existentes nos autos.

107. Pelos dados até agora trazidos aos autos e pelos estudos científicos que têm como finalidade apontar o aumento de obesos na população brasileira, vemos um lapso temporal considerado para fins de verificação do aumento da obesidade infantil e que deu sustentáculo para a propositura da presente ação.

108. Ocorre que, a Ré, a BKC ou qualquer outra empresa relacionada ao sistema Burger King® jamais poderiam ter contribuído para esse aumento, pois o primeiro restaurante da rede foi aberto no Brasil somente no ano de **2004**. E mais! Em apenas 5 (cinco) anos no Brasil e com um rede de franquia de 74 restaurantes em todo o território brasileiro atualmente, não se pode imaginar que a Burger King® tenha desempenhado um papel tal determinante assim a capaz de acusá-la de uma prática tão grave.

109. Ainda mais se considerado que, na realidade, (i) seus produtos são consumidos de forma esporádica e eventual pelos consumidores, (ii) o seu público-alvo não é composto de crianças, mas de jovens de 18 a 34 anos de idade, e (iii) restou comprovado que a ingestão normal (não exagerada) de alimentos da rede Burger King®, ainda mais para crianças, não traz uma concentração calórica elevada como pretendeu fazer crer o Autor.

110. Se isso não bastasse, com relação às crianças, vale lembrar que, desde a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta pelo BKC, todos os restaurantes da rede Burger King® possibilitam que os brinquedos promocionais sejam adquiridos separadamente dos lanches.

111. Logo, além da Burger King® não poder ter contribuído para o aumento da obesidade infantil apontada em sede inaugural, ainda que a criança se dirija ao restaurante da Burger King® unicamente por conta do brinquedo, como sustentou o Autor, seus pais/responsáveis poderiam adquiri-lo sem consumir nenhum produto alimentício.

112. Nesse ponto, vale lembrar importante e crucial ponto: a responsabilidade precípua pela escolha dos alimentos das crianças é dos pais, não cabendo ao Estado retirar-lhe tal poder de decisão nem transferir tal responsabilidade à R4.

113. Foi esse inclusive o entendimento da decisão denegatória do pedido de antecipação de tutela, proferida por este MM. Juízo: "a proibição de comercialização de brinquedos e objetos de apelo infantil por parte das sociedades empresárias implicaria a absorção, por parte do Estado, de toda a responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, nada restando ao exclusivo âmbito de incumbência da família. Vale dizer, entremostra-se hipertrófica a ingerência estatal, ao menos nesta fase de apreciação perfunctória, de forma a suprimir as atribuições próprias do grupo familiar, dos pais e responsáveis, na avaliação da adequação da dieta das crianças e dos adolescentes" (g.n.).

114. Em outras palavras, este D. Magistrado compreendeu que a educação alimentar das crianças é um papel de responsabilidade dos pais e da escola (educação enquanto obrigação precípua do Estado) e não pode ser sobremaneira transferida para nenhum restaurante ou sociedade empresária.

115. Com efeito, se de um lado, há o entendimento de que uma má alimentação contribui para o desenvolvimento da obesidade infantil, de outro, é unânime o entendimento científico de que a obesidade é uma doença multifatorial, decorrente de uma predisposição genética aliada a hábitos alimentares não saudáveis ensinados em casa e à ausência ou baixa prática de atividade esportiva/física.

116. De fato, o Conselho Regional de Nutricionistas foi claro ao afirmar em sua manifestação no inquérito civil que:

"sendo a etiologia da obesidade multifatorial", (...) "não se pode imputar a uma só causa nem a etiologia nem a prevalência da obesidade. Lembrando, ainda, que a boa nutrição é uma questão de bom senso: todos os alimentos (nutrientes) podem fazer mal ou bem à saúde, só dependem da quantidade/freqüência com que são ingeridos" (fls. 865 - g.n.).

117. E tal fato, **incontroverso**, foi reconhecido pelo próprio Autor às fls. 21, ao afirmar que "a presente pretensão não parte do pressuposto de ser a alimentação inadequada a única causa da obesidade" (g.n.).

Maria
& Quiruga
ADVOCADOS

118. Não obstante, é também unânime o fato de que os pais possuem responsabilidade decisiva na educação dos filhos. É o que esclareceu, por exemplo, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo:

"Sabe-se que os hábitos alimentares da família, quando inadequados, influenciam negativamente o comportamento alimentar da criança. Assim, torna-se essencial a conscientização desses pais para um hábito alimentar saudável, independentemente do apelo publicitário voltado ao público infantil" (Rs. 921 - g.n.).

119. Mas além desses órgãos que já se manifestaram nos autos do inquérito civil, entidades internacionais gabaritadas como Conselho Latino Americano em Obesidade e a Health Development Agency (HDA), da Inglaterra, também reconhecem que a obesidade é uma doença multifatorial e que a principal forma de resolver o problema da obesidade é pela educação familiar dos pais.

120. Com efeito, o Conselho Latino Americano em Obesidade aponta que uma das principais causas da obesidade é o fator genético e os hábitos familiares (Doc. 07):

"A obesidade é ainda o resultado de ingerir mais energia que a necessária. Não há dúvidas que este consumo excessivo pode iniciar-se em fases muito remotas da vida, nas quais as influências culturais e os hábitos alimentares possuem um papel fundamental. Por isso dizemos que a obesidade possui fatores de caráter múltiplo, tais como os genéticos, psicossociais, cultural-nutricionais, metabólicos e endócrinos. A obesidade, portanto, é gerada pela interação entre fatores genéticos e culturais, assim como familiares"⁴⁵ (g.n.).

121. No mesmo sentido é o que se verifica em recente matéria do Hospital e Maternidade Neomater, publicada no site da UOL, também se apontou que a principal forma de prevenir e remediar a obesidade infantil provém da educação familiar (Doc. 08):

"O controle da obesidade infantil deve começar em casa, com refeições balanceadas. Os pais devem insistir na tentativa de fazer os filhos comerem alimentos saudáveis e estimulá-los a praticar atividade física" (g.n.).

⁴⁵ Site do site: <http://boa.saude.uol.com.br/lib/showdoc.cfm?LibCatID=-1&Search=obesidade&LibDoc1...>

fp

122. Não é outro o entendimento da Health Development Agency, da Inglaterra. Conforme deixou claro a Bibliomed, em matéria publicada no UOL, "os pais são as melhores armas para tentar resolver o crescente problema da obesidade infantil. É o que divulgou ontem a Health Development Agency (HDA) da Inglaterra" (Doc. 09)

123. Em suma, a pesquisa realizada na Inglaterra conclui que "a promoção de atividades físicas escolares, com esportes e jogos, com uma dieta familiar simples, consistindo em frutas frescas e legumes em bastante quantidade, podem reforçar hábitos saudáveis" (Doc. 09).

124. Não obstante todas essas manifestações de cunho científico, dispõe o artigo 1.634, do Código Civil, *in verbis*, que:

"Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

(...)

V - representá-los, até o dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

(...)"

125. Portanto, Excelência, legalmente compete aos pais ensinar e educar seus filhos sobre a alimentação que eles devem ter, sem contar que, enquanto menores, devem os pais manterem os filhos sob sua guarda e companhia, o que significa dizer que, principalmente com relação às crianças mais novas, não se imagina que elas irão sozinhas aos restaurantes da rede Burger King®. Mas ainda que se considere que crianças possam ir sozinhas aos restaurantes da rede Burger King®, resta evidente que os pais são efetivamente os responsáveis pela educação alimentar delas.

126. Nesse sentido, até o próprio Autor reconheceu que as crianças (notadamente as mais novas) somente irão acompanhadas dos pais aos restaurantes da rede Burger King®. É o que se depreende da alegação do Autor de que a Ré praticaria o "marketing infantil" pelo "fator resmungo", definida por ele como a situação "quando a criança incomoda persistentemente os pais com resmungos, cenas e pedidos" (fls. 18).

127. Ainda porque a venda dos brinquedos, por ser possível seja feita sem a necessária aquisição dos lanches da Burger King®, afasta o argumento do "fator resmungo", pois os pais, ainda que fossem levados aos restaurantes da rede Burger

King® por esses fatores, poderiam adquirir unicamente os brinquedos ali vendidos, sem que houvesse o consumo de nenhum alimento.

128. Portanto, não se pode chegar à conclusão de que a venda pura e simples de brinquedos nos restaurantes Burger King® implicaria num estímulo a uma dieta prejudicial à saúde e que contribuiria para o aumento da obesidade infantil.

129. Diante de tudo isso, Excelência, fática, científica e legalmente, não pode ser outra a conclusão senão a de que a obesidade é uma doença multifatorial que na criança se desenvolve por desídia da educação alimentar dos pais, aliada a uma predisposição genética, e falta de realização de atividades físicas, fundamentais para o desenvolvimento sadio das crianças.

130. Assim, independentemente das crianças estarem ou não acompanhadas dos pais, fato é que as obrigações legais que decorrem do poder familiar dos pais não podem ser suprimidas ou retiradas pelo Estado no afã de proteger a criança da suposta epidemia de obesidade infantil. Até porque não é obviamente esta a forma de combate a possíveis epidemias que se espera do Estado.

131. Não cabe, portanto, ao Estado, por conta do que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal, retirar dos pais o poder familiar de dirigir a educação das crianças para responsabilizar redes de restaurantes por aquilo que seria consumido de forma excessiva pelas crianças. É o que se espera!

IV.2.

Da inexistência de violação ao artigo 15 do ECA – Liberdade da criança preservada.

132. Partindo da premissa de que o produto da Burger King® é o alimento, o Autor sustenta que "a alimentação não entra em conexão apenas com a saúde, mas com a liberdade e a intimidade", de modo que, segundo ele, "a associação com o brinquedo retira o fundamento da escolha do alimento" e, por ser a criança uma pessoa em desenvolvimento, isso faria com que ela fosse tolhida do seu direito de liberdade de escolha dos alimentos.

133. Assim, o Autor afirma que a Ré estaria violando o artigo 15 do ECA, o qual prevê que "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

134. Ledo engano!

135. A Ré não discute que a criança seja uma pessoa em desenvolvimento e que mereça ser tratada com dignidade para que possa se desenvolver e se tornar um adulto com a devida formação necessária para viver e conviver em nossa sociedade. Nem mesmo de qualquer forma busca violar o seu direito à liberdade. Muito menos seria crível imaginar que qualquer empresa que tem como objeto a venda de alimentos tenha a finalidade de comercializar algo que seja prejudicial à saúde.

136. Daí porque não é razoável considerar que a Burger King®, além de querer vender alimentos de "má qualidade", busque tolher as crianças da sua liberdade de escolha. Basta lembrar os inúmeros alimentos e restaurantes existentes, notadamente em grande pólos urbanos, para verificar que tais premissas estão totalmente alheias da realidade.

137. Obviamente, portanto, que a "fidelização" de produtos da Burger King® a que faz alusão o Autor não é, ainda que venha a existir, determinante para que uma pessoa (criança ou adulta) se alimente somente num único restaurante e que lá realize todas as suas refeições. Lembre-se, Excelência, os restaurantes Burger King® não são freqüentados todos os dias por uma mesma pessoa.

138. Assim, a venda de brinquedos nos restaurantes Burger King® não pode tolher a criança de liberdade alguma, ainda mais considerando o fato de que os brinquedos podem ser vendidos separadamente dos lanches e que dentre as liberdades da criança encontram-se a diversão e a brincadeira.

139. Com efeito, a liberdade de que trata o artigo 15 do ECA é definida, pelo artigo 16 do mesmo estatuto, o qual prevê:

"Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação".

140. Note-se que dentre as liberdades da criança, estão compreendidos aspectos que a Burger King® proporciona. Isto é, a venda de alimentos e de brinquedos, além de não privar nenhuma liberdade, assegura às crianças momentos de **diversão**, de **brincadeira** e as possibilitam **participarem da vida familiar**, que é composta, dentre outras atividades, pelas **refeições**.

141. Por definição, o brinquedo tem como finalidade precípua a diversão da criança, de modo que, a sua comercialização pelos restaurantes da Burger King® promove verdadeira contribuição social no desenvolvimento sadio das crianças por proporcionar momentos de diversão e brincadeira.

142. Enfim, tudo é uma questão de equilíbrio e de bom senso, que claramente faltou ao Autor ao promover a presente ação e requerer a proibição de uma prática lícita, quando a Ré, além de não violar o artigo 15 do ECA, está lhe dando total cumprimento e contribuição.

143. A seguir o caminho perpetrado pelo Autor, poder-se-ia argumentar que as cores dos restaurantes que fossem muito "coloridas" estariam estimulando crianças ao consumo dos alimentos, ou que os mascotes também teriam de ser banidos... A começar pela proibição de brinquedos, o limite será o banimento total de qualquer produto infantil.

IV.3.

Da inexistência de ilicitude de prática comercial da rede Burger King® pela venda de brinquedos em seus restaurantes.

144. Em sua exordial, o Autor ainda alegou que a os alimentos Burger King® seriam prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento das crianças e que, portanto, não poderiam ser associados a brinquedos, pois a comercialização destes produtos para fins promocionais encontraria vedação legal, ao esbarrar nos limites da livre iniciativa.

fr

145. Segundo o Autor, o limite da livre iniciativa estaria presente pela necessária proteção do consumidor, que, neste caso, seria composto por crianças – pessoa em desenvolvimento – e que, portanto, todo problema estaria no fato de que os brinquedos “forçariam” as crianças a consumirem os produtos Burger King®, o que representaria numa periculosidade pelos riscos da criança vir a ter uma dieta não saudável.

146. O esforço do argumento é realmente assustador. E como vimos, não há nexo de causalidade nessa ilação. Contudo, como se verá, a correta aplicação do princípio da livre iniciativa e de outros princípios constitucionais, como o da legalidade e da isonomia, deixa evidente que a venda de brinquedos nos restaurantes Burger King® é prática totalmente lícita e que não haveria como ser interrompida por decisão deste MM. Juízo.

(a)

Dos princípios da livre iniciativa e da legalidade.

147. Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 1º:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; (g.n.).

148. E, em seu artigo 170, a Constituição Federal elege a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica do País. Embora o princípio da livre iniciativa englobe diversas interpretações e aplicações práticas, para o que interessa à presente demanda esse princípio determina que a intervenção estatal seja a mínima possível no âmbito da atividade econômica privada.

149. Trazido ao presente caso concreto, o princípio da livre iniciativa determina caber ao particular o exercício da atividade econômica da forma que lhe aprouver e sendo ele um fornecedor de bens de consumo, poderá então comercializar todos os bens que sejam lícitos, tais como alimentos e brinquedos.

145. Segundo o Autor, o limite da livre iniciativa estaria presente pela necessária proteção do consumidor, que, neste caso, seria composto por crianças - nessa em desenvolvimento - e que, portanto, todo problema estaria no fato de que os brinquedos "forçariam" as crianças a consumirem os produtos Burger King®, o que representaria numa periculosidade pelos riscos da criança vir a ter uma dieta não saudável.

146. O esforço do argumento é realmente assustador. E como vimos, não há nexo de causalidade nessa ilação. Contudo, como se verá, a correta aplicação do princípio da livre iniciativa e de outros princípios constitucionais, como o da legalidade e da isonomia, deixa evidente que a venda de brinquedos nos restaurantes Burger King® é prática totalmente lícita e que não haveria como ser interrompida por decisão deste MM. Juízo.

(a)

Dos princípios da livre iniciativa e da legalidade.

147. Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 1º:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"; (g.n.).

148. E, em seu artigo 170, a Constituição Federal elege a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica do País. Embora o princípio da livre iniciativa englobe diversas interpretações e aplicações práticas, para o que interessa à presente demanda esse princípio determina que a intervenção estatal seja a mínima possível no âmbito da atividade econômica privada.

149. Trazido ao presente caso concreto, o princípio da livre iniciativa determina caber ao particular o exercício da atividade econômica da forma que lhe aprouver e, sendo ele um fornecedor de bens de consumo, poderá então comercializar todos os bens que sejam lícitos, tais como alimentos e brinquedos.

150. O Autor, que já pretende ingerência estatal no poder familiar, ao pretender que este juízo dê ordem para que a Ré não venda brinquedos em seus estabelecimentos, está causando uma ingerência estatal na atividade privada de decisão de negócio que não está prevista na constituição da república nem em nenhuma outra Lei, ainda mais quando a atividade de venda de brinquedos em restaurantes é uma atividade lícita.

151. Esquece-se o Autor do fato de que no Brasil temos uma economia capitalista, de mercado, de modo que a intervenção estatal no âmbito econômico é a mínima possível, como ditado pela Constituição Federal.

152. Em suma, a BKC, guarnecida pelo princípio fundamental e constitucional da livre iniciativa, tem a faculdade escolher a forma pela qual pretende cativar a sua clientela dentro de todas as formas permitidas por lei, isto é, por meio de todas as formas que não sejam proibidas por lei, como bem exposto pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau¹⁶:

"Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública;

a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada;

b.2) proibição de formas de atuação que deterioram a concorrência - liberdade privada;

b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade pública".

¹⁶ In *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 239-240.

153. Logo, se a Burger King entende por bem que, para ser competitiva no mercado brasileiro deve comercializar brinquedos em seus restaurantes, e sendo esta venda realizada sem a obrigação do consumidor adquirir qualquer um de seus produtos alimentícios (independentemente do fato deles não serem prejudiciais à saúde, se consumidos de forma moderada), evidente que a possibilidade de se vender brinquedos é conduta condizente com a livre iniciativa, ainda mais quando não existe lei proibindo tal prática comercial dos restaurantes Burger King®.

154. Bem expôs Maria Conceição Martins Ferreira¹⁷ "Dizer que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica é também afirmar que a estrutura desta está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Não significa a exclusão desta, mas ressalta que o exercício da atividade econômica na produção, na gestão, na direção, na empresa, está regulado originariamente pelo chamado princípio da exclusão: o que não está proibido, está permitido" (g.n.).

155. Essa é, de fato, a natureza do princípio da legalidade no que diz respeito às atividades privadas: **o que não está proibido, está permitido**. É este o mandamento constitucional do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (g.n.).

156. Nesse contexto, José Afonso da Silva¹⁸ bem coloca a questão:

"É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo

¹⁷ "Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho), in *RT - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 25, p. 134-168.

¹⁸ In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 215.

inovativo de suas estações, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar" (g.n.).

157. Pergunta-se, então: onde está a proibição de que a Burger King comercialize brinquedos em seu estabelecimento? Em lugar nenhum, Excelência!

158. Se considerarmos que a liberdade da criança é pautada também pela sua possibilidade de brincar e se divertir, chega a ser até mesmo estranho imaginar que se busque proibir a venda de brinquedos em algum lugar específico. Pior ainda se considerar que essa proibição deva ser feita para restaurantes, quando tais estabelecimentos não só têm o propósito de alimentar as pessoas, mas também de proporcionar momentos de alegria e felicidade com os familiares e amigos.

159. O que se vê, portanto, é que o Ministério Público pretende USURPAR COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO com a propositura da presente demanda, já que pretende intervir no domínio econômico e na liberdade decorrente da economia de mercado, impondo proibição inexistente na Lei.

160. Ora, não há no CDC qualquer vedação a venda de determinados produtos ou a restrição de sua comercialização a determinados locais. E tanto não há que já restou demonstrado nos autos que existe um projeto de lei que visa alterá-lo - Projeto de Lei nº. 5.921/2001 da Câmara dos Deputados, apresentado em 12/12/2001.

161. Portanto, não há no CDC ou em qualquer outra lei previsão que justifique o pedido de se proibir uma sociedade empresária de praticar um jurídico lícito (venda) de um produto lícito (brinquedo) num local de funcionamento lícito (restaurante).

162. Logo, a pretensão do *Parquet* federal, ainda que tenha no seu âmago a boa intenção de tentar buscar algo em prol das crianças, visa, a rigor, impedir a livre iniciativa dos restaurantes da Burger King® mediante a proibição de algo que não é proibido por Lei.

163. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos¹⁹ esclarece:

¹⁹ In *Curso de Direito Constitucional*, 18ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 186.

"(...) A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só competem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações ex novo, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade. No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei". (destaques nossos).

164. Portanto, sem prejuízo da preliminar sustentada – de que o Ministério Público estadual pleiteia pedido juridicamente impossível – evidente que, no mérito, não há de se falar em prática ilegal por parte da Ré, ensejando na inexorável improcedência da presente demanda.

(b)

Do princípio constitucional da isonomia.

165. Imagine Vossa Excelência um mercado extremamente concorrido, com os fornecedores competindo acirradamente entre si para atrair cada vez mais consumidores, na tentativa de aumentar seus lucros. Agora, imagine Vossa Excelência que, mediante decisão judicial, somente três poucos fornecedores fossem compelidos a adotar uma prática que os demais não precisam adotar, afinal sequer foram Réus da presente ação.

166. É fácil enxergar que, dentro desse cenário, também há a violação ao princípio da isonomia.

167. Ora, a Ré, a título de representar o sistema Burger King® de franquia no Brasil - rede mundialmente conhecida por seus restaurantes e saborosos sanduíches -, foi "eleita" pelo *Parquet* para estar no pólo passivo de presente ação sob o pretexto de estar contribuindo para a obesidade infantil, inúmeras outras redes e empresas de alimentos, restaurantes ou não, que efetivamente se destinam à criança (o que nem é o caso da Burger King), não estão sendo sujeitas à possibilidade de serem impedidas de comercializarem brinquedos para crianças.

168. Todavia, sabe-se que essas atividades outras empresas de segmento alimentar praticam espontaneamente a mesma atividade apontada como ilícita na petição inicial, mas não foram incluídas no pólo passivo da demanda.

169. Talvez não tenha precedido o faturar a respeito, mas o que ocorrerá se as lojas forem condenadas - o que se admite para argumentar e tão somente para esse efeito -, e se suas concorrentes continuarem a vender brinquedos nos seus respectivos estabelecimentos? Haverá uma situação de TRATAMENTO DESIGUAL PARA IGUALS, o que fere frontalmente o princípio da isonomia, tão caro ao nosso ordenamento jurídico.

170. E é justamente por isso que se deve observar o princípio da legalidade no presente caso: o que não está proibido, está permitido. Assim, se restar em vigor o Projeto de Lei nº. 5.971/2001, a situação estará regulada de modo fulcra (uma vez todos aqueles que adotam a referida prática (sendo que a futura lei possa ter sua constitucionalidade questionada).

171. O que não pode ocorrer é o Ministério Público, substituindo-se ao Poder Legislativo, vir a demandar contra quem quiser, deixando importantes concorrentes da rede Burger King® de fora dessa ação, o que pode vir a gerar a imposição de obrigações não previstas em lei e que, portanto, não serão observadas pelos seus concorrentes - viola-se a isonomia, princípio fundamental de qualquer estado democrático de direito, e também causa concorrência desigual de umas em relação às outras atingidas por tal provimento jurisdicional.

(c)

Convergência de princípios - Inexistência de ilicitude pela venda de brinquedos em restaurantes.

172. A partir da correta aplicação dos princípios da legalidade, livre iniciativa e isonomia, passa-se a compreender que a pretensão do *Parquet* não merece amparo judicial e deve ser afastada.

173. Com efeito, não existe lei que vedê a prática comercial de venda de brinquedos em redes de restaurantes, a decisão dessa conduta é inerente à livre iniciativa que dá fundamento à econômica de mercado que tem o Brasil e, caso

houvesse sentença de procedência a esse absurdo pedido, a BKC (e conseqüentemente seus franqueados) seria então obrigada a adotar uma conduta que inúmeras concorrentes não teriam de realizar. Tal vedação acabaria por ferir o tratamento isonômico esperado pela lei.

174. O mais importante dessas conclusões, contudo, reside no fato de que, ainda que se considerasse que o produto Burger King® não fosse saudável, ou fosse menos saudável do que outros, isso não o impediria de ser consumido por crianças ou por qualquer um que seja.

175. O exagero do Autor não tem fundamento, Excelência. Todo produto pode fazer bem ou mal, dependendo da sua correta ou incorreta utilização ou consumo. E o exagero jamais foi pugnado pela Ré.

176. Aplicando-se, então, todos os princípios constitucionais colocados em testilha, não há antinomias entre a liberdade da Burger King® comercializar o produto que bem entender, desde que lícito, e a liberdade dos consumidores (adultos ou crianças) de consumirem o que bem entenderem. Da mesma forma, não há antinomia entre a proteção do consumidor e da criança - feita neste caso pelo aviso nutricional dos alimentos em seus estabelecimentos - e atividade comercial da Burger King®, de modo que a venda de brinquedos em restaurantes não está impedida pela limitação do exercício do princípio da livre iniciativa.

IV.4.

Da prática publicitária do sistema de franquia Burger King® no Brasil - Inexistência de abusividade.

177. Muito embora a presente ação não tenha como objeto vedar nenhum tipo de publicidade específica que tenha ou esteja sendo veiculada em nome da Burger King®, o Autor defende que a venda de brinquedo nos restaurantes Burger King® seriam uma forma de "marketing infantil".

178. Portanto, ainda que a presente ação tenha como único objeto coibir a prática de uma atividade lícita - venda de um brinquedo - nos estabelecimentos da Ré, o Autor tenta levar esse MM. Juízo a erro ao defender que Ré pratica o "marketing infantil" de forma ilícita.

179. Para tanto, afirma que as crianças teriam uma forte influência na definição daquilo que é consumido por uma família e tenta fazer crer que a Burger King® se valeria do chamado "fator resmungo" para que as crianças incomodassem os pais a ponto de obterem os brinquedos vendidos em seus estabelecimentos.

180. Ocorre que, não é essa a realidade da prática comercial, em que a venda de brinquedos representa valor ínfimo na renda da companhia. Tampouco é essa e maior parte dos argumentos de que a Ré estaria, pelo brinquedo, obrigando as crianças ao consumo dos seus produtos alimentícios, (ii) a BKC sempre buscou atender as determinações do CONAR em suas publicidades, e (iii) em agosto p.p. a BKC firmou um compromisso privado com outras multinacionais, de diferentes setores da economia, no sentido de não mais realizar nenhuma publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos de idade, salvo em algumas exceções.

181. Portanto, não há de se falar em publicidade enganosa. Em primeiro lugar, porque nenhuma empresa do sistema Burger King® jamais incitou as crianças a fazerem qualquer tipo de "resmungo" para que seus pais fossem "constrangidos" a comprar seus produtos para elas. Em segundo, porque a BKC não utiliza mais nenhuma publicidade para o público infantil. Em terceiro, porque a publicidade sofre a devida regulação pelo CONAR e deve ser objeto de regulação de todo o setor, sendo injusto e pouco razoável que sem qualquer disposição normativa, a rede Burger King® seja eleita para ser proibida praticar qualquer ato sem que haja lei nesse sentido.

182. Como já restou apontado alhures, a Burger King jamais fez ou participou de qualquer tipo de publicidade que estimulasse maus hábitos alimentares ou que tivesse o objetivo de fazer com que qualquer pessoa consumisse seus alimentos de forma exagerada ou irresponsável. E a maior prova disso vem da manifestação do CONAR a respeito do anúncio da rede Burger King® na Internet. Naquela ocasião, apesar do CONAR entender que houve um uso indevido de termo imperativo no texto do informativo publicitário, deixou claro que "A simples apresentação dos alimentos no filme publicitário, em pack-shot uma única vez e sem degustação, pouca chance teria de estimular um consumo excessivo" (fls. 1.201 - g.n.).

183. E mais, como já fora mencionado, a BKC firmou compromisso público, conhecido internacionalmente como "Pledge", cujo objeto é a obrigação de não realizar

179. Para tanto, afirma que as crianças teriam uma forte influência na definição daquilo que é consumido por uma família e tenta fazer crer que a Burger King® se valeria do chamado "fator resmungo" para que as crianças incomodassem os pais a ponto de obterem os brinquedos vendidos em seus estabelecimentos.

180. Ocorre que, não é essa a realidade da prática comercial, em que a venda de brinquedos representa valores ínfimos na renda da companhia. Tampouco é essa a publicitária da BKC. Com efeito, (i) não há prática de venda casada, o que afasta a maior parte dos argumentos de que a Ré estaria, pelo brinquedo, obrigando as crianças ao consumo dos seus produtos alimentícios, (ii) a BKC sempre buscou atender as determinações do CONAR em suas publicidades, e (iii) em agosto p.p. a BKC firmou um compromisso privado com outras multinacionais, de diferentes setores da economia, no sentido de não mais realizar nenhuma publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos de idade, salvo em algumas exceções.

181. Portanto, não há de se falar em publicidade enganosa. Em primeiro lugar, porque nenhuma empresa do sistema Burger King® jamais incitou as crianças a fazerem qualquer tipo de "resmungo" para que seus pais fossem "constrangidos" a comprar seus produtos para elas. Em segundo, porque a BKC não utiliza mais nenhuma publicidade para o público infantil. Em terceiro, porque a publicidade sofre a devida regulação pelo CONAR e deve ser objeto de regulação de todo o setor, sendo injusto e pouco razoável que sem qualquer disposição normativa, a rede Burger King® seja eleita para ser proibida praticar qualquer ato sem que haja lei nesse sentido.

182. Como já restou apontado alhures, a Burger King jamais fez ou participou de qualquer tipo de publicidade que estimulasse maus hábitos alimentares ou que tivesse o objetivo de fazer com que qualquer pessoa consumisse seus alimentos de forma exagerada ou irresponsável. E a maior prova disso vem da manifestação do CONAR a respeito do anúncio da rede Burger King® na Internet. Naquela ocasião, apesar do CONAR entender que houve um uso indevido de termo imperativo no texto do informativo publicitário, deixou claro que "A simples apresentação dos alimentos no filme publicitário, em pack-shot uma única vez e sem degustação, pouca chance teria de estimular um consumo excessivo" (fls. 1.201 - g.n.).

183. E mais, como já fora mencionado, a BKC firmou compromisso público, conhecido internacionalmente como "Pledge", cujo objeto é a obrigação de não realizar

publicidade para crianças menores de 12 anos, conforme se verifica da cláusula 1 abaixo transcrita (Doc. 02):

- "1. Não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas; com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas.
- 1.1. Os critérios mencionados serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias.
- 1.2. Para efeito desse compromisso, as limitações são para inserções publicitárias em televisão, rádio, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças de menos de 12 anos".

184. A esse respeito, inclusive, o próprio Instituto Alana - órgão que deu origem ao inquérito civil do Autor - apontou em sua manifestação de fls. 947 e ss. a existência de *Pledges* firmados pela BKC nos Estados Unidos e na União Européia, os quais continham exatamente a mesma iniciativa de não realizar publicidade para crianças menores de 12 (doze) anos.

185. Portanto, é nesse contexto que a BKC firmou o aludido instrumento, no intuito de se buscar harmonizar o tratamento dado a todos os seus clientes independentemente do país que esteja explorando sua atividade empresarial, mas sempre observando as peculiaridades de cada local.

186. Todavia, tanto lá como aqui, o compromisso público não por objeto fazer com que essas empresas não possam mais realizar a venda de brinquedos ou de dar brindes a crianças. Até mesmo porque, como restou claro acima, se de um lado o brinquedo é um elemento essencial à vida e ao desenvolvimento da criança, de outro, a venda de brinquedo não se caracteriza por "marketing infantil". Trata-se de uma prática comercial lícita realizada num restaurante. Nada mais!

187. Ora, Excelência, já restou mais do que exaustivamente enaltecido o fato de que a BKC permite a venda isolada do brinquedo nos restaurantes da rede franqueada, sem que seja "obrigatória" a compra de qualquer alimento por ela vendido. Mais uma vez, vale lembrar, cabe ao consumidor e aos pais, por mais vulneráveis que possam ser, a escolha daquilo que querem adquirir, levando-se ainda em consideração o seu pátrio poder.

188. Portanto, não há de se falar em publicidade abusiva pela aplicação do artigo 37, cujo §2º trata especialmente sobre a condição da criança com relação à publicidade:

"Art. 37. É proibida toda a publicidade enganosa ou abusiva.
(...)

§2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

189. Como se vê, a publicidade dirigida às crianças merece especial atenção. E a BKC jamais negou isso. Contudo, desde seu ingresso no mercado brasileiro em 2004, sempre que realizou qualquer publicidade relativa aos lanches BKids™ buscou ser verdadeira, transparente e clara com as crianças, jamais tendo realizado anúncios que fossem capazes de impingir o consumo, constranger os pais ou gerar o consumo excessivo, o que se comprova, vale reiterar, pela decisão do CONAR de fls. 1.201.

190. Logo, também fica afastada a alegação do Parquet de que a Ré teria praticado a conduta abusiva prevista no inciso IV do artigo 39 do CDC, justamente porque tal inciso trata do abuso do fornecedor ao impingir o consumo de pessoas mais vulneráveis, prática jamais realizada pela Ré ou pela BKC.

191. Por fim, vale ainda lembrar que, como bem esclareceu este MM. Juízo em sua decisão denegatória de antecipação de tutela, a contensão publicitária, que não é objeto da presente ação, não poderia ser unicamente dirigida a três redes de restaurantes eleitos pelo Autor:

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

192. Como se vê, à exaustão, além da realidade fática do sistema de franquia Burger King® no Brasil não ser aquela genericamente apontada nos autos pelo Autor - Vossa Excelência para o fato de que em nenhum momento o Autor conseguiu trazer elementos capazes de provar que a venda pura e simples de informações nos restaurantes da rede Burger King® poderia levar ao consumo desenfreado de alimentos, os quais, inclusive, não são prejudiciais à saúde como defendeu o Autor.

V.
DO SEGREDO DE JUSTIÇA

193. Dispõe o artigo 5º, LX, da Constituição Federal:

Art. 5º. (...)

(...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

(...)

194. No presente caso, pela simples leitura da presente contestação apresentada pela Ré, Vossa Excelência poderá verificar que a ação envolve questões bastante sensíveis da rede Burger King®, notadamente seus segredos de negócio, formas de estabelecimento de preços e prazos de pagamento, etc.

195. Além disso, o eventual progresso da ação caso sejam estatadas as preliminares levantadas em contestação poderá impor que a Ré ou a BKC exponha ainda mais os segredos de seu negócio, o que não poderá, em hipótese alguma, ser divulgado a terceiros por nenhuma forma.

196. Não há dúvidas, portanto, de que os segredos do negócio da Burger King® se enquadram no conceito geral de "intimidade" resguardado pelo texto constitucional.

197. A legislação infraconstitucional também dispõe sobre os casos em que o trâmite do processo se dará sob sigilo de justiça. O nosso Código de Ritos, em seu artigo 155, enumera algumas hipóteses não taxativas de casos em que o trâmite do

processo se dará em sigilo: são casos em que o interesse público assim determine ou em que estão *sub judice* questões atinentes à intimidade das partes.

198. Referido dispositivo legal, como é cediço, encerra um rol exemplificativo de hipóteses em que o processo deve tramitar sob esse manto, já que o intuito da lei é o de que a intimidade, nas suas mais variadas formas, seja protegida da publicidade inerente ao processo judicial.

199. Como bem entendeu o STJ, "O rol das hipóteses de sigredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o sigredo quando houver necessidade de defesa da intimidade". (STJ, REsp nº. 605.687, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02.06.2005).

200. Assim, os segredos de negócio da BKC se enquadram nas hipóteses em que há interesse (público, até) em que o feito tramite sob sigredo de justiça, já que é de interesse público que se proteja a livre concorrência e se coíba a concorrência desleal, na medida em que a publicidade do processo no presente caso pode levar a que os concorrentes da Burger King® tenham acesso às informações que compõem seus segredos de negócio.

201. Contudo, ainda que se entenda que o caso da Burger King® não se subsume às hipóteses constitucionais e legais acima enumeradas, é de se destacar que a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996) disciplinou a questão de modo bastante claro e específico, no seu artigo 206:

"Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam sigredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em sigredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades" (destacamos).

202. Vê-se, portanto, que quando for necessário que alguma das partes em Juízo revele, para sua defesa, informações concernentes a segredos de seu comércio, o juiz deverá determinar que a tramitação do feito se dê sob o manto do sigredo de justiça. É justamente o que ocorre no presente caso.

203. Demonstrado, portanto, que a tramitação do feito em publicidade pode trazer prejuízos incalculáveis à marca Burger King®, requer-se que este MM. Juízo

1614
a

DOC. 1

decrete que o trâmite do presente processo se fará sob o manto do sigredo de justiça, de modo que somente as partes e seus procuradores possam ter acesso aos autos.

VI.
DOS PEDIDOS

204. Sendo o Autor carecedor de ação, a Ré requer, **preliminarmente**:

- (i) Seja a presente ação extinta sem julgamento de mérito com relação à Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda., em razão da sua **ilegitimidade passiva** para responder a presente ação, na medida em que a Ré não tem nenhum poder para exercer a gerência ou poder para alterar as condições da franquia da rede Burger King® que aqui é desenvolvida.
- (ii) Seja a presente ação extinta sem julgamento de mérito por **falta de interesse de agir do Autor**, na medida em que os consumidores da Burger King® podem adquirir somente os brinquedos em suas lojas sem que tenham que necessariamente adquirir seus produtos alimentícios.
- (iii) Seja a presente ação extinta sem julgamento de mérito por falta de condição da ação, em razão da **impossibilidade jurídica do pedido** inibitório formulado pelo Autor, na medida em que, pela ausência de vedação legal com relação a prática do sistema de franquia da rede Burger King® no Brasil, não pode o Poder Judiciário usurpar a competência legislativa e determinar conduta proibitiva que não encontra prevista na Lei.

205. Não obstante, na mais remota hipótese de Vossa Excelência entender por bem em superar todas preliminares argüidas, a Ré requer que, **no mérito**, seja a presente ação julgada improcedente notadamente em razão da inexistência de prática abusiva ou de qualquer forma ilícita por parte da Ré ou da rede Burger King no Brasil, e por terem sido afastadas todas as premissas fáticas e jurídicas defendidas pelo Autor.

206. Outrossim, requer-se a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a juntada posterior de documentos, perícias, oitivas de testemunhas, inspeções judiciais e todos os demais que se fizerem necessários.

168
A



207. Por fim, reitera-se o pedido para que a presente ação tramite em segredo de justiça por força do artigo 5º, LX, da Constituição Federal e do artigo 206 da Lei nº. 9.279/96.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.
São Paulo, 14 de dezembro de 2.009.

Paulo Bezerra de Menezes Reiff
Paulo Bezerra de Menezes Reiff
OAB/SP nº. 121.729

Flávio Spaccaquerche Barbosa
Flávio Spaccaquerche Barbosa
OAB/SP nº. 235.398

96. Contudo, não há em nosso ordenamento jurídico nenhuma proibição quanto a essa prática comercial, ou seja, o Ministério Público pretende que a rede Burger King seja tolhida de adotar uma conduta que não é proibida e que, justamente por não ser proibida nem regulada, é permitida, de acordo com o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, positivado no art. 5º, Inciso II, da Constituição Federal, e segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

97. Ora, não existindo norma proibitiva da conduta adotada pelos franqueados da Burger King®, infere-se logicamente que, até o advento de eventual lei que a torne defesa, essa conduta será indiscutivelmente lícita e estará absolutamente permitida, como efetivamente o é.

98. O provimento jurisdicional que o Autor busca obter é, portanto, IMPOSSÍVEL DE SER DADO PELO PODER JUDICIÁRIO, em virtude de não haver autorização legal para a colibição dessa prática, perfeitamente lícita de acordo com a Constituição Federal.

99. É inclusive esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/76 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contendo de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes" (STF, 2ª Turma, AgRgRE 322348-SC, rel. Min Celso Mello, j. 12.11.2002, v.u, DJU 6.12.2002, p. 74 - g.n.).

100. Assim, resta evidenciado que a ação deverá ser extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ass

1. *Ab initio*, com fulcro no artigo 5º, LX, da Constituição Federal, e no artigo 206 da Lei nº. 9.279/96, a Ré requer desde já que este MM. Juízo decrete que o trâmite do presente processo se faça sob o manto do segredo de justiça, em razão dos graves prejuízos que a marca Burger King® poderá vir a sofrer ao revelar abaixo alguns de seus segredos comerciais para responder a presente ação, conforme elucidado abaixo.

I.
SÍNTESE DA DEMANDA

2. Consubstanciado-se nos autos do Inquérito Civil nº. 1.34.001.003881/2008-32 (fs. 75/1.229), o Ministério Público Federal em São Paulo propôs a presente ação civil pública contra a BKB e duas outras redes de restaurantes, com a finalidade de ver "reconhecida a ilicitude da prática comercial adotada pelas empresas réis de, em seus estabelecimentos comerciais – lanchonetes, venderem brinquedos em seqüenciais e constantes promoções para lanches voltados para o público infantil" (fs. 03 – g.n.).

3. Em suma, alega que a BKB é uma rede de "fast-food" que conta com um cardápio "composto basicamente de alimentos calóricos, gordurosos e com alto teor de açúcar" e que ela teria como prática comercial a realização de "promoções que fazem acompanhar um brinquedo ou outro objeto de apelo infantil a um sanduíche com acompanhamento e bebida".

4. A partir disso, sustenta o Autor que a BKB estaria praticando conduta ilícita e abusiva por contrariar principalmente os artigos 37, §2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, ao considerar que a venda de brinquedos ou objetos infantis nos restaurantes da rede Burger King® seria determinante para o aumento da obesidade infantil no Brasil e contrária aos direitos de proteção à criança e ao adolescente, enquanto pessoas em desenvolvimento.

5. Assim, sustentando que tal prática comercial afrontaria a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e até mesmo regras de Vigilância Sanitária, o Autor requereu:

- (i) Liminarmente, a concessão de antecipação de tutela consistente em obrigação de não fazer para que a BKB suspendesse a continuidade da

promoção BKids™, bem como suspendesse a "venda promocional de brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos, conjuntamente ou não com a venda de lanches" (destaque do original);
(ii) Ao final, que fosse confirmada a antecipação de tutela, ou, caso não tivesse 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".

6. Felizmente, este não foi o entendimento preliminar deste D. Juízo, que negou corretamente o pedido de antecipação de tutela do Autor, ao entender que:

"(...), a proibição de comercialização de brinquedos e objetos de apelo infantil por parte das sociedades empresárias implicaria a absorção, por parte do Estado, de toda a responsabilidade pela escolha da alimentação das crianças e dos adolescentes, nada restando ao exclusivo âmbito de incumbência da família. Vale dizer, entremostra-se hipertrófica a ingerência estatal, ao menos nesta fase de apreciação perfunctória, de forma a suprimir as atribuições próprias do grupo familiar, dos pais e responsáveis, na avaliação da adequação da dieta das crianças e dos adolescentes. (...)"

7. Com efeito, como será demonstrado abaixo, além dos pedidos do Autor violarem os princípios constitucionais da livre iniciativa e da legalidade, a Ré passará a demonstrar que (i) a prática comercial da Burger King® no Brasil é totalmente lícita, (ii) não há como imputá-la responsável pela "epidemia" nacional de obesidade infantil, (iii) a responsabilidade dos pais é primordial e são eles que influenciam na dieta e hábitos alimentares das crianças, e (iv) ainda que se considerasse que a venda de brinquedos em restaurantes teria alguma relação com a obesidade infantil das crianças, o que se nega, o impedimento dessa prática teria de ser feito por lei, pois só assim poder-se-la atingir de forma isonômica e justa a todos os comerciantes de brinquedos e alimentos no Brasil e não restringir a suposta ilegalidade a somente três redes de restaurantes escolhidas aleatoriamente pelo *Parquet*.

fe

II.

DA REALIDADE DOS FATOS

II.1.

Esclarecimentos iniciais.

8. Primeiramente, a Ré esclarece que não é titular da marca Burger King® e que não é titular do sistema de franquia vigente no Brasil, não podendo exercer o papel de franqueadora da rede de restaurantes Burger King® para fins de controlar as atividades comerciais dos franqueados. Conforme já esclarecido quando do processamento do inquérito civil, enquanto a Burger King Corporation ("BKC"), sociedade norte-americana situada na 5505 Blue Lagoon Drive, na Cidade de Miami, Estado da Flórida, nos Estados Unidos, 33126, é a franqueadora da rede Burger King® no Brasil, a BKB presta serviços de auxílio e apoio à BKC no seu controle e gerenciamento dos contratos de franquia em vigor no Brasil. Portanto, somente a BKC poderia determinar que os franqueados deixassem de realizar determinada prática comercial, tal qual a venda de brinquedos nos restaurantes (vide Contrato Social da BKB juntado às fls. 441/450 e o modelo do Contrato de Franquia em vigor no Brasil - Doc. 01).

9. Diante disso, sem prejuízo da ilegitimidade passiva da Ré para responder a presente ação, passa a esclarecer como se dá as atividades comerciais da marca Burger King® ou da BKC no Brasil.

10. Mas antes, é importante deixar claro que tanto a BKC como a BKB compactuam com todos os princípios e valores que conduziram à instauração do Inquérito Civil e à promoção da presente ação. Isto é, compactuam com a proteção dos consumidores e com o desenvolvimento digno e saudável das crianças.

11. No entanto, isso não significa dizer que a Ré ou a BKC concorde que a venda de brinquedos nos restaurantes Burger King® seja, de alguma forma, ilícita, abusiva, ou contrária a esses valores. Muito menos acreditam que a principal atividade comercial da Burger King esteja contribuindo para o aumento da obesidade infantil.

12. De fato, a BKC já prestou esclarecimentos no Inquérito Civil nº. 1.34.001.003881/2008-32 suficientes a demonstrar que a presente ação sequer merecia ter sido proposta, quiçá julgada procedente.

13. Com efeito, tal inquérito foi instaurado a partir da conclusão do D. Procurador da República de que "a Constituição Federal e o regime do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem o respeito pela criança como pessoa em desenvolvimento, a limitar, necessariamente, os meios e mecanismos para induzir desejos de consumo na criança, notadamente de produtos que possam repercutir negativamente em sua saúde e estilo de vida" (fls. 79 - g.n.).

14. E na verdade, a promoção desse inquérito civil se deu em razão da "Representação - Denúncia de Venda Casada, Publicidade Abusiva e Infração à Ordem Econômica", apresentada pelo Instituto Alana, instituição que se qualifica como sendo "uma organização sem fins lucrativos que desenvolve atividades educacionais, culturais, de fomento à articulação social e de defesa dos direitos da criança e do adolescente no âmbito das relações de consumo e perante o consumismo ao qual são expostos" (fls. 83/126).

15. Ocorre que, no afã de proteger as crianças e os adolescentes da "incidência alarmante de obesidade infantil", "do materialismo excessivo" e do "desgaste das relações sociais" (fls. 84), o Instituto Alana acusou formalmente a Ré de praticar "venda casada" e "excessivo" marketing dirigido às crianças no Brasil, como meio de manipulá-las, persuadi-las e seduzi-las de modo a influenciá-las diretamente na decisão de compra dos seus alimentos.

16. Todavia, como se demonstrará, a Burger King jamais se valeu de práticas comerciais que pudessem induzir alguém a fazer alguma coisa, ainda impingir o consumo de crianças para que se tornem obesas.

17. No processamento do inquérito civil, após a expedição de inúmeros ofícios pelo Autor, vieram inúmeras manifestações de interessados, de órgãos governamentais e de órgãos de classe¹, com inúmeros documentos². E pela análise desses documentos é possível concluir que não existe um consenso sobre as causas da obesidade infantil - verdadeira motivadora da representação do Instituto Alana.

¹ Os órgãos que se manifestaram nos autos do Inquérito Civil foram: (1) CONDECA-SP, (2) a Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, (3) Fundação ABRINQ, (4) CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, (5) Conselho Estadual de Saúde de São Paulo, (6) Conselho Regional de Nutricionistas da 3ª Região, (7) Conselho Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável de São Paulo, (8) Sociedade Brasileira de Pediatria.

² Como por exemplo (i) as pesquisas de Yves de La Taille, (ii) Parecer sobre o Projeto de Lei 5.921/2001 da Câmara dos Deputados Federais, (iii) Consulta Pública nº. 71, da ANS, de 10 de novembro de 2006, (iv) informações publicitárias da Burger King® no Brasil e no mundo, (v) parecer do "American Academy Pediatrics", estudo do "Federal Trade Commission" dos Estados Unidos da América, dentre outros.

13. Com efeito, tal inquérito foi instaurado a partir da conclusão do D. Procurador da República de que *"a Constituição Federal e o regime do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem o respeito pela criança como pessoa em desenvolvimento, a limitar, necessariamente, os meios e mecanismos para induzir hábitos de consumo na criança, notadamente de produtos que possam repercutir negativamente em sua saúde e estilo de vida"* (fls. 79 - g.n.).

14. E na verdade, a promoção desse inquérito civil se deu em razão da "Representação - Denúncia de Venda Casada, Publicidade Abusiva e Infração à Ordem Econômica", apresentada pelo Instituto Alana, instituição que se qualifica como sendo *"uma organização sem fins lucrativos que desenvolve atividades educacionais, culturais, de fomento à articulação social e de defesa dos direitos da criança e do adolescente no âmbito das relações de consumo e perante o consumismo ao qual são expostos"* (fls. 83/126).

15. Ocorre que, no afã de proteger as crianças e os adolescentes da "incidência alarmante de obesidade infantil", "do materialismo excessivo" e do "desgaste das relações sociais" (fls. 84), o Instituto Alana acusou formalmente a Ré de praticar "venda casada" e "excessivo" marketing dirigido às crianças no Brasil, como meio de manipulá-las, persuadi-las e seduzi-las de modo a influenciá-las diretamente na decisão de compra dos seus alimentos.

16. Todavia, como se demonstrará, a Burger King jamais se valeu de práticas comerciais que pudessem induzir alguém a fazer alguma coisa, ainda impingir o consumo de crianças para que se tornem obesas.

17. No processamento do inquérito civil, após a expedição de inúmeros ofícios pelo Autor, vieram inúmeras manifestações de interessados, de órgãos governamentais e de órgãos de classe¹, com inúmeros documentos². E pela análise desses documentos é possível concluir que não existe um consenso sobre as causas da obesidade infantil - verdadeira motivadora da representação do Instituto Alana.

¹ Os órgãos que se manifestaram nos autos do Inquérito Civil foram: (1) CONDECA-SP, (2) a Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, (3) Fundação ABRINQ, (4) CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, (5) Conselho Estadual de Saúde de São Paulo, (6) Conselho Regional de Nutricionistas da 3ª Região, (7) Conselho Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável de São Paulo, (8) Sociedade Brasileira de Pediatria.

² Como por exemplo (i) as pesquisas de Yves de La Taille, (ii) Parecer sobre o Projeto de Lei 5.921/2001 da Câmara dos Deputados Federais, (iii) Consulta Pública nº. 71, da ANS, de 10 de novembro de 2006, (iv) informações publicitárias da Burger King® no Brasil e no mundo, (v) parecer do "American Academy Pediatrics", estudo do "Federal Trade Commission" dos Estados Unidos da América, dentre outros.

18. Todavia, a grande parte das manifestações e documentos apontavam como fundamental o papel dos pais, da família e dos educadores na educação alimentar das crianças, bem como demonstravam que a obesidade é uma doença decorrente de inúmeros fatores que não provém única e exclusivamente de uma "má alimentação", mas que sempre dependerá de uma predisposição genética aliada à falta de realização de atividades físicas e alimentação não correta para aquela pessoa.

Por exemplo, o Conselho Regional de Nutricionistas - CRN afirmou que a obesidade é definida por excesso de tecido adiposo em relação à massa magra, gerado por "consumo maior que gasto energético, associado ao sedentarismo" e que a Organização Mundial da Saúde teria concluído que "a obesidade deve-se à interação de fatores ambientais, incluindo os alimentares, em indivíduos com predisposição genética ao acúmulo de gordura corporal" (fls. 865 - g.n.).

19. E tal Conselho concluiu que "sendo a etiologia da obesidade multifatorial, (...) não se pode imputar a uma só causa nem a etiologia nem a prevalência da obesidade. Lembrando, ainda, que a boa nutrição é uma questão de bom senso: todos os alimentos (nutrientes) podem fazer mal ou bem à saúde, só dependem da quantidade/frequência com que são ingeridos" (fls. 865 - g.n.).

20. Outra manifestação que merece destaque é a da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Estado de São Paulo que esclareceu que as "pesquisas demonstram que crianças com pais obesos têm o dobro de chances de se tornarem adultos obesos, quando comparadas com crianças de pais eutróficos" e que "os hábitos alimentares da família, quando inadequados, influenciam negativamente o comportamento alimentar da criança. Assim, torna-se essencial a conscientização desses pais para um hábito alimentar saudável, independentemente do apelo publicitário voltado ao público infantil" (fls. 921).

21. Com relação à publicidade infantil propriamente dita - outro questionado ponto sobre as promoções de lanches das redes das rés -, o CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária veio aos autos do aludido inquérito para trazer as decisões dos procedimentos administrativos nº. 345/08 (fls. 1.125/1.131) e 346/08 (fls. 1.196/1.202) - instaurados para apurar as fortes acusações do Instituto Alana de que os anúncios do Burger King® e do Bob's, realizados outrora na Internet - no sentido de que ambas as publicidades não tinham o caráter abusivo de propiciar um consumo exagerado ou de constranger os pais das crianças.

fr.

22. Pois bem. Com relação ao procedimento nº. 345/08 – publicidade do Bob's na Internet - o CONAR assim concluiu:

"Primeiramente, há que se notar, como destacado na sustentação oral feita pelo Anunciante, que as promoções têm um determinado prazo de duração, que gira em torno de 3 a 4 meses. Logo, não há qualquer necessidade de que, para formação da coleção – ainda que este seja uma chamariz para o consumo -, tenham que ser consumidos diariamente ou até mesmo semanalmente, os lanches da Anunciante.

O consumo destes lanches uma vez por semana ou em espaço de tempo até maior não me parece configurar qualquer "excesso".

Além disso, não se pode olvidar que, a decisão pela aquisição ou não do lanche e em que quantidade é dos pais ou responsáveis e não das crianças. Cabe aos pais, em primeiro lugar, a educação e orientação nutricional de seus filhos, tal como ocorre com os demais pontos de formação da criança." (fls. 1.130 - g.n.)

23. Já com relação ao procedimento nº. 346/08, que tratou especialmente de um anúncio da Burger King ® na Internet sobre o lanche BKids™ (em que continha objetos do filme do Batman), o CONAR assim se manifestou:

"A apresentação do filme é feita de forma correta, mostrando a criança em uso do brinquedo intercalando cenas do filme, e não provoca situação que leve a pensar que o consumo do produto proporcione superioridade ou inferioridade. E apesar do apelo natural que a fantasia criada pelo filme, também não existe situação de constrangimento aos pais com o propósito de impingir o consumo."

"A simples apresentação dos alimentos no filme publicitário, em pack-shot uma única vez e sem degustação, pouca chance teria de estimular um consumo excessivo" (fls. 1.201 - g.n.).

24. Apesar dessas manifestações e conclusões, em 02 de março p.p., o Ministério Público Federal expediu a "Recomendação nº. 23/09", pela qual, partindo de considerações equivocadas, requereu que Ré suspendesse a venda do lanche BKids™ "conjuntamente ou não com a venda de lanches" (fls. 1.078/1.089).

fu

25. Em resposta, a BKC esclareceu que a venda de brinquedos pelos seus restaurantes franqueados não configurava prática comercial abusiva ou ilegal, pois além da BKC jamais ter estimulado a obesidade infantil ou o consumo exagerado de alimentos por qualquer consumidor que seja, a rede Burger King® tem como principal campanha publicitária a possibilidade do próprio consumidor escolher que o seu lanche seja feito da maneira como quiser, cujo slogan é **"A GENTE FAZ DO SEU JEITO"**³. Logo, a Burger King® jamais impôs nenhum cardápio fixo aos seus clientes e não poderia ter sua atividade lícita suspendida sem razão para tanto (fls. 1.172/1.174)

26. De fato, Excelência, pelos documentos e manifestações constantes do inquérito civil pode-se tranquilamente chegar à conclusão de que (i) não existe lei em vigor proibindo a publicidade de alimentos a crianças; (ii) não existe lei em vigor que proíba a venda de brinquedos em restaurantes, (iii) existem restrições publicitárias vigentes no Código de Defesa do Consumidor e no Regulamento do CONAR relativas à publicidade dirigida ao público infantil, mas que não coíbem a venda de brinquedos em restaurantes, (iv) a obesidade é uma doença multifatorial e não pode ser tratada como decorrência do consumo esporádico dos alimentos da rede Burger King®.

27. Mas além de tudo isso, no que tange especialmente ao aumento da obesidade infantil no Brasil, as estatísticas desse aumento que foram trazidas notadamente pelo Instituto Alana e pela Dra. Louise Cominato Kanashiro, levam em consideração uma comparação entre dados colhidos entre os anos de **1974/1975 e de 1996/1997**. Segundo o Instituto Alana, teria sido entre esses anos que teria havido *"um aumento de 4,1% para 13,9% na incidência de sobrepeso ou obesidade entre crianças e adolescentes de seis a dezoito anos"* (fls. 99/100).

28. Ocorre, Excelência, que a BKC já esclareceu nos autos do inquérito que **as atividades da Burger King® no Brasil se iniciaram somente em 2004, isto é, muitos anos depois dos estudos que indicam o aumento de obesidade infantil no Brasil**, o que significa dizer que obviamente a Ré, a BKC ou qualquer produto da rede Burger King® jamais contribuiu para o aumento da obesidade infantil no Brasil, de modo que, a simples ilação nesse sentido, por si só, já está totalmente alheia a qualquer nexo causal possível e não respeita as informações obtidas pela investigação científica e empírica que o Autor tentou realizar para dar substrato à presente ação.

³ "HAVE IT YOUR WAY®", na versão original em língua Inglesa.

⁴ Vide site: http://dtr2004.saude.gov.br/nutricao/documentos/guia_alimentar_conteudo.pdf

29. Enfim, Excelência, tanto o inquérito civil como os argumentos lançados em sede inaugural não conseguiram apontar qual seria o nexo causal entre a atividade comercial da rede Burger King® e o aumento da obesidade infantil par que se proibisse a venda de brinquedos nos restaurantes das rés. E não poderia ser diferente, pois a atividade comercial da Burger King® no Brasil, além de ser totalmente lícita, não é capaz de gerar tal doença. É o que se passa a demonstrar.

II.2.

Da atividade comercial da Burger King® no Brasil

30. Conforme já esclarecido acima, a Ré não é titular da marca ou do sistema de franquia da Burger King® no Brasil, nem mesmo possui o direito operar restaurantes Burger King® no Brasil. Com feito, conforme se depreende do contrato de franquia anexo (Doc. 01), as atividades da marca Burger King® são desenvolvidas no Brasil por uma rede de franquia pela qual a BKC desempenha o papel de franqueadora e diferentes empresas que não possuem qualquer relação ou composição societária ligada à Ré ou à BKC desempenham o papel de franqueadas.

31. A Ré (BKB), por sua vez, presta serviços de auxílio à BKC na relação desta com os seus franqueados no Brasil, mediante encaminhamento de informações, suporte operacional dentre outras atividades inerentes à assessoria do contrato de franquia.

32. Independentemente dessas considerações, fato é que, **presente no Brasil desde 2004**, quando passou a operar seu primeiro restaurante em São Paulo, a Burger King® explora suas atividades comerciais sempre de acordo com a legislação em vigor e buscando sempre satisfazer os seus consumidores, disputados num acirrado mercado de consumo que é o brasileiro.

33. Como já restou esclarecido por ocasião daquele inquérito civil, a Burger King® jamais realizou a aludida prática de "venda casada", pois ainda quando os brinquedos eram dados como brindes aos lanches, a Ré entende que tal conduta jamais configurou a prática comercial abusiva prevista no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

34. E muito embora a Ré jamais tenha forçado alguém a consumir algum produto pela aquisição de outro, vale lembra que em agosto de 2008 a BKC firmou

1579
0

Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado da Bahia, pelo qual se comprometeu a oferecer e vender separadamente o brinquedo promocional do lanche BKids™ (fls. 709/714).

35. E ainda que tal Termo de Ajustamento de Conduta tenha sido firmado com o Parque estadual da Bahia, a BKC, de boa-fé, obrigou-se a cumpri-lo em todo o Brasil, conforme se depreende da Cláusula Primeira que assim prevê:

"CLÁUSULA PRIMEIRA: A Empresa Burger King Corporation, titular do Sistema de Franquias Burger King, se compromete a negociar aditivos contratuais com seus franqueados em todo o Brasil por meio dos quais os referidos franqueados deverão oferecer, separadamente, o brinquedo ou surpresa do lanche promocional BKids™".

36. Diante disso, tendo em vista que esta obrigação foi prontamente colocada em prática, desde então a BKC possibilita que a venda de brinquedos ou objetos infantis nos restaurantes Burger King® seja feita sem a aquisição do lanche BKids™ ou de qualquer outro produto alimentício por comercializado.

37. Consequentemente, isso já afasta grande parte das premissas do Autor e das manifestações colhidas no inquérito civil no sentido de que a Ré estaria "obrigando" ou "forçando" o consumo exagerado de seus alimentos pela promoção de brinquedos sequenciais. Francamente....

38. A respeito do suposto "consumo exagerado" dos produtos Burger King® pelas crianças brasileiras, é importante esclarecer também que atualmente existem 74 restaurantes Burger King® no Brasil e que seu público-alvo não é composto de crianças, mas de jovens de 18 a 34 anos de idade. Logo, difícil crer que essa rede possa ter tamanha influência na dieta alimentar de todas as crianças brasileiras.

39. De fato, fica ainda mais difícil imaginar essa influência da rede Burger King® quando a BKC e a Ré jamais buscaram estimular o consumo exagerado de qualquer tipo de alimento, sejam eles hambúrgueres ou sanduíches naturais. Até mesmo porque, compactuam com o entendimento do Conselho Regional de Nutricionistas no sentido de que "a boa nutrição é uma questão de bom senso: todos os alimentos (nutrientes) podem fazer mal ou bem à saúde, só dependem da quantidade e frequência com que são ingeridos" (fls. 865 – g.n.).

10

40. Consequentemente, a Burger King® jamais se valeu de publicidades que estimulassem o consumo de seus alimentos de forma excessiva, sejam elas dirigidas a crianças ou adultos, o que se comprova pela já mencionada manifestação do: "A simples apresentação dos alimentos no filme publicitário, em pack-shot uma única vez e sem qualquer doose chance teria de estimular um consumo excessivo" (fls. 1.201 - g.n.).

41. Nesse cenário, já era possível afastar a suposta "influência" da venda de brinquedos pela Burger King® na dieta alimentar das crianças. Não obstante, ainda que seus anúncios não tenham estimulado o consumo exagerado, a BKC se comprometeu a não mais realizar nenhuma publicidade para crianças menores de 12 (doze) anos ao firmar compromisso público denominado "Pledge", conforme se verifica do documento anexo (Doc. 2).

42. Assim, fica afastada por completa a dedução do Autor de que a Ré ou a rede Burger King® estivesse estimulando o consumo exagerado de seus alimentos. Todavia, para defender que o consumo exagerado de produtos Burger King® seria prejudicial à saúde, o Autor levou em consideração equivocada premissa a respeito dos produtos da Ré e que merece ser esclarecida.

43. Sustentou o Autor que todos os alimentos vendidos pelos restaurantes da Burger King® seriam um "mau alimento", especialmente para as crianças, por ter considerado que o cardápio da Ré seria "composto basicamente de alimentos calóricos, gordurosos e com alto teor de açúcar". Ocorre que, a Burger King®, empresa séria que é sempre se preocupou com tudo aquilo que é ingerido por seus consumidores. Tanto que prima pela qualidade e sabor de seus produtos, que por mais que sejam compostos em geral por lanches, passa por um rigoroso controle de qualidade.

44. Com efeito, a BKC, enquanto franqueadora dos restaurantes no Brasil, exerce forte controle de tudo aquilo que é adquirido pelos franqueados para fins de produção de seus alimentos, isto é, a BKC tem rigorosos critérios de controle de qualidade de modo que os franqueados sejam contratualmente obrigados adquirir os alimentos apenas de fornecedores pré-aprovados. É o que se verifica da cláusula 5.16 do Contrato de Franquia (Vide modelo anexo - Doc. 01):

*5.16. Fontes de Produtos

5.16.1. Fornecedores Autorizados. A BKC exige que qualquer Item exigido para a operação do Restaurante Franqueado seja previamente aprovado pela BKC, e que o fornecedor e distribuidor de tais itens seja também previamente aprovado

por ela. O Franqueado deverá adquirir apenas de fornecedores e distribuidores autorizados. Se o Franqueado propuser um fornecedor ou distribuidor alternativo, a BKC poderá avaliá-los com base em seus critérios atuais, e poderá aprová-los ou reprová-los, desde que motivadamente. Qualquer fornecedor e distribuidor proposto pelo Franqueado pode ser exigido a firmar um compromisso de confidencialidade apropriado antes que as especificações confidenciais da BKC lhe sejam divulgadas" (g.n.).

45. Ademais, se esqueceu o Autor que um dos principais diferenciais dos restaurantes Burger King® é a possibilidade de o cliente escolher o lanche da forma que quiser. Isto é, com a campanha "A GENTE FAZ DO SEU JEITO™", a Burger King® propicia que um sanduíche "WHOPPER®", por exemplo, seja feito de mais de 1000 maneiras diferentes, atendendo assim à vontade e a necessidade de cada cliente. Portanto, os pais, ao levarem seus filhos aos restaurantes Burger King® poderão escolher a refeição das crianças da forma que melhor entender.

46. Analisando o cardápio da rede Burger King® (Doc. 03), relativamente aos lanches indicados para o consumo infantil, percebe-se que diversas combinações de alimentos não representam elevados níveis de gordura, açúcares e calorias, conforme alegado na inicial. Ao contrário do afirmado pelo Autor, os lanches oferecidos pelos restaurantes da Burger King® no Brasil podem sim representar uma alimentação balanceada e saudável, em conformidade com os padrões nutricionais estabelecidos pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA.

47. Nesse sentido, o Guia Alimentar para a População Brasileira⁵ (Doc. 04), documento elaborado pelo Ministério da Saúde para definir as diretrizes alimentares a serem utilizadas na orientação de escolhas de alimentos para a população brasileira acima de dois anos de idade, adotou o parâmetro de 2000 kcal como valor energético diário recomendável. Ressalta-se que esse valor adotado pode variar de acordo com as necessidades nutricionais de cada indivíduo, não sendo considerado para a definição do parâmetro aspectos particulares, tais como as atividades físicas realizadas durante o dia ou o metabolismo de cada pessoa.

48. Além disso, este Guia estabelece as porcentagens recomendadas de consumo diário de determinados alimentos e os níveis recomendados para a participação dos macronutrientes (gorduras, carboidratos etc.) no valor energético total da alimentação.

fi

49. Assim como o Ministério da Saúde, a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - também adota em sua Resolução nº. 359 de 23 de dezembro de 2002 o parâmetro de 2000 kcal diárias para a base da alimentação diária, além de estabelecer o parâmetro de calorias por faixa etária, incluindo crianças. Ainda, estabelece para fins de rotulagem, valores nutricionais de referência dos alimentos, determinando o valor energético médio de cada grupo, o número de porções recomendadas e o valor energético médio correspondente para cada porção.

50. Tendo em vista estes dados, é possível ilustrar as informações obtidas pela seguinte tabela, a qual esclarece, conforme a faixa etária dos indivíduos, qual seria o valor nutricional médio recomendável diário de consumo de calorias e gorduras (ressalvadas as particularidades de cada indivíduo) (Doc. 04):

Energia/ Nutrientes	Faixas Etárias		
	4-6 anos	7-10 anos	Acima de 10 anos ⁶
Energia ⁷	1450 kcal	1750 kcal	2000 kcal
Gordura Total ⁸	48 g	58 g	54 g

51. Considerando estas informações e, comparando-as com o cardápio da Burger King (Doc. 03), é fácil depreender que com relação aos lanches indicados para o consumo de crianças - Lanches BKids™ (Doc. 05) - os respectivos valores nutricionais estão dentro do padrão recomendável, estabelecido pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA.

52. Independentemente disso, a Burger King® já está em vias de implementar, até o final do ano, um novo cardápio que conterà outras opções com ainda menos calorias para aqueles que assim desejarem, como por exemplo maçãs fritas. A Burger King® também possibilitará ainda que as os lanches venham com água ou sucos, além de chá gelado e refrigerante atualmente vendidos.

⁶ Guia Alimentar para a População Brasileira - Ministério da Saúde - 2006.

⁷ Dietary Reference Intakes for Energy, Carbohydrate, Fiber, Fat, Fatty Acids, Cholesterol, Protein, and Amino Acids (Macronutrients). Food and Nutrition Board - FNB, 2005.

⁸ Os valores para carboidratos e gorduras totais foram calculados com base na distribuição de macronutrientes em função do valor energético da dieta, obtido da publicação Dietary Reference Intakes for Energy, Carbohydrate, Fiber, Fat, Fatty Acids, Cholesterol, Protein, and Amino Acids (2002/2005).

fr

53. Atualmente, os lanches do Burger King que se destinam ao público infantil (BKids™) constituem-se basicamente de três combinações possíveis, quais sejam, (i) o BK hambúrguer (124 gramas), acompanhado por uma porção de batatas fritas pequena (74 gramas) e refrigerante ou chá gelado pequeno (300ml), à escolha do consumidor; (ii) o BK cheeseburger (136,5 gramas), acompanhado por uma porção de batatas fritas pequena (74 gramas) e refrigerante ou chá gelado pequeno (300ml); e, (iii) o BK Chicken Tenders (72 gramas), o qual é composto de quatro unidades de peito de frango empanados, acompanhadas por uma porção de batatas fritas pequena (74 gramas) e refrigerante ou chá gelado pequeno (300ml) (Doc. 05).

54. Assim, considerando os lanches atualmente vendidos, observa-se que cada um deles possui os seguintes valores nutricionais, conforme tabela de valores nutricionais fornecida pela Burger King (Doc. 03):

- OPÇÃO REFERENTE AO ITEM (i) ACIMA:

Lanche BKids™	Porção	Calorias	Gorduras Totais
BK hambúrguer	124 gramas	297 kcal	12 gramas
Batata frita pequena	74 gramas	203 kcal	10 gramas
Refrigerante ⁹	300 ml	127 kcal	Não contém quantidades significativas
Chá Gelado	300 ml	104 kcal	Não contém quantidades significativas
Total		627 kcal (com refrigerante) ou 604 kcal (com chá gelado)	22 gramas

- OPÇÃO REFERENTE AO ITEM (ii) ACIMA:

Lanche BKids™	Porção	Calorias	Gorduras Totais
BK cheeseburger	136,5 gramas	339 kcal	15 gramas
Batata frita pequena	74 gramas	203 kcal	10 gramas

⁹ Considerando o refrigerante como Coca-Cola pequena – 300ml.

h

Refrigerante ¹⁰	300 ml	127 kcal	Não contém quantidades significativas.
Chá Gelado	300 ml	104 kcal	Não contém quantidades significativas.
Total		669 kcal (com refrigerante) ou 646 kcal (com chá gelado)	25 gramas

OPÇÃO REFERENTE AO ITEM (iii) ACIMA:

Lanche BKids™	Porção	Calorias	Gorduras Totais
BK Chicken Tenders	72 gramas	222 kcal	9 gramas
Batata frita pequena	74 gramas	203 kcal	10 gramas
Refrigerante ¹¹	300 ml	127 kcal	Não contém quantidades significativas.
Chá Gelado	300 ml	104 kcal	Não contém quantidades significativas.
Total		552 kcal (com refrigerante) ou 529 kcal (com chá gelado)	19 gramas

55. Assim, conforme é facilmente perceptível pelos quadros acima, **nenhum dos lanches BKids™ possuem níveis de caloria ou gordura acima dos padrões recomendados de consumo**, mas, muito pelo contrário, representam apenas parte do ideal para ingestão diária referente a uma das principais refeições diárias.

56. Por exemplo, caso os pais de uma criança de faixa etária de 4 a 6 anos optassem por adquirir o lanche BKids™ composto por hambúrguer e chá gelado, a criança estaria ingerindo 41% de calorias necessárias para uma dieta ideal diária. Teria a criança que comer mais de duas porções do mesmo lanche para superar os índices de calorias considerados ideais. Ou, ainda, se uma criança de faixa etária de 7 a 10 anos

¹⁰ Considerando o refrigerante como Coca-Cola pequena - 300ml.

¹¹ Considerando o refrigerante como Coca-Cola pequena - 300ml.

consumisse o lanche Chicken Tenders (Opção referente ao item (iii) acima), com o refrigerante, estaria ela ingerindo apenas 31% de calorias necessárias. Teria ela que se alimentar de mais de três porções do mesmo lanche para ultrapassar os níveis recomendados, o que, de fato, não é crível que ocorra em um mesmo dia.

57. Não obstante, esses percentuais poderão ser ainda menores caso tal lanche seja consumido com água no lugar do refrigerante, por exemplo.

58. O mesmo ocorre quando comparados os níveis de gordura presentes nos lanches e os recomendados pela ANVISA e Ministério da Saúde. Se uma criança de faixa etária de 7 a 10 anos escolher comer o *cheeseburger*, a opção que contém maior nível de gordura total quando comparada com os outros lanches indicados (correspondente à Opção (ii) acima), estará ela consumindo somente 38% do que ela deve ingerir por dia. Ainda que a criança optasse por repetir o lanche, não teria ela atingido a quantidade de gordura necessária para um dia. Mesmo que um adulto ingerisse esse lanche, não teria ele atingido o índice de gordura necessário.

59. Fato é que, se considerarmos as informações nutricionais do Ministério da Saúde e da ANVISA e a composição dos lanches BKids™, não importa qual combinação seja feita dos lanches sugeridos para o consumo infantil, a constatação será sempre a mesma: atualmente, todos esses lanches estão dentro dos padrões normais e genericamente definidos como recomendados para uma vida saudável e uma dieta balanceada. Todavia, vale lembrar, desde que sejam consumidos de forma controlada e sem excessos, o que, obviamente, foge do controle da Burger King®.

60. Ainda que os produtos alimentícios da Burger King® possam ter maiores índices de gordura e calorias quando comparados com alimentos considerados como sinônimo de saúde, como verduras, legumes e vegetais, isso não significa dizer que eles necessariamente fazem mal à saúde.

61. Com efeito, todos os seres humanos precisam de fonte de gordura. O que importa é consumi-las dentro das faixas necessárias e recomendadas para uma boa nutrição. Da mesma forma, uma dieta baseada apenas em frutas, verduras e vegetais não garante proteção contra a deficiência de energia e proteínas necessárias ao bom funcionamento do corpo humano.

62. Portanto, não prosperam as alegações do Autor de que os alimentos fornecidos pelo Burger King® para o consumo infantil – ainda que seu público-alvo seja

[Handwritten signature]

1586
2

**Alvaro Filho
Filho
Alvaro Jr.
Chungo**

adultos maiores de 18 anos - possuem altos níveis de calorias e gorduras, uma vez que se encontram dentro dos padrões definidos como necessários para uma dieta balanceada.

63. Diante de todos esses esclarecimentos e considerando todas as demais questões sobre a atividade comercial da Burger King®, resta evidente que a venda de brinquedos nos seus restaurantes não pode ser considerada como prática de conduta ilícita ou abusiva, seja porque a Burger King® não obriga ou incita o consumo exagerado de seus produtos, seja porque seus produtos, se consumidos de forma moderada (como qualquer nutriente) além de não fazer mal, fará bem à saúde, por não deixar de ser um alimento. Logo, a venda de brinquedos não tem como trazer nenhum malefício aos eventuais e esporádicos consumidores mirins.

III.

PRELIMINARMENTE

III.1.

Da ilegitimidade passiva da Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. para figurar no pólo passivo da presente demanda.

64. É de se ressaltar a este MM. Juízo, a fim de que sejam evitadas nulidades processuais insanáveis no futuro, o fato de que a Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. não é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda.

65. Com efeito, a Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. tem funções bastante restritas, sendo mera prestadora de serviços à BKC, franqueadora do sistema de franquia Burger King® no Brasil.

66. Estas, por sua vez, somente têm o direito de ostentar a marca "Burger King®" no caráter de franqueadas da empresa BURGER KING CORPORATION (franqueadora), sendo esta, sim, a parte que deveria figurar no pólo passivo da presente demanda.

67. A doutrina conceitua o contrato de *franchising* como "a operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o

fi

1587
a

Alvaro Filho
Alvaro Jr.
Cunha

financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem variável sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula da exclusividade, atribuída ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade"¹².

68. Assim, "destaca-se na análise da operação da qual resulta o contrato de franchising, além do seu aspecto mais aparente que é o da complexidade, também o da invariância da marca (em sentido genérico, posto que se admite a utilização pelo usuário também de nome comercial, título de estabelecimento etc.) que vai ser invariável pelo beneficiário; o caráter continuado da operação e a independência do beneficiário formal, é claro, posto que fica preso à orientação e às imposições do franqueador, geralmente justificadas também ingenuamente pela idéia de transferência de know-how."¹³

69. Vê-se, portanto, que a relação de franquia impõe ao franqueado que siga os padrões da franqueadora no tocante à qualidade dos produtos, sua apresentação e embalagem, bem como a aparência geral da loja, etc.

70. Nesse sentido, o contrato que é celebrado entre a BKC e seus franqueados prevê (Doc. 01):

"INTRODUÇÃO

A. A BKC desenvolveu um sistema único e original (o "Sistema Burger King") para a operação de restaurantes de serviço rápido ("Restaurantes Burger King"). O Sistema Burger King inclui projetos exclusivos para edificações de restaurantes, de equipamento e decoração, um modo exclusivo de servir, produtos e especificações de qualidade padronizados, e certas marcas cujo uso pode ser autorizado pela BKC para uso ligado à operação de Restaurantes Burger King (as "Marcas Burger King")."

71. E mais adiante, na Cláusula 5.1:

"5. Padrões e uniformidade.

5.1. Cumprimento Estrito. O Franqueado concorda em estritamente cumprir, em todo o tempo, o Sistema Burger King, reconhecido pelo franqueado como uma condição fundamental deste Contrato e exigência necessária e razoável, no

¹² BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1990, p. 484.

¹³ *Ibidem*, p. 485.

Ju

interesse do Franqueado e de outros que operam no Sistema Burger King. Em especial, o Franqueado concorda em cumprir, todo o tempo, os compromissos estabelecidos neste Parágrafo 5º

72. Vê-se, portanto, que a presente demanda somente pode ser devidamente contestada pela franqueadora BKC, na medida em que ela é a detentora do "Sistema Burger King", sendo que este (...) inclui (...) produtos e especificações de qualidade padronizados (...).

73. A ora Ré, portanto, não tem poder para fazer com que as lojas franqueadas que ostentam a marca "Burger King"® e que estão situadas no País sejam desta ou daquela forma, de modo que eventual condenação da Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. nos presentes autos seria absolutamente inócua.

74. Veja-se, nesse sentido, o seu objeto social, constante em seu contrato social, já juntado a estes autos às fls. 441/450:

"OBJETO SOCIAL

4. O objeto social consiste na prática das seguintes atividades:

- (a) a prestação de serviços de assessoria e suporte a restaurantes, bares, lojas de fast-food, lanchonetes e similares, incluindo, mas não se limitando ao fornecimento de matérias-primas;
- (b) o comércio, importação e exportação de produtos relacionados às atividades acima referidas, incluindo, mas não se limitando a produtos do gênero alimentício;
- (c) a exploração de restaurantes, bares, lojas de fast-food, lanchonetes e similares; e
- (d) a participação em outras sociedades, no País ou no exterior, na qualidade de sócia, acionista ou quotista".

(fls. 444-445 dos presentes autos)

75. Verifica-se que seu objeto social não inclui a atividade de "franqueadora" do "Sistema Burger King®". Como dito, a BKB é mera prestadora de serviços da BKC no Brasil, dando assistência aos franqueados em nome e por ordem da BKC, de modo a não ter poderes para ditar as regras que os franqueados da BKC devem seguir com relação à comercialização de produtos. Esta última, no caráter de franqueadora e, por esta razão, detentora do poder de ditar as regras que os seus franqueados deverão

Handwritten mark

189
A

Adm. Filho
Adm. Filho
Adm. Jr.
Química

respir em termos de comercialização de produtos com a sua marca, é que deveria figurar no pólo passivo da presente demanda.

76. Resta demonstrada, portanto, a ilegitimidade passiva da BKB (Ré), devendo ser a presente demanda extinta sem julgamento do mérito em relação a ela, de acordo com o previsto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

III.2

Da falta de interesse de agir do Autor da presente demanda: o consumidor pode adquirir somente os brinquedos (sem necessariamente adquirir os sanduíches e acompanhamentos).

77. Como já relatado, o Ministério Público Federal em São Paulo propôs a presente ação civil pública contra a Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. e duas outras redes de restaurantes, com a finalidade de ver "reconhecida a ilicitude da prática comercial adotada pelas empresas réas de, em seus estabelecimentos comerciais - lanchonetes, venderem brinquedos em seqüenciais e constantes promoções para lanches voltados para o público infantil" (fls. 03).

78. Para isso, utiliza o fundamento de que a Ré teria como estratégia comercial a "indução ao consumo de seus produtos dirigidos ao público infantil, promoções que fazem acompanhar um brinquedo ou outro objeto de apelo infantil a um sanduíche com acompanhamento e bebida." (fls. 03-04).

79. Nesse sentido, faz crer que o fornecimento de brinquedos juntamente com determinados produtos alimentícios levaria o público infantil a ter uma alimentação pouco saudável - como se uma coisa necessariamente gerasse a outra, desconsiderando-se, totalmente, o poder familiar na determinação da alimentação infantil.

80. Contudo, é de se ressaltar que a Burger King® não atrela o fornecimento dos brinquedos comercializados em suas lojas ao fornecimento dos sanduíches e respectivos acompanhamentos.

81. Com efeito, desde a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre a Burger King Corporation e o Ministério Público do Estado da Bahia (fls.

fr

709/714), aquela se comprometeu, em todo o território nacional e por meio dos seus franqueados, a oferecer aos seus clientes, separadamente, o brinquedo que anteriormente acompanhava necessariamente o lanche BKids™. Veja-se:

"CLÁUSULA PRIMEIRA: A Empresa Burger King Corporation, titular do Sistema de Franquias Burger King, se compromete a negociar aditivos contratuais com seus franqueados em todo o Brasil por meio dos quais os referidos franqueados deverão oferecer, separadamente, o brinquedo ou surpresa do lanche promocional BKids".
(fls. 709 -9.n.)

82. Nesse sentido, falta ao *Parquet* Federal o necessário interesse de agir para a propositura da presente demanda contra a Ré ou contra a rede Burger King®, na medida em que o fundamento principal de sua demanda - que é a vinculação dos brinquedos a uma alimentação infantil pernicioso - não se sustenta neste caso, já que a Burger King comercializa os citados brinquedos e surpresas promocionais separadamente.

83. Quer isto dizer que, se uma criança se interessar pelo brinquedo que é fornecido pela Burger King, ela poderá adquiri-lo sem que precise adquirir o sanduíche e seus acompanhamentos promocionais.

84. Esse fato, por si só, demonstra que o fornecimento de brinquedos pelas lojas franqueadas da Ré não implica, necessariamente, uma incitação à alimentação infantil pouco saudável (ainda que se considerasse que os lanches BKids™ fossem prejudiciais à saúde, o que já foi comprovado que não é), já que a criança pode adquirir somente o brinquedo se o desejar.

85. Isso desvincula totalmente o uso dos brinquedos promocionais como atrativo e incitação à alimentação infantil maléfica, pois a criança pode adquirir o brinquedo e sair da loja sem necessariamente ter feito uma refeição com produtos alimentícios fornecidos pela Ré.

86. Nesse sentido, não há, por parte do Autor, o necessário interesse de agir na modalidade "necessidade", na medida em que a tutela judicial que está pleiteando não tem serventia para a finalidade que busca.

87. Com efeito, se a finalidade do Autor é fazer com que as crianças deixem de se alimentar com os produtos Burger King®, não é proibindo a Ré de fornecer brinquedos que alcançará seu desiderato, pois, se a criança quiser adquirir o brinquedo, ela poderá fazê-lo sem que necessariamente se alimente nos restaurantes da rede que assessora a Ré.

88. De outro lado, se os franqueados Burger King® deixarem de fornecer brinquedos, não necessariamente o público infantil deixará de consumir seus produtos. Daí se extrai que falta ao Autor o interesse de agir, pois não é através da proibição de comercialização de brinquedos pela Ré que ele sanará os supostos problemas de alimentação infantil, ainda mais quando, como se verá adiante, os produtos Burger King® não são necessariamente prejudiciais à saúde como quer fazer crer o Autor.

89. Nesse sentido, veja-se a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli¹⁴:

"Não se confunde, porém, o interesse de agir, extraprocessual, que o Ministério Público sempre tem quando a lei lhe cometa uma atuação institucionalmente compatível, com o interesse processual, que é a adequação entre a necessidade de a instituição recorrer ao Judiciário e a utilidade prática do provimento jurisdicional pretendido.
Assim, o fato de o legislador ter disposto em abstrato sobre as hipóteses em que se exige a ação ou a intervenção do Ministério Público não quer dizer não possa o juiz, em concreto, reconhecer a carência nas ações propostas pela instituição, se lhe faltar o interesse processual. Não estaria o juiz a negar em abstrato a legitimidade de o Ministério Público defender um interesse cujo zelo a própria lei a este cometeu, nem estaria a negar a norma abstrata que afirmou a presença de interesse público; antes, estaria sim afirmando que, em concreto, pode inexistir adequação entre o pedido formulado e a utilidade prática objetivada no processo."

90. Caracterizada, portanto, a falta de interesse de agir do Parquet, a presente demanda deve ser extinta sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

¹⁴ A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 328.

III.3.

Da falta de condição da ação: Impossibilidade jurídica do pedido e princípio da legalidade.

91. Conforme relatado, o Autor imputa à Ré a responsabilidade pelos problemas da alimentação infantil no Brasil, mormente em vista do recrudescimento da obesidade entre as crianças.

92. Sua conclusão decorre da suposição de que "o brinquedo como *ímã de marketing promove a venda de produtos 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*" (fls. 05). Como se demonstrará oportunamente, não é o que ocorre.

93. Considerando que os restaurantes Burger King® vendem os brinquedos em suas lojas separadamente em relação aos alimentos, como já demonstrado, não há que se falar em infração da legislação, questão que será melhor abordada adiante.

94. Apenas seria possível falar em eventual infração a qualquer dispositivo legal se essa prática - a venda de brinquedos por lojas de produtos alimentícios e restaurantes de qualquer natureza - fosse proibida ou ao menos regulada por lei.

95. Como bem ensina o Professor Nelson Nery Jr., em parecer elaborado para a Ação Civil Pública nº. 2008.222626, em trâmite perante a 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP - cujo capítulo que interessa ao presente caso é ora juntado (Doc. 06):

Ações civis públicas não se prestam à finalidade de criação de direitos e deveres, não se prestam à inovação normativa. Para que a pretensão do Ministério Público fosse viável, seria necessário que o CDC contivesse normas a respeito da proibição dessa prática, para que, então, fosse possível a existência de um pedido condenatório. Na ausência dessa previsão legal, qualquer pretensão nesse sentido importará, na realidade, em criação, inovação, modificação, alteração, acréscimo, sendo, portanto, além de abusiva e ilegal, um PEDIDO ABSOLUTAMENTE IMPOSSÍVEL.

(destaques nossos)