

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

**O SISTEMA DE FRANQUIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
VANTAGENS, DESVANTAGENS E PERSPECTIVAS**

**THE FRANCHISE SYSTEM IN THE PUBLIC ADMINISTRATION:
ADVANTAGES, DISADVANTAGES AND PERSPECTIVES**

CARINA PESCAROLO

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RODRIGO TOMAZINHO COMAR

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

SORAIA PAULINO MARCHI

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RESUMO

Discorre o presente texto brevemente sobre a origem e desenvolvimento histórico da franquia no âmbito do direito privado, sua definição doutrinária e legal, regulação normativa pela Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, distinção e semelhanças com o contrato de concessão, e, a possibilidade de aplicação na Administração Pública, com suas vantagens, desvantagens e limitações. Apresenta também opinião doutrinária favorável e contrária à implementação do modelo de contrato de franquia no âmbito da Administração Pública indireta. Considera a aplicação da franquia no

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

caso da Copel e das agências dos Correios, bem como as perspectivas para a utilização em larga escala de tal sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Franquia Privada; Lei 8.955/1994; Franquia Pública; Franquia Postal

ABSTRACT

This article discusses the origin and historical development of the franchise in the scope of private law, its doctrinal and legal definition, normative regulation by Law 8.955, of December 15, 1994, distinction and similarities with the concession contract, and the possibility of application in Public Administration, with its advantages, disadvantages and limitations. It also presents a doctrinal opinion favorable and contrary to the implementation of the franchise agreement model in the scope of indirect public administration. It considers the application of the exemption in the case of Copel and the post offices, as well as the prospects for the large scale use of such a system.

KEYWORDS: Private Franchise; Law 8.955/1994; Public Franchise; Postal Franchise.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo fazer uma breve exposição sobre o instituto da franquia empresarial, sua origem, definição, regulação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Administração Pública, bem como confrontá-la com o contrato de concessão previsto na Lei n. 8.987/95.

O artigo abordará os casos já existentes na Administração Pública de utilização do modelo de franquia, como a das Agências Postais Franqueadas e o caso

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

do Sistema de Franquias da Copel.

Buscará entender em que medida, a utilização do sistema de *franchising* na prestação dos serviços públicos pode ser vantajosa; se há desvantagens e limitações; se há perspectivas para ampliar sua aplicação na Administração Pública.

Com base na pesquisa bibliográfica objetiva-se responder a problemática proposta para o âmbito do Direito Público, levando em consideração a ampla experiência do Brasil na utilização do sistema de franquia empresarial no Direito Privado.

2 ORIGEM DA FRANQUIA - DEFINIÇÃO

2.1 BREVE HISTÓRICO

A origem mais remota da franquia ou *franchising*, segundo Luiz Felizardo Barroso (1997, p.27), encontra-se nas expedições marítimas dos vários reinos existentes na Idade Média, que navegavam em busca de novas terras e riquezas. A concretização desse ato comercial ocorria através dos reis que agiam como franqueadores, que “franqueavam” os navios, equiparados a estabelecimentos e instalações, e em nome das armas do reino – a marca – , os navegadores, ou seja, os franqueados, buscavam novas terras, as unidades franqueadas, para vender suas mercadorias, bem como encontrar novos produtos e adquirir mais riquezas.

Ainda, segundo Barroso (1997, p.29), a franquia como conhecemos atualmente sofreu grande influência dos Estados Unidos, no século XIX, com a empresa Singer Sewing Machine que, em 1850, resolveu ampliar sua participação no mercado interno. Para tanto, buscou atingir um território mais amplo, desembolsando somente investimentos necessários a sua estruturação. Estabeleceu alguns padrões de desempenho aos comerciantes interessados em se credenciar e comercializar os produtos oferecidos utilizando a marca Singer, os

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

quais implantavam lojas com seus próprios recursos, mas seguindo o padrão de arquitetura da marca, e comprando com seu próprio capital os produtos que revenderiam.

Em 1898 e 1899, a General Motors e a Coca-Cola seguiram o exemplo da Singer, mas segundo Jorge Lobo (2000, p. 23), a forma definitiva da franquia se deu em 1955 com a criação da rede de lanchonetes McDonald's, pelos irmãos Dick e Maurice McDonald. Tal modelo de franquia, adotado em todo mundo, nada mais é do que a versão norte-americana da concessão comercial do direito europeu, com pequenas mudanças que consistiram no aperfeiçoamento do instituto, cujas origens estão nas cidades italianas da Idade Média.

A seguir, busca-se a definição e a regulamentação do instituto.

2.2 DEFINIÇÃO E REGULAÇÃO

Em decisão de 28.04.1978, a Corte de Apelação de Paris definiu o *franchising* ou franquia como:

Um método de colaboração entre duas ou várias empresas comerciais, uma franqueadora, outra franqueada, pelo qual a primeira, proprietária de um nome de uma razão social conhecidos, siglas, símbolos, marca de fábrica, comércio ou de serviços, bem como de *savoir-faire* particular, coloca à disposição de outra o direito de utilizar, mediante um pagamento ou outra vantagem, uma coleção de produtos ou serviços, originais ou específicos, para explorar obrigatoriamente e totalmente segundo técnicas comerciais experimentadas, desenvolvidas e periodicamente recicladas, de uma maneira exclusiva, para o fim de realizar um melhor impacto sobre um mercado considerado e de obter um desenvolvimento acelerado da atividade comercial das empresas envolvidas; esse contrato pode ser acompanhado de uma ajuda industrial, comercial ou financeira, permitindo a integração na atividade comercial do concedente franqueador em benefício do franqueado iniciado em uma atividade técnica original e num *savoir-faire* fora do comum, permitindo a manutenção da imagem de marca do serviço ou do produto vendido e o desenvolvimento da clientela por menor custo e com uma maior rentabilidade para as duas partes, que conservam juridicamente uma independência total. (SILVEIRA, *Apud* LOBO, 2000, p. 24).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Franqueado ou *franchisee* é a pessoa física ou jurídica que adquire a franquia para administrar e atuar, segundo os padrões estabelecidos pelo franqueador. Franqueador ou *franchisor* é a pessoa jurídica que autoriza terceiros a utilizar a sua marca, comercializar os seus produtos e representar os seus serviços, bem como estabelece o regramento de como o negócio deve se apresentar e funcionar no mercado.

A regulação legal da franquia empresarial na França, deu-se com a Lei n. 89.1008, de 31 de dezembro de 1989, conhecida como Lei Doubin, e o Decreto n. 91.337 de 4 de abril de 1991, que estabeleceram e regulamentaram as condições do negócio e o conteúdo das informações a serem prestadas no contrato.

A regulação europeia deu-se através do Regulamento n. 4.087 de 30 de novembro de 1988, em vigor desde 1º de fevereiro de 1991.

US Department of Commerce (Departamento de Comércio dos Estados Unidos), traz o seguinte conceito de franquia:

É um método de fazer negócios no qual é conferido a um franqueado o direito de produzir ou vender mercadorias ou serviços sob uma formatação mercadológica definida pelo franqueador. O franqueador concede ao franqueado o uso de sua marca registrada, seu nome e sua publicidade.

Os norte-americanos regularam a franquia primeiramente através de normas de concorrência e, em 21 de outubro de 1979, editou a regra FTC n. 436, o *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures* (Requisitos de divulgação e proibições relativas a franquias e empreendimentos e oportunidades de negócios), pela *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), visando a proteção do franqueado não especializado em negócios, e obrigando o franqueador a fornecer o máximo de informações sobre a proposta do empreendimento ao franqueado, através de um documento que corresponderia à Circular de Oferta prevista na lei brasileira.

Para Orlando Gomes (1981, p. 567):

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

[...] com o vocábulo *franchising* designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

Diz ainda, ser um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento de prestação de serviço, constituindo uma figura contratual autônoma e híbrida.

Fran Martins (*Apud* LOBO, 2000, p. 25), traz a seguinte definição:

O contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionais. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a este a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é tarefa do franqueado, que se caracteriza na comercialização do produto. Os 2 (dois) contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato a característica de franquia.

Verifica-se nas definições reproduzidas a existência de três elementos essenciais: i) a cessão do uso de uma marca (produto, serviço, denominação, exploração de uma ideia), ou seja, de uma imagem empresarial; ii) a transmissão do *savoir-faire*, um saber fazer negocial, também chamado *know-how*; iii) a remuneração pela cessão e transmissão.

No Brasil, a franquia empresarial passou a ser disciplinada com a edição da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com o objetivo de garantir aos franqueados e franqueadores brasileiros maior segurança jurídica e transparência no âmbito de suas relações. O artigo 2º estabeleceu seu conceito:

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

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

E na mesma lei, o artigo 3^o¹ estabeleceu os critérios para a confecção da Circular de Oferta de Franquia (proposta), a ser obrigatoriamente fornecida ao interessado em tornar-se franqueador.

O instituto da franquia fornece vantagens e benefícios para quem pretende

¹ Art. 3^o Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços; II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios; III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia; IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente; VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio; VII - especificações quanto ao: a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento; VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties); b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; c) taxa de publicidade ou semelhante; d) seguro mínimo; e e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados; IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone; X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte: a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações; XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores; XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado; XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador; XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

operar o seu negócio, pois disponibiliza o uso de uma marca conhecida e de um negócio já testado e aprovado no mercado bem como permite ao franqueador expandir a sua rede e sua marca sem grandes investimentos. O franqueador transfere sua experiência, ferramentas, manuais e treinamento para o franqueado, ou seja, seu *know-how*, além do produto, serviço ou ideia, a fim de garantir a qualidade do negócio no atendimento ao usuário ou consumidor de sua marca.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.202) discorre que a franquia privada favorece os consumidores porque melhora a distribuição dos bens ou serviços através da descentralização territorial, além de garantir qualidade uniforme de um produto ou serviço, com marca e método já experimentados e aprovados. Cita as vantagens e desvantagens da franquia privada ao transcrever o trecho da obra de Roberto Cintra Leite, que explica:

Quando o franqueador é um particular, as vantagens apontadas comumente são: rapidez da expansão, aumento da rentabilidade, redução de custos, motivação maior dos franqueados, maior participação no mercado, maior cobertura geográfica, melhor publicidade, menores responsabilidades, melhores representantes. E as desvantagens são: perda parcial do controle, maior custo de supervisão, maiores custos de formatação, perda do sigilo, risco de desistência, perda da liberdade, expansão sem planejamento, seleção inadequada, perda de padronização (Roberto Cintra Leite, 1990: 44-52).

Jean Guyenot (1977, p.29), também salienta algumas vantagens sobre o sistema de franquia empresarial, afirmando:

[...] uma organização fluida e descentralizada permite desenvolver a nível de setor de distribuição um espírito de livre empresa, estimulada por uma atividade diretamente vantajosa para os interessados. Por uma parte, o concedente obtém vantagens precisas: o conhecimento lhe permite, de pronto, integrar a atividade do concessionário submetendo-o à sua própria política comercial. Evita também importantes inversões a nível de mercado de seus produtos, o que lhe permite investir em seu próprio setor. Por outro lado, o concessionário beneficiado com o suporte de uma marca, limita os riscos comerciais...

Da doutrina, constata-se que é majoritário o entendimento de que o modelo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

de franquia empresarial oferece mais vantagens que desvantagens, tendo se tornado no Brasil um tipo de contrato amplamente utilizado.

3 A FRANQUIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na doutrina brasileira, especificamente na seara do direito público, há poucas obras que se dediquem ao tema da franquia no âmbito da Administração Pública e, entre a doutrina estrangeira, encontra-se somente breves referências quando discorrem sobre privatização.

A privatização, considerada em seu sentido amplo, abrange as medidas tomadas com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado e prestigiar a iniciativa privada, quais sejam: a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão e permissão de serviços públicos à empresa privada e não mais à empresa estatal; a terceirização; a desestatização ou desnacionalização, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado; a introdução do gerenciamento dentro da Administração Pública; a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico (DI PIETRO, 2008, p. 5-6).

No direito brasileiro, a Lei n. 9.491/97 disciplina a modalidade mais restrita de privatização, abrangendo apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado.

A modalidade se destacou no Brasil a partir do governo Collor, mantida pelo governo Itamar e ampliada no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Foi criado o Programa Nacional de Desestatização, mediante a Medida Provisória n. 155/90, convertida na Lei n. 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, revogada e substituída pela Lei n. 9.491, de 09-09-1997, modificada pelas Leis n. 9.700/1998, n. 11.483/2007 e pela Medida Provisória n. 2.161-35, de 23-08-01 e regulamentada pelo Decreto n. 2.594, de 15-05-98, alterado pelo Decreto n. 7.380, de 01-12-2010, tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas.

O processo de descentralização e reforço da autonomia das entidades da Administração Pública criou o ambiente favorável à difusão de novos modelos contratuais, como a concessão, permissão, franquia, entre outros.

A Lei n. 8.955/94 nada preceitua sobre a adoção da franquia no âmbito da Administração Pública, contudo, a ausência de legislação específica sobre a matéria não tem sido fator impeditivo da adoção do sistema, do qual a Administração indireta vem se utilizando, apesar de não haver previsão legal.

As vantagens para a Administração Pública ao utilizar o sistema de franquia, são praticamente as mesmas retro elencadas para a franquia privada, e segundo Di Pietro (2006, p. 202), “especialmente a possibilidade de descentralizar suas atividades comerciais e industriais sem os custos que envolveria a criação de novas agências, filiais ou subsidiárias”. Contudo, afirma que tal sistema “se adapta mal à Administração Pública, em especial à Administração Pública Direta” (Ministérios, Secretarias de Estado ou Secretarias de Municípios), diante da impossibilidade de dispor de “marca”, característica intrínseca ao instituto da franquia.

Em se tratando da Administração Pública Indireta, que desempenha serviços públicos comerciais, industriais e econômicos, prestados em regra por empresas estatais, conclui Di Pietro “que a franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública”.

Afirma que no caso da Administração Pública a franquia é um contrato com possibilidade de assunção de modalidade de concessão ou instrumento de terceirização.

Marcelo Lami (2002, p. 173) citado por Luiz Felizardo Barroso em sua obra *Franquia Público-Social* (2006) estabelece um conceito para franquia pública nos seguintes termos:

Franquia pública é uma relação jurídica efetivada por contrato escrito em que a Administração Pública (franqueador) cede temporariamente o uso de uma

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

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 explorem a mesma atividade, mediante a remuneração estipulada.

Constata-se, com este conceito, que a diferença da franquia empresarial com a modalidade pública estabelece-se tão somente quando o autor menciona “escolhida em processo licitatório ou semelhante”, ao considerar a necessidade de observação do princípio da legalidade nos contratos firmados pela Administração Pública.

3.1 FRANQUIA E CONCESSÃO

Quando a franquia na Administração Pública é realizada como forma de concessão, está sujeita à Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões). Celso Antônio Bandeira de Melo (2014, p.725) traz a seguinte definição:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribuiu o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Quando ela é praticada nos moldes do direito privado, como contrato administrativo, submete-se à Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações), por força do artigo 62, §3º, I, que dispõe:

§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 normas de direito privado.** (destacamos).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

A franquia e a concessão são muito semelhantes, tendo como diferença o fato de que nesta última o concessionário atua em nome próprio, utilizando técnicas próprias de organização de trabalho, e na primeira atua sob o nome do franqueador, utilizando sua marca, suas técnicas de atuação e submetendo-se às suas regras. (DI PIETRO, 2008, p. 208).

Em suas considerações, a autora entende ser possível colocar a franquia como espécie do contrato de concessão, tal semelhança entre os institutos, dizendo que a diferença é apenas de grau, pois o franqueado sofre limitações em sua atuação muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional.

O sistema de franquia de produtos e serviços tem maior utilidade para as empresas estatais, ou seja, para a Administração Pública Indireta, e a variação de graus ocorre diante da concessão ao franqueado de todos os produtos ou serviços ou de apenas parte deles. (DI PIETRO, 2008, p. 209)

Ressalta, entretanto, que empresa sob o controle acionário do Estado (não criada por lei) que explore atividades econômicas, poderá valer-se do regime privado (art. 173 da Constituição), aplicando-se a lei de licitações (art. 1º, parágrafo único, Lei n. 8.666). Empresa estatal criada por lei que exerça atividade econômica poderá franquiar suas atividades assessorias, e, sua atividade-fim se não houver impedimento na lei instituidora. (DI PIETRO, 2008, p. 209-210)

Marçal Justen Filho (2015, p. 852), afirma que os serviços públicos devem ser prestados diretamente, ou por meio de concessão ou permissão, não podendo ser utilizada a modalidade de franquia empresarial, que é apta somente para “instrumentalizar relações jurídicas entre particulares, cujo objeto não envolva serviços submetidos ao regime de direito público”. Diz ainda que o franqueador não dispõe da faculdade de interferir sobre a órbita interna do franqueado, sendo impossível a adoção das chamadas cláusulas exorbitantes, características da permissão e da concessão.

O citado autor é veemente ao dispor:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Franquia de serviço público é uma contradição em termos. Somente existiria franquia se não houvesse serviço público. Em havendo, seria descabido promover sua franquia. A denominação formal do contrato, como já afirmado, é irrelevante. Pode produzir-se uma concessão ou permissão de serviço público, atribuindo-lhe a denominação de *franquia*, sem que isso afete sua real natureza. Aplicar-se-ia, então, o regime próprio dos serviços públicos e das concessões e permissões.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 343) sustenta que, conquanto haja inegáveis semelhanças, o contrato de concessão de serviços públicos não se confunde com o contrato de franquia, algumas vezes celebrado por entes administrativos. Em ambos os ajustes, há a delegação da execução de uma atividade de titularidade de uma das partes (concedente ou franqueador) à outra (concessionário ou franqueado).

Neste particular, continua afirmando o autor que a concessão se qualifica como contrato administrativo, ao passo que a franquia traduz contrato tipicamente privado, como regra de natureza empresarial. Ademais, o franqueado atua em nome do franqueador, utilizando sua marca, sua técnica e sua organização; o concessionário, ao revés, opera em nome próprio e adota sua própria estrutura orgânica.

Mesmo com os entendimentos divergentes da doutrina, a Administração Pública Indireta tem adotado a modalidade de contrato de franquia, como por exemplo, no caso da COPEL, da ECT – Empresa de Correios e Telégrafos, entre outros.

3.2 FRANQUIA DA COPEL

No setor elétrico, a Companhia Paranaense de Energia – COPEL lançou o chamado Sistema de Franquias Copel, para oferecer produtos e serviços para o mercado.

Neste modelo, a empresa presta serviços regulamentados pela legislação do setor elétrico como: ligação de unidades consumidoras, desligamento, manutenção

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

de redes de distribuição, leitura de medidores, faturamento, atendimento ao público e outros que eram prestados pelo centro de serviço convertido em franquia, além de atividades ofertadas apenas pela iniciativa privada, como a instalação de entradas de serviço, manutenção interna de unidades consumidoras, extensões de rede e outros.

Em função das variedades de produtos e serviços a serem implantados em cada unidade franqueada, foram definidas diferentes modalidades de franquias, como a de prestação de serviços e a de comercialização de produtos. A remuneração advém mensalmente da prestação de serviços regulamentados e também de lucros auferidos das vendas destes e de materiais elétricos, sobre os quais pagam *royalties* (remuneração) à franqueadora (LAMY, 2002, p. 157-158).

3.3 FRANQUIA DOS CORREIOS

O caso mais conhecido de franquia na Administração Pública é o caso da franquia postal ou franquia dos Correios. É o sistema pelo qual a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), diante da sua necessidade de ampliação de postos de atendimento, autoriza terceiros a usar a marca CORREIOS, mediante a transferência ao franqueado do seu *know-how*, fiscalização da prestação de serviços de acordo com as regras da franqueadora, e a remuneração pela franquia.

No modelo de franquia dos Correios, é repassado somente a execução dos serviços às Agências de Correio Franqueadas, que fazem apenas o atendimento de balcão e captação de clientes, enquanto a Empresa de Correios e Telégrafos realiza as funções de triagem, transporte e distribuição das correspondências, e aprova os clientes trazidos pelas franquias. São padronizados, entre outros, os serviços, impressos, preços, cores usadas nos anúncios de porta, horário de atendimento. Até mesmo comprovantes, recibos e faturas saem com a marca da franqueadora.

A doutrina se divide quanto à possibilidade de delegação da prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, bem como quanto à admissão da franquia com tal propósito. Entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 696-697) que a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, nos termos do inciso X², do artigo 21, da Constituição Federal, foi entregue exclusivamente ao Poder Público, em virtude de não ter sido dado o mesmo tratamento previsto para os vários serviços elencados nos incisos XI e XII³ do mesmo artigo, não havendo previsão de execução descentralizada, via concessão, permissão ou autorização. Dessa forma, considera manifestamente inconstitucional o disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.074, de 07.07.95, nela inserido pela Lei n 9.648, de 27.05.98, que inclui os serviços postais entre as atividades passíveis de permissão ou concessão.

Segundo Justen Filho (2015, p. 854-855), a franquia de serviços postais “se desenvolveu como solução prática e vinha sendo adotada pela ECT ao longo de muitos anos. Por força da Lei n. 11.668/2008, foi criado um contrato típico e nominado de franquia postal”. Afirma ainda:

A despeito dos termos do referido diploma, permanece a orientação no sentido de que não se trata de um contrato de prestação de serviços em favor da Administração Pública. O franqueado postal apresenta-se em face do usuário como a própria ECT, configurando-se uma delegação de serviço público.

No entender do autor, mesmo com os termos da Lei n. 11.668, a franquia de agência de correios subordina-se a regime jurídico de uma concessão de serviço público, pois as atividades delegadas ao particular permanecem sujeitas a tal regime. Afirma que “a franquia é uma denominação incorreta e inadequada para qualificar o vínculo jurídico de direito público existente entre a Administração Pública e um

² X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

³ 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 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;

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

particular delegatário de serviços públicos”.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴ e do Tribunal de Contas da União⁵, decidindo sobre questões envolvendo as ACFs (Agências de Correio Franqueadas), reconhecem como válida a franquia pelo ECT de serviços postais, desde que respeitem os termos da lei, que exige a contratação através de licitação.

4 PERSPECTIVA PARA A UTILIZAÇÃO EM LARGA ESCALA DO CONTRATO DE FRANQUIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara n. 219/2015⁶, de autoria do Deputado Federal Alberto Mourão, e respectivo parecer pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que em seu artigo 8º autoriza as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios a adotar o sistema de franquia. O artigo 12 prevê a revogação da Lei de Franquias n. 8.955/1994.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) em seu parecer sobre o referido projeto de lei, dispõe quanto à inovação do artigo 8º:

As empresas estatais podem exercer atividade econômica em sentido estrito ou prestar serviços públicos (arts. 173 e 175 da Constituição). No caso da empresa estatal prestadora de serviço público, sendo certo que ela pode entregar a terceiros a realização de atividades acessórias, não vemos impedimento a que tais atividades sejam desempenhadas por franqueado. Tanto nesse como no caso de atividade-fim, sendo prestadora de serviço público a empresa, o art. 25, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.987, de 1995, dispõe que a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de

⁴ STA 335, decisão monocrática, rel. Gilmar Mendes, j. 12.06.2009, Dje 22.06.2009

⁵ AgIn 2008.01.00.000838-9/DF, 6a T., rel. Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 22.09.2008, e-DJF1 13.10.2008

⁶ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/12/2015&paginaDireta=00066>>. Acesso em: 13 dez. de 2017.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, devendo tais contratos reger-se pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

Continua o parecer discorrendo sob a possibilidade da subconcessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. Frisa ainda, que não vê impedimento para a lei autorizar a franquia em relação à atividade-fim, e ainda, “a autorização genérica em lei para a adoção do sistema de franquia por empresas estatais não tem o condão de afastar eventual determinação em sentido contrário, constante da lei autorizadora da criação de uma empresa específica”.

Relata que em resumo, o PLC n. 219/2015 vem para atualizar a legislação que disciplina o sistema de franquia empresarial, tanto em terminologia, aperfeiçoamento da relação entre franqueado e franqueador, sublocação do imóvel ao franqueado, e a principal inovação, autorizar a adoção de franquias pelas empresas estatais desde que precedida de licitação, na forma da Lei n. 8.666/1993. E, por último, desde que a lei instituidora da empresa pública não vede, entende “possível a celebração de contratos de franquia por empresas estatais, envolvendo atividades acessórias e mesmo parte de suas atividades finalísticas”.

Verifica-se do parecer que a possível regulamentação legal da franquia pública, dar-se-ia nos termos da franquia das agências postais.

Luiz Felizardo Barroso, em sua obra *Franquia Público-Social* (2006), assevera que a franquia pública, mesmo ainda sem tratamento doutrinário e legal, é uma das soluções de modernização para a atuação estatal. Afirma que a utilização da franquia pela Administração Pública somente será possível nos casos que puderem ser justificados de acordo com o princípio da legalidade. Que pode ser adotada tanto pela Administração Pública Direta, desde que proceda de acordo com as Leis n. 8.666/93 (licitações) e n. 8.987/95 (concessões), quanto pela Administração Pública Indireta, que deverá se sujeitar a Lei n. 8.955/94 (franquia).

Defende que com a experiência em franquia empresarial que já há no Brasil junto ao setor privado, e mesmo no setor público com a franquia das agências do

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Correio, a utilização desse sistema de forma massiva pelo Estado, contribuiria para desenvolver e acelerar o processo de privatização no âmbito das prestadoras de serviços como as distribuidoras de energia elétrica, as responsáveis pelos serviços telefônicos, pela administração de aeroportos, ferrovias, terminais rodoviários e mesmo pelos serviços sociais, como os de Assistência ao Cidadão do Estado da Bahia e do Poupa Tempo do Estado de São Paulo. Diz ainda sobre as empresas públicas:

Se transformadas em franqueadoras pela ponta de suas atividades, as grandes empresas estatais brasileiras estariam menos infensas a cair em mãos de capitais estrangeiros, com sua privatização pura e simples, além de proporcionarem maior flexibilidade operacional, suficiente para reestruturarem-se em unidades individuais separadas e viáveis, porque dinâmicas, transformadas em pequenas empresas, sem perda do seu controle central, o que se apresenta como sua principal característica e uma vantagem sem precedentes.(BARROSO, 2013).

Marcelo Lamy (2002, p. 160) entende que todos os casos elencados na Constituição Federal como hipóteses de concessão, devem ser considerados atividades franqueáveis pela Administração Pública:

Para a União (arts. 21, 176 e 223 da CF), os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, serviços públicos de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens (com prazo de 10 anos para o rádio e 15 para a televisão), os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, os portos marítimos, fluviais e lacustres, a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica. Para os Estados (art. 25 da CF), os serviços locais de gás canalizado. Para os Municípios (art. 30 da CF), os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo.

Diz ainda o autor, que “todas as atividades empresariais ou econômicas desempenhadas pelo Estado em regime permanente ou excepcional, também são passíveis de serem franqueadas”, de forma integral ou parcialmente.

Tanto Barroso como Lamy defendem amplamente o uso da franquia pela

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Administração Pública, principalmente como meio de modernização do Estado e efetividade na prestação dos serviços.

CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar na presente pesquisa, a possibilidade de utilização pela Administração Pública do sistema de franquia empresarial previsto na Lei n. 8.955/94, desfrutando das mesmas vantagens e desvantagens do setor privado. Que para tal utilização, deve ser observado o princípio da legalidade, bem como as Leis n. 8.666 e n. 8.987, para a formalização do contrato entre a Administração Pública como franqueadora e o franqueado. Deve também ser observado que somente as atividades industriais e econômicas exercidas pelo Estado são passíveis de serem franqueadas.

Foi exemplificado, com dois casos considerados eficientes, a utilização da franquia no âmbito do direito público: o Sistema de Franquias COPEL e as Agências de Correio Franqueadas.

Numa posição mais liberal, foram citados autores que consideram essencial para a modernização do Estado a ampla implementação do sistema de franquia, tanto no âmbito da União, quanto dos Estados e Municípios, na Administração Direta e Indireta, aplicando-se os termos da Lei n. 8.955, observando tão somente o processo licitatório. Para a regulamentação legal do uso do instituto da franquia tão amplamente pela Administração Pública, está em tramitação no Senado Federal o PLC n. 219/2015, que se aprovado, revogará e substituirá a Lei n. 8.955/1994.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Franquia Público-Social** (A Franquia Cidadã dos Entes Públicos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

_____. Franquia Pública poderá ampliar as oportunidades. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-16/luiz-barroso-franquia-publica-ampliar-oportunidades-economicas>> Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. **Lei n. 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 28 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.491**, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 28 nov. 2017.

_____. **Decreto n. 7.380**, de 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7380.htm>. Acesso em 29 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.074**, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. **Lei n. 11.668**, de 2 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11668.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. **PLC n. 219/2015**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/12/2015&paginaDireta=00066>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASIMIRO, Lígia Silva Melo de. Administração pública e planejamento no estado brasileiro: qual a contribuição a ser feita pelo direito administrativo? In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 4, n. 45 (2016).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Franquia. In **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

LAMY, Marcelo. **Franquia Pública**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LEITE, Roberto Cintra Leite. **Franchising na criação de novos negócios**. São Paulo: Atlas, 1990.

LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, p. 583. *Apud* LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara 219/2015 e Parecer da Comissão, Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ)**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/12/2015&paginaDireta=00066>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

SILVEIRA, Newton. Novos Contratos Empresariais, RT, p. 160/161. *Apud* LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.