

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE**

Norton Belém Cirqueira

**Contrato de Franquia Pública:**  
**Estudo da aplicabilidade do contrato de franquia ao serviço público**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

São Paulo

2016

**NORTON BELÉM CIRQUEIRA**

**Contrato de Franquia Pública:**

**Estudo da aplicabilidade do contrato de franquia ao serviço público**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do certificado de especialização em Direito Contratual, sob a orientação do Prof. Me. Pedro Henrique Jeronimo Minamidani.

São Paulo

2016

*À Najla Frattari,  
pela inspiração, apoio e compreensão,  
em meus propósitos de vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao caro orientador, Professor Pedro Henrique Teruji, pelos ensinamentos e exemplar dedicação à atividade docente, tanto por propiciar notável conhecimento como por despertar em seus alunos maior interesse e admiração pelo Direito.

À minha amada Najla Frattari, a quem também dedico esse trabalho, sobretudo, pela incondicional motivação e apoio na conclusão desse curso.

À minha mãe, Maria Belém, e a todos meus irmãos, irmã, sobrinhos e sobrinha, por serem tão presentes e importantes em cada etapa e sucesso que logro em minha vida.

## RESUMO

CIRQUEIRA, Norton Belém. Contrato de franquia pública: estudo da aplicabilidade do contrato da franquia ao serviço público. 2016. 87 f. Monografia (especialização em Direito Contratual) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

A presente monografia, realizada por meio de pesquisa bibliográfica, propõe-se a verificar a possibilidade, os fundamentos jurídicos e os meios pelos quais a Administração Pública possa utilizar o contrato de franquia para fomentar a prestação de serviços públicos, em parceria com a iniciativa privada. Para isso, foi feito, primeiramente, uma análise dos aspectos gerais do contrato de franquia empresarial, sobretudo, do ponto de vista jurídico, e, posteriormente, buscou-se identificar as principais formas e espécies de contratação praticada pela Administração Pública brasileira, voltadas para a prestação de serviços públicos, para então adentrar no estudo da franquia pública, em especial, direcionada ao serviço público. Esse trabalho se justifica na tendência de novas modalidades de contratação de serviços públicos, baseadas em estruturas contratuais de direito privado que coadunem com os valores pertinentes à esfera pública, sobretudo, naquelas que se correlacionam com o princípio da eficiência, dentre as quais tem se destacado o contrato de franquia. Juntamente com os estudos de casos concretos, dos *Correios* e das *Lotéricas*, chega-se a conclusão de ser juridicamente possível e viável a implantação de franquia pelo Poder Público para a otimização de determinados serviços, desde que seja previamente regulamentada em lei, senão, observadas nas normas gerais de direito público já existentes. Para isso é imprescindível, igualmente, uma análise prévia e detalhada da natureza e das características do serviço público cuja atividade se pretende delegar por franquia.

Palavras-Chave: Contratos, Franquia, Administração Pública, Serviço público.

## ABSTRACT

This monograph, carried out by means of literature, propose to check the possibility, the legal basis and the means by which the public authorities can use the franchise agreement to foster the delivery of public services, in partnership with the private sector. For that was done, first, an analysis of the general aspects of the business franchise contract, especially from a legal point of view, and then sought to identify the main forms and hiring species practiced by the Brazilian Public Administration, aimed at the provision of public services, and then enter the study of public franchise, especially directed to the public service. This work is justified on the trend of new contracting arrangements for public services, based on contractual structures of private law, which fit with the relevant values to the public sphere, especially those that relate to the principle of efficiency, among which has been highlighted the franchise agreement. Along with the concrete case studies, *Correios* and *Lotéricas*, one comes to the conclusion to be legally possible and feasible the implementation of franchise by the Government for the optimization of certain services, provided that previously regulated by law, but observed the general rules of existing public law. For this is essential, also, prior and detailed analysis of the nature and characteristics of public service whose activity is intended to grant a franchise.

Keywords: Contracts, Franchising, Public Administration, Public Service.

## SUMÁRIO

|                                                                      |           |
|----------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                              | <b>7</b>  |
| <b>1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA.....</b>           | <b>9</b>  |
| 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS .....                                        | 9         |
| 1.2 ASPECTOS CONCEITUAIS .....                                       | 14        |
| 1.3 ASPECTOS ECONÔMICOS.....                                         | 18        |
| 1.4 ASPECTOS JURÍDICOS .....                                         | 20        |
| <b>2 DO CONTRATO DE FRANQUIA NO SETOR PÚBLICO .....</b>              | <b>39</b> |
| 2.1 CONTRATOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ASPECTOS GERAIS .....            | 41        |
| 2.1.1 <i>Concessão comum ou tradicional de serviço público</i> ..... | 46        |
| 2.1.2 <i>Permissão de serviço público</i> .....                      | 55        |
| 2.2 CONTRATO DE FRANQUIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....                   | 58        |
| 2.3 ESTUDO DE CASOS.....                                             | 69        |
| 2.3.1 <i>Correios</i> .....                                          | 69        |
| 2.3.2 <i>Lotéricas</i> .....                                         | 78        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                                | <b>82</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                              | <b>85</b> |

## INTRODUÇÃO

Nas relações privadas empresariais, o contrato de franquia tem se mostrado cada vez mais como uma opção rápida de expansão e maior rentabilidade das atividades negociais. Essa sistematização para o crescimento e visibilidade do empreendimento, como veremos, teve início nas atividades de comércio e indústria, a partir de iniciativas de empresas como a Singer e McDonald's. Posteriormente, ganhou força também no ramo de serviços, tendo-se hoje uma infinidade de setores que se utilizam do instituto da franquia para o incremento da atividade tais como academias, salão de beleza, locação de veículos etc.

Nesse sentido, algumas entidades da Administração Pública ousaram também utilizar esse modelo empresarial, sobretudo, como forma de expansão da rede de atendimento aos usuários do serviço público, com destaque para as franquias postais da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. A ousadia é pelo fato da ausência no ordenamento, a princípio, de lei que regulamentasse e autorizasse tal prática pela Administração. Conquanto, hoje, para o caso da franquia postal haja lei específica, Lei n. 11.668, de 02 de maio de 2008, que veio justamente para assegurar a continuidade da prática de franquia pela ECT, esta já havia antes implementado o sistema com resultados bastante exitosos.

Vale destacar que essa iniciativa da Administração Pública se dá dentro do contexto de reforma administrativa, a partir da qual se procura, além de outros instrumentos, criar ou adotar novas práticas contratuais para execução de suas atividades e, conseqüentemente, realização de suas finalidades, dentre as quais ressalta a de propiciar maior eficiência aos serviços prestados.

Também, nesse contexto, ocorre o processo de desburocratização da máquina administrativa, por meio do qual o Estado procura analisar a viabilidade e possível adequação de sistemas já testados e bem sucedidos no âmbito das relações privadas, como o caso de franquias, para que, de uma forma mais rápida e racional cumpra seus deveres legais e satisfaça os anseios de seu povo, de maneira mais otimizada, eficiente e menos onerosa, tudo isso sem perder o controle sobre os serviços delegados.

Diante dessas mudanças que paulatinamente acontecem na Administração Pública, o presente trabalho tem o intuito de fazer um levantamento geral dos contratos administrativos



relacionados a serviços públicos e análise dos aspectos contratuais da franquia para, posteriormente, verificar os fundamentos jurídicos, a aplicabilidade, e as formas de utilização deste sistema na esfera público-administrativa.

Assim, a pesquisa tem os seguintes objetivos:

- a) identificar os aspectos gerais do contrato de franquia empresarial, sobretudo, do ponto de vista econômico e jurídico, averiguando também a origem, características e conceitos com fim de conhecer as propriedades e peculiaridades dessa modalidade contratual;
- b) levantar as principais formas e espécies de contratação pela Administração Pública relacionadas ao serviço público, focando em suas principais características;
- c) verificar as possibilidades e os fundamentos jurídicos e doutrinários existentes, bem como os melhores meios de a Administração Pública utilizar o contrato de franquia como alternativa para formar parceria com a iniciativa privada interessada em participar na prestação de serviços públicos, mantendo sua participação na gestão e no controle sobre a atividade transferida.

Portanto, a partir da identificação dos aspectos gerais do contrato de franquia e do conhecimento das principais formas de contratação admitidas da Administração Pública, conforme os objetivos acima traçados, pretende-se verificar a viabilidade do franchising como modelo de contrato a ser utilizado pelos entes públicos, como medida para atender os anseios por um Estado mais gestor e menos executor, que visa proporcionar aos cidadãos, em colaboração com o particular, uma prestação de serviços públicos com maior qualidade e abrangência.

## 1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA

### 1.1 Aspectos históricos

Como referencial histórico para a origem do sistema de franquia empresarial tal como é concebido hoje, uma boa parte doutrina<sup>1</sup> aponta a estratégia e o processo de expansão iniciados pela empresa norte-americana Singer Sewing Machine, por volta de 1850 e 1860. Naquela ocasião, a Singer credenciou agentes em diversas regiões dos Estados Unidos, concedendo-lhes o direito de usar a sua marca, a qual já gozava de expressiva notoriedade, e transferindo-lhes conhecimentos de práticas comerciais, para que esses agentes, com recursos próprios, pudessem comercializar e divulgar os produtos da empresa em diversas cidades daquele país, mas que, em contrapartida, repassava à concedente parte dos lucros nas vendas, remuneração esta que recebeu o nome de “*royalties*”.

No entanto, há outros doutrinadores<sup>2</sup> que apontam a década de 1950 como o marco inicial do sistema de franquia, tendo por referência o surgimento da rede *Mc Donald's Corporation*, em 1955, no ramo alimentício de *fast food*. A partir de então houve o aparecimento de novas redes nesse segmento de alimentação, tais como *KFC* e *Burger King*, que também adotaram os métodos de franquia para promover a expansão de seus negócios (FERNANDES, 2003, p. 23). Isso gerou igualmente notoriedade para o *franchising* nos Estados Unidos e, por conseguinte, transformou essa época em uma referência para o sistema que ficou conhecida como o *boom do franchising* (SIMÃO FILHO, 2000, p.19).

O contexto histórico que distinguiu este período nos EUA, contribuindo, segundo alguns autores, para o desenvolvimento do sistema de franquia naquele país, corresponde ao pós Segunda Guerra Mundial. Naquela ocasião, os Estados Unidos recebia de volta um contingente de ex-combatentes que, diante da crise gerada, encontrou enormes dificuldades para relocação no mercado de trabalho, seja pela falta de experiência, seja pela falta de oportunidade. Perante as dificuldades financeiras e econômicas por quais passava o país, fazer

---

<sup>1</sup> Pode-se citar, a título de exemplo, os seguintes autores que apontam a forma de expansão da empresa Singer Sewing Machine como origem do franchising: Jorge Lobo (2003, p. 28); Marcelo Cama Proença Fernandes (2003, p. 22); Adir Ribeiro (2013, p. 478); Sílvia de Salvo Venosa (2014, p. 591); Maria Helena Diniz (2013, p. 71) e Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 698).

<sup>2</sup> O autor Sebastião José Roque (2012, p. 65) em obra assim defende essa posição: o marco inicial da franquia é tomado na cidade de San Bernadino, na Califórnia. Lá havia uma lanchonete com o nome de seu dono, McDonald's. Crescendo o movimento, o nome e o sistema de trabalho foram sendo concedidos para outros estados, e, hoje, está espalhado esse nome em todos os continentes, inclusive na China.

investimentos direto e inicial em atividades comerciais ou industriais era inviável, além de temerário (SIMÃO FILHO, 2000, p. 17-18).

Uma alternativa atraente para essas pessoas, bem como para aquelas que se interessaram pela oportunidade de deixar a subordinação do emprego para ter seu próprio negócio, foi a aquisição de franquias de empresas detentoras de marcas que, de certa forma, já logravam prestígios no mercado. O diferencial dessas empresas eram a qualidade e a aceitação de seus produtos bem como a experiência adquirida em vendas. O momento para essas empresas era de expansão, embora o contexto econômico também não lhes fosse propício para arriscar diretamente vultosos investimentos em mercados novos e até mesmo desconhecidos.

Assim, a adoção e o desenvolvimento do sistema de franchising, justamente nesse contexto histórico e econômico de instabilidade, pareceu ser a solução viável. A disponibilidade das empresas em permitir o uso de suas marcas e em transferir seu *know how* juntamente com assistência e suporte àqueles que não tinham experiência de comércio, mas que estavam dispostos a investir seus recursos em um empreendimento que transmitia mais segurança, sobretudo, em razão da confiança que havia conquistado no mercado consumidor, levou a prosperar essa diferenciada forma de expansão empresarial.

Agora, ao analisar os marcos históricos do franchising por outro viés, é possível constatar, com base nos fatos trazidos na obra de Marcelo Cama Proença Fernandes, que para cada modalidade de franquia tem como designar uma origem, em épocas distintas e subsequentes. Assim, a *franquia comercial* teria surgido em meados do Século XIX com o modelo de expansão da *Singer*, a *franquia industrial* no final do Século XIX com a adoção do modelo de franchising pela *General Motors* e pela *Coca-Cola*, e a *franquia de serviços* com a empresa *Mc Donald's* em meados do Século XX, todos esses fatos ocorridos nos Estados Unidos.

No contexto internacional, entretanto, mesmo com experiências anteriores apresentadas de forma incipiente e isolada em diversos países, o *franchising* somente ganhou o mundo na década de 1970, quando esse sistema passa a se desenvolver de maneira consistente também na Europa e no Japão, e na década de 1980 quando alcança os países da África e da América Latina em geral (FERNANDES, 2003, p.24).

No Brasil, por outro lado, antecipou-se uma década aos demais países da América Latina. Segundo Luiz Felizardo Barroso (*apud* Fernandes, 2003, p.24), a primeira experiência em franquias no nosso país foi feita pela loja “*Calçados Stella*”, em 1910<sup>3</sup>. Porém, dentro dos parâmetros atuais de franquia, a maior referência é da empresa *Yazigi*, criada em 1950, quando adotou, em 1966, o modelo de franchising para expansão de seus negócios. A empresa, que hodiernamente encontra-se em expansiva atividade, é considerada a pioneira em franquia de serviços no país<sup>4</sup>. Assim, as décadas de 70 e 80 marcam o início do crescimento do *franchising* no mercado brasileiro, período que contou também com a chegada de franquias do *Mc Donald's* (com a primeira unidade franqueada instalada no Rio de Janeiro em 1979).

O contexto que propiciou o desenvolvimento do sistema de franquia em território brasileiro está relacionado ao Plano Cruzado que propiciou aos cidadãos brasileiros a busca por diversificação de investimentos em razão da baixa rentabilidade das aplicações financeiras, levando o investidor a se interessar pelo franchising. Outro fator relevante foi a criação da Associação Brasileira de Franchising – ABF, em 1987, que proporcionou maior segurança e incentivo às contratações deste setor (FERNANDES, 2003, p. 24).

No entanto, o sistema de franchising, apesar de seu progressivo crescimento, assim como qualquer outro setor econômico, também passou por dificuldades com o fechamento de várias redes de franquias em todo o mundo, o que proporcionou certa regulamentação de suas relações em alguns países com o fim de resguardar as pessoas interessadas em investir na atividade empresarial por meio deste sistema.

Por outro lado, no geral, tanto o respaldo jurídico como investimentos e aperfeiçoamentos realizados no setor propiciaram ao franchising um crescimento cada vez mais estruturado, sobretudo, a partir das últimas décadas, podendo-se constatar um desenvolvimento sistematizado a partir do qual permitiu a alguns autores identificar alguns estágios dessa evolução. Esses estágios ficaram conhecidos como *gerações* do franchising, cujas quantidade e caracterização variam de autor para autor.

---

<sup>3</sup> Segundo Roque (2012, p. 65), trata-se de experiência que ocorreu na Bahia, quando um produtor de calçados de marca Stella, por meio de diversas lojas independentes passou a comercializar seus produtos em várias cidades do nordeste brasileiro.

<sup>4</sup> <http://www.suafranquia.com/historias/yazigi.html>. Acessado em 19 de maio, 2016.

Para Adir Ribeiro (2013, p. 528-592) há seis Gerações do Franchising. Sem pretensão de esmiuçar a matéria, mas apenas para melhor compreensão da forma como o franchising vem se desenvolvendo ao longo dos anos, vale apontar as características principais de cada geração descritas pelo autor.

A Primeira Geração, denominada Franquia de Produto e Marca sem exclusividade, tem o franchising simplesmente como uma estratégia de expansão para alcançar novos mercados, ainda sem muito controle sobre as operações dos franqueados, aos quais são concedidos a licença para uso da marca e o direito de distribuir os produtos do franqueador sem exclusividade em determinado mercado.

A Segunda Geração, por outro lado, é caracterizada pelas concessões de franquia acompanhadas de exclusividade para comercializar em determinada região, o que proporciona aos franqueados maior incentivo e segurança. Esta geração recebe o nome de Franquia de Produto e Marca com exclusividade.

A Terceira Geração, conhecida por Franquias de Negócio Formatado (*Business Format Franchising*), agrega à relação de franquia a transferência de *know how*, ou seja, a empresa franqueadora, por meio de manuais e treinamentos, repassa conhecimentos operacionais para seus franqueados e passa a acompanhar e a dar suporte à sua rede, assessorando os franqueados na gestão de seus negócios. A contratação é mais rígida, exigindo-se dos franqueados maior atenção e adequação aos padrões designados pela franqueadora.

Na Quarta Geração, que recebe o nome de Franquia de Aprendizado em Rede (*Learning Network Franchising*), o relacionamento entre franqueadores e franqueados fica mais aberto à troca de conhecimentos. A empresa franqueadora passa a agir como integradora e disseminadora de conhecimentos adquiridos a partir de um diálogo estabelecidos entre ela e sua rede de franqueados. Os padrões rígidos são substituídos por padrões suscetíveis às experiências e aos conhecimentos adquiridos pelos franqueados junto ao mercado consumidor, passando a franqueadora a assumir um papel mais voltado para orientar o desenvolvimento contínuo do negócio e de todo o seu sistema de franquias.

Pela Quinta Geração, cujo nome é Rede Inteligente ou Rede Operacional, ocorre uma integração de toda a rede pela informatização, tendo o franqueador como coordenador e fiscalizador das operações e mudanças nos procedimentos adotados ou sugeridos pela rede. Alguns autores, como cita Ribeiro (2003, p.555), vislumbram a Quinta Geração como a fase em que as Franqueadoras garantem a recompra da franquia e outros como a geração das Franquias Sociais, quando se passa a utilizar os métodos do franchising para replicar projetos e iniciativas de cunho social.

Por fim, na Sexta Geração, enquadram-se as franquias preocupadas não só com questões tipicamente empresariais tais como rentabilidade e lucro. Os franqueadores acrescentam aos valores da rede de franquia o compromisso com aquilo que se considera justo e sustentável. Na realização de seus negócios a sustentabilidade de seus processos e produtos torna-se fator relevante. À franqueadora compete traçar as diretrizes básicas e as regras mínimas para a sustentabilidade do negócio e de toda a rede. Tanto franqueados como todos os funcionários devem incorporar tais valores e princípios da empresa às práticas e à conduta do dia-a-dia.

Desta forma, podemos notar que aos poucos o instituto do franchising vem agregando novas características, novos valores que indicam o seu desenvolvimento no meio empresarial, apresentando cada vez mais atribuições na relação entre franqueador e franqueados, assim como responsabilidades decorrentes das interações imprescindíveis que possuem com a sociedade. Denota-se que a evolução do franchising vem acompanhando a evolução do mundo no que diz respeito às inovações tecnológicas, sobretudo, referentes à comunicação, bem como às novas concepções de conduta, missão e valores das entidades empresariais o que exige, cada vez mais, um desenvolvimento consciente, ético, mais sustentável e menos devastador.

Tudo isso tem levado a uma complexa concepção do que hoje seria um contrato de franquia. No entanto, é importante perguntar se todas essas inovações e valores de fato são essenciais para caracterização de uma relação de franquia. A nosso ver, nem todas essas qualificações acumuladas ao franchising com o tempo são elementares para a sua configuração, pois todos os diversos estágios coexistem hodiernamente e cada dia surgem novas relações de franquia no mercado que podem se enquadrar em um ou noutro estágio, contudo, todas fazendo parte do mesmo instituto, franchising.

## 1.2 Aspectos conceituais

Em razão dessa gama de facetas que podem caracterizar o franchising, ao pesquisarmos sobre esse instituto nos deparamos com os mais variados conceitos. Os autores e instituições que estudam ou trabalham com o franchising não são uníssonos ao conceituar essa modalidade contratual, sendo bem variados os elementos trazidos para compor a opinião de cada um deles. Uns se limitam as qualidades da primeira e da segunda geração, enquanto outros abarcam elementos da Terceira Geração. Uns se restringem aos aspectos de permitir o uso de marca ou nome social e de dar assistência aos franqueados, enquanto outros, para conceituar franchising, levam em consideração diversas atribuições como a transferência de conhecimentos técnicos e operacionais, a exclusividade de atuação em determinada área geográfica, a limitação do tempo contratual, o suporte na implantação do empreendimento, o treinamento de franqueados e de seu pessoal e/ou o oferecimento de estudo de fatores mercadológicos relacionados ao negócio, tal como marketing. Uns, ao conceituar contrato de franquia, o enquadram como tipo de contrato de prestação de serviços, outros como um método ou espécie de contrato de colaboração, e outros ainda como método de distribuição. Fato é que, do ponto de vista doutrinário, não há um consenso em relação aos elementos identificadores do contrato de franquia, nem quanto à sua natureza, existindo diversas concepções.

O autor Jorge Lobo (2003, p.32), após citar diversos doutrinadores e algumas instituições ligadas ao comércio, tanto nacionais como estrangeiros, apresenta um conceito bastante abrangente que vale a transcrição:

Para nós, *franchising* é o contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia de assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (*engineering*), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (*management*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (*marketing*).

Por outro lado, o autor Philippe Bersis (*apud* LOBO, 2003, p.30) apresenta uma concepção bem sintética de franquia ao considerar apenas que: “a franquia se define como um método de colaboração entre uma empresa, o franqueador de uma parte, e um ou vários empresários, os franqueados de outra parte”.

Para se estabelecer um conceito ou definição para qualquer objeto (seres vivos, coisas, instituições, relações etc.) é necessário, sobretudo, demonstrar e limitar os elementos que possam ao mesmo tempo identificar e diferenciar o objeto a ser definido. Assim, dizer simplesmente que o contrato de franquia se trata de um método de colaboração não o diferencia de tantos outros contratos que também apresentam esse método tais como os contratos de agência, de representação comercial, de concessão mercantil etc. Pequenos detalhes transmudam a figura contratual tal como ocorre com a compra e venda, a doação, o empréstimo e o comodato para os quais a tradição do bem é uma característica de todos os contratos, não sendo a tradição suficiente para caracterizá-los isoladamente e, assim, diferenciá-los um dos outros. Por outro lado, agregar diversos elementos que podem ou não compor um contrato de franquia, da mesma forma, não lhe acarreta um conceito ou uma definição capaz de diferenciá-lo dos demais por transpor seus elementos essenciais.

Nesse sentido, o conceito legal trazido pela Lei brasileira n.8.955/1994, a lei que dispõe em especial sobre o contrato de franquia empresarial, em seu art. 2º, nos parece bem definir e apresentar os elementos essenciais do franchising, ainda que haja críticas de alguns autores a esse conceito e com respeito às mais variadas concepções encontradas na doutrina. Diz o referido art. 2º:

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 semiexclusiva 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.

Dentre as qualidades deste conceito de franchising, compete por hora ressaltar a afirmação de que franquia empresarial se trata de um “sistema”. A palavra “sistema”, de



ampla aplicabilidade, segundo o Dicionário Michaelis<sup>5</sup>, entre outros significados, apresenta os seguintes: “corpo de normas ou regras, entrelaçadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, formando um todo harmônico”; “conjunto ou combinação de coisas ou partes de modo a formarem um todo complexo ou unitário”.

O conceito legal não limitou o sentido da expressão “sistema” a um sistema de distribuição ou de colaboração como fizeram alguns autores ou entidades<sup>6</sup>. Ademais preferiu o legislador o vocábulo “sistema” a termos específicos e singulares relacionados à natureza jurídica do instituto como “acordo” ou “contrato”, ou pertinentes a algum de seus objetos tais como “concessão”, “cessão”, “uso”, “transferência”, “distribuição”. Empregou-se a expressão “sistema”, para bem representa o caráter empresarial que pode possuir o contrato franquia. Pois, se empresarial, além de franquia, o contrato poderá agregar um conjunto de diversas relações contratuais, como fornecimento, prestação de serviços etc. tal como ocorre na prática.

Isso leva diversos autores a defender um caráter híbrido ou complexo para contrato de franquia. De fato, quando empresarial, esse caráter se apresenta já que a relação será composta por varias modalidades contratuais interdependentes. Contudo, no momento vale ressaltar que a essencialidade do contrato de franquia em si está no direito de uso de uma propriedade industrial. Outras peculiaridades do conceito jurídico deste instituto serão abordadas no item 2.3, o qual se destina a analisar os aspectos jurídicos do contrato de franchising.

Ademais, por hora, vale ainda destacar os aspectos públicos ou sociais que podem possuir uma franquia. Trata-se de conteúdo com poucos estudos a respeito, tendo em vista sua aplicação isolada e incipiente, apesar de sua relevância. Todavia, o jurista Luiz Felizardo Barroso fomentou a discussão sobre esse tema, franquia público-social, publicando a sua tese de doutorado que leva essa intitulação.

---

<sup>5</sup><http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=sistema>. Acessado em: 16 de junho, 2016.

<sup>6</sup> A título de exemplo, citado por Lobo (2003, p 29-31) temos: Philippe Bersis (método de colaboração), o Conselho do Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e Comércio (sistema de distribuição) e a Comissão Belga de Distribuição (sistema de colaboração).

De sua obra (BARROSO, 2008, p. 49) pode-se extrair o conceito de franquia social, o qual foi elaborado pela Fundação IOCHPE que a define como “*forma de multiplicar iniciativa social bem-sucedida, possibilitando sua implantação em novas comunidades, ampliando os resultados obtidos e gerando sustentabilidade do processo*”.

A Fundação IOCHPE<sup>7</sup> foi instituída em 1989 pela empresa Iochpe-Maxion S/A e hoje coordena dois programas sociais, o *Formare*, destinado à qualificação profissional de jovens de famílias de baixa renda em ambientes empresariais, e o *Arte na Escola*, que promove a qualificação do ensino da arte nas escolas. O *Formare* existe desde 1988, mas foi formatado para um modelo adaptável para atender diversos ambientes empresariais em 2001, quando então teve início o seu processo de expansão. O *Formare* é reconhecido como o primeiro modelo de franquia social sem fins lucrativos do Brasil. Hoje conta com 67 unidades em 50 cidades no Brasil e com 46 empresas parceiras.

O *Formare* é um projeto implantado no próprio ambiente da empresa, a qual deve disponibilizar um espaço aproximado de 60 m<sup>2</sup> para sala de aula e equipe de profissionais voluntários do próprio quadro de funcionários para coordenar e instruir o curso a ser ministrado aos jovens. Trata-se de modelo de franquia social com métodos e processos experimentados e organizados em manuais e que conta com o apoio e suporte da Fundação para a implementação e desenvolvimento do programa.

O conceito de franquia pública não diverge, em suma, dos demais conceitos de franquias e apresenta, no geral, o mesmo objeto ou conteúdo, podendo se referir tanto a questões empresariais como sociais. O que vai caracterizar a franquia como “pública” é a figuração de qualquer ente da Administração Pública, seja de direito público ou de direito privado, como as empresas públicas ou sociedades de economia mista, na qualidade de franqueador na relação de franchising. A literatura pesquisada, ao definir franquia pública, apenas a identifica com o conceito das franquias empresariais, contudo, a nosso ver, não há impedimentos para que a Administração Pública também crie iniciativas de franchising social o que, aliás, condiz apropriadamente com seus propósitos institucionais. Uma sugestão nesse sentido, com base no estudo de Briones (2015), poderia ser a de regulamentação do comércio

---

<sup>7</sup> <http://fiotchpe.org.br/>, acessado em: 15 de junho, 2016; <http://www.formare.org.br/formare/o-que-e-o-formare/numeros-formare>, acessado em: 15 de junho, 2016.

informal de ambulantes em determinado transporte público e, posteriormente, permitir a replicação de tal projeto social em outras concessionárias de serviço público.

Embora o conteúdo conceitual esteja centrado nas relações empresariais, o conceito de franquia pública formulado por Marcelo Lamy (2002, p. 173) é um dos poucos encontrados na doutrina e bem demonstra essa única peculiaridade do conceito, ao identificar um ente da Administração Pública como detentor de uma franquia:

Franquia pública é uma relação jurídica efetivada por um contrato escrito em que a Administração Pública (franqueador) cede temporariamente o uso de uma imagem empresarial (marca, título de estabelecimento, insígnias, etc.), transfere um conjunto de conhecimentos empresariais (*know how*) e verifica a sua efetiva utilização (assistência técnica e comercial), para que a outra (franqueado), escolhida em processo licitatório ou semelhante, explore uma fórmula empresarial em um mercado dividido entre todos os integrantes de uma rede de empresas que exploram a mesma atividade, mediante a remuneração estipulada.

O presente trabalho tem o intuito de, ao final, confirmar esse conceito de “franquia pública” e demonstrar a viabilidade de utilização do modelo de franchising pela Administração Pública não apenas para atividades econômicas ou sociais, mas também de serviços públicos como forma de aperfeiçoamento da gestão pública e melhoria da qualidade do serviço.

### 1.3 Aspectos econômicos

Mesmo em um contexto de crise econômica pelo qual passam atualmente o mundo e também o Brasil, o mercado de franquia encontra resiliência para continuar em crescimento e gera prospecções favoráveis ao setor.

Segundo o relatório de “Desempenho do Franchising Brasileiro 2015” da Associação Brasileira de Franchising – ABF<sup>8</sup>, o número de redes franqueadoras de 2014 para 2015 teve um crescimento de 4,5%, passando de 2.942 redes para 3.073. Nesse mesmo período o

---

<sup>8</sup> <http://www.portaldofranchising.com.br/central/Content/UploadedFiles/Arquivos/desempenho-franchising-novo-2015.pdf>, acessado em 30 de maio, 2016.

faturamento do setor apresentou uma alta de 8,3%, chegando a quase R\$140 bilhões, e número de unidades franqueadas saltou de 125.641 para 138.343, representando uma expansão de 10,1%. O estudo mostra que mais de 90.000 empregos diretos foram criados no setor de franchising no último ano, totalizando 1.189.785 de empregos, o que representa em relação ao ano anterior um aumento de 8,5%. Vale ressaltar que todos esses dados mostraram nos últimos cinco anos uma variação positiva para o setor de franquias. Além disso, as projeções para o setor também são promissoras. Espera-se para 2016 um crescimento de 6 a 8% no faturamento das redes e de 8 a 10% no número de unidades de franquias.

Esse crescimento econômico do setor de franchising no Brasil encontra respaldo também no processo de internacionalização das franquias brasileiras. O ano de 2015 fechou com 134 redes nacionais presentes em 60 países, sendo 110 empresas com unidades no exterior e 24 realizando exportação. Em 2014, eram 110 redes em 53 países. Por outro lado, o setor em território nacional é igualmente impulsionado pela vinda de empresas do exterior. São 159 redes de franquias estrangeiras investindo atualmente no mercado brasileiro.

Várias são as vantagens da própria operação de franchising que também contribuem para esse crescimento econômico e para o fortalecimento da atividade no mercado. O sistema de franquia atrai cada vez mais empreendimentos interessados na sua implantação como forma de expansão empresarial, assim como pessoas ou empresas interessadas em investir em um novo negócio vinculando-se a uma determinada franquia. O contrato de franquia, por mais simples que seja, tem potencial para proporcionar resultados favoráveis tanto para o franqueador como para o franqueado. O franqueado, por poder explorar uma marca que, por alguma razão peculiar, gere atração de consumidores, ou por explorar uma patente cuja invenção irá lhe gerar renda e lucro. O franqueador, por receber royalties de sua concessão.

Nos casos de franquias de negócios formatados, as quais trouxeram visibilidade para o instituto, as vantagens são bem atrativas tanto para aqueles que pretendem expandir seu negócio passando a franqueá-lo, como para aquele que pretende iniciar um novo empreendimento por meio de uma franquia. Dentre as distintas vantagens do sistema, o franqueador terá acesso a novos mercados e ampliação da rede, sem necessidade de grandes investimentos iniciais, imobilização de ativos financeiros e aumento do quadro de pessoal, pois tudo isso ficará a cargo do franqueado. Por outro lado, o franqueado ganha autonomia de

gestão de sua unidade que, apesar de assumir o risco e as responsabilidades de sua atividade, obterá o lucro proveniente de sua empresa.

Além disso, o franqueado adquire conhecimento e suporte do franqueador que, em contrapartida, participa dos resultados de cada unidade recebendo os royalties que lhe for devido. O franqueado irá se beneficiar da notoriedade da marca, já existente, bem como irá propiciar notoriedade à marca no mercado a que se dedicar, gerando, assim, benefício para toda a rede. Essa notoriedade ainda será alimentada pela publicidade que poderá contar com o patrocínio de toda a rede. Isso permitirá a utilização de diversos veículos de marketing, inclusive aqueles com maior amplitude. Enfim, embora, claro, também haja riscos e contratempos, inúmeras são as vantagens que motivam à adoção do sistema, o que lhe proporciona crescimento tanto no cenário brasileiro como mundial.

#### **1.4 Aspectos jurídicos**

O franchising, do ponto de vista jurídico, pertence, a princípio, à esfera do direito privado, está vinculado aos valores do direito civil e se constitui como um dos institutos do direito contratual. Formado a partir de uma relação jurídica contratual, apresenta diversas particularidades dentre as quais algumas principais serão abordadas com intuito que traçar um panorama geral desse instituto identificando-se tanto os seus aspectos específicos previstos na lei de franquia empresarial (Lei n. 8.955/94) como os aspectos contratuais gerais que lhes sejam pertinentes e relevantes para o presente estudo. Assim, o estudo dessas questões inicia-se com a retomada da compreensão do conceito legal de contrato de franquia empresarial e com a análise das demais previsões da referida lei sobre franquia para então prosseguir com as características gerais do contrato pertinentes ao franchising tais como formação, conteúdo (como obrigações e responsabilidades) e extinção.

Para melhor exame do conceito legal, segue novamente a transcrição do dispositivo de lei que referencia para o ordenamento jurídico pátrio a concepção de franquia:

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 semiexclusiva 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. (Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994, art. 2º)

Como visto, o legislador qualificou o contrato de franquia empresarial como “sistema”. A nosso ver, acertadamente; haja vista que o contrato de franquia, de fato, não se dá por uma única relação jurídica ou simplesmente por várias relações particularmente acumuladas, mas sim pelo arranjo, entrelaçamento, de várias relações pactuadas pelas partes, sendo que duas, pelo disposto no preceito citado, são necessárias para a caracterização do contrato de franquia do ponto de vista legal. São elas: o direito de uso de marca ou patente e o direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. No entanto, a lei não limita a estas as relações jurídicas passíveis de contratação em franquia. Inclusive descreve a transferência do saber-fazer (direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mais conhecido por estrangeirismo da língua inglesa como *know-how* ou do idioma francês como *savoir-faire*) como uma relação opcional de contratação, deixando claro, ao utilizar a expressão “eventualmente”, que tal obrigação é prescindível para configuração jurídica do contrato de franchising.

Entretanto, alguns autores nacionais e diversos operadores de franchising questionam o referido conceito legal, sobretudo, em virtude de não ter colocado o *know-how* como elemento essencial do contrato de franquia. Isso porque consideram a transferência do conhecimento operacional e tecnológico fundamental para o franchising, principalmente, para o desenvolvimento e para a prosperidade do sistema, uma vez que partem do pressuposto que os franqueados ao “adquirirem” uma franquia, não detenham o conhecimento necessário sobre negócio objeto da franquia e sem ele a operação tenderia ao fracasso.

Autores como Lamy (2002) defende que é necessária a realização de uma interpretação sistemática de todo o conteúdo da lei para se extrair o conceito legal correto e conclui que *o conceito legal de franquia, não se confunde com o conceito do direito pátrio, ainda mais com o conceito de um dispositivo isolado*. Em seguida, apresenta sua definição de franquia como:

Franquia é uma relação jurídica efetivada por um contrato escrito em que uma das partes (franqueador) cede temporariamente o uso de uma imagem empresarial (marca, título de estabelecimento, insígnias, etc.), transfere um conjunto de conhecimento empresariais (*know-how*) e verifica a sua efetiva utilização (assistência técnica e comercial), para que a outra (franqueado) explore uma fórmula empresarial em um mercado dividido entre todos os integrantes de uma rede de empresas que exploram a mesma atividade, mediante a remuneração estipulada. (LAMY, 2002, p. 35)

O conceito de Lamy coaduna como **o conceito da maioria dos doutrinadores** que complementam o conceito legal para definir o contrato de franchising conforme as franquias estão hoje mais comumente configuradas, disponibilizando conjuntamente o *know how* e a assistência técnica ou comercial, como se houvesse a entrega de um “pacote fechado” a entidade franqueada, as quais são conhecidas como “*franquias formatadas*”, ou pela expressão inglesa como “*business format franchising*”. Na há dúvidas de que a contratação que se enquadre nesse conceito doutrinário e que atenda às exigências formais previstas em lei deve ser tratada como franquia. Não obstante, vale ressaltar que nem todas as relações de franquia se amoldam aos conceitos rebuscados da doutrina ou se enquadram em um *business format franchising*. Principalmente em início de implantação do sistema de franquia, as empresas em geral ainda se encontram sem condições de agregar inúmeros serviços no porte de redes de franquia já consolidadas, tais como prestação de assistência técnica e transferência de *know-how*. É importante que fique esclarecido que não por isso perderiam o status de franquia do ponto de vista jurídico. O franqueador detentor de uma marca ou patente ao permitir o seu uso juntamente com a possibilidade de exploração econômica dos produtos ou serviços vinculados a essas propriedades intelectuais, a princípio, seria suficiente para a caracterização do contrato de franquia empresarial.

Dessa maneira, a lei dispôs bem sobre o conceito de franquia ao não restringi-lo com inúmeros elementos, não incorporando sequer aqueles que hoje se apresentam aparentemente fundamentais ao instituto, como a transferência de *know-how*. Isso porque, em certos casos como, por exemplo, a disposição do uso de patentes, o *know-how* poderia ser criado ou desenvolvido até mesmo pelo franqueado, e nem por isso restaria descaracterizada a relação de franquia. Na atualidade, podemos observar que existem redes de franquias, conhecidas como de quarta geração do franchising, sobre as quais descrevemos no primeiro tópico deste capítulo, em que se verifica justamente o fato de o franqueado também ser detentor de certo *know-how* a ser transmitido para o franqueador. Ainda que isso venha a se tornar uma prática

recorrente, não poderia tal fator, por exemplo, tornar-se condição de existência de uma relação de franchising. Isto é, critérios que agregam, mas que, de certa forma, não são indispensáveis para compor a relação jurídica legal não podem servir de fundamento para restringir a caracterização de um instituto, a menos que pactuado contratualmente.

Cumprе ressaltar que não se pretende defender uma interpretação legalista ou restrita da lei. Pelo contrário, mormente no âmbito contratual, deve-se buscar uma interpretação ampla da lei tendo em vista o princípio da autonomia contratual. Contudo, a contra senso, a ampliação conceitual da doutrina não deve ser esmerada a ponto de excluir formas contratuais primárias que também devem se respaldar nas mesmas disposições jurídicas.

Portanto, hoje temos, do ponto vista legal, apenas dois elementos imprescindíveis como objeto da relação para que haja a configuração do contrato de franquia, que são o direito de uso de uma propriedade industrial, marca ou patente, e o direito de distribuição, exclusiva ou semiexclusiva, de produtos ou serviços derivados ou relacionados com alguma dessas propriedades. A composição de outros direitos ou obrigações numa relação de franquia fica a cargo das partes, respeitando-se obviamente as disposições gerais do direito, sobretudo, as pertinentes às normas de direito contratual.

Conquanto, vale frisar que, caso a eficácia, viabilidade, prosperidade ou, até mesmo, a existência da franquia estejam condicionadas à transferência de know how ou ao fornecimento de suporte ou vinculadas a outros fatores, seja pela natureza do negócio ou pela qualificação das partes e tais obrigações sejam inerentes e indispensáveis à formação e à perenidade da relação, todos esses fatores devem ser incluídos como conteúdo contratual e, pelo dever de informação que exige a Lei n. 8.955/94, deve constar da Circular de Oferta de Franquia a ser obrigatoriamente entregue ao pretendente franqueado pelo franqueador.

Vale destacar que a Lei n. 8.955/94, a princípio, não regula todo e qualquer tipo de contrato de franquia. Esta lei é bem clara ao se referir à franquia “*empresarial*”. E por franquia empresarial deve-se entender por aquela praticada por pessoa empresária, por aquela em que pelo menos um dos sujeitos da relação contratual seja qualificado como *empresário*. Nesse particular, o nosso ordenamento também apresenta o conceito de *empresário* em texto de lei, o qual está previsto no Código Civil, art. 966, que diz: *considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação*



*de bens ou de serviços*. Por essa razão, para o caracterização de franquia *empresarial* se faz indispensável a concessão do direito de exploração comercial, sendo um dos objetos, como visto, do contrato de franquia, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 8.955/94: “*associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços*”.

Outra questão importante do conceito legal diz respeito à *exclusividade* da distribuição, sendo essencial sua previsão contratual. A exclusividade, como dispõe a lei, pode ser total ou parcial, ou como consta na lei, exclusiva ou semiexclusiva. Marcelo Lamy (2002, p. 24) entende que se trata de uma exclusividade funcional e não territorial da distribuição. Assim, se a distribuição for semiexclusiva, ao franqueado fica permitido comercializar ou oferecer em seu estabelecimento outros produtos ou serviços além daqueles que lhe foram franqueados. Outros autores, como Roque, (2012, p. 54-60), se restringem, ao analisar a questão da exclusividade, apenas ao aspecto territorial.

A nosso ver, a exclusividade de distribuição é funcional, territorial e pessoal. O direito a uma distribuição exclusiva, ou senão, eventual restrição a esse direito, quando a distribuição for semiexclusiva, devem estar clara e necessariamente previstos em contrato, sob pena de anulabilidade do contrato. O franqueador deve ser claro na circular e determinar em contrato se a distribuição será exclusivamente por franqueados ou se utilizará de outros canais além do franchising ou ainda se aos franqueados seria ou não permitida a distribuição de produtos ou serviços de outras marcas (exclusividade funcional, objetiva), se a distribuição é restrita ou não a determinado mercado ou território (exclusividade territorial), e se a distribuição será realizada por vários franqueados ou se será exclusiva àquele franqueado que poderá ou não a subfranquear (exclusividade pessoal). O regramento da exclusividade ou semiexclusividade da distribuição, em todos os seus aspectos, deve constar tanto no contrato como na Circular de Oferta de Franquia. A abrangência espacial dessa exclusividade também deve ser esclarecida, ainda que limitada ao ponto comercial.

E a necessidade de se determinar a distribuição funcional não estaria adstrita à funcionalidade interna, mas também a externa. Com isso, o contrato e a circular devem dispor tanto sobre a distribuição exclusiva ou semiexclusiva dos produtos ou serviços da marca ou patente do franqueador (funcionalidade interna), bem como sobre a possibilidade de o franqueador utilizar-se de outros canais de distribuição, como multimarcas, vendas diretas, e-commerce etc., podendo o franqueador atender o mercado destinado ao franqueado por outra

via de marketing (garantido ao franqueado apenas uma distribuição semiexclusiva, isto é, a exclusividade estaria restrita ao sistema de franchising). Caso contrário, ficaria então o franqueado assegurado da distribuição exclusiva, sendo o único fornecedor dos produtos ou serviços daquela marca ou patente para determinado mercado. A exclusividade, ainda que parcial, é essencial ao franchising, devendo ser assegurada ou predeterminada ao franqueado, visto que se perderia a identidade do negócio e a ausência total de exclusividade descaracterizaria o contrato de franquia para mera distribuição ou contrato de fornecimento. Na hipótese de não tratamento de questões legais como estas no contrato, este deve ser interpretado a favor do franqueado, pois a lei tem por escopo gerar obrigações para o franqueador no papel de definição da sua franquia, para que assim o franqueado seja previamente conscientizado das limitações mais relevantes a que se submete.

Conclui-se que, dessa forma, sob a referência legal, o contrato de franquia empresarial tem por núcleo a exploração econômica exclusiva ou semiexclusiva de uma propriedade industrial, seja uma marca ou patente, podendo valer, também, a nosso ver, para outros tipos de propriedade intelectual como desenho industrial ou cultivares. Denota-se, assim, que necessariamente o franqueado deve ser pessoa empresária, ainda que atue como pessoa física, respondendo de forma ilimitada pelo exercício de sua atividade, conforme prevê a lei. Porquanto, é ele quem recebe a incumbência de explorar economicamente o objeto da franquia de determinada marca ou patente cuja propriedade é do franqueador. Este, por outro lado, não precisa necessariamente ser um empresário, podendo ser simplesmente uma pessoa física, embora isso não seja comum nas práticas comerciais. Porém, essa pessoa, na qualidade de franqueador, deve ter a propriedade, a titularidade ou, ao menos, a licença para dispor sobre o bem concedido ou sublicencia-lo, como nos casos de máster-franqueado ou franqueado desenvolvedor de área que detêm licença para subfranquear. Fato é, pelo que se vê na prática, que o franqueador empresário, em geral, para conseguir expandir seus negócios por meio de franquia, precisa igualmente desenvolver, transferir e garantir aos seus franqueados o *savoir-faire* e o suporte técnico. Contudo, frisa-se, juridicamente somente serão imprescindíveis se acordados em contrato.

Pela premissa de que a figura do franqueador não está condicionada a figurar como empresária, é que se concebe a possibilidade jurídica de contratação de franquia por entes públicos, ou seja, por entidades de direito público, seja da Administração Pública indireta ou direta. Como dito anteriormente, desse raciocínio pode-se extrair a concepção de “*franquia*

*pública*”, qual seja, o Poder Público como sujeito de uma relação jurídica contratual de franquia, na qualidade de franqueador, tendo por objeto a concessão de uma marca ou patente para exploração econômica de uma atividade, seja ela própria ou imprópria do Estado (franquia empresarial), ou senão, a transferência de um projeto social, aplicado e testado, e que tenha alcançado resultados positivos de cunho social (franquia social).

Embora ainda não haja uma concepção legal do que venha a ser uma *franquia social*, para sua definição valem as premissas apresentadas pela doutrina quanto à formatação ou padronização de negócio (no caso de franquia social seria então de um projeto social) e à possibilidade de sua replicação em outros mercados (neste caso, em outras comunidades). Assim, pode-se entender por “*franquia social*” a reaplicação de um projeto social bem sucedido, com resultados exitosos de cunho social, em outras comunidades ou para a sociedade em geral em outro contexto social, e que proporcione quaisquer benefícios sociais, sejam urbanos, rurais, ambientais, educacionais, de segurança pública, de saúde pública etc. Sobre esses assuntos, trataremos melhor adiante.

Observa-se, além disso, que as partes desfrutam da faculdade de se pactuar a utilização do regramento de franquia empresarial para reger relações que por ventura não apresente algum desses elementos essenciais prescritos pela lei. É o caso, por exemplo, da franquia social em que a existência de uma marca ou patente, enquadrada na concepção jurídica de propriedade industrial, poderia ser desconsiderada, bem como a exploração de um produto ou serviço com finalidade lucrativa. Isso significa que não é pelo simples fato de haver uma lei que regula somente o contrato de franquia “empresarial”, é que o franchising esteja limitado necessariamente às relações praticadas apenas por pessoas empresárias. Isto mesmo porque, assim como o franchising empresarial, grande parte dos institutos, sobretudo os contratuais, são primeiros desenvolvidos na esfera social para depois ganharem tipicidade legal. Por outro lado, vislumbra-se também a possibilidade, se assim ficar acordado, de aplicação da lei de franquia empresarial, outrossim, às relações de franquia praticadas por pessoas não empresárias ou cujo objeto não envolvesse uma exploração econômica. Isso porque, por vontade das partes, as normas podem se integrar ao contrato feito para as relações análogas à prevista em lei, desde que não contrariem, obviamente, outros institutos legais.

A caracterização ou não de vínculo empregatício é outra questão importante trazida no conceito legal para o devido enquadramento do contrato como relação de franquia. Ao definir

franquia o dispositivo legal destaca ao final que “... *sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício*”. A interpretação que Lobo dá a esse fragmento, com intuito de descaracterizar qualquer relação de emprego entre franqueador e franqueado e entre franqueador e empregados do franqueado, é no sentido de que tal disposição veio a sanar qualquer dúvida ao afirmar que *não se caracterizará vínculo empregatício nas relações entre franqueador e franqueado* (LOBO, 2003, p. 94). De fato, essa interpretação é válida. Uma vez configurada, nos termos legais, a relação de franchising, pela lei e para que haja segurança jurídica e viabilidade econômica e social nessa relação contratual, o contrato de franquia não pode ser confundido com o de trabalho, sendo que, caso contrário, enfraqueceria sobremaneira o instituto.

No entanto, no nosso ponto de vista, esse segmento apresenta uma interpretação de mão dupla. Assim como a relação de franquia não pode ser descaracterizada para uma relação de emprego, com fito de resguardar direitos trabalhistas, o fragmento legal também tem o sentido de condicionar que só será uma relação de franquia se não resta caracterizada na relação pactuada um vínculo empregatício. Dessa forma, utilizar-se de pseudônimo para mascar uma relação de emprego atribuindo-lhe uma roupagem de franquia também fere essa disposição, além dos preceitos relativos ao direito do trabalho, como o princípio da primazia da realidade.

Portanto, pelo disposto na lei, é imprescindível para a correta configuração de uma relação jurídica de franquia, e assim isentar-se das obrigações trabalhistas, que ela não apresente integralmente todos os elementos típicos da relação de emprego, os quais são extraídos do art. 3º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, que correspondem à pessoalidade, à habitualidade, à onerosidade e à subordinação jurídica.

Assim, percebe-se que a fronteira entre esses dois contratos, de franquia e de trabalho, é tênue. Pois, o contrato de franquia se caracteriza por ser personalíssimo, contínuo, oneroso e geralmente exige do franqueado a sujeição a um padrão imposto pelo franqueador. Tendo em vista ser longa e específica essa discussão e para não se adentrar em outro tema, apenas vale destacar a respeito que o ponto crucial da diferenciação estaria na autonomia de gestão que deve ser deferida e assegurada ao franqueado, fato que não ocorre na relação de emprego, bem como na autonomia jurídica e financeira do empreendimento gerido pelo franqueado.

Para finalizar o estudo jurídico da Lei n. 8.955/94, é preciso consignar as formalidades exigidas por essa lei para correta contratação de franquias, sob pena de anulabilidade do contrato, acarretando ao franqueador consequentemente o dever de restituir ao franqueado toda quantia paga e dispensada na implantação da franquia, seja a título de taxa inicial ou *royalties* ou valores pagos a terceiros, além de eventuais perdas e danos. Em síntese, essa formalidade consiste no dever do franqueador de entregar ao candidato a ser franqueado uma circular de oferta de franquia, documento este que deve conter informações claras e verdadeiras referentes à franquia, ao franqueador e à sua rede, conforme os itens dispostos no art. 3º da lei, com antecedência mínima de 10 dias ao recebimento de qualquer pagamento e à assinatura do contrato ou de eventual pré-contrato, conforme dispõe o art. 4º, parágrafo único, e o art. 7º da Lei. Fora isso, as outras formalidades exigidas pela lei dizem respeito à necessidade de o contrato ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas.

A obrigação de elaborar e entregar a Circular de Oferta de Franquia ao pretendente franqueado é o cerne da Lei de Franquias. Embora em seu bojo tenha-se concebido um conceito legal para franquia, a *ratio legis* da Lei n. 8.955/94 não é regulamentar integralmente o instituto, mas sim proteger, de certa forma, no contexto do *dirigismo contratual*, as pessoas dispostas a investir recursos próprios na obtenção de licença de franquia contra negociações enganosas possíveis de serem praticadas no mercado de franchising. O foco da lei está nas negociações preliminares ao contrato, sobretudo, na obrigação de informação. A referida lei, desse modo, disciplina a responsabilidade do franqueador quanto ao seu dever de informar, clara e veridicamente, detalhes da franquia ofertada, discriminando alguns dados que devem ser demonstrados e disponibilizados ao pretendente franqueado que dizem respeito tanto ao franqueador como ao negócio a franquear e a rede de franquia constituída.

Trata-se, assim, de regulamentação pertinente a fase pré-contratual, a qual assegura a integridade das informações a respeito do contrato de franquia, adiantando-se ao interessado em se tornar franqueado certas informações sobre o franqueador, sua rede e o negócio objeto da franquia. As omissões ou falsidades dessas informações podem motivar a anulabilidade do contrato de franquia e gerar responsabilidade civil para o franqueador.

Todo esse cuidado inusitado do legislativo em discriminar o conteúdo necessário das informações a serem fornecidas nas negociações prévias ao contrato de franquia, algo que é incomum nos demais contratos típicos brasileiros, decorre principalmente das experiências

internacionais onde houve também a necessidade de se predeterminar em lei ou em códigos de ética o dever de informação e seu conteúdo. No direito comparado, é possível verificar tal fato em diversos países como Espanha, França e Estados Unidos da América (LAMY, 2002, p. 43-44).

Ainda que a lei tenha enumerado diversas informações que necessariamente devem ser disponibilizadas ao candidato a franquia, no intuito de conscientizá-lo devidamente sobre o negócio, o dever de informar é pressuposto de qualquer relação contratual, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, devendo o franqueador esclarecer o pretendente sobre todos os pontos importantes, positivos e principalmente os negativos, sobre o objeto da franquia, além daqueles elencados na lei se relevantes para o desempenho do negócio. Esse compromisso que o franqueador tem com a verdade das informações deve estar presente desde as publicações efetuadas para divulgar a franquia, as quais não podem também gerar falsas expectativas. Nesse sentido, a recíproca é verdadeira, incumbindo também ao interessado em uma franquia a obrigação de fornecer ao franqueador informações completas, claras e verídicas a seu respeito.

A respeito das disposições da Lei de Franquia, ressalta-se que o presente trabalho se limita a uma abordagem sintética das questões jurídicas e legais, sem adentrar na análise específica de cada dispositivo de lei, visando somente averiguar brevemente as problemáticas jurídicas relevantes para a compreensão do contrato de franquia em sua concepção geral. Desse modo, a lei, em suma, discrimina que a circular deverá qualificar e descrever o franqueador, indicar as qualidades e requisitos do perfil desejado do franqueado, detalhar a franquia, estimando os investimentos a serem feitos, taxas a serem pagas e vinculação a fornecedores homologados, descrever as características gerais do negócio e das atividades a serem executadas pelo franqueado, apresentar a rede relacionando todos os franqueados atuantes bem como os que se desligaram da rede nos últimos 12 meses, expor sobre a exclusividade territorial e sobre os efeitos após extinção do contrato, incluindo a obrigação ou não de não-concorrência, disponibilizar modelo do contrato-padrão, dentre outras informações.

Assim, a circular vai além do contrato de franquia, devendo trazer informações específicas sobre o franqueador e sobre a rede que, no geral, não precisam constar no texto contratual. Por outro lado, fica aquém do contrato de franquia, pois este deverá esmiuçar todas

as obrigações relacionadas ao negócio objeto da franquia, cujas informações constantes na circular são mais gerais. Em suma, o contrato de franquia, desde que atendido os princípios e as diretrizes legais, será o instrumento regulamentador da relação estabelecida pelas partes, preestabelecendo os direitos e as obrigações devidos a cada uma, constituindo lei entre elas. Embora a circular não tenha a mesma força impositiva obrigacional que o contrato, o seu feito e a sua veracidade são condições de sua validade.

Vale ressaltar que a fase de negociações preliminares ou também chamada de negociações pré-contratuais não se confunde com a fase contratual, a qual pode ser composta e regida por um pré-contrato seguido do contrato de franquia, ou simplesmente por um só contrato, ou ainda por um contrato e diversos aditivos ou alterações contratuais. O pré-contrato nas relações de franquia se caracteriza, na maioria das vezes, por ser um contrato em que há o compromisso ou a promessa de firmar o contrato de franquia definitivo caso sejam cumpridas algumas obrigações essenciais para o aperfeiçoamento e/ou a prosperidade da franquia de acordo com os critérios predefinidos pelo franqueador como a localização do ponto, a finalização de algum treinamento inicial, o pagamento integral ou parcial da taxa inicial de franquia etc. O pré-contrato não se confunde, portanto, com as negociações pré-contratuais, momento em que não há qualquer tipo de acordo, mas apenas trocas de informações pessoais, do objeto e da relação contratual que as partes apenas pretendem estabelecer. O “pré-contrato” é considerado contrato para todos os efeitos. Com tal, deve observar os preceitos e princípios legais a respeito. A Lei n. 8.955/94, ademais, o ressalta, no art.4º, como instrumento a ser assinado somente após o decênio da entrega da circular de oferta de franquia.

Visto, ainda que brevemente, o cenário legal da Lei n. 8.955/94 que especificamente trata sobre a franquia empresarial, no que tange aos aspectos jurídicos em geral do contrato de franquia observamos que o franchising levanta discussões em diversos ramos do direito, tais como tributário, empresarial, consumidor, trabalhista etc. Porém, frisa-se, continuaremos centrados nas questões relacionadas apenas ao direito contratual, o qual compõe a temática do presente trabalho. Então, uma vez já analisadas as questões pré-contratual que atinem, sobretudo, à circular de oferta de franquia, a seguir buscaremos identificar as questões pontuais relacionadas ao contrato de franquia em si, verificando os elementos essenciais para sua formação, vigência e validade, mormente as obrigações elementares a essa relação jurídica e, por fim, as suas formas de extinção.

No entanto, é importante se estudar, primeiramente, a natureza jurídica do contrato de franquia. Assim como o conceito, a natureza jurídica deste contrato também encontra diversas posições na doutrina, qualificando-o das mais variadas formas, tais como, contrato de trabalho, de propriedade industrial, preliminar ou normativo, de concessão comercial, de cooperação entre empresas, de licença comercial, de distribuição, de adesão, atípico (LOBO, 2003, p. 37). Para Lamy (2002, p. 28-29), devido à fusão de prestações próprias de diversos tipos de contrato, a sua natureza é mista, heterogênea, estando presente nesse contrato, só que de forma diferente, diversas espécies contratuais como agência, distribuição, concessão comercial, comissão mercantil, contudo, mantendo uma unidade contratual a partir de sua integração.

A nosso ver, tendo por base o conceito apresentado pela Lei de Franchising, o contrato de franquia possui a natureza jurídica que o aproxima dos institutos da locação, do arrendamento, do licenciamento. Isso porque, assim como esses institutos jurídicos, a franquia também tem por núcleo a cessão, concessão, permissão, licença, autorização ou direito de uso de um bem ou de alguma coisa. É a *disponibilidade do uso mediante remuneração* que determina a natureza jurídica do presente instituto. A utilização de outros termos semelhantes como permissão, autorização, licença, direito, concessão, cessão de uso não infringi a natureza da relação. No caso da franquia, tem-se por objeto a concessão (permissão, licença etc) de uso uma marca ou patente, ou de bens, projetos ou modelos de negócio correlacionados a alguma dessas propriedades industriais. Qualquer outra prestação ou modalidade contratual podem ser pactuadas e integrar o contrato de franquia sem transmutar sua natureza. A alteração ou posterior distrato dessas modalidades adjetas não desfazem por si só o contrato de franquia.

Entretanto, a inexistência da permissão ou direito de uso, senão, o seu interrompimento, seja pelo franqueador ou pelo franqueado, descaracteriza e extingue a relação de franquia e, por conseguinte, os vínculos que lhe foram associados. Por exemplo, sem descaracterizar o vínculo de franquia, o acordo de fornecimento pode ser substituído pelo de produção e vice-versa; a transferência de know how e a prestação de assistência podem ser interrompidas, superadas, esgotadas ou até mesmo invertidas, sendo assim acordadas como um dever do franqueado e não do franqueador quando aquele e não este é o detentor do know how; uma locação de equipamentos por comodato, de compra e venda ou doação. Enfim, inúmeros contratos adjacentes podem ser agregados e que muitas vezes serão, a princípio, de



relevante importância ao contrato de franquia, podem ser, no decorrer da relação contratual, alterados ou extintos.

Por outro lado, podem sequer serem pactuados a depender sua conveniência. Porém, a permissão ou autorização de uso da marca ou da patente, ressalta-se, é essencial. Destaca-se, outrossim, a essencialidade para o direito de distribuição que integra a natureza jurídica dos contratos específicos de franquia *empresarial*. O franqueador deve garantir, para existência de um contrato de franquia empresarial, a distribuição de produtos ou serviços vinculados à marca ou patente licenciada, isto é, deve ser assegurada ao franqueado a exploração econômica do objeto da franquia.

Nesse ponto, aponta-se uma constatação que não foi encontrada na doutrina e que, aliás, diverge da sua maioria. Temos que a franquia, o ato de franquear, nada mais é do que licenciar um direito, um bem. No caso da franquia em especial temos o licenciamento de um bem imaterial pertencente à classe dos bens de propriedade industrial cujo uso seja passivo de cessão de uso. Isso porque, nem todos são, por exemplo, como as indicações geográficas cujas características e propriedade não permitem a disponibilidade do uso a terceiros. Em geral são as marcas e patentes, mas entendemos que outros bens como o desenho industrial também podem ser objeto de contrato de franquia. Independente disso, fato é que, a nosso ver, o contrato de franquia não se diferencia dos contratos de licenciamento previstos na Lei n. 9.279/96, que trata da propriedade industrial. Ainda que o contrato de franquia empresarial, na prática, tenha se apresentado de forma mais sofisticada, na sua essência, assim como o contrato de licenciamento, tem por base a permissão do uso de um bem de propriedade industrial, marca ou patente, com o fim de exploração econômica.

Desse modo, temos, então, um microsistema que regula a relação de franchising, a qual deve observar a Lei n. 8.955/94, a Lei n. 9.279/96, bem como o Código Civil, não só porque rege as obrigações e os contratos, em geral, mas, sobretudo, no que diz respeito da locação de coisa móvel, arts. 565 a 578, uma vez que locação é gênero em que o licenciamento e a franquia são espécies, já que locação é instituto geral que regula toda e qualquer permissão de uso oneroso de bens móveis não fungíveis, seja corpóreos ou incorpóreos. Assim, em virtude de sua natureza, todos esses regramentos legais devem ser observados na composição de uma relação de franquia.

Descrita a natureza jurídica do contrato de franquia e seu regramento jurídico, podemos então identificar os elementos subjetivos, objetivos, circunstanciais e formais dessa relação. Esses elementos são essenciais para configurar e definir a relação jurídica. Quanto aos elementos subjetivos, temos as *partes* que compõem esse contrato. De um lado, como contratante, temos o franqueador, detentor de uma marca ou patente, com poderes legítimos para dispor seu uso a terceiros. O franqueador pode ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, empresária ou não. É ele o responsável por dispor sobre a relação contratual, suas condições, seus termos ou encargos, suas obrigações, direitos e responsabilidades, uma vez que, por direito, é a pessoa que goza dessa prerrogativa sobre o bem. De outro, como contratado, temos o franqueado ou sua pluralidade, já que, em razão da natureza do objeto e devido à possibilidade de semiexclusividade na relação de franquia, é possível a disseminação de contratações do mesmo objeto (marca ou patente) a diversos franqueados. O franqueado é aquele que se submete às disposições do contrato, devendo ser esclarecido para conscientemente consentir com cada cláusula do contrato a ser firmado. A lei impõe que o franqueado tenha acesso ao contrato padrão e eventual pré-contrato, a ser fornecido junto com a circular de oferta de franquia, a qual também deve apresentar esclarecimentos tanto sobre o objeto como a relação de franquia, em um prazo razoável de no mínimo 10 dias de antecedência para leitura e conscientização do vínculo contratual a que se submeterá.

Por óbvio, não está obrigado ao consentimento sem contestação, podendo discutir com o franqueador as cláusulas dispostas no instrumento. Contudo, o seu dissentir não obriga o franqueador a ceder. Cabe a cada uma das partes, segundo suas intenções em relação ao negócio e interesse em contratar com a outra parte, se submeter a vontade do outro para que haja acordo e se estabeleça a relação jurídica com a assinatura do contrato escrito ou, caso contrário, a relação não se configura e cada qual segue seu destino sem prejuízo decorrente exclusivamente da não vinculação. Nesse ponto, vale salientar que não cabe, portanto, classificar o contrato de franquia com contrato de adesão como tem feito alguns autores. A ausência de vinculação, de contratação, por si só, não gera prejuízo ao pretendente a franqueado, ao contrário, do que ocorre, por exemplo, na negativa de fornecimento de energia ou de água a quem quer que seja.

Assim, a franquia não se enquadra em uma necessidade vital que justificaria o contratado a se sujeitar incondicionalmente. O simples fato de padronização do contrato,

visando identidade e homogeneidade do objeto e das relações pactuadas pelo franqueador, não permite enquadrar essa modalidade contratual no tipo “contrato de adesão”, o qual sugere atributos que não caracterizam o contrato de franquia. Neste, o contratado tem a faculdade de ponderar o objeto do negócio jurídico com a relação contratual a ser firmada, ou seja com os direitos, as obrigações e responsabilidades a serem assumidas, diferentemente dos contratos de adesão, em que o objeto do contrato é tão valoroso ao contratado que não lhe permite ponderar sobre as cláusulas da relação, se sujeitando à qualquer condição que lhe for imposta para ter acesso ao bem. A falta de desconformidade ou debate a respeito das cláusulas contratuais, igualmente, não desqualifica o caráter consensual do contrato de franquia.

O franqueado pode ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, empresária ou não. Entretanto, ao se tratar de franquia *empresarial* necessariamente o franqueado deve ser ou se constituirá em uma pessoa empresária, seja pessoa física, respondendo de forma ilimitada pelo exercício de sua atividade (com base no CC, arts. 391 e 966) ou pessoa jurídica, dentre as quais se inclui a empresa individual na forma de EIRELI, a qual deve observar o art. 980-A do Código Civil.

Dessa maneira, a franquia empresarial pode ser licenciada diretamente a uma pessoa jurídica ou a uma pessoa física, a qual geralmente fica obrigada a constituir uma empresa para empreender o objeto da franquia. A necessidade de o franqueado ser pessoa empresária numa franquia empresarial está relacionada ao fato de, primeiro, ter que explorar economicamente a marca ou patente, seja pela comercialização ou distribuição de produtos, seja pela execução de algum serviço; e, segundo, para descaracterizar vínculo de emprego. Ainda que atue de forma autônoma, sem a obrigação de constituir uma empresa, ainda que individual, ou mesmo que se constitua uma empresa, ainda que em sociedade, a gestão empresarial da atividade pelo franqueado deve ficar bem caracterizada para que não se consubstancie numa relação de trabalho.

Ainda sobre os elementos subjetivos do contrato de franquia, terceiros podem integrar a relação jurídica. Pessoas e empresas podem ser vinculadas a contratação como beneficiária da relação, sem ter que necessariamente participar da contratação ou mesmo firmar o contrato escrito, tais como agência de publicidade, seguradoras, escritório de advocacia, entre outros, que estejam ligadas ao franqueador ou a gestão da rede. Como tais serviços geram ônus para o

franqueado, o qual geralmente fica encarregado de pagar taxas para mantê-los, tudo deve ser especificado claramente nos termos do contrato.

Os elementos objetivos do contrato correspondem ao objeto do negócio jurídico ajustado entre as partes, isto é, dizem respeito ao conteúdo do contrato que, por sua vez, consiste, basicamente, nas prestações e contraprestações pactuadas. Em síntese, temos por objeto principal do contrato de franquia, a título de prestação, o uso de marca ou patente. Caso os contratos sejam de franquia empresarial também será objeto principal do contrato o poder de distribuição, comercialização ou exploração econômica de bens vinculados à marca ou patente, que podem ser produtos, serviços, modelo de empreendimento etc. Para dispor o uso de uma marca ou patente é necessário possuir a propriedade sobre esses bens ou ter recebido do proprietário esse poder, cuja transmissão é possível via contrato, devendo este ser registrado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI para ter efeitos em relação a terceiros.

A patente em si já significa a propriedade que o titular possui sobre uma invenção ou modelo de utilidade por ele criado. Trata-se de um direito concedido pelo Estado que surge com a publicação do respectivo ato de concessão. Porém, sua vigência retroage à data de depósito do pedido da patente. Corresponde a um direito temporário sobre uma criação que, atendidos os requisitos legais como novidade, aplicação industrial e ato ou atividade inventiva, gera exclusividade ao titular para produzir, criar, vender, importar produtos objeto da patente e processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, além de outros direitos correlacionados.

A marca, para o direito pátrio, são sinais distintivos visualmente perceptíveis, que não estejam compreendidos nas proibições legais. A propriedade sobre determinada marca se dá pelo seu registro validamente expedido pelo INPI. Contudo, ainda que imprescindível o registro, a marca considerada *notoriamente conhecida* goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, no ramo de atividade em que se adquiriu a notoriedade.

Entendemos, no entanto, que, a princípio, a falta de registro da marca, não contrária às proibições legais, não justificaria, por si só, a nulidade de um contrato de franquia. A proteção jurídica pode surgir da notoriedade que a marca atingir. Porém, na hipótese de seu registro ser

feito por terceiros, tornaria então o objeto do negócio jurídico ilícito e, por conseguinte, nulo o contrato. Assim, franquear uma marca não registrada seria um contrato de alto risco para ambas as partes e, portanto, desaconselhável. Ainda que seja marca notoriamente reconhecida, sua proteção jurídica é restrita ao ramo de atividade que alcançou o reconhecimento, sendo igualmente recomendado seu registro prévio a qualquer contratação.

Uma característica fundamental do uso da marca ou da patente, e que deve ser tratada no instrumento do contrato, é a exclusividade desse direito. A nosso ver, como já descrito anteriormente, a ausência de limitação ou especificação da exclusividade em contrato leva a presunção de exclusividade total para o uso do bem franqueado, devendo ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros, conforme Lei n. 9.279/96, art. 62 e 140, para contrato de licenciamento de patente e de marca, respectivamente.

Já a título de contraprestação, que são obrigações devidas pelo contratado, temos os conhecidos *royalties* também como objeto principal do contrato de franchising. Essa importância é periódica e pode ser ajustada de várias formas, em valores fixos ou em percentuais inclusos no valor de compra ou em percentuais sobre venda ou combinações de formar, e sua periodicidade pode ser mensal, semestral, anual, enfim, da maneira que melhor remunere o franqueador sem ferir o equilíbrio econômico que deve reger o contrato. O pagamento dos *royalties* é a contrapartida pelo uso da marca ou patente, seja com exclusividade ou com semiexclusividade, e são devidos em razão do caráter oneroso e comutativo do contrato de franquia. Além dos *royalties*, que correspondem a um aluguel nos contratos de locação, outras contraprestações podem ser ajustadas, inclusive remuneratórias, não havendo limitações legais específicas, mas sim restrições principiológicas que impedem, sobretudo, o abuso de direito. É de praxe as franquias estipularem taxa inicial de franquia e taxa de publicidade. Porém, nada impede que estas não sejam instituídas ou mesmo que outras sejam estabelecidas, até mesmo em favor de terceiros.

Outras diversas relações contratuais podem integrar o conteúdo do contrato de franchising, na qualidade de prestação ou de contraprestação, sendo muitas vezes indispensáveis para efetividade e viabilidade da operação de franchising. Por exemplo: fornecimento, locação, comodato ou compra e venda, transferência de know how, prestação de assistência técnica etc. Não obstante, elas são de livre convenção pelas partes, cabendo sobretudo ao franqueador estabelecer as condições de contratação e verificar a

imprescindibilidade de cada uma dessas obrigações para a manutenção e o êxito da relação de franquia, fazendo-as constar no instrumento de contrato. Para cada relação contratual complementar a de franquia, deve ser averiguada a sua tipicidade e, assim, ser convencionada de acordo com a legislação que lhe for própria. Embora o contrato de franquia seja, por fim, um contrato complexo, o qual sempre abarcará diversas relações jurídicas para compor o sistema desejado, é necessário identificar cada relação em particular para, desse modo, pactua-la de forma lícita e de acordo com a lei que regulamente.

Os elementos circunstanciais são também de profunda importância para configurar a relação jurídica devendo ser preestabelecidas pelas partes. Consistem nas condições, nos termos, encargos, prazos, meios e modos nos quais as obrigações se submetem e devem ser cumpridas. Para alguns desses itens a lei até especifica ou prevê requisitos mínimos. No entanto, são todas normas dispositivas que devem ser estabelecidas previamente se contrato, se necessárias ao cumprimento ou exigência das obrigações, já que posteriormente não há como se pautar na lei, pois esta não adentra nesses pormenores que são peculiar a cada relação no caso concreto. Se os elementos objetivos definem o que deve ser feito, os elementos circunstanciais irão definir como e quando deve ser feito.

Os elementos formais de uma relação contratual dizem respeito à prescrição em lei de forma específica para validade do contrato. Em regra, os contratos não dependem de forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir. Nos casos de contrato de franquia empresarial, a Lei n. 8.955/94, art. 6º, expressamente prevê que esse contrato deve ser sempre escrito e assinado na presença de duas testemunhas e sua validade independe de registro em cartório ou órgão público. Outra formalidade imprescindível à validade do contrato de franquia empresarial é a elaboração e entrega da circular de oferta de franquia ao interessado na franquia, com antecedência mínima de 10 dias antes de iniciada a relação contratual, seja pelo pagamento de qualquer quantia seja pela assinatura do qualquer contrato ou pré-contrato. Como essas formalidades são essenciais para a relação firmada valer como contrato de franquia, quando não observadas, podem motivar a nulidade do contrato, se este não for escrito, ou a sua anulabilidade, se não fornecida a circular conforme prevê a lei. A nosso ver, as invalidades aqui expostas seguem o regramento do Código Civil.

Estes são os elementos essenciais a um contrato de franquia, indispensáveis para definição e formação da relação jurídica. Outros fatores como responsabilidades, cláusula

penal, indenizações, não concorrência, eleição de foro, cláusula de arbitragem e mediação, sucessão, negócios processuais, enfim, disposições relacionadas aos efeitos da relação, elas podem e devem ser ajustadas pelas partes. Contudo, na falta de convenção a seu respeito, tais efeitos serão os decorrentes de lei. Não obstante, ressalta-se que tudo que é salutar para a garantia de direitos e o cumprimento das obrigações, para assegurar o equilíbrio contratual e a continuidade da relação, para compor de formas pacíficas e harmoniosas eventuais conflitos e resoluções devem ser contratualmente preestabelecido, sobretudo, para satisfação mutua das partes e para esquivar de qualquer litígio judicial.

Por fim, para concluir a análise geral sobre os aspectos jurídicos do contrato de franquia, vale um adendo sobre as formas possíveis de extinção do contrato. Não há nenhuma peculiaridade nesse assunto para o contrato de franquia, uma vez que a relação jurídica poderá ser extinta por qualquer das formas previstas para rescisão de um contrato em geral. Pode, assim, ser extinto por distrato (ou resilição bilateral), quando as partes acordam e ajustam de forma consensual o fim da relação de franquia devem observar a mesma forma utilizada para o contrato. Também pode se dá pela resilição unilateral, quando uma das partes se vale do seu direito de rompimento do vínculo sem o acordo ou consentimento da outra parte. As consequências desse desfazimento brusco irão depender da existência ou não de termo final do contrato, daquilo que foi convencionado pelas partes na ocorrência dessa hipótese bem como do que a lei resguarda a parte que for prejudicada.

Outra maneira de extinção ocorre pela resolução, a qual pode ser prevista no contrato ou requerida judicialmente em razão do inadimplemento da outra parte, seja voluntário ou decorrente de caso fortuito ou força maior, ou ainda pode ser requerida em virtude da onerosidade excessiva, quando haveria um inadimplemento involuntário de um dos contratantes (FERNANDES, 2003, p. 97-108). Além dessas formas, o falecimento ou a falência de uma das partes pode ser causa de extinção do contrato, tendo em vista o caráter personalíssimo do contrato de franquia, bem como a ocorrência do termo final, quando se prevê prazo de vigência do contrato.

## 2 DO CONTRATO DE FRANQUIA NO SETOR PÚBLICO

O contrato de franquia é um instrumento jurídico que, aos poucos, vem sendo adotado pelo setor público como forma de expansão e melhoramento da prestação do serviço público, bem como para atração de recursos e redução de custos, sem a necessidade de fazer grandes investimentos diretos, a partir da parceria firmada com terceiros. O sistema de franquia no setor público pode ser implantado tanto pelos entes do Poder Público e, então, temos os casos denominados de *franquia pública*, como por entidades privadas que receberam a titularidade da prestação de um determinado serviço público e resolvem franquear atividades concernentes ao serviço que lhe foi delegado. Vale logo destacar que neste último tem-se uma *franquia privada de serviço público*, regida exclusivamente pelo direito privado, não se enquadrando na concepção de franquia pública, ou seja, gerida por um ente estatal.

Como bem destaca Di Pietro (2005, p. 218), “os autores brasileiros da área do direito público ainda não se debruçaram sobre o tema da franquia no âmbito da Administração Pública”. Assim, pouco se encontra na doutrina dados e conceitos a respeito do assunto. Por outro lado, em brilhante obra sobre franquia pública, Lamy (2002, p. 173) nos apresenta o seguinte conceito desse instituto que vale novamente transcrição:

Franquia pública é uma relação jurídica efetivada por um contrato escrito em que a Administração Pública (franqueador) cede temporariamente o uso de uma imagem empresarial (marca, título de estabelecimento, insígnias, etc.), transfere um conjunto de conhecimentos empresariais (*know-how*) e verifica a sua efetiva utilização (assistência técnica e comercial), para que a outra (franqueado), escolhida em processo licitatório ou semelhante, explore uma fórmula empresarial em um mercado dividido entre todos os integrantes de uma rede de empresas que exploram a mesma atividade, mediante a remuneração estipulada.

Por franquia pública, assim, entende-se a utilização, pelo Poder Público ou por todas as entidades sujeitas às normas de direito público, de preceitos do contrato de franquia, originado no direito privado, para firmar relações com particulares dessa natureza, visando aperfeiçoamento da atuação do Estado, tanto para benefício dos administrados como para a gestão administrativa. Por se tratar de contrato celebrado no âmbito do Poder Público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inegável a sua natureza também de contrato



administrativo, portanto, devendo ser regido por lei própria ou pelo regime geral da Lei n. 8.666/93.

Logo, a noção de franquia pública está vinculada ao elemento subjetivo do franqueador, no qual deve figurar uma entidade de direito público ou sujeita às normas de direito público. Enquadram-se neste conceito os entes previstos na Lei n. 8.666/93, art. 1º, parágrafo único que elenca os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto aos elementos objetivos, temos que os objetos de uma relação de franquia pública podem ser, em tese, os mesmos de uma franquia privada (termo por nos adotado para se referir às franquias criadas por entidades privadas para franquearem algo que lhes seja próprio como um produtos, serviços, modelos de negócios etc.), todos devendo estar relacionados a uma propriedade intelectual, como uma marca, patente ou *know-how*. Como disposto no capítulo anterior, deve-se conjugar os dois diplomas legais que disciplinam o tema, as Leis n. 9.279/96 e 8.955/94, para entender o cerne de um contrato de franquia, no qual necessariamente deve conter ou uma licença de marca, ou uma licença de patente, ou uma transferência de tecnologia (*know-how*), enfim, a permissão de uso de alguma propriedade industrial.

O instituto da franquia, da mesma forma, pode ser aplicado pela Administração Pública não só para auxiliá-la na prestação de serviços públicos, através de uma marca, como veremos adiante, mas também para exploração de eventual patente adquirida por meio de um laboratório ou centro de pesquisa vinculado a alguma instituição pública, podendo-se cogitar, igualmente, a possibilidade de exploração, por meio de franquia, de alguma tecnologia desenvolvida por um ente público. Ademais, cabe lembrar a possibilidade de Administração Pública criar franquias de caráter social, em que todo um *know-how* ou projeto seria desenvolvido com propósito de gerar benefícios sociais para uma comunidade, com possibilidade de reaplicação em outras, podendo denomina-las de franquia pública social.

Assim, é possível vislumbrar a instrumentalização de um autodesenvolvimento da Administração por meio de franquias que gerem economia, desenvolvimento e benefícios

sociais, no atual contexto de intensa integração entre o público e privado. No entanto, ressalta-se que o presente estudo tem por foco apenas as franquias públicas que tenham por objeto um serviço público. Antes, porém, analisaremos as formas gerais de contratação de serviço público, para melhor compreensão do contexto jurídico em que está inserida a concepção desta modalidade de franquia pública.

## **2.1 Contratos de serviços públicos: aspectos gerais**

O estudo da aplicabilidade do contrato de franquia de serviços públicos, tema central do presente trabalho, requer, primeiramente, uma análise dos meios de contratação tipicamente admitidos ao Poder Público para se conhecer o contexto geral em que o estudo se insere, tendo em vista as especificidades do contrato de franquia e os regramentos minuciosos para se contratar com a Administração Pública.

Contudo, antes mesmo de se adentrar nesse estudo dos meios de contratação pela Administração Pública, necessário se faz compreender as formas de prestação de serviços públicos, pois é neste contexto em que os contratos firmados pela Administração estão disciplinados.

Os serviços públicos ou de utilidade pública, em geral, podem ser prestados aos cidadãos usuários diretamente pelo ente público, a partir das atribuições advindas de lei, ou por meio de terceiros que podem ser: outro ente público, de direito público ou privado; um conjunto de entes públicos, como os consórcios públicos; entidades de colaboração com o poder público, como serviços sociais autônomos; ou também entes particulares, pessoas físicas ou jurídicas.

A prestação de serviço público, segundo Hely Lopes Meirelles (2015, p. 426-429), pode ser classificada em *centralizada*, *descentralizada* ou *desconcentrada*, sendo que sua execução pode ser *direta* ou *indireta*. Com base na sua doutrina, a seguir iremos verificar as concepções e diferenciações dessas classificações, que nos auxiliará na averiguação da possibilidade jurídica do contrato de franquia no setor público.

Os *serviços centralizados* são aqueles em que o Estado é titular e prestador do serviço, sendo realizado pela própria entidade ou pelos seus órgãos, em seu próprio nome, assumindo exclusivamente a responsabilidade por sua execução e as decorrentes dela.

Dentro do contexto de serviços centralizados, enquadra-se o conceito de *serviços desconcentrados*. Estes são, portanto, serviços centralizados que estão distribuídos entre vários órgãos de uma mesma entidade titular desses serviços. O conceito dessa classificação apenas ressalta a distribuição dos serviços por vários órgãos de uma mesma entidade. O intuito da desconcentração é de simplificar e acelerar o serviço, facilitando sua realização pela entidade competente bem como o seu acesso aos usuários.

Por outro lado, nos *serviços descentralizados* tem-se a transferência da titularidade ou apenas da execução dos serviços públicos para outra entidade seja autarquia, fundação, consórcio público, empresa estatal, empresa privada, ou até para pessoa física, por outorga ou delegação. Na descentralização, diferentemente da desconcentração, a prestação dos serviços é retirada da entidade originariamente competente e transferida para outra.

Para Meirelles, considera-se *outorga* quando o Poder Público cria, por lei, uma entidade e lhe transfere o serviço público. Ressalta-se que se foi transferido por lei, apenas por lei pode ser restituído ou modificado. A outorga traz presunção de definitividade e, portanto, em geral, não há prazo determinado.

Nos casos de *delegação*, entende o autor que ocorre unicamente a transferência da execução do serviço, a qual é possível ou por contrato (concessão ou consórcio público), ou por ato unilateral (permissão ou autorização). A delegação se dá, portanto, por um ato administrativo, seja bilateral ou unilateral, podendo assim ser revogado, anulado ou modificado. Ao contrário da outorga, a delegação se caracteriza pela transitoriedade, retornando, a princípio, a atividade ao delegante depois de extinta a relação por motivos tais como o cumprimento da obrigação ou findado prazo contratual. Salienta-se que tanto na outorga como na delegação os serviços não deixam de ser públicos pelo simples fato da descentralização a um particular.

Outra diferenciação importante, apresentada por Hely Meirelles, é quanto ao tipo de execução de serviços públicos que pode ser direta ou indireta. Destaca o saudoso jurista que

qualquer dos serviços acima descritos, centralizados, desconcentrados ou descentralizados, admitem tanto a execução direta como a execução indireta desses serviços. Esta perspectiva diz respeito à pessoalidade na implantação e operação dos serviços públicos, ou seja, da terceirização ou não de sua execução.

Na *execução direta*, a pessoa responsável, por lei ou delegação, seja ente estatal, da administração indireta (autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista), entidade paraestatal ou particular, presta por meios próprios, por seus órgãos ou prepostos, o serviço público que lhe compete. Se a pessoa que recebe o encargo de prestar o serviço o realiza pessoalmente, então, a execução desse serviço é classificada como direta. Neste caso não há a contratação de terceiros.

Por outro lado, a *execução indireta* se caracteriza pela contratação de terceiros para a realização, operação ou implementação dos serviços. Nesse caso, até mesmo a pessoa titular para a prestação do serviço (seja o ente competente por lei, seja o ente outorgado ou delegado) está a promover a execução indireta do serviço quando contratar um terceiro para realizá-lo ou disponibilizá-lo ao usuário.

De modo geral essas são as diferentes modalidades de prestação de serviços públicos, isto é, as formas como os cidadãos podem receber ou usufruir destes serviços levando-se em consideração a pessoa responsável por prestá-lo diretamente ao público. Dentre elas vimos que, em determinados casos, a lei faculta ao Estado a delegação desses serviços a um terceiro, o que pode ocorrer de maneiras distintas. Uma delas é por meio de contrato, seja com um particular ou mesmo com outro ente público, o qual consistirá em um vínculo jurídico de caráter obrigacional pelo qual as partes atribuem-se, de livre vontade e em comum acordo, reciprocidade de deveres e direitos. Sobretudo neste contexto é que se concebe a possibilidade de um ente estatal adotar o sistema de franquia para auxiliá-lo na execução de determinados serviços públicos.

Quanto às modalidades contratuais autorizadas ao Poder Público, ainda que regido pelo princípio da legalidade estrita, em regra, não há restrições a este ou àquele tipo de contrato, não havendo, assim, óbices para o Estado firmar pactos contratuais mesmo que regulados pelo direito privado, como é o caso da franquia. Esse entendimento encontra respaldo principalmente no art. 62, §3º, I, da Lei n. 8.666/1993, lei esta que estabelece as

normas gerais do processo de licitação pública e dos contratos da Administração Pública, e que se aplica tanto para a Administração Direta como Indireta, de todas as esferas federativas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No entanto, em qualquer contrato, inclusive de natureza privada, seja típico ou atípico, em que a Administração figura como parte, é indispensável a observância de um regramento mínimo que a referida disposição legal predetermina. Dispõe a norma:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Em síntese o art. 55 fala sobre cláusulas necessárias a todo contrato firmado pela Administração Pública; o art. 58 estabelece as prerrogativas que a Administração possui em suas relações contratuais, independentemente de constarem no instrumento contratual; o art. 59 dispõe sobre o efeito retroativo da declaração de nulidade; e os arts. 60 e 61 prescrevem sobre as formalidades dos contratos, incluindo a necessidade de publicação. Todas essas disposições, ao menos, devem integrar ou serem observadas em qualquer relação contratual firmada por todas as entidades públicas, ainda que essa relação seja objeto de lei específica, devendo, ademais, aplicar as demais normas gerais da Lei n. 8.666/93, no que couber.

Fora as normas gerais que vinculam a Administração Pública, por lei, vários contratos administrativos específicos são disciplinados e vinculados integralmente ao regime de direito público, seja para atender interesses da própria Administração ou interesses da coletividade, sempre em prol do interesse público. Dentre eles temos, a título de exemplo, as tradicionais formas contratuais de concessão ou permissão de serviço público, disciplinadas pela Lei n. 8.987/95, assim como os mais modernos tipos de contrato administrativo como o contrato de gestão (Lei n. 9.637/98), o termo de parceria (Lei n. 9.790/99), a concessão patrocinada e a concessão administrativa, conhecidas pelo gênero parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei n. 11.079/04, dentre outras várias figuras contratuais.

Além de estatutos criando novas relações contratuais no âmbito administrativo, parte significativa dos contratos administrativos tem regimento vinculado ao objeto da operação, com lei específica para cada tipo de serviço público, como, por exemplo, nas concessões dos

serviços de energia elétrica em que a Lei n. 9.427/96 disciplina o seu regime, e nos casos de serviços de telecomunicações, cujos contratos para sua concessão ou permissão são regulados pela Lei n. 9.472/97. Alguns casos, como neste, se exclui até mesmo a aplicação da lei geral (Lei n. 8.666/93).

Por outro lado, algumas modalidades contratuais foram criadas com destinação específica a determinadas categorias de pessoas, como o contrato de gestão voltado para firmar parceria com entidades qualificadas como Organização Social (OS), nos termos da Lei n. 9.637/98, assim como o termo de parceria, instrumento instituído para a formação de vínculo entre o Poder Público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, disciplinado pela Lei n. 9.790/99.

Para essas hipóteses com regimento específico, demanda um estudo específico para se ajustar e implementar eventual contrato de franquia pública. Isso se deve, sobretudo, ao princípio da legalidade estrita, dada a semelhança que possa haver entre os institutos, podendo incorrer em infringência legal ao se adotar puramente o franchising, de natureza privada, sem atender às peculiaridades daqueles. Assim, esses serviços públicos com regulamentação própria para a sua delegação a terceiros, como energia elétrica e telecomunicações, merecem estudos ainda mais específicos para certificar a viabilidade e a possibilidade de contratação englobando as características do franchising.

Destarte, nos centraremos no estudo dos aspectos gerais e contratuais das concessões e permissões comuns de serviço público, ambas reguladas em especial pelas Leis n. 8.987/95 e 9.074/95, as quais não se limitam a determinados serviços e, tampouco, à determinada pessoa, e que, na prática, são hoje regimes adotados para promover e se utilizar a franquia no setor público, tal como veremos o caso das Lotéricas.

Ambos os institutos, da concessão e permissão, são regulamentados, de forma geral e principalmente pelos diplomas legais citados e muito se assemelham. Diz-se “de forma geral” em razão da possibilidade de leis específicas, conforme explicado acima, poderem complementar o regramento para determinados serviços públicos e, além disso, os entes federados poderem, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95, legislar a respeito, fazendo as revisões e adaptações necessárias a atender às peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Ressalta-se, novamente, que tanto a concessão como a permissão são espécies de contratos administrativos, ambas possuindo, deste modo, natureza contratual, sendo imprescindíveis, assim, a bilateralidade e o consentimento mútuo para configuração do vínculo jurídico. Este, portanto, se enquadra no direito obrigacional, ainda que regido pelo direito público.

No que tange à permissão, apesar de vários textos legais, bem como uma boa parte da doutrina considerá-la um ato unilateral de vontade, sobretudo, justificando-se na precariedade do título, a nosso ver, data vênia, a sua relação é bilateral e, por conseguinte, contratual. Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 175, parágrafo único, inciso I, e a própria Lei n. 8.987/95, art. 4º e 40, a tratam como contrato ao estabelecer, no art.1º, a indispensabilidade do instrumento de contrato para existência da concessão e da permissão. Vale levantar essa questão uma vez que haveria incompatibilidade jurídica entre a franquia e a permissão caso esta de fato não tivesse natureza contratual, mas de ato unilateral, e, como veremos, são institutos totalmente compatíveis.

### 2.1.1 Concessão comum ou tradicional de serviço público

A concessão comum ou tradicional é uma das formas mais antiga de descentralização do serviço público em colaboração com terceiros. Trata-se de uma modalidade de contrato, necessariamente escrito, regido pelo direito público, que tem por objeto a delegação da execução de um determinado serviço público ou uso de bem público para que a parte concessionária, que pode ser um particular ou uma entidade estatal mas necessariamente uma pessoa jurídica, explore economicamente a atividade ou o bem concedido, com a remuneração sendo paga, a princípio, pelo usuário do serviço, por sua conta e risco, assumindo as responsabilidades do empreendimento, mas se submetendo ao regulamento, controle e fiscalização do poder concedente. Este, ademais, conserva a titularidade do serviço público concedido, gozando de todas as prerrogativas previstas em lei, sobretudo, para assegurar o interesse público a favor da coletividade.

Salvo nos casos em que o Poder Público cria, por lei, uma empresa estatal destinada exatamente para ser atuar como concessionária de um determinado serviço público, em que os requisitos da bilateralidade e do livre consentimento seriam questionáveis, inegável a natureza

contratual da concessão, a qual é reconhecida literalmente em lei. Ainda que a Administração Pública usufrua de um arsenal de prerrogativas e praticamente todo o conteúdo contratual tenha suas diretivas tratadas em lei, o vínculo obrigacional dessa relação representa uma forma de contrato.

Vale ressaltar a participação da parte concessionária na elaboração do acordo contratual, quando lhe cabe definir diversos critérios e obrigações do contrato ao elaborar a proposta para participar da licitação, mesmo que sua vontade tenha sido comedida pelo edital e por força da competitividade que gera o processo licitatório. Isso porque, na fase de licitação dos contratos administrativos, que corresponderia às tratativas pré-negociais de um contrato de direito privado, compete à futura parte concessionária, ainda que condicionada pelo edital, elaborar um orçamento e a proposta técnica, definir o menor valor da tarifa a ser cobrada dos usuários e qual o valor que tem a oferecer pela outorga. Se atendido os critérios e parâmetros do edital, a proposta vencedora, de certa forma, também irá vincular a relação contratual e condicionar a atuação da parte concedente quando do fechamento do contrato.

A concessão é um contrato formal que necessariamente deve ser escrito, sob pena de ser declarado nulo e de nenhum efeito, e lavrado na repartição interessada, salvo se tratar de direito real sobre imóveis quando deverá ser lavrado em cartório de notas. Além disso, conforme Lei n. 8.666/93, art. 61, parágrafo único, é condição de eficácia do contrato administrativo a publicação resumida de seu instrumento bem como de seus aditamentos pelo prazo de 20 dias na imprensa oficial, devendo ser providenciada até o dia quinto útil do mês seguinte ao da sua assinatura.

O fato de o Poder Público preservar a titularidade do serviço público e ser o fiel guardião do interesse público, a ele é facultado fixar e alterar unilateralmente a organização e a forma de prestação do serviço, tanto por questões técnicas como funcionais. Pela mesma razão, possui também poderes de direção, controle e fiscalização sobre o serviço executado e sobre o cumprimento das cláusulas contratuais. Di Pietro (2005, p. 100-107) nos elenca diversos poderes designados à Administração nos contratos de concessão, tais como, poderes sancionatórios, de intervenção, de encampação, de exigir garantias, de decretar a caducidade e de fazer uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária.



Além disso, a entidade concessionária deve observar certos princípios próprios à concessão, os quais estarão sob a vigília tanto da Administração como dos usuários, pois estes têm direito a um serviço adequado e à prestação de contas do serviço prestado assim como o dever de cooperar com o Poder Público na fiscalização do serviço. Esses princípios se relacionam com as características de um *serviço adequado*, o qual é garantido pela lei. Dispõe a Lei n. 8.987/95, art. 6º, §1º, que diz: serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Toda a execução do serviço, bem como os critérios para fixação e alteração do contrato, deve ter como fim atender a essas peculiaridades, que se tornam fundamentos tanto para a prestação como para a relação contratual.

O princípio da continuidade do serviço público, em especial, leva os bens patrimoniais da empresa concessionária a adquirir uma natureza híbrida, angariando atributos próprios do regime de bens de direito público, mas mantendo as características de direito privado. Ao passo que são bens particulares podem ser objeto de relações jurídicas de direito civil, como venda e locação, desde que não prejudique a execução dos serviços. Por outro lado, também são bens afetados à prestação de serviço público, não se sujeitando, portanto, à penhora. Em eventual execução judicial, caso inexistente bens e rendas da empresa concessionária que sejam passíveis de penhora, a solução apresentada por Di Pietro (2005, p. 109) seria buscar a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Tendo por fundamento o mesmo princípio da continuidade, os bens afetados ao serviço público igualmente se submetem ao instituto da reversão, o qual garante a transferência destes bens para a Administração quando ocorrer a extinção do contrato. No entanto, para não aludir a confisco, a reversão deve ser sempre indenizada. Essa indenização deve ser previamente estipulada para que se promova a sua amortização no decorrer do contrato, podendo-o diluir no preço da tarifa ou nas receitas de outras fontes. Na hipótese de extinção antecipada do contrato, caberá ao poder concedente indenizar a concessionária pelo valor restante. No advento do prazo final do contrato, poderá ainda ser indenizada pelos investimentos em bens reversíveis cujos valores não foram amortizados ou depreciados. Os bens reversíveis devem ter suas características, condições e critérios de pagamento indicados no edital de licitação assim como em cláusula do contrato, considerada essencial.

A empresa concessionária de serviço público, ainda que submetida a um rigoroso tratado substancialmente regulamentado e fiscalizado pelo Poder Público, atua com independência e autonomia jurídica, administrativa e financeira, tendo liberdade para firmar compromissos com terceiros, tanto civis como trabalhistas, sendo, a princípio, exclusivamente responsável por eles. Além disso, é sujeito de direito, que não se confunde com o Estado, e responde civil, penal e administrativamente por suas faltas e infringência à lei, seja ambiental, trabalhista, consumerista, penal etc., cabendo-lhe responder também por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, conforme disciplina o art. 25 da Lei n. 8.987/95.

Quanto aos danos causados a terceiros, aliás, a concessionária responde objetivamente, assumindo, por preceito da própria Constituição Federal, art. 37, §6º, responsabilidade idêntica a das pessoas jurídicas de direito público. Para gerar o dever de reparar o dano e de indenizar basta comprovar o dano e nexo de causalidade, isto é, a responsabilidade persistirá independente da existência de culpa. Em relação ao Estado, diante do dano causado pela concessionária, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello vislumbra a possibilidade de responsabilidade subsidiária do poder concedente na hipótese de insolvência da concessionária, mas apenas quando o dano for decorrente da própria prestação do serviço público concedido, e na visão de Yussef Said Cahali a responsabilidade do Estado pode igualmente ser considerada solidária, quando demonstrada má escolha da parte concessionária (*culpa in eligendo*) ou desídia na fiscalização (*culpa in vigilando*), segundo Yussef Said Cahali (*apud* Di Pietro, 2005, p. 110). Sob a ótica do direito do consumidor, ao qual o Estado também responde na qualidade de fornecedor, procede tal raciocínio com fundamento no art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Dessa forma, a concessionária pode então, sob sua responsabilidade, contratar com terceiros para auxilia-la no desenvolvimento de atividades tanto inerentes como acessórias ou complementares ao serviço concedido, tais como serviços de vigilância, limpeza, reparos, contabilidade, advocatício, bem como para implementação de projetos associados, segundo a Lei n. 8.987/95, art. 25, §1º. Todos esses contratos com terceiros, inclusive trabalhistas, regem-se pelo direito privado. Além disso, lhe é permitido a efetivar subconcessão parcial ou total, desde que com previsão contratual e autorização expressa do poder concedente, mediante licitação na modalidade de concorrência, ficando o subconcessionário sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de concessão, mas dentro dos limites da

subconcessão. Este contrato, de subconcessão, também tem natureza de contrato administrativo, por esta razão, se submetendo às mesmas normas de direito público que a concessão, inclusive assumindo o subconcessionário as mesmas prerrogativas, encargos e responsabilidades do subconcedente (DI PIETRO, 2005, p. 126-127).

Ademais, a Lei das concessões prevê ainda a possibilidade de transferência do contrato de concessão e do controle societário da concessionária, sendo indispensável, para não implicar em caducidade, a anuência prévia do poder concedente, a qual poderá ser dada se o pretendente atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço bem como comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Além da prestação do serviço público nas condições previstas em lei, no edital e no contrato, pode ser também objeto do contrato de concessão, constituindo-se obrigação principal da concessionária, o pagamento do valor pela outorga da concessão, quando este for um dos critérios do processo licitatório.

A contraprestação no contrato de concessão é uma das peculiaridades deste contrato administrativo. Em regra e originalmente, o pagamento pelo serviço prestado pela concessionária não é efetuado por quem figura no outro polo da relação contratual, ou seja, pelo poder concedente, mas sim pelo usuário do serviço. A contrapartida dessa relação jurídica está na possibilidade de a empresa concessionária poder explorar economicamente o serviço público, isto é, cobrar daqueles que se utilizam do serviço e, assim, se ver recompensada pelos investimentos, pela manutenção e pela oferta do serviço prestado.

Esse valor a ser cobrado pelo serviço recebe o nome de tarifa, e para ela se estabelece toda uma política tarifária em que o Poder Público participa na sua revisão e na fixação de seus reajustes (art. 29, V, da Lei n. 8.987/95), levando-se em consideração, sobretudo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, questões tributárias, diferenciações para atendimento aos distintos segmentos de usuários, aumento dos custos, melhoria dos serviços. Essas alterações devem sempre se basear na lei, em critérios previstos no edital e no contrato e, principalmente, o princípio da modicidade das tarifas, a fim de garantir a acessibilidade geral da população aos serviços. A princípio, a tarifa é fixada pelo preço designado na proposta vencedora da licitação, quando um de seus critérios de julgamento for o de menor

valor da tarifa. Caso contrário, o Poder público deverá, de antemão, definir no edital de licitação qual será o valor da tarifa, além das suas formas de reajustes.

Além da tarifa, o poder concedente, a partir de previsão no edital de licitação, poderá facultar à empresa concessionária ter receitas alternativas provenientes de outras fontes tendo como fundamento, outrossim, a modicidade das tarifas. Essas receitas serão consideradas, igualmente, para aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A Lei n. 8.987/95 fala que essas receitas alternativas são complementares e acessórias. No entanto, Di Pietro (2005, p.124-125) vislumbra também a possibilidade de “a remuneração decorre inteiramente de outro tipo de receita que não a tarifa”, uma vez que o essencial para caracterizar a concessão é a remuneração resultar da exploração comercial do serviço e não necessariamente de pagamentos efetuados diretamente pelos usuários, o que faz sentido.

Por outro lado, se questiona se eventual subsídio pelo poder concedente descaracterizaria o contrato de concessão ou se, ao menos, seria possível como forma complementar de remuneração. De fato, essa iniciativa vai de encontro a finalidade do instituto já que o concessão tem por fim viabilizar a prestação de serviços públicos se onerar os cofres do Estado. Ao interpretar os dispositivos legais a respeito Di Pietro (2005, p. 126) conclui que:

Pela interpretação *a contrario sensu* do art. 17, chega-se à conclusão de que o subsídio é possível desde que autorizado em lei, previamente à concorrência, e esteja à disposição de todos os concorrentes. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo permite, implicitamente, que entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente participe da concorrência, desde que não dependa, para esse fim, de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.

Os contratos de concessão firmados com as entidades privadas, a fim de promover um serviço público de maior qualidade, com menor ônus possível ao usuário e sem onerar o Erário, revelam-se um meio adequado à satisfação de interesses da coletividade e ao fomento da sociedade. Entretanto, Di Pietro (2005, p. 138-139) apresenta uma questão que é oposta aos valores e finalidades da concessão. Trata-se do interesse da Administração Pública em “lucrar”, prover receitas extras para os cofres públicos a partir dos contratos de concessão. Diz respeito, principalmente, a cobrança de valor para outorga da concessão e de participação

nas receitas das concessionárias, mesmo nas provenientes das tarifas pagas pelos usuários, fora os impostos excessivos. Tudo isso reflete no valor final da tarifa a ser paga pelo usuário, onerando ainda mais o serviço público e lesando a população, não só pelo aumento da tarifa, mas pelo fato de não agregar à qualidade do serviço e, além disso, repercutir negativamente na economia. Ao ver da autora, essas atitudes caracterizam desvio de poder, uma vez que não condizem com o interesse público, em especial, aquele que favorece a coletividade.

Há igualmente regramento próprio na lei de concessões que trata sobre o término de suas relações contratuais e consequências. Embora não haja muitas divergências em relação à lei geral de contratos administrativos, Lei n. 8.666/93, o regime de concessão apresenta algumas formas de extinção que constam na norma geral, mas com denominação própria. Essas formas são a caducidade e a encampação, as quais serão tratadas a seguir. No geral, duas formas de extinção são as esperadas para o término da relação contratual, pois condizem com a finalidade de um contrato, que são: o cumprimento da obrigação e o advento do termo final. Caso contrário, o término irá depender de novos atos jurídicos para se convalidar como distrato, denúncia, rescisão. No entanto, isso somente é possível quando, ao menos, as obrigações principais são de execução imediata ou instantânea e/ou quando as partes fixam um prazo final determinado.

No caso da concessão temos, por lei, que seus contratos devem ser fixar prazo determinado e as obrigações principais são caracterizam por ser de execução continuada, isto é, até o fim do contrato a concessionária deve executar ou garantir a execução (na hipótese de subconcessão) do serviço público concedido e a Administração deve-lhe assegurar a exploração econômica dessa atividade, observando, mormente, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual. Dessa forma, o cumprimento da obrigação não é razão para a extinção do contrato, pelo contrário, é condição de eficácia e permanência da relação. Isso porque a obrigação consiste não apenas na prestação do serviço público, mas, principalmente, na continuidade da prestação. Assim, o término natural de uma concessão só se dá com a chegada do termo final pactuado (Lei n. 8.987/95, art. 35, I), valendo ressaltar que, às partes é facultada a alteração desse termo no curso do contrato, quando houver previsão contratual para sua prorrogação, sendo considerada cláusula essencial a que estabelece as suas condições (Lei n. 8.987/95, art. 23, XII). Salienta-se que a lei não fixa prazo para as concessões comuns, o que deve ser feito pelo poder concedente, já no ato em que justificar a conveniência da concessão, devendo, sobremaneira, considerar a necessidade

de tempo suficiente para que a futura concessionária satisfaça o interesse econômico-financeiro de seus investimentos, o ponderando com o princípio da modicidade das tarifas.

Por outro lado, o descumprimento das obrigações, assim como das cláusulas contratuais, são motivos para a extinção do contrato, conhecidos como hipóteses de rescisão contratual. Igualmente nestes casos, o poder de império e as prerrogativas da Administração se sobressaem, tal como no exercício regulamentar e fiscalizatório do contrato.

Nas hipóteses de inadimplência por parte da concessionária, todas elencadas no art. 38, caput e §1º, da Lei n. 8.987/95, a extinção do contrato se dará por declaração de caducidade, feito a partir de um processo administrativo, no qual se garante à concessionária ampla defesa e prévia notificação para sanar irregularidades, devendo ser declarada por decreto do poder concedente. Assim, a caducidade é uma forma de extinção da concessão, por ato unilateral da Administração, que está prevista também no art. 35, III, da referida lei, e que corresponde à rescisão contratual por inadimplemento da concessionária.

Já nas hipóteses de descumprimento obrigacional por parte do poder concedente, o contrato somente poderá ser extinto por meio de ação judicial, não podendo a concessionária interromper ou paralisar a prestação dos serviços até que a decisão judicial tenha transitado em julgado. Esse é o caso de rescisão para lei de concessões, prevista nos arts. 35, IV, e 39, e que demonstra a disparidade da relação jurídica no contrato de concessão, ao se comparar a rescisão com a caducidade, mas que se justifica nos princípios da continuidade do serviço e na supremacia do interesse público.

Outra forma peculiar das concessões de a Administração rescindir unilateralmente o contrato é por meio da encampação. Trata-se de forma de extinção prevista nos arts. 35, II, e 37, da Lei n. 8.987/95, que se opera mediante lei autorizativa, pela qual o poder concedente retoma o serviço concedido por motivo de interesse público. Esse dispositivo deve ser interpretado em comunhão com art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93, que um pouco caracteriza o que se deve entender por razões de interesse público nessa hipótese de rescisão contratual, sem ajudar muito, mas dizendo que as razões de interesse público devem ser de alta relevância e amplo conhecimento e que devem ser justificadas e determinadas. Ressalta-se que a extinção por encampação, embora seja um ato unilateral da Administração, ela não se

baseia em inadimplemento da parte contrária, mas, tão somente, em razões de interesse público, assim consideradas pelo Poder Público.

A lei das concessões ainda traz como causas de extinção do contrato, que podem ocorrer no decurso de sua vigência, a anulação e a falência ou extinção da empresa concessionária ou o falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual, no art. 35, V e VI. A referida lei não disciplina nada a respeito desse instituto, assim, devendo observar as normas gerais da Lei n. 8.666/93 como, por exemplo, a nulidade dos contratos firmados com vícios no processo licitatório. Por fim, além das formas citadas, o contrato, antes de findado pelo prazo final, também pode ser extinto por distrato, ou seja, um novo acordo firmado pelas partes, de forma amigável, no qual se pactuam pelo fim da concessão e regulam suas consequências. Como a Lei n. 8.987/95 não trata dessa hipótese especificamente, apesar de, no art. 23, XV, possibilitar a estipulação de cláusulas que regulamentem modos amigáveis para solução de divergências contratuais, o distrato pode ser fundamentado e conforme dispõe o art. 79, II, e §1º, da Lei n. 8.666/93, cumulado com art. 35, IV, da Lei de concessões, assim sendo, desde que haja conveniência para a Administração e seja precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

Independentemente da forma de encerramento da concessão, é resguardada à Administração Pública o direito de reversão. A reversão diz respeito à transferência, para o poder concedente, dos bens necessários para continuidade do serviço público. Toda reversão deve ser indenizada. Também independe da forma como irá se extinguir o contrato para que a concessionária seja indenizada pelos bens a serem reversíveis. Isso porque, conforme nos ensina Di Pietro (2005, p. 108), isto caracterizaria confisco, o que não é permitido nessa ocasião, ainda que a extinção tenha sido motivada por culpa ou descumprimento da concessionária. O valor indenizatório poderá ser amortizado nas receitas que a concessionária irá receber em virtude do contrato ou, senão, será pago ou complementado ao final do contrato, de acordo com art. 36 e 37 da Lei das concessões.

Além da reversão dos bens, como consequência da extinção da concessão, o poder concedente retoma os direitos e privilégios transferidos ao concessionário, nos termos do edital de licitação e do contrato, bem como assume imediatamente o serviço que foi concedido, devendo proceder as avaliações, liquidações e levantamentos necessários, com direito à ocupação das instalações e utilização de todos os bens reversíveis.

### 2.1.2 Permissão de serviço público

A permissão é a outra modalidade de regime jurídico de direito público pelo qual a Constituição Federal, pelo art. 175, admite que o Poder Público delegue a prestação de serviço público a terceiros. Boa parte da doutrina<sup>9</sup> não reconhece a sua natureza contratual considerando tratar-se de um ato administrativo unilateral. Contudo, a nosso ver, apoiado na própria Constituição e em algumas disposições legais que fazem referência a esse instituto como contrato, bem como baseado nas características essenciais da relação jurídica, embora a precariedade do vínculo seja uma das suas principais características, a permissão, em especial a de prestação de serviço público, possui natureza de contrato, porquanto depende do consentimento dos contratantes para formação do vínculo e, ainda que a Administração se exima de algumas responsabilidades, há reciprocidade de obrigações entre as partes. Vale a transcrição do art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, que conceituam contrato administrativo, pelo qual é possível afirmar a natureza contratual da permissão:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considerasse contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

O regime da permissão encontra-se estruturado, de forma geral, também na Lei n. 8.987/95, a lei que regulamenta as concessões. A entidade pública que tem o poder para delegar o serviço mediante permissão também recebe, de acordo com a lei, a denominação de “poder concedente”, como nos contratos de concessão. Essa lei, em seu art. 2º, IV, assim define permissão de serviço público: “a delegação, a título precário, mediante licitação, da

---

<sup>9</sup> Nesse sentido: Mello (2015, p. 783) conceitua permissão de serviço público como ato unilateral e precário, e, em nota de rodapé, diz que a Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, inciso I, com imprecisão técnica de redação, fala em “contrato” para tratar conjuntamente de concessões e permissões, pois essa expressão, segundo entendimento do autor, “obviamente, só pode estar reportada às concessões”. Na obra de Meirelles (2015, p. 494-496) a permissão de serviço público, igualmente, é conceituada como delegação por ato unilateral da Administração e considera que “embora formalizada mediante contrato, a permissão não perde seu caráter de precariedade e de revogabilidade por ato unilateral do poder concedente, ideias incompatíveis com a noção de contrato privado”.



prestação de serviço público, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Esse diploma legal foi, em sua maioria, redigido com normas referentes ao regime da concessão, limitando-se, no Capítulo IX, denominado “das permissões”, em um único artigo, art. 40, submeter o instituto da permissão a tudo o que foi disposto na lei, ressaltando que a sua formalização deve ser feita mediante contrato de adesão, seguindo os padrões estipulados para o contrato de concessão, devendo observar as demais normas pertinentes e o edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Vislumbra-se, desse modo, que a precariedade do instituto se inicia no próprio estatuto que o regulamenta, deixando-o frágil e incerto, passivo de diversas interpretações e utilizações.

No entanto, diante do artigo remissivo, temos que tudo o que foi dito a respeito do contrato de concessão se aplica aos contratos de permissão devendo-se levar em conta as peculiaridades deste contrato que cingem à adesão, à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato por parte da Administração Pública. Vale destacar que a doutrina, no geral, qualifica a permissão como ato administrativo unilateral, discricionário e precário.

A precariedade e a revogabilidade por ato unilateral são dois atributos do contrato de permissão que se complementam. A precariedade, isto é, a instabilidade, a fragilidade, a transitoriedade do contrato se dá justamente em razão da faculdade que goza o poder público de revogar, a qualquer tempo, a permissão concedida. Este ato de revogação, de fato, se caracteriza pela unilateralidade, permitindo a extinção do contrato por vontade exclusiva da Administração sem que esta assuma qualquer dever de indenizar em virtude da prerrogativa legal. Pelo princípio da boa-fé, é de bom alvitre que esse poder esteja expresso no edital de licitação e no contrato de adesão, uma vez que a relação contratual se define pelas cláusulas e obrigações contratuais e não pelo título que lhe foi dado no instrumento.

Vale lembrar que isso difere do ato de outorga da permissão, que, como dito, é ato bilateral. Nesse ponto, ressalta-se a imposição da lei para que a outorga da permissão seja precedida de licitação o que, embora não obrigue a Administração a outorgá-la, vincula a Administração a outorgar, caso opte por efetivá-la, ao vencedor do processo licitatório.

Interessante notar que a lei, intencionalmente, cria o regime da permissão de maneira peculiar adotando uma forma típica de extinção do ato administrativo, a revogação, aplicando-a a essa espécie de contrato administrativo. A revogação, ao contrário do que pensam grandes administrativistas, não se corresponde e não se confunde com a rescisão unilateral do contrato, admitida tanto nos contratos de direito público, mediante processo administrativo, como nos de direito privado, mediante denúncia. A rescisão unilateral, como vimos na concessão, pode gerar para a Administração o dever de indenização. Já a revogação não gera.

O fato de a Administração poder revogar o contrato de permissão, aliás, não impede que a Administração preveja e opte por extinguir a permissão por meio de uma rescisão unilateral, com base na lei geral de licitação e contratos administrativos, Lei n. 8.666/93, ou até mesmo por encampação, com fundamento nos arts. 35, II, e 37, da Lei n. 8.987/95. Predeterminar tais formas de extinção para o contrato de permissão não irá retirar sua essencialidade, desde que a revogabilidade fique garantida ao poder concedente nas cláusulas do contrato. A nosso ver, não há incompatibilidade dos institutos, desde que as hipóteses de rescisão ou encampação sejam claramente discriminadas no edital e no contrato, ressaltando que não excluem o poder de discricionariedade da Administração para a revogação da permissão.

É importante acentuar que a revogação, apesar de permitir ao poder concedente findar o contrato de permissão a qualquer tempo e com certa margem de liberdade, visto que se trata de um ato administrativo discricionário, deve ser motivada pela inconveniência ou importunidade, tendo se por fundamento o interesse público. Como bem explica Mello (2015, p. 465) “O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público”. Assim, a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido. (MEIRELLES, 2015, p. 187)

Nesse sentido, a revogabilidade, no instituto da permissão, por corresponder a uma relação jurídica contratual, não se confunde ou exclui a rescisão. Revogar uma permissão por mero descumprimento de alguma obrigação, por exemplo, caracteriza-se mais como uma arbitrariedade, contrária à lei que o prevê como hipótese de rescisão, do que uma discricionariedade da Administração visando atender ao interesse público. Assim sendo, poderíamos dizer que a revogabilidade assemelha-se mais a uma hipótese de encampação sem direito à indenização, em que o poder concedente retoma o serviço por motivo de interesse público, do que a uma rescisão unilateral motivada por questões contratuais.

## **2.2 Contrato de franquia de serviços públicos**

Franquear um serviço público, senão alguma atividade que lhe seja inerente ou mesmo que lhe seja auxiliar ou complementar, requer uma análise aprofundada de preceitos jurídicos a fim de não acarretar a nulidade dos contratos firmados a esse título. Trata-se, nos casos de serviço público, de um objeto de negociação bastante delicado na esfera do direito público. Além da complexidade de seu conceito, toda a normatização a seu respeito geram incertezas sobre o quê e como seria possível para a Administração dispor de um serviço público, do qual a lei ou a própria Constituição lhe resguardou a competência.

Os autores administrativistas pouco ou nada abordam em suas obras a respeito da aplicação do instituto da franquia pela Administração Pública. Na bibliografia pesquisada, no entanto, os autores que versam sobre o assunto não identificam óbices ou ilegalidade na adoção do contrato de franquia na esfera administrativa. A seguir, transcrevemos o entendimento de Di Pietro e Lamy a respeito:

Mesmo no direito brasileiro não há impedimento à adoção de franquia pela Administração Pública, mesmo porque ela já é uma realidade incontestável, principalmente como instrumento de terceirização.

O fato de não haver uma legislação específica disciplinando os contratos de franquia na Administração Pública não impede a adoção do sistema, da mesma forma que a celebração de contratos de concessão sempre foi feita independentemente da existência de lei sobre o assunto, prevista desde a Constituição de 1934 (art. 137). (DI PIETRO, 2005, p. 220-221)

[...] se, do ponto de vista jurídico, não há impedimento à sua adoção, do ponto de vista da conveniência e oportunidade, seria aceitável a franquia para determinados tipos de atividades em que a Administração instituisse determinado padrão considerado ideal e, por isso mesmo, passível de ser imposto ao contratado pelo sistema de franquia. (DI PIETRO, 2005, p. 219)

No Direito Público não se privilegia a autonomia das vontades, mas o princípio da legalidade. Assim, a adoção do instituto da franquia pela Administração Pública, como forma de aperfeiçoar sua atuação, ou de encampar o fenômeno da desestatização, só é possível se a legislação em vigor permitir tal fato e nos termos que esta permitir. Nesse sentido, veremos que duas leis maiores permitem o ingresso do instituto da franquia. A lei de licitações e a lei de concessões apresentam formas que podem ser utilizadas para veicular o instituto da franquia. (LAMY, 2002, p. 137)

As questões então que sobressaem são: como viabilizar, juridicamente, a implantação de uma franquia relacionada com o serviço público e quais os tipos de serviço público seriam passíveis de ser objeto de uma franquia.

Lamy (2002, p. 143-155), em sua inovadora obra, *Franquia pública*, nos apresenta quatro espécies de franquia pública, com base no regime adotado: a) franquia pública regida pela lei de licitações; b) a franquia pública como modalidade de concessão; c) a franquia pública como modalidade de subconcessão e d) franquia pública em regime exclusivo de direito privado.

A primeira modalidade de franquia pública, regida pela lei de licitações, pode ser implementada com fundamento na Lei n. 8.666/93, art. 62, §3º, inciso I, a qual permite a todas as entidades a ela submetidas, órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único), a realização de contratos regidos por normas de direito privado, porém sob a forma de contratação pública devendo, portanto, observar as disposições gerais da lei de licitações no que couber, e obrigatoriamente as normas previstas nos arts. 55 e 58 a 61, que tratam, em síntese, das cláusulas necessárias e formalidades de todos os contratos administrativos, além das prerrogativas da Administração Pública.

Pela segunda, franquia pública como modalidade de concessão, aplica-se a franquia como se um contrato de concessão fosse. Assim, pelas proximidades dos institutos, seria possível instituir uma franquia pública regida pela Lei n. 8.987/95, enquadrando-a no regime do contrato administrativo de concessão. Em suma, as diferenças consistem no fato do franqueado, ao contrário do concessionário, atuar em nome do franqueador, utilizar suas marcas e técnicas de atuação e organização, sofrendo maiores limitações em relação a essas técnicas do que na concessão. Elenca o autor Lamy (2002, p. 150-151), concluindo que a franquia pública pode corresponder a uma *concessão com alguns matizes especiais*, as seguintes semelhanças entre essas modalidades contratuais:

- a) delegação da execução de uma tarefa, conservando o franqueador ou o poder concedente a titularidade e plena disponibilidade sobre o mesmo; b) personalidades jurídicas diversas; c) desenvolvimento da atividade por conta do franqueado ou concessionário; d) poder de controle e fiscalização da atividade; e) remuneração do franqueado ou concessionário liga-se ao resultado financeiro da exploração, em especial aos valores pagos pelo público destinatário do serviço; f) fixação unilateral prévia das condições do contrato; g) franqueado ou concessionário pagam pela outorga da franquia ou concessão.

Quanto à terceira, franquia pública como modalidade de subconcessão, a base legal é o art. 26 da Lei n. 8.987/95, que admite a subconcessão. Aplica-se para as concessionárias, típicas de serviço público, como as empresas estatais que prestam serviços para outro ente governamental, que pretender franquear atividade-fim objeto da concessão, desta forma, equivalendo-se a subconcessão. Para franquear por meio de subconcessão é necessário autorização do poder concedente, e instaurar processo licitatório na modalidade concorrência. Aplica-se às subconcessões e, portanto, as franquias a esse pretexto, as normas e cláusulas contratuais pertinentes à concessão.

A última, em regime exclusivo de direito privado, segundo preleciona o autor, pode ser aplicada pelas concessionárias de serviço público, tanto para as empresas estatais que prestam serviços públicos para outro ente governamental ou para as chamadas concessionárias legais, com o fito de franquear atividades acessórias, com fundamento na Lei n. 8.987/95, art. 25, §§ 1º, 2º e 3º. Esses dispositivos facultam as concessionárias a contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, e também a implementação de projetos associados, devendo os terceiros observar todas as normas regulamentares do serviço concedido. Essa a relação será regida pelo direito privado,

sem criar qualquer vínculo entre os franqueados com o poder concedente, respondendo a concessionária/franqueadora exclusiva e diretamente pelos prejuízos causados ao poder concedente, usuários e terceiros.

A nosso ver, contrário ao que pensa o autor, data vênua, a franquia, dessa forma, não poderia ser aplicada por qualquer concessionária regida pelo direito público, podendo ser utilizada apenas pelas concessionárias de direito privado. Pois, apesar de a concessão estar regulamentada pela referida lei que admite tais modos de contratação com terceiros, nos casos de empresas públicas, ainda que destinada a prestar serviços à outra entidade federativa ou criadas por lei, suas relações com terceiros se subordinam a Lei n. 8666/93, uma vez que preponderam as normas de direito público, previstas na Lei de licitações para essas pessoas. Assim, as franquias criadas por estas entidades também devem sujeitar-se ao processo licitatório e demais normas cogentes para a contratação de franqueados, enquadrando-se na primeira modalidade de franquia pública.

Por outro lado, vale ressaltar que é necessário verificar a natureza do serviço prestado pela Administração. Abaixo detalharemos o assunto, cabendo por hora destacar que o serviço relacionado à atividade do domínio econômico prestado por uma estatal, incide obrigatoriamente o regime de direito privado, segundo nos ensina Justen Filho (2012, p. 873):

A aplicação do regime de direito público não se verificará quando a contratação instrumentalizar intervenção estatal no domínio econômico. Por imposição constitucional, o Estado, quando atua no domínio econômico, subordina-se às regras e princípios de direito privado (CF, art.173, §1º). A imposição constitucional limita a aplicabilidade do art. 62, §3º, ora comentado. Assegura a isonomia entre entidades administrativas e pessoas de direito privado, para evitar ofensa à livre concorrência. A Administração Pública não poderá invocar prerrogativas especiais e se sujeitará integralmente ao regime de direito privado.

Já Di Pietro (2005, p. 220-221), vislumbra, em suma, duas formas de adoção de franquia pela Administração Pública: a) como forma de concessão administrativa, neste caso será regida pela Lei n. 8.987/95, quando a outorga for de atividade-fim, e terá a natureza de concessão, em especial de serviço público; b) como forma de terceirização, sujeita ao regramento da Lei n. 8.666/93, art. 62, § 3º, inciso I, quando a delegação for de atividades acessórias ou complementares, possuindo a natureza dos contratos de prestação de serviços.

Neste último caso, ressalta a eminente professora, o fenômeno da publicização dos contratos de direito privado celebrados pela Administração a partir deste dispositivo. Na primeira, ela destaca que a semelhança da franquia com a concessão é tão grande que é possível colocar aquela como espécie desta. No entanto, a autora assinala que há diferenças, uma vez que o franqueado atua sob o nome do franqueador, utilizando sua marca e suas técnicas de atuação enquanto que na concessão o concessionário atua em nome próprio e conforme suas próprias técnicas de organização e trabalho, assim, submetendo-se o franqueado a limitações muito maiores em sua atuação e organização do que o concessionário.

De acordo como o ordenamento constitucional, todas as entidades da Administração Pública, direta e indireta, estão subordinadas ao regime de contratação de direito público, isto é, só podem contratar conforme dispõe a lei. Assim, há estatutos legais para diversos tipos de contratação que regem desde meras compras até grandes empreitadas, de meras prestações de serviços a contratações de servidores públicos efetivos. Todas as relações firmadas pelo Poder Público requer a observação de uma determinada lei para serem válidas e surtirem efeitos na ordem jurídica, cabendo a lei prevê, igualmente, as situações em que ela não se aplica ou que se dispensa maior formalidade para o contrato. Essa diretriz corresponde ao princípio da legalidade estrita, a qual se submete a Administração Pública e a todos que, de certa forma, gerem serviço ou bem público. Difere, portanto, do regime de direito privado em que se predomina a liberdade contratual, sendo a lei, ao prescrever normas dispositivas, de aplicação subsidiária à relação jurídica privada prevalecendo, assim, o que foi pactuado pelas partes, e só em casos excepcionais e específicos a lei será imperativa, quando estabelecer normas cogentes em certas relações particulares.

Desta forma, para entidades da Administração Pública, tanto direta ou indireta, a Constituição, art. 175, é taxativa ao determinar que ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma da lei. Além disso, em outros dispositivos a Carta Magna, ao determinar a competência da União, Estados, Municípios e Distrito Federal para prestação de serviços públicos, faculta, para determinados serviços, a prestação mediante concessão, permissão e/ou autorização<sup>10</sup>. Posto

---

<sup>10</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de

isso, não se vislumbra, do ponto de vista constitucional, para os entes da Administração, outro modo de se criar e viabilizar uma franquia pública para os serviços públicos de sua competência que não seja inserida no contexto de uma concessão ou de uma permissão. Isso poderia ser feito por lei específica, estabelecendo um regime concessão ou permissão combinado com o de franquia para determinado serviço, senão simplesmente por ato administrativo amoldando a franquia num contrato de concessão ou permissão, sob o regime geral já criado para esses institutos, leis n. 8.987/95 e 9.074/95, como é o caso das Agências Lotéricas da Caixa Econômica Federal, conforme o estudo de caso em item a seguir.

Nos termos da Constituição brasileira, em relação à grande maioria dos serviços públicos, não há obrigação estatal de prestá-los diretamente ou por criatura sua, podendo simplesmente patrocinar-lhes a prestação pela outorga de seu exercício a terceiros, mediante concessão ou permissão (a Lei Maior fala ainda em autorização). Cumpre, pois, conhecer as características do serviço público, as exigências constitucionais ao respeito, assim como o regime jurídico que legalmente preside as concessões e permissões de serviço público. (MELLO, 2015, p. 692)

Peculiar é o caso da franquia postal que acabou regulamentada pela Lei n. 11.668/08, e que iremos verificar de forma mais detalhada a seguir. Esta lei regulamenta a delegação de algumas atividades relacionadas ao serviço postal, mas não há qualquer referência explícita a um regime de concessão ou permissão. Contudo, diante da semelhança dos institutos, em que renomados doutrinadores<sup>11</sup>, como citado acima, até reconhecem a franquia como uma espécie de concessão é possível interpretá-la conforme a Constituição, tendo em vista a previsão do art. 3º, o qual manda aplicar subsidiária a Lei de licitações e contratos administrativos, a qual deve ser observada tanto no edital de licitação como nos contratos de franquia, sobretudo, as normas pertinentes à concessão e permissão de serviço público.

---

água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres. Art. 25. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. (site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acessado em 8 de setembro, 2016)

<sup>11</sup> Di Pietro (2005, p. 219-225), por exemplo, em algumas passagens de sua obra, *Parcerias na administração pública*, deixa bem claro esse entendimento ao dizer: “pode-se mesmo afirmar que a franquia é uma forma de concessão que não traz prejuízo para a Administração Pública,”; “Tão grande é a semelhança entre o (SIC) dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão;”.



Uma interpretação ou análise menos apurada poderia levar ao entendimento de que a partir da Lei n. 8.666/93, fundamentada no art. 37, XXI, da Constituição Federal, seria possível, com base no art. 62, § 3º, I, a contratação de uma franquia pública de atividades auxiliares a determinado serviço público, sem necessidade de vinculá-la a uma concessão ou permissão. No entanto, jamais caberia para a totalidade de um serviço público ou sequer para uma de suas atividades essenciais. Isso porque, devido à proximidade do instituto da franquia com os de concessão e permissão, a legalidade e a constitucionalidade dessa conduta administrativa, sem lei anterior que a regule e sem vinculação ao regime geral de concessão ou permissão ou as normas de direito público a respeito, poderiam ser questionadas. Até mesmo para hipótese ora levantada, de franquias para meras atividades auxiliares, seria de bom alvitre evitar ou fundamentar melhor a contratação, uma vez que, a exemplo dos Correios, como veremos adiante, inúmeros problemas foram gerados por uma iniciativa como essa, contratando por meio de franquia regida exclusivamente pelo direito privado.

Vale ressaltar novamente que os institutos da permissão e da concessão, previstos no art. 175 da Constituição Federal, consistem nos meios indiretos pelos quais a Carta Magna autoriza o poder público a promover a sua incumbência constitucional de prestação de serviços públicos. Com base no referido artigo, trata-se de regimes de direito público, uma vez que se destinam ao exercício das prerrogativas do Estado. Por conseguinte, toda a atividade da Administração fica subordinada aos preceitos legais pertinentes, sendo que todos esses preceitos são normas cogentes, isto quer dizer, elas preponderam a qualquer tratativa contrária, ainda que prevista em edital ou em contrato, não podendo, portanto, as partes disporem a seu respeito, estando a discricionariedade da Administração limitada a lei. Assim, pelo dispositivo citado, somente pela permissão ou pela concessão é possível delegar a prestação de serviço público a terceiros. Ressalta-se, entretanto, que em outros artigos da Constituição, há ainda a possibilidade de se permitir que terceiros execute determinado serviço de caráter público por meio de *autorização*.

Concluindo, a implantação de uma franquia de serviço público, ou de alguma de suas atividades, por qualquer entidade que esteja dentro do conceito de Poder Público, ou por ele controlada ou que detenha recursos públicos, deve buscar, de preferência, a atuação conjunta do poder legislativo respectivo para previamente autorizar sua instituição e estabelecer suas diretrizes, se não sustentar-se diretamente na legislação que trata dos regimes de concessão

ou de permissão ou nas normas gerais de licitação e contratos administrativos. É temerária a adoção do sistema de franquia para o serviço público por estas instituições vinculadas ao direito público, exclusivamente sob o regime de direito privado, sobretudo, do ponto de vista constitucional, mas também em razão da publicização dos contratos de direito privado firmados pela Administração.

A análise da possibilidade e viabilidade do contrato de franquia de serviços públicos no seara das relações contratuais do Poder Público requer não só o estudo do regramento jurídico aplicável, mas também do seu objeto, ou seja, da natureza do próprio serviço público. Isso porque, *serviço público* é um instituto de conceito amplo e abrangente, sendo necessário identificar, dentro deste preceito, quais os tipos serviços públicos seriam suscetíveis de ser objeto de uma franquia pública.

Na órbita do direito privado, não há limites para aquilo que pode ser objeto de franchising. Já no campo administrativo, nem tudo pode ser objeto de franquia. A princípio, apenas alguns dos serviços públicos delegáveis poderia ser objeto de franquia pública, sendo que, em certos casos, apenas algumas de suas atividades. A nosso ver, como defenderemos a seguir, também é possível o franqueamento de algumas atividades de determinados serviços públicos tradicionalmente não delegáveis.

A amplitude do conceito de *serviço público* decorre tanto da utilização dessa expressão para designar, numa linguagem popular, toda e qualquer atividade ou realização promovida pelo Estado, usando-a para se referir aquilo que juridicamente se classifica como *obras públicas*, como também para abranger inapropriadamente atividades estatais relacionadas à polícia administrativa ou à exploração estatal da atividade econômica, que não se enquadram no conceito próprio de serviço público. Ademais, inútil se torna a expressão quando empregada no sentido de abarcar todo o conjunto de atividades do Estado, incluindo aquelas pertinentes a si próprio, sem diferenciar as atividades públicas (está sim uma expressão de conceito amplo) com características e regimes jurídicos distintos. (MELLO, 2015)

De acordo com a lição do eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.698-700), há dois elementos necessários que compõem a noção apropriada de serviço público que são: o “substrato material”, que diz respeito à prestação de utilidade ou

comodidade, que seja de interesse coletivo, disponibilizada singularmente aos administrados, e o “traço formal” que consiste num específico regime de Direito Público, regime jurídico-administrativo, o qual é indispensável para caracterizar juridicamente a expressão. O primeiro elemento restringe a noção de serviço público apenas aos serviços *uti singuli*, ou seja, aqueles que podem ser utilizados individual singularmente pela pessoa de cada um. Assim, para a melhor noção do deve ser entendido por *serviço público*, passível de ser objeto de franquia pública, vale a transcrição do conceito elaborado pelo autor:

*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2015, p. 695)*

Desta forma, imprescindível a aceção restrita do conceito de serviço público como objeto de eventual sistema de franquia adotado pelo Poder Público, pois para os serviços administrativos *uti universi*, que remetem a um sentido lato de serviço público, inconcebível seria pressupor a adoção de franquia pública. Cabe ressaltar, no entanto, que, embora não se qualifiquem para concepção restrita de serviço público, as prestações condizentes à exploração estatal de atividades econômicas, por estarem inseridas num contexto do regime de direito privado, são passíveis de serem geridas por meio ou com auxílio de franquias públicas.

No que tange à qualificação de um serviço como público, ademais, não decorre intrinsecamente de sua natureza. Essa qualificação se sujeita à concepção do Estado, sobre papel que exerce perante a sociedade. Trata-se de uma escolha política em um dado tempo histórico que pode ser estabelecida na Constituição, em leis, na jurisprudência ou pelos costumes vigentes em determinado país, de acordo com o seu sistema jurídico, tendo por base o padrão de cultura e os valores preponderantes em uma determinada época. (MELLO, 2015; GROTTI, 2003, apud MELLO, 2015, p. 695)

Entre nós, a Carta Magna elenca diversos serviços que considera públicos, porém não de forma exaustiva, podendo o Poder Público, por lei, em qualquer das esferas federativas,

atribuir a uma atividade a qualidade de serviço público, dentro dos limites constitucionais, respeitando-se o princípio da livre iniciativa e desde que justificável pelos princípios do serviço público, tais como continuidade, eficiência, universalidade e supremacia do interesse público. Por outro lado, vale destacar que não é somente pelo fato de ser caracterizado como serviço público, que ele não possa ser praticado por particulares. A lei estabelece também se determinado serviço é privativo ou exclusivo do Estado, seja para a titularidade do serviço ou para a titularidade de sua prestação.

Assim, de acordo com o autor Mello (2015, p. 712-714) podemos identificar hipóteses em que (a) o serviço é de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, como nos casos de serviço postal; (b) que é tanto de prestação obrigatória pelo Estado como de outorga obrigatória em concessão a terceiros, como nos casos de serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens; (c) de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, como os casos de educação, saúde, previdência e assistência social; (d) de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando fica obrigado a promover-lhes a prestação, por concessão ou permissão, como, por exemplo, serviços de telecomunicações, energia elétrica, transporte ferroviário, aquaviário ou rodoviário interestadual ou internacional de passageiros.

Com base nessa classificação, para verificarmos se um serviço público é franqueável, deve-se observar a possibilidade de delação total ou apenas parcial do serviço público. Ou seja, correlacionando-se com as hipóteses acima, se seria possível delegar a um particular a execução total de um determinado serviço público para efetivá-lo por meios próprios ou com auxílio de terceiros ou, senão, apenas caberia para algumas atividades desse serviço público.

A delegação total, a nosso ver, só caberia às hipóteses “b” e “d”, outorgando ao particular toda a gestão e execução do serviço público como um todo, estando sujeito apenas às entidades regulamentadora e fiscalizadora pertinentes à atividade do Poder Público. É o caso da concessão para radiodifusão, telecomunicações, energia elétrica etc. Não haveria impasses jurídicos para franquear todo o conjunto de determinado serviço público a diversos franqueados, como ocorre nas concessões de transporte coletivo, por exemplo. Por óbvio, se pode o todo, pode-se também franquear partes desse serviço, independentemente na natureza da atividade, se acessória ou complementar ou inerente ao serviço. Isso vale tanto para o poder concedente com para as concessionárias. É o caso, por exemplo, da telefonia *Oi* que

franqueia suas lojas de atendimento<sup>12</sup>. Não seria necessariamente uma franquia pública por faltar um ente público na relação, contudo, trata-se de uma franquia que, embora não pareça, envolve um serviço público.

Diferentemente são os casos das hipóteses “a” e “c”. A primeira corresponde aos monopólios estatais de certos serviços previstos constitucionalmente. Como ressalta Mello (2015, p. 712), “*só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização*”. Assim, tampouco caberia a delegação por franquia de todo o serviço. Na hipótese “c”, temos que, embora o serviço seja livre à iniciativa privada, inclusive sem necessidade de concessão ou permissão, em função da importância social que possuem, a Constituição os impõe como dever de Estado, atinentes a todas as esferas federativas, proclama a participação da sociedade e permite a atuação de empresas particulares, pelo princípio da complementariedade. Por não caber a concessão ou permissão justamente por ser livre à iniciativa privada, a franquia total de algum desse serviço também não se justificaria.

Por outro lado, nada obsta o franqueamento de atividades auxiliares ou complementares desse serviço. No caso da hipótese “a”, temos como maior exemplo a franquia postal pela qual a Empresa de Correios e Telégrafos franqueia algumas atividades auxiliares do serviço postal, conforme descrevemos no estudo de caso abaixo. No que tange à hipótese “c”, a princípio, para os serviços de educação e saúde prestados pelo Estado, não faria sentido implantar franquias para auxiliar o Estado no desempenho dessas atividades, tendo em vista que a Constituição estabelece a gratuidade na prestação de tais serviços. No entanto, entendemos que, no contexto da reforma administrativa do Estado, buscando a atuação conjunta com o particular pra melhoria e eficiência dos serviços prestados, seja pela delegação, terceirização ou privatização, com fundamento também no fato de se tratar de um serviço livre à iniciativa privada, não há impedimentos para que o Estado forme parcerias por meio de franquias de atividades auxiliares para procurar atender de forma mais eficiente e qualitativa parte da população que de alguma forma pudesse contribuir para execução desses serviços, entretanto, desde que o Estado mantenha os serviços gratuitos, os assegurando aos administrados que deles necessitam.

---

<sup>12</sup> <http://www.oi.com.br/oi/sobre-a-oi/empresa/franquias-oi/conheca>. Acessado em: 13 de setembro, 2016.

Ao explicar a diferença entre titularidade do serviço e titularidade da prestação do serviço, Celso Antônio Bandeira de Mello assinala:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação. (MELLO, 2015, p. 705)

Assim como nos contratos de franquia empresarial, cuja gama de objetos é imensuráveis, impossível elencar quais os serviços públicos ou quais os tipos de serviços públicos podem ou não ser objeto de franquia pública especificadamente, devendo a análise ser feita no caso concreto. Contudo, uma noção mais precisa do conceito de serviço público e o conhecimento do valor jurídico que lhe é dado pela Constituição e pelas leis contribuem para essa tarefa de verificar a viabilidade e a possibilidade jurídica de sua delegação por meio de franquia, ou de atividades que lhe são concernentes.

## **2.3 Estudo de casos**

### **2.3.1 Correios**

O serviço postal no Brasil, desde a era colonial, é caracterizado pelo monopólio estatal, o qual, naquela época, era gerido pelo Correio-mor do Reino, cargo outorgado pelos reis de Portugal. No entanto, embora o Correio-mor fosse o responsável pelo recebimento e envio de correspondência para o exterior e que transitavam pelos portos do Brasil, o envio de correspondências para o interior era realizado de forma informal, tendo perdurado, ainda por muito tempo, a ser feito por mensageiros pagos ou por boa vontade de viajantes. O monopólio estatal do serviço postal, visto como de essencial interesse público, é uma realidade trazida da Antiguidade e hodiernamente comum na maioria dos países. Costumam justificar esse privilégio (ou encargo) na indispensável continuidade do serviço e pela possível falta de interesse da iniciativa privada em prestá-lo na sua totalidade (BARROS NETO, 2004).

Assim, desde o início o serviço postal no Brasil esteve sob os cuidados do Estado, o qual sempre ficou à frente de sua responsabilidade, tanto no período colonial, imperial como atualmente no republicano. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, em seu art. 5º, inciso VII, foi a primeira a declarar em carta constitucional a competência privativa da União para manter o serviço de correios no território nacional, normatizando, deste modo, a exclusividade do Estado sobre a atividade postal, a qual perdura até os dias atuais.

A gestão e a execução do serviço postal permaneceram, por muitos anos, sob a administração direta do Estado, seja por meio de cargos, órgãos ou departamentos. Apenas em 1967, com o Decreto-lei n. 200, de 25/02/67, art. 167, ficou autorizado ao Poder Executivo transformar o então Departamento dos Correios e Telégrafos em entidade de Administração Indireta vinculada ao Ministério das Comunicações. Essa medida culminou na criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em 1969, por meio do Decreto Lei n. 509, de 20/03/69. A ECT foi instituída sob o regime de empresa pública, lhe competindo *executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo território nacional* (art. 2º, I).

A criação da ECT representou um fato importante para desvincular o serviço postal das amarras de uma administração burocrática, bem mais voltada para o funcionalismo do que para a funcionalidade da atividade. A gestão realizada por uma entidade que, apesar de ser uma estatal, foi instituída como pessoa jurídica de direito privado, permitiu, sem prejudicar o interesse público, a estruturação da organização com diretrizes e estratégias baseadas no mercado. A descentralização administrativa dos serviços postais gerou aumento da acessibilidade, eficiência, confiança e qualidade dos serviços prestados pelos Correios, além das ações sociais agregadas, tais como treinamento de jovens carentes, distribuição de livros escolares, transporte de doações em casos de calamidade, pagamento de pensões e aposentadorias etc. (BARROS NETO, 2004, p. 137).

Nessa perspectiva de alcançar qualidade e confiabilidade no serviço prestado, a ECT tomou diversas iniciativas que desencadearam resultados positivos até então nunca alcançados pela própria entidade Correios ou por outra empresa pública, tais como, atender a todos os municípios brasileiros e apresentar um superávit financeiro, fato este ocorrido em 1977. Estratégias de marketing, inovação de produtos e serviços, reestruturação operacional com

investimentos em processos e treinamentos, expansão e qualificação da rede de atendimento, foram algumas das técnicas implementadas para proporcionar crescimento e desenvolver a credibilidade dos Correios no público em geral.

Entretanto, chegado o fim da década de 80, essa prosperidade restou ameaçada assim como relata Barros Neto (2004, p. 138):

Ocorre que essa imagem de eficiência não correspondia mais a dura realidade diária da empresa que começava a enfrentar mais uma vez sinais de obsolescência e defasagem tecnológica. A rede de atendimento estava falida, não se abriam novas unidades por falta de investimentos, greves pipocavam anualmente. Outra vez verificavam-se sinais graves de queda na qualidade: atrasos, reclamações etc, parecia que a história começava a se repetir.

Neste contexto, após o fortalecimento do conceito e da marca *correios*, porém já num momento de propensa estagnação do desenvolvimento empresarial, é que a ECT, se recorrendo novamente às estratégias típicas de mercado, resolve implantar o sistema de franquias para suas unidades de atendimento, almejando a expansão da rede e o aumento dos negócios com o investimento e a participação de terceiros.

O sistema de franquias é implantado pelos Correios, em 1989. A ECT passa, dessa maneira, a utilizá-lo para ampliar o número de unidades de atendimento franqueando o seu modelo de agência. Isso, antes mesmo de o contrato de franquia empresarial obter sua primeira regulamentação legislativa, em 1994. Ressalta-se que o instrumento de “franquia”, ainda que de modo incipiente, já houvera sido empregado pela própria Administração Pública na atividade postal para contar com o auxílio do particular na propagação do serviço. Pelo Decreto-Lei n. 1.691 de 1939, foi permitido ao diretor Geral do Departamento dos Correios e Telégrafos autorizar a particulares a venda de selos e outras fórmulas de franquiamiento postal. Tanto pessoas físicas ou jurídicas, mediante contrato ou termo de responsabilidade, poderiam ser um “franqueado”, isto é, ser autorizado a vender selos dos Correios, ou franquiar, selar as correspondências, atividades essas que eram exclusivas da União.

Não obstante, na década de 90, a ECT já estava sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece, no seu art. 37, XXI, o princípio da licitação pública, inclusive, para contratação de serviços. Conquanto a ECT seja uma empresa pública, portanto, pessoa



jurídica de direito privado, nos termos do art. 173, §1º, II, está sujeita ao regime público de contratação, por força do inciso III, deste mesmo dispositivo, além da Lei n. 8.666/93, art. 1º, parágrafo único. Desta forma, ao passo que a empresa pública está sujeita ao regime jurídico próprio de empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, o regime jurídico de contratação de obras, serviços, compras e alienações segue o de direito público, próprio da Administração Pública em geral.

Tendo em vista as interpretações dos órgãos de fiscalização, sobretudo, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, tudo isso gerou um imbróglio jurídico a respeito da relação jurídica existente nos contratos de franquia firmados pelo ECT. Ademais, essas implicações provocaram até mesmo intervenções políticas que tentaram salvaguardar os contratos firmados sem licitação por meio de algumas alterações legislativas, e que, por fim, resultou na promulgação da Lei n. 11.668, de 02 de maio de 2008, dispondo sobre o exercício da atividade de franquia postal. Ela consiste na primeira lei brasileira dedicada a regulamentar uma franquia pública.

Em uma decisão do Tribunal de Contas da União<sup>13</sup>, que julgou uma Tomada de Contas Especial instaurada contra Agência de Correios Franqueada em razão de irregularidades em acertos de contas, podemos verificar argumentos que defendem a natureza de franquia dos contratos de franquia postal e outros que os enquadram na espécie de concessão de serviço público. Os argumentos que assistem aos contratos de franquia postal como concessão alegam semelhanças dos institutos, há autorização para prestação de serviço público, portanto, uma forma de delegação, os contratos falam em tarifas, outorga, permissão, vocábulos que remetem aos contratos de concessão. No entanto, os argumentos que sustentam a natureza de franquia empresarial, negando a de concessão, são mais contundentes para o presente caso. Dentre as alegações destacam-se que o concessionário atuam em nome próprio, sob designação específica, ao passo que o franqueado utiliza marca e designação “cedidas” pelo franqueador; enquanto o concessionário se utiliza de know how próprio, o franqueado se submete àquele desenvolvido pelo franqueador; a franqueada dos Correios não goza das prerrogativas que podem ser atribuídas aos concessionários (como desapropriação, ocupação de domínio público, privilégios fiscais etc); a ECT não atua como poder concedente de

---

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 812/98. Processo TC-625.042/98-0. Relator: Min. Bento José Bugarin. Publicada no DOU de 04/12/1998. Disponível em: [www.revista.tcu.gov.br/article/download](http://www.revista.tcu.gov.br/article/download). Acessado em: 10 de setembro. 2016.

serviço público, podendo realizar intervenção, encampação, uso compulsório de recursos humanos e materiais etc. e não há cláusulas exorbitantes no contrato de franquia postal que são típicas dos contratos administrativos.

A nosso ver, com base no disposto no Capítulo 2, inegável a natureza jurídica de franchising dos contratos de franquia postal firmados pela ECT. O fato da ECT licenciar o uso da marca *correios* às empresas privadas franqueadas, permitindo a exploração econômica através dos serviços de atendimento prestados, já resta configurada a relação de franquia que se complementa pela transferência de know how e prestação de assistência técnica, sobretudo, com treinamento de pessoal, além da padronização geral dos estabelecimentos, da gestão, dos produtos e dos serviços prestados.

A concessão de serviço público, assim como a permissão, de fato se aproxima da franquia e, como visto, podem ser meio de viabilizá-la quando realmente se pretende delegar um serviço público cujas gestão e prestação estejam rigorosamente padronizadas pela Administração, sendo capaz de exercer controle de todos os critérios previstos na legislação de concessões como valor da tarifa, qualificação técnica, regularidade fiscal, capacidade econômica e financeira etc., e, também, de todos os parâmetros da padronização estabelecida para a franquia e o uso devido da marca. Ressalta-se a necessidade de uma marca, de propriedade do poder concedente, que se vincule ao serviço público a ser delegado. Nesse caso poderia então se conceber um contrato híbrido de franquia e concessão ou permissão.

Entretanto, no caso dos Correios, é contestável a possibilidade de delegação do serviço postal. Segundo Mello (2011 apud CÂMARA, 2014), o serviço postal, assim como o correio aéreo nacional, com base no art. 21, X, da Carta Magna, somente pode ser prestado pelo próprio Estado, ou seja, não pode ser prestado por concessão, permissão ou autorização. Essa conclusão deriva da interpretação de que os serviços passíveis de delegação estão discriminados em incisos específicos, o que não é o caso do serviço postal.

Câmara (2014), ao defender que as franquias da ECT não rompem o monopólio estatal sobre os serviços postais, explica que os contratos de franquia postal não se confundem com a concessão de serviço público e que, a seu ver, consistem em mera terceirização. Seus argumentos são plausíveis e se baseiam nos seguintes fatos: o franqueado atuar em nome da ECT, e não em nome próprio, sendo que na concessão o concessionário age em nome próprio;

o franqueado é remunerado por comissão da ECT, sendo que, atualmente, ele retém parte da tarifa e repassa o restante para ECT: assim, a tarifa paga pelo usuário representa o pagamento de todo o serviço feito pela ECT e não somente o efetivado pelo franqueado; a responsabilidade pelo serviço prestado é da ECT, como estabelecem os arts 1º, §1º e 2º, da Lei n. 11.668/08, e não do franqueado, o que difere da concessão em que o concessionário responde pelos danos decorrentes da prestação do serviço.

Além disso, a concessão ou permissão seriam incompatíveis com o monopólio do serviço público, podendo citar como exemplos o petróleo e as telecomunicações cuja outorga de concessões a particulares representou o fim do monopólio estatal. Se a franquia postal tivesse natureza jurídica de concessão, cada unidade franqueada seria agente econômico autônomo, como as concessionárias, atuando em concorrência com a ECT, sendo que, pelo contrário, elas colaboram com a ECT, auxiliando nas atividades de atendimento do serviço postal. Se a delegação a particulares não seria possível em razão da exclusividade estatal, por outro lado, a terceirização é plenamente permitida, inclusive por previsão legal. Assim, a terceirização de algumas atividades inerentes, como o transporte aéreo de correspondência para companhias aéreas privadas, é completamente admissível sem ferir o monopólio estatal (CÂMARA, 2014).

O Decreto n. 6.639, de 07 de novembro de 2008, em seu art. 2º, § 1º e 2º, deixa claro que o franqueamento é apenas de atividades auxiliares do serviço postal, não podendo ser objeto de franquia o serviço postal como um todo, sequer as etapas fundamentais do processo de execução do serviço, esclarecendo que as atividades de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, inerentes à prestação dos serviços postais, não se confundem com as atividades auxiliares relativas ao serviço postal.

Entretanto, o termo *terceirização* não tem muita aplicabilidade para o direito, mormente para o direito contratual, tendo mais propriedade no campo da política ou da administração, pois tem caráter mais de instrumento de gestão do que jurídico. Terceirização é um conceito amplo que pode abranger diversas formas de contratação seja para prestação de um serviço, a execução de uma obra, para a produção de certo componente, para administração de determinada área (contábil, jurídica, pessoal etc.), para elaboração de um projeto, enfim, diversas são as formas e objetos passíveis de terceirização, inclusive a concessão de serviço público.

Desta forma, permanece a pergunta sobre a natureza jurídica dos contratos de franquia postal uma vez que não se amoldam à modalidade de concessão, apesar de notáveis semelhanças, mas também não comporta simplesmente em enquadrá-los como um tipo de terceirização haja vista a amplitude desse conceito. No contexto de terceirização, poder-se-ia cogitar a natureza de prestação de serviço, uma das formas mais comum de terceirização. Todavia a continuidade como característica essência do serviço postal e a certa submissão aos critérios técnicos e organizacionais imposto pelo padrão da franquia estandardizado pela franqueadora excedem à natureza de mera prestação de serviço. Dessa forma, ao nosso entender, a franquia postal é um contrato privado publicizado, isto é, um contrato de direito privado que deve observar determinadas normas de direito público. No que tange a esfera de direito privado, o contrato de franquia postal tem natureza contratual de franchising cumulada com a de agência ou representação comercial, por crer a doutrina civilista trata-se de institutos de conteúdo idêntico<sup>14</sup>. No que diz respeito ao direito público, aplica-se, no que couber, as normas gerais da Lei n. 8.666/93.

O modelo de negócio, objeto do contrato de franquia postal descrito na lei, sugere igualmente uma relação jurídica de agência entre a ECT e seus franqueados. Conforme o art. 710 do Código Civil, que define o que é contrato de agência e de distribuição no mesmo dispositivo: “Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, por conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, [...]”.

De acordo com Rizzardo (2015, p. 730-738), são elementos do contrato de agência (ou representação comercial): a atividade empresarial no âmbito mercantil, devendo ser o agente empresário dedicado ao comércio, apesar de operar em nome alheio, exercendo atividade auxiliar do comércio; contratualidade da agência ou representação; profissionalidade do agente; habitualidade dos atos praticados pelos agentes; autonomia do agente; exclusividade da zona onde o agente exercerá sua atividade; e estabilidade no desempenho da função, e não ocasionalidade.

---

<sup>14</sup> Segundo Rizzardo (2015, p. 729-730), “as expressões “agência” e “representação comercial”, embora só a primeira utilizada pelo Código Civil, envolvem idêntico conteúdo, e são empregadas indistintamente com a mesma ideia [...]”. No entanto, a lei de franquia postal literalmente manda aplicar de forma subsidiária o Código Civil, o que permite reconhecer a natureza de agência e a aplicação de seus preceitos aos contratos de franquia postal. Por outro lado, ainda que haja paridade entre os institutos, a representação comercial é disciplinada pela Lei n. 4.886/95, a qual não tem, atualmente, aplicação expressa às franquias postais, embora a interpretação do art. 721 do CC faz remissão a leis especiais para sua aplicação aos contratos de agência.

Dentre as obrigações do agente, o autor aponta a de agir com toda diligência, angariar negócios mercantis para o proponente ou representado, atender aos interesses do proponente, informar o representado sobre as transações ou os negócios, manter sigilo sobre as atividades e prestar contas das operações realizadas. Entre as do proponente, ele destaca a obrigação de pagar a remuneração pelos serviços prestados, que pode ser valor fixo ou percentual sobre o serviço, não constituir mais de um representante para a mesma zona, com a mesma incumbência, salvo cláusula contratual contrária e executar os contratos celebrados pelo agente.

Todas essas características e obrigações são possíveis de identificar no contrato de franquia postal, ressaltando a autonomia do agente que fica mitigada diante da padronização rigorosa típica dos contratos de franquia, mas que não atenua a natureza de agência. Ademais, o Decreto n. 6.639/08, inclusive, trata a parte franqueada como Agência dos Correios Franqueada – AGF.

Por outro lado, quanto aos contratos da ECT anteriores a lei de franquia postal, independentemente do regime ou da natureza contratual, fato é que, não foi acertada a contratação de franquia sem prévia licitação. A época do início das contratações a Constituição Federal de 1988 já era vigente e exigia tanto da Administração direta com indireta a realização de processo de licitação pública para contratação, devendo observar, a partir de 1993, a nova lei de licitação e contratos administrativos que, pelo art. 62, §3º, determinou a observância da lei também para contrato de direito privado, fenômeno que recebeu da doutrina a denominação de “publicização dos contratos de direito privado”. Não por acaso, a norma assim determina justamente para evitar fatos tais quais ocorridos nesses contratos de franquia dos Correios assinados sem licitação.

Inúmeras são as irregularidades noticiadas em relação a esses contratos da ECT, a partir de uma auditoria do TCU – Tribunal de Contas da União – que apontam favorecimento da classe política na concessão dessas franquias, fraudes em registros de operações, manipulação na prestação de contas feitas aos Correios, captação irregular de grandes clientes feitas pelas franquias em prejuízo às unidades próprias da ECT, além de suspeitas de uso de

“laranjas” para gerir as agências franqueadas<sup>15</sup>. Fora isso, os contratos de franquia postal também foram objeto de investigação na CPI, ou melhor, CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – “Dos Correios”. Quanto à esses contratos a CPMI levou principalmente as questões de assinatura dos contratos sem licitação e a migração sem limites de clientes para rede franqueada.

Com a promulgação desta Lei de franquia postal (n. 11.668/08), pelo art. 3º, ficou determinado a instauração de processo licitatório para a contratação de franquia postal, devendo observar o critério de julgamento de melhor proposta técnica com preço fixado no edital. Até a publicação da lei cerca de 1430 agências haviam sido franqueadas pelos Correios sem licitação. A lei então concedeu eficácia a esses contratos, desde que em vigor em 27 de novembro de 2007, até 24 meses a contar da publicação da lei, a princípio. Depois esse dispositivo foi alterado e o prazo para a ECT encerrar os antigos contratos e concluir novos, observando os dispositivos legais, se encerrou em 30 de setembro de 2012. Esse fato levou a propositura de diversas ações judiciais que ainda se encontram em tramitação na Justiça Federal.

Por imperativo da lei hoje é possível afirmar a natureza jurídica de franquia dos contratos de franquia postal firmados pela ECT, os quais têm regramento próprio baseado na Lei n. 11.668/08 e no Decreto n. 9.939/08. Subsidiariamente se aplicam o Código Civil (Lei n. 10.406/02), a Lei de franquia empresarial (Lei n. 8.955/94) e a Lei geral de licitação e contratos da Administração Pública (Lei n. 8.666/93). Portanto, é nítido o caráter híbrido do regime que rege os contratos de franquia postal, sujeitos às normas de direito privado e às de direito público.

Segundo a lei, os contratos tem por objetivo a democratização do acesso ao exercício da atividade de franquia postal, a manutenção e expansão de rede de Agências dos Correios Franqueadas, respeitando-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, melhoria do atendimento e maior comodidade dos usuários. Fica vedada a exploração de mais de 2 (duas) franquias postais a uma mesma pessoa jurídica, direta ou indiretamente, aplicando-se essa proibição também aos sócios.

---

<sup>15</sup> [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/331786-AUDITORIA-DO-TCU-APONTA-IRREGULARIDADES-EM-AG%C3%84NCIAS-FRANQUEDAS-DOS-CORREIOS--\(-01'-44%22-\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/331786-AUDITORIA-DO-TCU-APONTA-IRREGULARIDADES-EM-AG%C3%84NCIAS-FRANQUEDAS-DOS-CORREIOS--(-01'-44%22-).html). Acessado em: 6 de setembro, 2016.

A lei não fala em delegação, outorga, concessão ou permissão de serviços postais aos franqueados. Ela somente autoriza a ECT a utilizar o instituto da franquia para desempenho de atividades auxiliares relativas ao serviço postal, preservando a ECT a responsabilidade pela recepção, distribuição e entrega aos destinatários finais dos postados perante as unidades franqueadas.

Além disso, o texto legal discrimina as cláusulas essenciais que devem compor o contrato de franquia postal, as quais devem prever, por exemplo, o objeto, a localização do estabelecimento da pessoa jurídica franqueada, o prazo de vigência, a possibilidade de renovação e suas condições, o modo, forma e condições de exercício da franquia, os meios e formas de remuneração da franqueada, a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas, os direitos, garantias e obrigações das partes, os direitos dos usuários, formas e condições de fiscalização, penalidades contratuais, os casos de extinção da franquia e o foro e métodos extrajudiciais de solução de divergências contratuais.

### 2.3.2 Lotéricas

A exploração de loteria, embora possua nítida natureza de interesse econômico e anteriormente praticada por particulares, ganhou atributo de serviço público por força do Decreto-lei n. 204/67, o qual também previu a exclusividade à União para a sua prática, sem possibilidade de concessão, tendo por fundamentos, explicitado no decreto, a integridade da vida social e a segurança nacional e por finalidade impedir a proliferação de jogos proibidos e redistribuir os seus lucros para fins sociais como a saúde.

O exercício do monopólio estatal, estabelecido por lei e não pela Constituição, dos serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal foi atribuído à Caixa Econômica Federal, instituição que foi constituída como empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, conforme o Decreto-lei n. 759/69. Diferentemente dos Correios, na nossa atual Constituição não há previsão para o monopólio estatal da exploração da atividade ou, melhor, do serviço público de loteria. Não obstante, fica sob a competência da União o poder de legislar sobre sistema de consórcios e sorteios, de acordo com o art. 22, inciso XX, da Constituição.

Apesar de haver sido restringida à exclusividade da União, *insuscetível de concessão*, como diz o texto legal, os bilhetes de loteria, por outro lado, pelo próprio decreto (n. 204/67), poderiam ser redistribuídos, expostos à venda e vendidos por outras pessoas, desde que credenciadas pela Caixa Econômica Federal. Dentre as pessoas possíveis de serem credenciadas determinava o referido texto legal:

Art. 21. As Caixas Econômicas Federais credenciarão os revendedores de bilhetes de preferência, entre pessoas que, por serem idosas, inválidas ou portadoras de defeito físico, não tenham outras condições de prover sua subsistência.

§ 1º Poderão ser credenciados, para revenda de bilhetes, pequenos comerciantes, devidamente legalizados e estabelecidos que, além de outras atividades, tenham condições para fazê-lo.

O credenciamento foi a primeira forma de a Caixa Econômica delegar o permitir a prestação por terceiros de algumas atividades relacionadas ao serviço de loteria, sem prévio processo licitatório. Entretanto, a partir de 1995, com a Lei de concessões, n. 8.987, a Caixa passou a ter que realizar licitações para a outorga de permissão de unidades lotéricas, e começando a adotar o regime de permissão para as contratações de particulares com fito de intermediar a venda de produtos e serviços relacionados a loteria, porém, continuando a trabalhar tanto com pessoa física como jurídica. Hoje, as permissões regem-se pela Lei de concessões, por Circulares expedidas pela Caixa Econômica (a última foi de n. 621 de 19/04/2013), conforme informa o site da instituição<sup>16</sup>, mas também pela Lei n. 12.869/13, que trata especificamente sobre o exercício da atividade e da remuneração do permissionário lotérico.

Ao contrário dos Correios, a Caixa Econômica não se utilizou da terminologia “franquia”, talvez até mesmo para não gerar os embaraços ocorridos na ECT, para qualificar o sistema que empregou como meio de expansão de sua rede de atendimento, venda de bilhetes e produtos de loteria e prestação de serviços bancários. A instituição fala somente em “Permissões Lotéricas” para os contratos firmados, regulamentos e editais. As permissionárias são compostas por duas redes, a rede de unidades lotéricas que integra a casa lotérica, a casa lotérica avançada temporária e a unidade simplificada de loterias, e a rede de venda de

---

<sup>16</sup> <http://www.caixa.gov.br/compras-caixa/licitacoes-lotericas/Paginas/default.aspx>. Acessado em 14 de setembro, 2016.



bilhetes, formada pelos fixos de bilhetes e pelos ambulantes de bilhetes. Todos dependem de permissão por meio de licitação para atuarem no mercado.

Embora a contratação das lotéricas esteja devidamente enquadrada em um regime pertinente de contrato administrativo, regime de permissão, é inegável a natureza de relação de franquia nesses contratos. A permissão não é apenas para a prestação de serviço ou fornecimento de algum produto qualquer, sem identificação com o poder concedente. Pelo contrário todos os produtos e serviços oferecidos pelas permissionárias aos usuários do serviço levam as marcas da outorgante tais como CAIXA e diversas insígnias das loterias. Fora os casos expressamente autorizados pela Caixa Econômica, como serviços do Banco do Brasil, as permissionárias se sujeita a exclusividade de comercialização apenas de produtos e serviços da entidade outorgante. Nome, marcas e padrões estéticos e arquitetônicos dos estabelecimentos são licenciados pelo contrato e exigidos como condição de continuidade da relação contratual. Essa licença de uso de nome, marcas e logotipos é acompanhada do direito de exploração econômica dessas propriedades por meio do comércio de produtos e prestações de serviços disponibilizados pela outorgante. Não há pagamentos de *royalties* mensais como contraprestação da relação contratual de franquia como comumente ocorre nessa espécie de contrato, todavia, o permissionário deve pagar uma tarifa inicial pela permissão concedida, ou seja, pela licença de uso da marca e sua exploração comercial. Ressalta-se que a falta de pagamento de *royalties* não desfigura a relação jurídica.

Não há pagamento de *royalties* em razão de outra figura contratual que integra esse contrato e regem a sua exploração comercial. É o contrato de agência, tal qual acontece nas franquias postais. Ao invés do permissionário ficar com o resultado das vendas e pagar um taxa à outorgante, como ocorre nas relações de franquia, o saldo das vendas e serviços prestados são da outorgante que atribui aos permissionários uma comissão sobre o faturamento, tal qual ocorre nos contratos de agência. No geral, a Caixa Econômica, atualmente, estabelece um percentual de comissão para cada produto vendido e fixa uma tarifa sobre cada serviço prestado, como forma de remunerar a exploração da atividade. Todos os deveres e direitos relacionados ao contrato de agência, assim como no caso dos Correios, também se aplicam à essa relação, inclusive a responsabilidade pelo serviço público que mantém-se sob a custódia da outorgante. O permissionário deve responder apenas pelas atividades que executam e pelos contratos que diretamente celebra com terceiros, sendo esse o

limite da “sua conta e risco”, responsabilidade prevista no art. 2º, I, da Lei n. 12.869/13 que diz:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes;

Assim, a Caixa Econômica permanece com a responsabilidade pelos sorteios, pelo pagamento dos prêmios etc., além de eventual dano causado ao administrado que não se relacione com as atividades específicas desempenhadas pelos permissionários.

Portanto, é cabível classificar as permissões lotéricas como contrato de franquia pública, embora não receba pelo Caixa Econômica esse tratamento e apesar de suas peculiaridades relacionadas à agência e aos contratos administrativos. É possível claramente identificar uma franquia na modalidade de *business format franchising* (ou sistema de franquia formatada), que foi instituída por uma entidade da Administração Indireta da União, que a enquadrou no regime de permissão para correta adequação jurídica em acordo com as normas de direito público que a se submete, sendo um exemplar modelo de franquia pública, assim como as franquias postais.

## CONCLUSÃO

Vimos que o contrato de franquia apresenta várias vantagens que justificam o seu crescimento no meio empresarial, sobretudo, na modalidade de negócios formatados. Dentre elas, para o franqueador, se destacam a ampliação dos negócios e da visibilidade do empreendimento, acesso a novos mercados, sem grandes investimentos diretos na expansão, sem imobilização de ativos financeiros, sem aumento de custos operacionais comparável com uma expansão por meio de filiais ou empresas próprias, patrocínio coletivo para as despesas de marketing e propaganda, e maior concentração na gestão dos negócios, da marca, produtos, serviços e da rede de franquia do que na execução da parte operacional. Por outro lado, o sucesso do modelo de franchising vem também das vantagens geradas ao franqueado que, com certa independência administrativa e financeira da sua unidade, auferir bons resultados provenientes da exploração econômica de uma marca ou de um modelo de negócio que tem ou que esteja adquirindo credibilidade e notoriedade no mercado.

Mesmo ao levar em consideração a existência de adversidades e certas desvantagens que podem apresentar como em todo sistema, o caráter colaborativo e as vantagens recíprocas do contrato de franquia faz sobressair os benefícios do sistema, que bem estruturado tendem a gerar bons resultados. Como visto, há um longo e árduo caminho para que o Poder Público implante o sistema de franquia, sobretudo, em razão das normas de direito público a que se submete devido ao princípio da legalidade estrita. Principalmente no que diz respeito às franquias relacionadas ao serviço público, por questões constitucionais que sujeitam a Administração à delegação de serviço público por determinados regimes de contratação administrativa, concessão ou permissão, a adoção pura e simples de um modelo contratual de franquia, respaldada exclusivamente em normas do direito privado, não tende a prosperar.

Por outro lado, diante da semelhança do instituto da franquia com esses regimes de outorga de serviço público, eles podem ser utilizados como instrumento para viabilizar um contrato de franquia pública, caso um ente vinculado à Administração Pública opte pelas vantagens desse sistema para melhor gestão de atividades atinentes aos serviços públicos de sua alçada. Um grande exemplo apresentado foi o caso das lotéricas cujo sistema de franquia pública foi viabilizado por intermédio da permissão. Como foi observado, a permissão, assim como a concessão, tradicionalmente, são utilizadas apenas para delegar ou autorizar a execução de um serviço público a terceiros ou atividades conexas, atuando o outorgado com

método próprio, em seu próprio nome, por sua conta e risco, apenas sob o controle técnico e tarifário previamente previstos no contrato. Entretanto, no caso das lotéricas, assim como no exemplo das franquias postais, junto com essa delegação é concedida uma licença para uso de marcas cuja propriedade é da entidade outorgante, respectivamente, Caixa Econômica Federal - CEF e Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, que fazem parte da Administração Indireta da União, embora possuam personalidade jurídica de direito privado. Essa licença, por si só, concedida com certa exclusividade, já caracteriza juridicamente a relação de franquia.

Além disso, essa relação contratual tem por objeto a exploração comercial da marca, isto é, dos produtos e serviços a ela vinculados, o que, juntamente com o fato de ser celebrada por pessoas empresárias, atribui à franquia o caráter empresarial. Ademais, tanto uma como a outra, podem ainda ser qualificadas como franquias da espécie *business format*, uma vez que em ambas há também a transferência de *know-how*, por meio de treinamentos e entrega de manuais, se exige uma padronização operacional e da estética do estabelecimento e, ainda, se presta suporte e assistência técnica. Desta forma, as lotéricas e as franquias postais podem ser classificadas então como uma “franquia pública e empresarial de negócios formatados” (ou *business format*).

Ressalta-se, entretanto, que a franquia postal, diferentemente das lotéricas, não se viabilizou pelos regimes administrativos tradicionais. Primeiramente, os contratos de franquia postal foram celebrados exclusivamente com base no direito privado, sem observar as normas relacionadas à licitação. Posteriormente, depois de vários impasses, a franquia postal foi então viabilizada por meio legal, sendo editada uma lei específica, lei n. 11.668/08, para reger essa relação contratual, com aplicação subsidiária das normas gerais tanto de direito privado, Código Civil e a Lei de Franchising, como de direito público, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (n. 8.666/93).

Desta forma, conclui-se que, com base na análise dos preceitos legais, das posições doutrinárias e dos casos concretos, as franquias públicas de serviço público consistem em instrumento de delegação de um serviço público ou de atividades que lhe são conexas (o que ocorre na prática atual) diretamente implantada por um ente que se enquadre no conceito de Administração Pública e que, portanto, esteja sujeito às normas de direito público, que cria e se torne proprietário de uma marca vinculada ao serviço público de sua competência, utilizando-se da lógica e métodos da franquia empresarial para promover e expandir a

prestação do referido serviço, celebrando contratos com particulares que podem ser regidos de duas formas: a) sob o regime tradicional de concessão ou permissão; b) por meio de uma lei específica que determine as atividades passíveis de serem franqueadas e regule as peculiaridades da relação contratual e, principalmente, do processo de licitação.

Observamos que a viabilidade de implantação de uma franquia de serviço público depende do estudo pormenor do próprio objeto “serviço público”, dado à amplitude que esse conceito pode possuir, sendo indispensável, primeiramente, buscar o sentido estrito desse conceito, o qual se refere em especial às prestações de utilidade e comodidade disponibilizadas singularmente aos administrados e que se submetam a um regime jurídico-administrativo, sendo qualificado pelo ordenamento jurídico como serviço público. Em seguida, necessário se faz verificar o grau de exclusividade atribuída pela lei para a titularidade da prestação do serviço público (e não a titularidade do serviço público que sempre será do Poder Público), sobretudo, para possível delegação total ou parcial do serviço.

Nesse sentido, verificamos que os serviços podem ser de prestação obrigatória ou não pelo Estado, assim como de exclusividade ou não do Estado, havendo casos em que a outorga desses serviços a terceiros é obrigatória, em outros facultativa ou até mesmo proibida, como nos monopólios estatais. Não obstante, até mesmo neste caso é possível a delegação e, assim, o franqueamento de atividades auxiliares ou complementares do serviço. Deste modo, imprescindível se faz uma apurada análise do objeto de uma franquia pública para averiguar a viabilidade e legalidade de sua implantação, o que só é possível no caso concreto.

Além disso, vimos que o instituto da franquia pública podem conter outros objetos além dos serviços públicos, tais como patentes, tecnologias, *know-how* de propriedade da Administração Pública que ser explorados por entidades particulares (franquias públicas empresariais) ou projetos de cunho social que podem ser reaplicados e desenvolvidos em outras comunidades (franquias públicas sociais). No entanto, são objetos que merecem estudo específico, dado a relevância jurídica, sua probabilidade de aplicação em diversos setores administrativos e a atual escassez de trabalhos sobre o assunto, tal como o tema do presente trabalho que, sem pretensões de esgotá-lo, foi aqui apresentado com intuito de tatear alguns aspectos e detalhes intrigantes sobre o tema, procurando levantar os fundamentos jurídicos que favoreçam a aplicação desse magnífico instrumento contratual que é a franquia com meio de se obter a tão desejada eficiência e qualidade do serviço público brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARKOFF, Rupert; SELDEN, Andrew. *Fundamentals of franchising*. 2. ed. Estados Unidos da América: Natl Book Network, 2005.
- BARROS NETO, João Pinheiro de. *Administração pública no Brasil: uma breve história dos Correios*. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2004.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 812/98. Processo TC-625.042/98-0. Relator: Min. Bento José Bugarin. Publicada no DOU de 04/12/1998. Disponível em: [www.revista.tcu.gov.br/article/download](http://www.revista.tcu.gov.br/article/download). Acessado em: 10 de setembro. 2016.
- BRIONES, Sixto Ronquillo. Las franquicias sociales: una alternativa educativa para la regulación del comercio informal. *Revista Universidad y Sociedad* [seriada en línea], 7 (3). pp. 80-86. Disponível em: <http://rus.ucf.edu.cu/>. Acessado em: 19 de julho. 2016.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Natureza jurídica dos contratos de franquia postal e o monopólio. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 109-121, set. 2013/fev. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 4. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. *Revista Correios 350 anos*. Disponível em: <http://www.correios.com.br/sobre-correios/a-empresa/revistas-dos-correios/revista-especial-correios-350-anos-1>>. Acesso em: 12 mai. 2016.
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. 1.ed. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.
- GIMÉNEZ, Aurora Hernando. *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid: Civitas, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HONDA, Nathalie Tiemi. et al. *Franquias sociais para projetos de educação: teoria e aplicação*. Disponível em: <http://sistema.semead.com.br/8semead/resultado/trabalhosPDF/432.pdf>>. Acessado em: 11 jun. 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LAMY, Marcelo. Franquia pública. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LOBO, Jorge. Contrato de “franchising”. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LOPEZ, Ricardo Sandoval. Operacion de franchising. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas e Sociales de la Universidad de Concepcion. Chile. Vol. 59, n. 190, pp. 35-52, jul./dic/1991.
- MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARZORATI, Osvaldo. El contrato de franchising en el derecho y en la legislacion comparados. Revista del colégio de abogados de Buenos Aires. Buenos Aires, vol. 50, n. 1, pp. 75-88, mayo 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDELSON, Martin. A essência do franchising. Tradução de Francisco Ferreira Martins e Leila di Natali. São Paulo: Difusão de Educação e Cultura, 1992.
- MOTTA, Fabrício; SANTOS, Maysa Teixeira. Franquia na Administração Pública e permissão das loterias federais: regimes jurídicos e semelhanças. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 166, p. 36-51, out. 2015.
- RIBEIRO, Adir. Gestão estratégica do franchising: como construir redes de franquias de sucesso. 2. ed. São Paulo: DVS Editora, 2013. E-book: Kindle.
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROQUE, Sebastião José. Do contrato de franquia empresarial. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VON JESS, Ana Cristina. Legal and practical aspects of hiring of a franchise. Franchising: aprenda com os especialistas. 1. ed. bilíngue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013. p. 245-254.

#### **Sites consultados:**

- Sua franquia. In: [www.suafranquia.com](http://www.suafranquia.com)
- Universo Online. In: <http://michaelis.uol.com.br>
- Fundação Iochpe. In: <http://fiochpe.org.br>

Programa Formare. In: <http://www.formare.org.br>

Portal do Franchising. In: <http://www.portaldofranchising.com.br>

Caixa Econômica Federal. In: <http://www.caixa.gov.br/compras>

Presidência da República. In: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

Correios. In. [www.correios.com.br](http://www.correios.com.br)

Dicionário do Aurélio. In. <https://dicionariodoaurelio.com>