

# ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS APRESENTADOS NO FILME ‘FOME DE PODER’: COM BASE NA TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS E NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Renata Oliveira Almeida Menezes<sup>1</sup>

Bianca Regina Ramos Magalhães<sup>2</sup>

Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega Magalhães<sup>3</sup>

Resumo: O presente artigo examina, ancorado em aspectos jurídico-econômicos e à luz do Direito brasileiro, as informações contidas no filme Fome de Poder, o qual versa sobre a origem do grupo McDonald's e foi assentado tanto na exploração de contratos mercantis de franquia, envolvendo elevados custos dinâmicos de transação entre fornecedores, quanto no arrendamento imobiliário. Com enfoque na Análise Econômica do Direito faz-se uma abordagem crítica dos aspectos jurídicos e econômicos com base na Teoria Social dos Contratos e, a partir do paradigma da sociabilidade, é apresentado um esboço de pareceres técnicos para resguardar as partes envolvidas, irmãos McDonald e Ray Kroc. A Análise Econômica do Direito é um enfoque jurídico interpretativo, que parte de concepções economicistas e/ou econométricas, com foco na mais-valia e eficiência

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Empresarial da Pós-graduação da UFPE; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - UMSA/UFCG; Doutoranda-Sanduíche UFPE/ULISBOA; Mestra em Direito Privado - UFPE; Especialista em Direito Privado - FACISA; Bacharela em Direito - UEPB.

<sup>2</sup> Advogada; Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial - UFPE; Bacharela em Direito - UNIPÊ.

<sup>3</sup> Advogado; Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial – UFPE; Bacharel em Direito - UNIPÊ.

social. Dentro da temática, o estudo dos contratos relacionais ganha importante destaque, tendo em vista a necessidade de constantes renegociações devido externalidades posteriores e negativas, contexto dentro do qual examinam-se as incompletudes contratuais e as compensações de primeira e segunda ordens, tônica tortuosa para o direito consuetudinário estado-unidense. Para tanto, se utilizou o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais; o método indutivo-dedutivo e os métodos hermenêuticos teleológico, sistemático e sociológico.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Teoria Social dos Contratos. Contratos relacionais. Franquia.

Abstract: This academic paper, based on legal and economics aspects of the Brazilian Law, examines the information contained in the movie *The Founder*, about the beginning of the McDonald's group. It was established on the exploitation of franchise contracts and a kind of real estate leasing, involving high costs of suppliers transactions. Focused on the Law and Economics Analysis - LEA, a critical review of legal and economic aspects was written based on Social Contract Theory, also known as paradigm of sociability. Still, was provided a sketch of legal opinion about the contractors' rights, McDonald brothers and Ray Kroc. The LEA is a legal approach related on conceptions of an economist and/or econometric theory, focusing on surplus value and social efficiency. Within the theme, the study of relational contracts receives crucial importance, because of need for constant renegotiations correlated to *ex post* and negatives externalities. In this context, incomplete contracts and first and second order compensations are examined, which is a tortuous tonic for the common law. For this purpose, has been used the method of qualitative study, through observation, harvesting and analysis of bibliographical and documentary data; the

inductive-deductive method and the teleological, systematic and sociological hermeneutical methods.

Keywords: Law and Economics Analysis. Social Contract Theory. Relational contracts. Franchise.

Sumário: 1. Introdução. 2. Disposições gerais sobre Análise Econômica do Direito. 3. Teoria Social dos Contratos aplicada aos contratos de franquia. 4. Análise dos aspectos jurídicos e econômicos apresentados no filme "Fome de Poder". 5. Parecer técnico-jurídico com base no Ordenamento Jurídico brasileiro. 5.1 *Fundamentos jurídicos em prol de Dick e Mac McDonald*. 5.2 *Embasamentos jurídicos em benefício de Ray Kroc*. 6. Considerações Finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO



presente artigo busca avaliar os aspectos econômicos e jurídicos circunscritos no filme "Fome de Poder" (HANCOCK, 2016) sobre o surgimento e a consolidação do grupo McDonald's.

Para tanto estabelecer-se-á um esboço com fulcro na Teoria Social do Contrato e na Análise Econômica do Direito - AED; bem como, apresentar-se-á um paralelo entre as acepções contratualistas do Direito brasileiro - de matriz romana - e do americano, que apresentam distinções significativas, próprias, respectivamente, das tradições anglo-saxônica e continental europeia, cujos contrastes já têm sido flexibilizados pela adoção de sistemas mistos.

Utilizar-se-á o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais sobre o contrato de franquia, a teoria social do contrato e análise econômica do direito; e far-se-á uso do método indutivo-dedutivo para se realizar o estudo do caso concreto

confrontando-o com os preceitos do ordenamento jurídico brasileiro; ademais, usar-se-á do método hermenêutico de interpretação sistemática, sociológica e teleológica para sopesar os benefícios que a teoria social dos contratos pode apresentar na dinâmica empresarial, e para verificar se no campo da eficácia tal teoria pode ser compatibilizada com os aspectos econômicos dos contratos de franquia.

Far-se-á necessário traçar as problemáticas a serem aclaradas na sequência, a fim de se garantir uma mais profícua compreensão das soluções técnicas que serão veiculadas para cada uma delas. Isto posto, tem-se alguns questionamentos, anunciados *a priori*, quais sejam: como o grupo McDonald's foi constituído? No que basicamente consiste o contrato de Franquia? O que defende a Teoria Social do Contrato? Qual abordagem negocial é dada dentro da Análise Econômica do Direito?

O restaurante McDonald's nasceu como um projeto dos irmãos McDonald - Mac e Dick. No início, a empresa baseava-se no fornecimento de diversos gêneros alimentícios na sistemática de *drive-ins* com *carhops*. Entretanto, Dick McDonald decidiu remodelar a atividade desenvolvida, reduzindo os itens e serviços ofertados, ou seja, os custos produtivos, a fim de conseguir mais eficiência operacional, e, assim, diminuir o tempo de espera dos clientes, bem como os gastos com o acondicionamento final em embalagens, desenvolveu-se, dessa forma, o chamado sistema *speedee*.

Em detrimento da grande demanda, o restaurante McDonald's precisou comprar oito máquinas *multimixers* de Ray Kroc, que convenceu os irmãos a com ele estabelecer um contrato de franquia (de indústria), *franchising*.

Ray Kroc, então, se deparou com a dificuldade de administrar penosas entropias contratuais (devido às externalidades *ex post*) (FREIRE, 2015), a partir do que considerava uma ínfima margem de lucro decorrente, por exemplo, de *hold up's* negociais, propondo, reiteradas vezes, a renegociação das

engessadas cláusulas a que estavam submetidas as partes contratantes. Ponto crucial, por exemplo, recaía nas despesas com refrigeração. Por outro lado, os irmãos McDonald's, também estavam imersos na mesma problemática, gerindo riscos provenientes de suposto oportunismo e de assimetrias informacionais.

Foi quando Kroc decidiu desenvolver, paralelamente ao ramo alimentício, a empresa de arrendamento imobiliário, que o possibilitou maior margem de lucro marginal agregada à exploração das "lanchonetes" e o controle indireto do contrato de franquia.

Em detrimento dos conflitos que se deram entre os irmãos e Ray Kroc na execução do contrato de franquia, foi feito um acordo que possibilitou o total e irrestrito controle da marca McDonald's a Ray Kroc, que fez, então, do McDonald's um dos maiores conglomerados empresariais do mundo (HANCOCK, 2016).

## 2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito - AED não é uma nova ciência, é um enfoque hermenêutico que incide não somente nas normas jurídicas postas (fontes formais), mas, também, na própria construção normativa (fontes materiais), seja por intermédio da discussão legislativa de propositura de leis, seja através da consolidação jurisprudencial, mais própria da sistemática de *common law*.

Conquanto a discussão da natureza (jurídica) da AED não venha a calhar para os fins desse trabalho, relevante citar que o assunto foi enfrentado pelo argentino Jorge Reinaldo Vannossi (2008) em "*La aplicación constitucional del 'el análisis económico del Derecho (AED)': ¿nada menos y nada más que un 'enfoque'?*".

O exame dos aspectos jus-econômicos, ou seja, da

interpenetração de institutos da Economia e do Direito, dá-se, *a priori*, na Universidade de Chicago, através dos estudos de Ronald Coase (1960), mais especificamente, quando da publicação de *The problematic of social cost*, cuja proeminência rendeu, inclusive, a premiação Nobel de Economia ao autor. Todavia, importa citar que Joseph Schumpeter, fundador do individualismo metodológico, anteriormente, já adentrara no objeto de estudo, influenciado por uma vertente econométrica da sociologia (GICO JUNIOR, 2010). Sem embargo, o próprio Adam Smith já havia examinado a premissa aqui circunscrita:

(...) interpretação do direito através da ciência econômica já era objeto de trabalhos científicos consagrados desde o século XVIII. Adam Smith com suas obras *Lectures on Jurisprudence*, de 1762 e *The Wealth of Nation*, de 1776, associa estas ciências à análise dos fatos sociais, tornando-se precursores desta vertente de pensamento (VELOSO, 2013, p. 113).

Não obstante, foi Richard Posner que alavancou a tônica economicista, quando da elaboração de uma *economic analysis of the Law*, com norte na defesa da eficiência socioeconômica das construções jurídicas, o que geraria uma mais boa valia dos institutos normativos. Apesar dele, outros inafastáveis pesquisadores dentro dessa linha de pesquisa são Gary Becker e Guido Calabresi.

Embora o pensamento economicista do Direito esteja, apenas bem recentemente, a tomar corpo nos ordenamentos jurídicos derivados do *ius romanum*, ou seja, do direito continental europeu, deve-se revelar que sob o paradigma da sociabilidade, o Código Civil brasileiro de 2002 já propalava inegavelmente a matéria, é o que se pode constatar da leitura, *v. g.*, do §1º do artigo 1.228:

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em *consonância com as suas finalidades econômicas e sociais* e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e

artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002, grifos nossos)

Malgrado o surgimento de inúmeras críticas à AED, algumas imbuídas de forte e errônea repulsa ideológica, outras sobre o argumento de uma sociabilidade a menoscabar a individualidade do Direito, não merecem prosperar os argumentos lançados nesse sentido, tendo em vista que não há pouco-caso dos valores intrínsecos à pessoa natural (REALE, 1998).

### 3. TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS APLICADA AOS CONTRATOS DE FRANQUIA

O contrato de franquia (*franchising* ou *franchisage*) é regulado no Brasil pela Lei nº 8.955/1994, e consiste em uma colaboração mercantil - entre empresários e/ou sociedades empresárias - a fim de facilitar e fomentar a atividade de empresa, inclusive, a partir de expansão mercadológica via uma cláusula de representação comercial (e, também, importante citar, de licença de uso de marca) que lhe é inserta no respectivo artigo segundo (art. 2º).<sup>4</sup>

No tocante às suas balizas históricas, o contrato de franquia surgiu nas práxis comerciais ocorridas na Londres do século XVII, que só foram, entretanto, mais bem institucionalizadas nos EUA, precipuamente no atinente à alienação de máquinas de costura Singer (*Singer Sewing Machine Company*).

Frise-se que o contrato mercantil firmado entre os irmãos McDonald (franqueadores) e Ray Kroc (*master* franqueado) (DURAN, 2017) se referia a uma *franchising* de terceira geração, que é aquele que, em suma:

(...) o franqueador concede ao franqueado a licença restrita de

---

<sup>4</sup> Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. (BRASIL, 1994)

direitos de uso da sua marca, os direitos de distribuição de produtos ou serviços próprios ou de terceiros, com exclusividade dentro de determinados limites territoriais, agregado a um sistema de gestão e operação do negócio comprovadamente de sucesso. O suporte operacional do franqueador é intenso e há monitoramento da operação dos franqueados para que estes permaneçam dentro de padrões pré-definidos. E os padrões pré-definidos existem por expressarem de forma prática elementos que levam o negócio em questão ao sucesso (BRASIL, 2005, p. 5-6).

Ademais, cumpre ressaltar que por intermédio do contrato de franquia, o franqueado paga ao franqueador contribuições remuneratórias a título de *royalties*.

Sobre tal pactuação, assim como no concernente às relações cíveis como um todo, impera o paradigma da sociabilidade, conforme sistematizado, para fins específicos contratuais (a deixar de lado pormenores inerentes à propriedade), no artigo 421 do Código Civil vigente: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*" (BRASIL, Lei 10.406, 2002). E, do mesmo modo, no parágrafo único do artigo 2.035 do referido arcabouço normativo, estabelece a proibição de convenção alguma contrariar preceitos de ordem pública, como os que visam assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Deve-se, contudo, registrar, por apego à didática e oportunamente, que o Código Civil, até, em muitas de suas partes, *e.g.*, no inciso II do artigo 1.034, refere-se ao termo social em um âmbito societário, devendo o destinatário delimitar o contexto no qual se insere o texto legal. Entrementes, reside aí, porque não atestar, um reforço semântico à própria concepção de institutos privatísticos com supedâneo no cânone da sociabilidade, a gerar desenvolvimento sustentável.

Demais disso, o próprio juiz ao aplicar o Direito, deve interpretar as leis (e os contratos o são entre as partes) de acordo com sua função social. Lê-se, pois, no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB: "*Na aplicação*



da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." (BRASIL, Lei 4.657, 1942).

A própria formulação do instituto da franquia está conectada à função social da informação, inovação e eficiência, porquanto permite a diminuição *ex ante* dos custos marginais da abertura de novas atividades empresariais, bem como a mais adequada exploração da empresa por parte dos empresários e/ou empreendedores controladores, gerando mais boa utilidade pública ao objeto negociado na *franchisage*, a partir de um valor que em muito excede o primitivamente aplicado e/ou idealizado.

Outrossim, partindo-se de uma filtragem constitucionalista do Direito Privado, tem-se a delimitação da função social como um dado imanente a todo sistema legal brasileiro, conforme depreende-se da interpretação do inciso XXIX do art. 5º da CF, bem como de seus arts. 170 e 193, a tratarem, respectivamente, da ordem econômica e da ordem social postas (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

#### 4. ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS APRESENTADOS NO FILME "FOME DE PODER"

Para avançar, é importante, entretantes, pontuar que a acepção contratualista do Direito Estadunidense dá-se por instantaneidade, conforme ensinamentos ministrados pela Professora Doutora Paula Vaz Freire (2015), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em palestra proferida junto ao TRF da 4ª Região. Dessa forma, o direito dos EUA encontra uma maior dificuldade de regência no que tange às peculiaridades inerentes aos contratos ditos relacionais, de trato diferido.

De mais a mais, para adentrar proficuamente na esfera jurídica contratual, é melhor estabelecer, desde já, que a base da Teoria Contratualista clássica, aplicada tanto no Direito civil continental europeu, quanto no Direito Americano, ou seja, no Direito como um todo, tem supedâneo no princípio da força

obrigatória dos contratos, *pacta sunt servanda* (GONÇALVES, 2007, p. 27-29), que apregoa que os pactos devem ser cumpridos.

Esse axioma, todavia, é aplicado concomitantemente com os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, sendo que aquele refere-se à liberdade de contratar e este à liberdade de escolher o conteúdo negocial que quiser (NETO, 2013, p. 66), apesar de muitas vezes ambos serem considerados expressões sinônimas pelos estudiosos do Direito.

É, exatamente e mais especialmente, sobre tais princípios que incide a Teoria Social do Contrato, que tem causado uma transformação nas acepções privadas (e, também, públicas) da Teoria Geral dos Contratos, de forma tal que a relação negocial cível passa a ser influenciada por cláusulas abertas e conceitos indeterminados; havendo, inclusive, a substituição de uma acepção patrimonialista de direitos por uma cada vez mais voltada ao "indivíduo-coletivo", com respaldo na Dignidade da Pessoa Humana.

Essas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mais das vezes, resumem-se à aplicação da boa-fé, da função social (do contrato e da propriedade), da responsabilidade objetiva e do abuso de direito, gerando uma nova aplicação das regras civis dispostas na doutrina clássica, criando um sistema normativo aberto (NETO, 2013, p. 54-55). No entanto, é a aplicação da função social, que – através de uma ótica de socialização de ganhos e oportunidades – tem gerado maior controvérsia.

Nesse ponto, a função social do contrato presente no ordenamento jurídico, no âmbito das relações privadas e sociais, deve ser analisada de acordo com sua aplicabilidade na esfera jurídica, na medida em que o contrato passa a ter uma aplicação voltada ao social, viabilizando a igualdade das partes e o equilíbrio contratual (SANDRI, 2011, p. 123).

A Teoria Social do Contrato defende, portanto, uma mudança de paradigmas na aplicação da Teoria Geral dos Contratos, galgada na aplicação dos princípios da socialidade (função

social), eticidade (boa-fé e *pacta sunt servanda*) e operabilidade (norma mais viável) (ALVES, 2003).

Nesse sentido, determinam os regramentos encartados no Código Civil Brasileiro, especialmente os contidos no artigo 113 - que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."; artigo 187, segundo o qual "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."; artigo 421, que expressa que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."; além do artigo 422, que estabelece que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Já na análise econômica do Direito, se apercebe que a Economia é a ciência social que maior amplitude e "sucesso" conseguiu diante dos séculos. E, sob esta ótica, propõe-se o Direito dentro de balizas jurídicas-econômicas relacionadas ao utilitarismo, num movimento de reaproximação entre o Direito e a Moral, que havia sido negligenciada a partir do positivismo jurídico, o qual "afirmou que o Direito é um conceito puro, separado da moralidade ou da filosofia política, e isso desenvolveu metodologia e doutrinas independentes para analisar a lei e instituições legais."<sup>5</sup> (SALZBERGER, 2007, p. 4, tradução nossa).

Embora a problemática econômica na aplicação das normas jurídicas abarque diversos pontos igualmente relevantes aos aplicadores do Direito, como por exemplo, o conflito entre liberdade de iniciativa e livre concorrência (CARVALHO; MATTOS, 2008, p. 2), é na seara do adimplemento contratual que o tema ganha relevância dentro do arcabouço fático contido no filme "Fome de Poder".

---

<sup>5</sup> "claimed that the law is a pure concept, separated from morality or political philosophy, and it developed independent methodology and doctrines to analyze law and legal institutions."

A abordagem trazida pela Professora Doutora Paula Vaz Freire (2015) revela o contrato numa acepção jus-econômica que incide no perímetro de valoração pecuniária da "informação privilegiada" transmitida e, ainda, da transação sobre "bens escassos", porquanto ambos são dotados de valor econômico.

Segundo a *expert*, as partes contratantes devem se preocupar com a eficiência negocial e com os custos de transação (com as externalidades *ex ante* e *ex post*), pois elas, fitando uma maior alocação produtiva, são capazes de gerar mais investimentos, reduzir custos e incentivar a inovação produtiva e tecnológica. E, nessa linha de concepção, dever-se-á considerar como proprietário o sujeito que mais valia econômica (e, assim, coletiva) der à operação, seja ela contratualista ou de propriedade em sentido estrito.

Conforme bem preceitua o Prof. Fernando Araújo (2001, p. 1298-1299):

[...] as determinações psicológicas básicas que tornam uma pessoa num agente econômico são, de acordo com Adam Smith, a percepção (mesmo sensorial) de um contexto de escassez, o egoísmo e a uma racionalidade hedonista – por intermédio da qual outra ordem de motivações “culturais” podem insinuar-se, como aquelas que impelem à divisão do trabalho e à interdependência “fiduciária”, conciliando interesses individuais e colectivos.

Vê-se que tal acepção econômica mais se aproxima da teoria clássica dos contratos, com máxima relevância para os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos e, portanto, tem potencialidade para se confrontar diretamente com a acepção social contratual. A autonomia da vontade clássica se coaduna com o sujeito autônomo exaltado pelo iluminismo, o qual, segundo Araújo (2001, p. 1149) é aquele que goza de condições estáveis de plena revelação das suas potencialidades ativas, com o mínimo de obstáculos e perturbações circunstanciais. Entretanto, conforme salienta o autor, uma das tarefas primordiais cometidas ao Direito, ao deparar-se com as fraquezas humanas, é a incumbência de estabelecer um

reequilíbrio racional, providenciando um mínimo de apoio circunstancial externo. Desta feita, é justamente a busca dessa justiça social no âmbito dos contratos que justifica a necessidade de se fazer uma análise dos aspectos econômicos com vistas à consagração social efetiva dos valores mais caros do ordenamento jurídico em vigor.

Dentro da abordagem negocial difundida na análise econômica do Direito, a verificação da execução contratual, principalmente no tocante aos negócios de trato diferido, deve perceber que todo contrato é incompleto, por mais completo que venha a ser. Isso ocorre não só, porém, mais ocasionalmente em detrimento das relações negociais cumulativas da cadeia produtiva, que recrudescem as chamadas bolhas de direitos (*bundle of rights*) de copropriedade e, também, a constante negociação com fornecedores (*pull of patents*); isso sem desprezar a lógica de manutenção de contratos abertos, ou seja, sobre os quais recai a reiterada necessidade de renegociação de cláusulas contratuais engessadas.

Sucedede que, dentro da (in)execução contratual, seja por assimetria estratégica ou por oportunismo, crescem as ditas "entropias relacionais"<sup>6</sup>, a tornar o custo de completude do contrato (ou de renegociação) mais elevado que o importe marginal agregado dele, é a *hold up* contratual.

Ora, é dentro dessas singularidades que a análise econômica do Direito tenciona - num incessante diálogo dos sistemas jurídico, econômico e moral - permitir ao Juiz (e ao Legislador) a construção da norma mais propícia ao caso concreto, num incentivo ao fortalecimento de decisões que sejam mais úteis à manutenção e estímulo do bem-estar coletivo, seja a partir de uma cosmovisão meramente empresarial, voltada ao lucro, ou, ainda, a partir de valores inerentes às ditas compensações de segunda ordem<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Desajustes, desacordos.

<sup>7</sup> Satisfação pessoal, nome e reputação da(s) parte(s) envolvida(s).

## 5. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO COM BASE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segue parecer técnico-jurídico sobre o caso explicitado no Filme ‘Fome de Poder (HANCOCK, 2016), elaborado com base no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se uma simulação de como se poderia ter protegido os direitos das partes, na hipótese de o caso ter ocorrido no Brasil e na atualidade:

Interessados: irmãos McDonald e Ray Kroc

DIREITO CIVIL. DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE FRANQUIA. DIREITOS E DEVERES DO FRANQUEADOR. MASTER FRANQUEADO. INADIMPLEMENTO. MARCA. RESERVA MENTAL. PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE.

Trata-se de esboço de parecer técnico-jurídico acerca da execução do contrato de franquia firmado entre Dick e Mac McDonald (franqueadores) e Ray Kroc (franqueado) com o fim de ampliar o mercado da rede de lanchonetes McDonald’s.

O acordo estabelecia que Ray Kroc, na condição de Master Franqueado, estava autorizado a buscar franqueados e era responsável pelo treinamento e suporte aos novos contratantes, sempre em estrita observância ao modelo de atividade empresarial desenvolvido pelos franqueadores, de modo que qualquer alteração necessitava ser previamente aprovada pelos irmãos McDonald.

Ray Kroc devia pagar aos franqueadores uma taxa no valor de 0,5% dos lucros e, em contrapartida, recebia uma participação de 1,4% das receitas geradas no território em que atuava como Master Franqueado.

Ao longo da execução do contrato, os novos franqueados romperam o padrão de exercício da atividade empresarial. Em paralelo, a percepção de lucros mostrou-se insuficiente para Ray Kroc, razão pela qual tentou negociar junto aos franqueadores o

aumento de sua participação nas receitas dos sub-franqueados ou a alteração na qualidade de um dos produtos comercializados, com vistas a diminuir os custos de conservação, sem, contudo, ter obtido sucesso.

Nesse contexto, com base na ideia de quem, mais tarde, seria seu colaborador, o Master Franqueado criou uma empresa de arrendamento imobiliário – chamada *Franchise Realty Corporation* e, depois, *The McDonald's Corporation* - com a finalidade de vincular a construção das sub-franquias a terrenos de sua propriedade, o que aumentou, significativamente, a sua margem de lucro e propiciou um controle indireto sobre os contratos de franquia.

Por fim, em razão de seu poderio econômico e face à rigidez das cláusulas contratuais, Ray Kroc fez um contrato de compra e venda com Dick e Mac McDonald que lhe possibilitou o controle total e irrestrito da marca registrada McDonald's. Os irmãos ficaram proibidos de utilizar o seu sobrenome para sinalizar sua lanchonete e, em contrapartida, receberam o valor correspondente à venda. As partes acordaram, ainda, oralmente, o pagamento de *royalties* equivalentes a 1% do lucro anual, o que não foi cumprido por Ray Kroc.

Finalizadas as tratativas, Ray Kroc afirmou que, desde o início, possuía a intenção de adquirir a marca McDonald's.

É o relatório. Passa-se a opinar.

## 5.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS EM PROL DE DICK E MAC MCDONALD

Nos contratos de franquia, a padronização do modelo de atividade empresarial tem alta relevância, pois, em benefício do franqueador, preserva-se a singularidade da marca e, sob o ponto de vista do franqueado, confere-lhe a segurança de investir em um empreendimento consolidado, cujo valor é estável (ORENGA; FERRERO, 2016).

Ray Kroc, na condição de Master Franqueado, descumpriu suas obrigações contratuais ao agir sem diligência na escolha dos novos contratantes, o que ensejou o rompimento do modelo de negócio por parte de algumas sub-franquias, que ofertaram produtos e serviços incompatíveis com a qualidade da marca. Assim, identificada a quebra contratual, é devida a multa rescisória, bem como indenização por eventuais danos materiais e/ou morais.

Ademais, ao utilizar o nome McDonald's no ramo imobiliário, o Master Franqueado viola os direitos de marca dos irmãos Mac e Dick, tendo em vista que, naquele momento, já haviam lanchonetes McDonald's em cerca de 17 estados, o que revela o patamar de grande reconhecimento da sociedade empresária. Caracterizado retroativamente o alto renome da marca, deve ser reconhecida sua proteção em todos os ramos de atividade. Nesse sentido, expressa o artigo 125, da Lei 9.279, 1996, que "à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade."

Quanto ao pagamento de *royalties*, tem-se que, nos termos do art. 107 do Código Civil, "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir." (BRASIL, Lei 10.406, 2002). Cabível, portanto, ação anulatória do acordo, sendo que a existência da cláusula verbal pode ser reconhecida por prova testemunhal ou outro meio idôneo (SANTOS FILHO, 2013) e, ainda, pelo uso das regras de experiência comum por parte do magistrado, pausando-se no art. 375, da Lei 13.105, 2015, que expressa que "o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial."

Ademais, sob o manto da análise econômica do Direito, ao mencionar que possuía o objetivo de adquirir a marca



McDonald's mesmo antes de assinar o contrato de franquia, Ray Kroc revelou ter agido com oportunismo (FREIRE, 2015), caracterizado pelo comportamento doloso na intenção de tirar vantagem à custa do outro, o que fere o paradigma da boa-fé e configura abuso de direito.

Sem embargo, pela Teoria do Fato Jurídico, resta patente a anulabilidade do contrato de franquia em razão da mencionada reserva mental, tendo em vista que, de acordo com a inteligência do art. 147 do CC, *in verbis*, “nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.” (BRASIL, Lei 10.406, 2002). Nesse sentido, são anuláveis os negócios jurídicos quando o dolo for a sua causa” (BRASIL, Lei 10.406, 2002, art. 145).

## 5.2 EMBASAMENTOS JURÍDICOS EM BENEFÍCIO DE RAY KROC

A Circular de Oferta de Franquia é instrumento obrigatório e de grande relevância nas relações de *franchising*, posto que, como consectário da boa-fé do franqueador, permite ao franqueado qualificar a viabilidade da atividade empresarial no mercado, sob todas as perspectivas (MARTINS, 2017).

Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: (BRASIL, Lei 8.955, 1994, art. 3º)

Nesse contexto, a ausência de entrega da circular de oferta pelos irmãos McDonald foi ato que desobedeceu ao princípio da informação e retirou de Ray Kroc o direito ao prazo de reflexão anterior à assinatura do contrato, o que pode ensejar a rescisão do contrato de franquia e a devolução de todo o valor

investido pelo franqueado.

Ademais, o art. 6º da Lei 8.955/94 estabelece que “o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.” Ocorre que a concretização do contrato em análise desrespeitou o dispositivo legal, posto que apenas os interessados e o advogado dos franqueadores estavam presentes. Assim, se tampouco a formalização do contrato é válida, quanto mais os atos de execução, razão pela qual não pode haver responsabilização do franqueado.

Trata-se de contrato de longo prazo, cujas prestações são diferidas no tempo, motivo pelo qual deve haver espaço para re-pactuação. É cediço que a *alea* é elemento presente em todos os contratos, e, sob a ótica da análise econômica do Direito (FREIRE, 2015), tudo o que facilite a negociação e diminua os custos (*ex ante* ou *ex post*) deve ser considerado eficiente, o que não foi observado pelos irmãos McDonald.

Nesse íterim, o benefício exclusivo não pode ultrapassar os ganhos coletivos. Ou seja, não se deve admitir que os franqueadores se oponham à redução dos custos com base – tão somente – nas compensações de segunda ordem (satisfação pessoal, nome e reputação). Ao contrário, deve-se priorizar os valores indicados pelo Princípio da Socialidade, que agregam maior valia ao coletivo, zelando pela geração de empregos e pelo desenvolvimento socioeconômico, sobre pena de imiscuir-se em abuso de direito.

Senão vejamos o r. ensinamento do Professor Miguel Reale:

Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da "socialidade", fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário,

o pai de família e o testador. (REALE, 1998, [N.p.]

Além disso, a postura gerencial do master franqueado, ainda que se pretenda criticá-lo, gerou externalidades positivas aos irmãos McDonald, aumentando o valor da marca através de expansão da rede de negócios, devendo Ray Kroc ser reparado pelos reflexos positivos que infligiu ao contrato.

É o parecer.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Análise Econômica do Direito é um enfoque interpretativo da ciência jurídica, mas não só, porquanto deve pairar sobre as fontes materiais. A depender do ponto de vista, a AED incide sobre ou, até mesmo, sofre reflexos do paradigma da sociabilidade, insculpido, de forma positivada, ou seja, formalmente, no artigo 421 Código Civil Brasileiro de 2002.

Os contratos empresariais, notadamente o de franquia, submetem-se à função social e devem ser concebidos sob aspectos que gerem mais-valia social, a produzir riquezas e, assim, incentivar o desenvolvimento sustentável.

A grande problemática que se instala no tocante aos negócios empresariais reside na dificuldade de renegociação de cláusulas insculpidas em contratos de trato sucessivo, visto o aparecimento de vicissitudes e externalidades *ex post*.

Nesse contexto, sob a sistemática de *law and economics*, as partes devem estar disponíveis a participar de constantes reuniões, a visar uma mais adequada completude do instrumento contratual, até por causa do dinamismo da relação cível, que não mais é entendida sob um painel estático.

No caso vertente, percebeu-se a incidência de inúmeras entropias, bem como, *a priori*, de uma visão socioeconômica com mais utilidade a partir das ideias de Ray Kroc, que pretendia diminuir os custos da franquia, agregando valor ao negócio a partir da redução das externalidades de rede (com os fornecedores) e, também, da *hold up* contratual a qual estava subordinado,

somando-se a tais fatores o incremento de novos franqueados e do lucro.

O raciocínio acima revela-se, todavia, apriorístico, porque, já sob o cânone da eticidade, Ray Kroc afastou-se, supostamente, da boa-fé contratual e suas figuras parcelares, a distanciar-se da lealdade e confiança (*treu und glauben*) que deve permear as relações cíveis.

Não devendo o Direito socorrer vícios contratuais e a intenção de uma parte locupletar-se ilicitamente, salvaguardam-se os irmãos McDonald's, não sem, antes, contudo, criticar-se a conduta engessada que ambos adotaram quanto às renegociações da *franchisage*, que, inclusive, poderia ensejar, sob aspectos de litigância judicial, a procedência parcial das pretensões das partes contratuais segundo um enfoque jurídico-econômico.



## REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueiredo. *A nova teoria do direito contratual com o atual Código Civil*. 17 jan 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-jan-17/teoria\\_direito\\_contratual\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2003-jan-17/teoria_direito_contratual_brasil)>. Acesso em 01 jun 2018.
- ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 01 jun 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da*

*República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 set 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm)>. Acesso em 01 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 15 dez 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em 01 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19279.htm)>. Acesso em 04 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 jan 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 01 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 04 jun 2018.

\_\_\_\_\_. O que é franquia? *Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior*. 2005. Disponível em: <<http://agildoc.com/wp-content/uploads/2017/07/O-QUE-%C3%89-UMA-FRANQUIA.pdf>>. Acesso em 01 jun 2018.

CARVALHO, Cristiano de; MATTOS, Ely José de. *Análise econômica do Direito Tributário e colisão de princípios: um caso concreto*. 2008. p. 2. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5sb875z8#page-1>>.

Acesso em 04 jun 2018.

COASE, Ronald Harry. The problematic of social cost. *The Journal of Law and Economics*, [S.l.], v. III, p. 1-44, out 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

DURAN, Fabio. *Master Franquia e Multifranqueado: o que é e como funciona*. 23 jul 2017. Disponível em: <<https://hubify.com.br/blog/master-franquia-e-multifranqueado-o-que-e-e-como-funciona/>>. Acesso em 01 jun 2018.

HANCOK, John Lee. *Fome de poder*. Estados Unidos: Film Nation Entertainment; The Combine; Faliro House Productions; The Combine, 2016. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/80101899>>. Acesso em 01 jun 2018.

FREIRE, Paula Vaz. *Curso de Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e o Direito da Regulação Econômica*. 2015. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=FkcVbcYS10g&list=PLeqBSwj-PeUkBWSLFKdGiJAWO2\\_9cVsVWB&index=1](https://www.youtube.com/watch?v=FkcVbcYS10g&list=PLeqBSwj-PeUkBWSLFKdGiJAWO2_9cVsVWB&index=1)>. Acesso em 01 jun 2018.

GICO JUNIOR, Ivo T. *Economic Analysis of Law Review: Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Distrito Federal. Grupo de Pesquisa em Direito e Economia: 2010. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4071991/analise-economica-do-direito>>. Acesso em 01 jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. III.

MARTINS, Ivo Fernando Pereira. *Lei 8955 Comentada (Lei de Franquia)*. 2 dez 2017. Disponível em: <<https://ivofpmartins.com.br/lei-8955-comentada-lei-de-franquias/>>. Acesso em 04 jun 2018.

NETO, Sebastião de Assis. et alia. *Manual de Direito Civil*.

- Salvador: JusPODIVM, 2013, v. único.
- ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. *Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso*. 27 nov 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em 04 jun 2018.
- REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais*, n. 752, p. 22-30, jun. 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/reale1.htm>>. Acesso em 01 jun 2018.
- SALZBERGER, Eli. *The economic analysis of Law - The dominant methodology for legal research?!*. 4 dec 2007. p.4. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1044382>>. Acesso em 04 jun 2018.
- SANDRI, Jussara Schmitt. *Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. Revista de Direito Público*, Londrina, v. 6, n. 2, p. 120-141, ago-set. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8721/9062>>. Acesso em 01 jun 2018.
- SANTOS FILHO, Alziro da Motta. *A validade do contrato verbal*. 16 set 2013. Disponível em: <<http://www.msv.adv.br/a-validade-do-contrato-verbal/>>. Acesso em 04 jun 2018.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *La aplicación constitucional del 'el análisis económico del Derecho (AED)': ¿nada menos y nada más que un 'enfoque'?*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008. Disponível em: <<https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02Vanossi.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018
- VELOSO, Sílvia Mechelany. *Análise econômica da função social do contrato - Art. 421 do Código Civil. Revista de*

*Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr-jun. 2013.