DA FRANQUIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*

1. *Da franquia no direito privado*

A franquia é um instituto nascido e desenvolvido no setor empresarial privado, mas que, aos poucos, vem sendo adotado também pela Administração Pública.

Na maior parte dos países não existem normas específicas disciplinando o instituto nem no âmbito do direito privado, nem no âmbito do direito público. Nas relações privadas, a ausência de legislação pode até favorecer a celebração dos contratos de franquia, uma vez que o franqueador ou concedente, conduzido pelo princípio da autonomia da vontade, tem maior liberdade para moldar o ajuste segundo as suas conveniências, o que explica a grande variedade de tipos de franquias existentes. Nas relações administrativas, em que a Administração é parte, a submissão ao princípio da legalidade exige maiores esforços para extrair-se do ordenamento jurídico a fundamentação indispensável para a adoção desse sistema.

No Brasil, a Lei nº 8.955, de 15.12.94, veio disciplinar a franquia empresarial (*franchising*), limitando-se a conceituá-la e a estabelecer os requisitos a serem observados na Circular de Oferta de Franquia, a ser obrigatoriamente fornecida ao interessado em tornar-se franqueador. Nada estabelece com relação a franquias no âmbito da Administração Pública.

As características comumente apontadas para a franquia são as seguintes, no âmbito do direito privado:

a) A franquia é concedida por meio de contrato, como modalidade de concessão entre empresas.

b) Pelo contrato, o franqueador (*franchisor*) ou concedente outorga ao franqueado (*franchisee*) ou concessionário a licença de uso de marca para que este produza ou distribua determinados bens ou preste serviços específicos, segundo os métodos do concedente; normalmente, o contrato vem acompanhado de prestação de assistência técnica.

c) É essencial, na franquia, a transferência de *know-how* para o franqueado, o

* Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

que se dá, normalmente, mediante entrega de manuais e estágio de treinamento e formação. Como ensina Newton Silveira, "é preciso, para haver um verdadeiro contrato de *franchise*, que o franqueador tenha desenvolvido métodos bem-sucedidos de desenvolver sua atividade e que seus sinais distintivos gozem de certa notoriedade, caso contrário, o contrato não passará de uma mera licença de uso de marca, travestida de contrato de *franchise* e os pagamentos realizados a título de assistência técnica deixam de ter razão de ser" (*O contrato de franchising*. In *Novos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 160).

Segundo Nelson Abraão (*Da franquia comercial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 9), "na franquia comercial, além da cessão de uso da marca, o franqueador propicia ao franqueado meios para facilitar a comercialização do produto e serviços, consistentes no que se chama de *engeneering, management* e *marketing*".

E explica o autor:

"Pelo *engeneering*, o franqueador elabora um plano e especificações gerais para a construção ou reforma do prédio onde o franqueado vai exercer a atividade ligada à franquia, bem como de suas instalações. Nesse particular não vai apenas um mero auxílio, mas também uma determinação do franqueador, porquanto o franqueado deverá ater-se ao projeto de construção ou de reforma, mobiliário, cores, maquinaria, instalações e acessórios, segundo as especificações designadas ou aprovadas por escrito pelo primeiro.

O *management* consiste no adestramento do pessoal do franqueado e a montagem de uma organização contábil e administrativa. O franqueador propicia-lhe um curso de capacitação e formação relativo à direção do estabelecimento.

O *marketing* consiste nos métodos e técnicas de comercialização, estudo de mercado, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos novos."

d) Em regra, o franqueado remunera o franqueador, não só pelas mercadorias que dele adquira para revender (quando for o caso), mas também pelo direito de uso da marca e pelo fornecimento de tecnologia e de assistência técnica.

e) O franqueado fica sujeito a controle por parte do franqueador no que diz respeito à corrente aplicação dos seus métodos.

f) O franqueado, embora tenha personalidade jurídica própria, assume, no campo mercadológico, o nome do franqueador. É o que ensina Modesto Carvalhosa:

"... no plano mercadológico, no plano da figura, do consumidor, o franqueado opera despersonificadamente com o nome do franqueador... No contrato de *franchising* há uma licença de utilização de marca, de nome de estabelecimento e de insígnias. Muitos autores falam em licença de utilização de marcas, mas na realidade não é só licença de utilização de marca. Muito mais que marca, muitas vezes é mais licença de autorização de nome do estabelecimento" (Conferência no Seminário Nacional sobre Contratos, realizado em Belo Horizonte, de 29 a 30.6.78).

O autor cita os exemplos do Hilton Hotel e o da Coca-Cola, cujos franqueados atuam no mercado, não com o seu nome comercial, mas com o nome do franqueador.

g) O sistema de franquia corresponde a um movimento inverso ao da integração de empresas, porque o franqueado mantém a sua personalidade jurídica própria e assume a responsabilidade comercial pelo negócio. No entanto, como diz Jean

Guyenot, "como toda organização criada entre pessoas econômica e juridicamente independentes e que deseja continuar sendo, as concessões.... implicam a aceitação, pelas partes, de regras comuns de ação e a sujeição a obrigações recíprocas. Elas são necessárias para criar entre as partes *uma unidade econômica* constituída por um grupo homogêneo e ativo, suscetível de durar por sua eficácia, não somente no plano comercial, mas também no plano técnico, para promover ou manter o prestígio de uma marca" (*Que es el franchising? Concesiones comerciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977, pp. 29-30).

E acrescenta o autor:

"O que importa para as empresas membros de um grupo de concessionários é obter por contratos agrupados em conjunto pelo concedente, uma coesão interna. Todos em conjunto ligados pelos mesmos contratos, podem, sob o impulso do concedente, exercer uma presença econômica e dispor de meios de ação coordenada sobre um mercado, com um fim específico: a organização e a rentabilidade do circuito de distribuição de uma marca."

A unidade econômica é conseguida graças a um sistema em que se combinam, de um lado, um contrato *bilateral* entre franqueador e franqueado, e, de outro lado, por relações *multilaterais* entre o franqueador e vários franqueados. Mais uma vez é à lição de Guyenot que recorremos. Depois de realçar esse aspecto, ele afirma que "se mesclam as opções comuns do direito contratual clássico, com as relações bilaterais das partes, e os conceitos novos de grupos nascidos de uma "*convenção-quadro*", servindo de apoio e de modelo no estabelecimento de relações unilaterais pelo concedente" (p. 31-32).

Assim é que, se sob o ponto de vista jurídico, existem várias pessoas jurídicas atuando de forma independente, sob o ponto de vista econômico, existe uma *unidade*.

Para usar das palavras de Newton Silveira (ob. cit., p. 159), "no contrato de *franchise* o *franchisee* participa da industrialização ou comercialização do produto do *franchisor*, ou de sua prestação de serviços, de seus sistemas de *marketing*, de sua publicidade, fazendo parte de uma comunidade constituída pelo *franchisor* e pelos demais *franchisees*, ou nas palavras de Harold Brown, participa de uma "comunidade de interesses com o *franchisor* e a família inteira de *franchisees*".

h) A franquia pode ter por objeto a distribuição de *produtos* ou de *serviços*, bem como a *produção ou distribuição de bens*.

A Lei nº 8.955, de 15.12.94, define a franquia empresarial como "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 o 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."

Para concluir essa primeira parte, referente às características do *franchising*, podemos nos socorrer de um conceito de Guyenot (ob. cit., p. 21), quando afirma sinteticamente que "o *franchising* se define como a *concessão de uma marca de*

produtos ou de serviços à qual se agregam a concessão do conjunto de métodos e meio de venda".

Ou podemos mencionar um conceito descritivo e bastante ilustrativo dado pela Corte de Apelação de Paris, em 28.4.78 (apud Newton Silveira, ob. cit., pp. 160-161):

"O *franchising* se define como um método de colaboração entre duas ou várias empresas comerciais, uma franquiadora, outra franquiada, pelo qual a primeira, proprietária de um nome ou de uma razão social conhecidos, siglas, símbolos, marca de fábrica, de comércio ou de serviços, bem como, de *savoir-faire* particular, coloca à disposição da outra o direito de utilizar, mediante um pagamento ou outra vantagem, uma coleção de produtos ou de serviços, originais ou específicos, para os 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 integração na atividade comercial do concedente franquiador em benefício do franquiado iniciado em uma atividade técnica original e num *savoir-faire* fora do comm, 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."

2. *Do uso da franquia pela Administração Pública*

Os autores brasileiros da área do direito público ainda não se debruçaram sobre o tema da franquia do âmbito da Administração Pública. Dentre os autores estrangeiros também não se encontra muita coisa, a não ser rápidas referências dentro do tema da privatização.

A primeira indagação a fazer é quanto às vantagens da franquia na Administração Pública.

Quando o franqueador é um particular, as vantagens apontadas comumente são: rapidez da expansão, aumento de 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 (cf. Roberto Cintra Leite, *Franchising na criação de novos negócios*, São Paulo: Atlas, 1990, pp. 44/52).

Fala-se, ainda, que o *franchising* 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.

Além disso, como realça Paulo Barbosa Casella, "a franquia possibilita ao franqueador, sem incorrer o ônus de investimentos, ou ao menos, reduzindo consideravelmente os investimentos diretos, multiplicar seus pontos de venda, empregan-

do a mesma marca, e ampliando a rede de distribuição" (*O fenômeno da franquia da regulamentação comunitária à prática brasileira. In* Revista de Informação Legislativa, a. 26, nº 103, jul.-set. 1948, p. 345).

Também Jean Guyenot realça algumas vantagens: "uma organização fluida e descentralizada permite desenvolver em 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 em 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..." (ob. cit., p. 29).

Para a Administração Pública, muitas das vantagens apontadas estão presentes, especialmente a possibilidade de descentralizar as suas atividades comerciais e industriais sem os custos que envolveria a criação de novas agências, filiais ou subsidiárias e com a possibilidade de imposição de suas técnicas de prestação de serviços e controle sobre as atividades do franqueado. Mas não é demais repetir que, como o franqueador impõe os seus métodos de trabalho e organização, a eficácia dos mesmos constitui condição de eficácia da franquia.

Há que se observar que, no que concerne à Administração Pública, as vantagens e desvantagens de adoção do sistema de franquia coincidem, em grande parte, com as vantagens e desvantagens da *privatização*. E também cabe observar que, no âmbito federal, embora a Lei nº 8.031, de 12.4.90, tenha criado o Programa Nacional de Desestatização, dando o seu conceito (art. 2º) e indicando as operações possíveis (art. 4º), todas elas dizendo respeito especificamente à *privatização de empresas*, com a passagem de ações para o setor privado, na realidade, paralelamente, verifica-se um outro movimento consistente na adoção de técnica diversa de privatização mediante celebração de contratos que implicam, não a privatização da empresa, mas a privatização da execução de serviços públicos, pela sua transferência ao setor privado.

Daí falar-se, hoje, grandemente, em todos os níveis de governo, em *terceirização* no âmbito da Administração Pública. Daí adotar-se a franquia em determinados setores, como o dos correios e telégrafos. Daí, ainda, adotar-se a subconcessão ou a subcontratação de determinados serviços acessórios ou complementares, como a medição de consumo de água, de energia elétrica, de gás, a distribuição de contas, a assistência técnica a consumidor etc.

Todas são técnicas de privatização. O que ocorre no Brasil não é diferente do que ocorre em muitos outros países, num movimento para a privatização liderado, sem dúvida alguma, pela Inglaterra.

Jaime Rodriguez-Arana aponta, como formas de privatização, a *desnacionalização* (para nós, desestatização), a *desregulamentação* (diminuição da intervenção do Estado no setor econômico) e os *contracting out,* que consistem na subcontratação a que nos referimos, pela qual se transfere ao setor privado a gestão de um determinado serviço público (*La privatización de la empresa pública.* Madri: Editorial Montecorvo, SA, 1991. p. 139 e segs.).

Do mesmo modo, Lucien Rapp inclui, dentre as técnicas de privatização, determinados contratos, como a *concessão* e, assimilado a ela, o *franchise* (*Techniques de privatization des entreprises publiques*. Paris: Librairies Techniques, 1986, pp. 87-92).

Não é demais lembrar que o surgimento de novos modelos contratuais no âmbito da Administração Pública corresponde à já assinalada evolução do direito administrativo, principalmente na parte dos contratos. Enquanto, no direito administrativo tradicional, mais autoritário, prevaleciam os atos unilaterais da Administração, hoje a tendência é no sentido da preferência pelos contratos.

Se formos, hoje, consultar autores estrangeiros sobre o tema de contratos da Administração Pública, vamos encontrar referência aos mais variados tipos, ao lado dos tradicionais contratos de concessão, fornecimento obras públicas etc.; é o caso dos contratos de programa, dos contratos fiscais, dos contratos de estabilidade, dos *affermage* e *sous-traitance* (do direito francês), do *franchising* e tantos outros.

3. *Contrato de concessão e contrato de franquia*

Inegável é a semelhança entre o contrato de concessão, do direito administrativo (em especial a concessão de serviço público) e o contrato de franquia. Mesmo no direito privado, a franquia aparece confundida, muitas vezes, com a concessão comercial, sendo o franqueador chamado de concedente, e o franqueado, de concessionário. É oportuno citar, a esse propósito, o ensinamento da autora portuguesa Maria Helena Brito (*O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 51):

"O termo concessão provém do direito administrativo... A doutrina geralmente concorda em considerar que a concessão comercial se inspira na concessão administrativa."

A semelhança fica muito clara quando se analisa o instituto da *concessão administrativa*, como gênero dentro do qual se incluem várias modalidades, como a concessão de obra pública, a concessão de serviço público, a concessão de exploração de minas e jazidas, a concessão de uso de bens públicos, a concessão de direito real de uso etc.

Segundo Santi Romano, existe a figura da *concessão* todas as vezes que a administração transfere a outrem um poder ou um direito seu ou mesmo quando, com fundamento em um poder ou um direito, que ficam assim limitados, ela constitui um novo direito ou poder em benefício de alguém. Em outros termos, "a concessão implica uma perda ou limitação para o concedente e, ao mesmo tempo, uma aquisição para o concessonário e, portanto, uma certa relação de sucessão entre um e outro". E lembra que existem duas espécies de sucessão: a *translativa* e a *constitutiva*. A primeira importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito, que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo. A sucessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder ou em um direito mais amplo (poder ou direito progenitor) se dá a vida, em favor de outro sujeito, a um poder ou direito menos amplo e diverso (poder ou direito filho). Entre as sucessões constitutivas, ele inclui

a concessão de uso de bem público, e, entre as translativas, a concessão de serviço público e a de obra pública (*in Corso di Diritto Amministrativo*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, pp. 239-240).

Diversa não é a lição de Guido Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Casa Editroce Dott. A. Giuffrè, vol. I, 1958, p. 212). No Brasil, a lição é seguida, dentre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem "corresponde a ato administrativo translativo de direito a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventuário de ofício público, ou de construir obra pública, como de retificação de rio, ou de prestar serviço público, como de fornecimento de energia elétrica"; e "corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os tem, relativos, por exemplo, a utilização de terrenos nos cemitérios como túmulos de família, à instituição de indústrias de pesca às margens dos rios" (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio: Forense, vol. I, 1969, pp. 490-491).

Embora as três formas tradicionais de concessão sejam a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público, mencionadas em praticamente todos os doutrinadores brasileiros, a evolução do direito administrativo acabou por introduzir outras modalidades, todas elas inserindo-se no conceito geral de concessão, em que o concedente delega ao concessionário poderes e deveres que podem ser da mesma natureza ou de natureza diversa daqueles que lhe cabe exercer.

Já tivemos oportunidade de analisar o assunto, em nosso "*uso privativo de bem público por particular*". São Paulo, RT, 1983, pp. 82 a 86. Ali realçamos que o ponto comum em todas as modalidades "é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens. Na concessão de serviço público, ele delega a execução do serviço, mas reserva para si algumas prerrogativas inerentes ao seu poder de império; na concessão de uso privativo, ele outorga o direito de utilização de bem público, mas conserva o domínio, bem como o poder de polícia sobre o bem objeto da concessão, e ainda as prerrogativas de alterar e rescindir unilateralmente o contrato" (p. 86).

Se for comparada a concessão de serviço público com a franquia, verificam-se os seguintes pontos comuns e divergentes:

a) tanto na concessão de serviço público como na franquia dada pela Administração, o concedente delega ao concessionário a *execução* de um serviço, conservando a sua titularidade e a plena *disponibilidade* sobre o mesmo, o que implica a possibilidade de rescisão unilateral do contrato;

b) em ambos os contratos, o concessionário conserva a sua personalidade jurídica, inconfundível com a do concedente;

c) em ambos os contratos, o concessionário desenvolve a atividade por sua própria conta, sob sua responsabilidade administrativa e financeira.

d) tanto na concessão de serviço público como na franquia, o concedente tem o poder de controle e fiscalização da atividade, para assegurar que ela seja desenvolvida a contento;

e) nos dois casos, a remuneração do concessionário e do franqueado liga-se aos resultados financeiros da exploração, em especial de valores pagos pelo público destinatário do serviço;

f) nos dois casos, o poder público fixa unilateralmente as condições do contrato.

A grande diferença está no fato de que, enquanto na concessão de serviço público o concessionário atua em nome próprio e segundo técnicas próprias de organização e trabalho, na franquia, o franqueado atua sob o *nome* do franqueador, utilizando a sua *marca* e suas *técnicas de atuação*; o franqueado submete-se às regras do franqueador, desde as referentes às instalações e localização, passando pelo adestramento do pessoal e montagem de uma organização contábil e administrativa, até a utilização dos métodos e técnicas de prestação de serviço, publicidade, inovações etc. Dessa diferença decorre uma outra, que é o fato de, *em regra*, o franqueado ficar sujeito ao pagamento de uma remuneração ao franqueador, pelo uso da marca, pela assistência técnica que lhe é prestada e pelas mercadorias e equipamentos que dele deva adquirir, se for o caso.

Tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão administrativa: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, *se for o caso de franquia de distribuição*, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque, nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização, muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional.

Dentro da própria franquia, existe a possibilidade de inúmeras variantes, em especial de *grau,* pois o poder concedente pode delegar a execução do serviço em seus vários aspectos ou pode delegar a execução de parte do serviço apenas.

À vista do todo o exposto, podemos concluir que não há impedimento à adoção de franquia pela Administração Pública, mesmo porque ela já é uma realidade incontestável, da mesma forma que o é a terceirização, por meio da qual a Administração contrata um empresa para desempenhar uma tarefa que seria sua, mediante contrato de prestação de serviços; é o caso da contratação de empresas privadas, bastante freqüente, feita por empresas estatais dos setores de águas e esgotos, telefone, energia elétrica, para a prestação de serviços de leitura de hidrômetro e medidores de consumo, assim como de distribuição das contas aos consumidores; é o caso da terceirização do serviço de limpeza nas repartições públicas, do serviço de vigilância etc.

Seja nessa forma de terceirização, seja na concessão de franquia, a Administração Pública transfere a terceiros a execução de tarefa que seria sua. Num caso, o contrato tem a natureza dos de prestação de serviços; no outro, assimila-se à *concessão*, em especial à concessão de serviços públicos, uma e outra sujeitas às normas da Lei nº 8.666, de 21.6.93.

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 1967 (art. 167).

Aliás, pode-se afirmar que os contratos administrativos, no Brasil, somente passaram a ser disciplinados com maiores detalhes a partir do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, tendo o Estado de São Paulo se antecipado em alguns anos nessa disciplina legal. No entanto, a ausência de legislação nunca impediu a celebração de contratos pela Administração Pública, já que eles sempre obedeceram a regras e a princípios extraídos da doutrina e incorporados pela jurisprudência. Em todo o direito administrativo, a regra é a doutrina antecipar-se à legislação; esta, muitas vezes, nada mais faz do que levar para o direito positivo princípios e teorias já assentes entre os administrativistas. Foi o que ocorreu com os contratos e é o que poderá ocorrer com os atos administrativos; estes, em muitos países, já foram disciplinados pelo direito positivo, por meio das leis de procedimento administrativo; no Brasil, existe toda uma teoria a respeito dos requisitos, atributos, vícios, anulação, revogação do ato administrativo, que é regularmente aplicada independentemente de sua disciplina legal.

No caso da franquia, ela se submete à Lei nº 8.666; se for equiparada ao contrato de concessão, está abrangida pelo art. 2º da lei, que exige licitação para as obras, serviços, compras, alienações, *concessões,* permissões e locações. Se defendida a sua natureza privatista, ainda assim o contrato será submetido a essa lei, por força do art. 62, parágrafo 3º, inciso I, que assim estabelece:

"Parágrafo 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."

A Lei nº 8.666, com esse dispositivo, e seguindo os passos do Decreto-lei nº 2.300, praticamente publicizou os contratos de direito privado celebrados pela Administração; embora a eles se apliquem *obrigatoriamente* os arts. 55 e 58 a 61, os demais serão aplicados *no que couber.*

4. *Da adoção do sistema de franquia pelas concessionárias de serviços públicos*

A concessão de serviço público, em sua forma tradicional, é um *contrato* administrativo em que a Administração Pública delega a execução de um serviço público a uma *empresa privada.* A evolução do instituto trouxe a inovação de delegar-se o serviço a empresas do Estado, havendo alguns casos em que a concessão *somente* pode ser feita a empresa sob controle acionário do Estado (art. 21, XI, e art. 25, parágrafo 2º, da Constituição).

Este é um fenômeno que não ocorre só no Brasil. André de Laubadère, Frank Moderne e Pierre Delvolvé, *no seu Traité des Contrats Administratifs* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, tomo I, 1983, pp. 285-287), comentam essa evolução, dizendo que "a atribuição de concessões a pessoas pertencentes ao setor público muda sensivelmente as características tradicionais da concessão".

Também Jean Rivero observa que "o regime jurídico da concessão diferenciou-se: ao lado das concessões conformes ao esquema clássico, existem outras que se afastam dele. É o que acontece quando o concessionário é um estabelecimento público, cujas relações com a pessoa pública concedente são necessariamente diferentes das que ela mantinha com um concessionário privado" (in *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 519).

No Brasil, há a agravante de que a concessão a empresas estatais em regra não é feita por contrato, pois o poder público cria, *por lei*, a pessoa jurídica (sociedade de economia mista ou empresa pública) e a ela outorga, por lei, a execução de um serviço público. Já fizemos comentário a esse respeito em nosso *Direito Administrativo* (São Paulo: Atlas, 1994, p. 243), mencionando a existência de dois tipos de concessão: a que se outorga a empresa particular e a que se outorga a empresa estatal.

Celso Antônio Bandeira de Mello justifica essa situação entendendo que, quando a concessão é dada a empresa pública ou sociedade de economia mista, a lei que autoriza a instituição da pessoa jurídica vale, por si só, como um ato de concessão, pois, ao entronizá-las no universo jurídico e ao assinalar-lhes a finalidade de cumprimento de um "serviço público", está-lhes outorgando o caráter de concessionárias (*Prestação de serviços públicos e Administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 28).

Embora a concessão a empresas estatais seja uma realidade, o fato é que, quando a delegação do serviço não é feita por contrato, mas por lei, é evidente que muda a natureza da concessão: a relação entre poder público e empresas estatal integrante da Administração Indireta é uma relação de tutela, de controle, submetida, no Estado de São Paulo, ao Decreto-lei complementar nº 7, de 6.11.69 (Estatuto das Entidades Descentralizadas); a relação entre poder concedente e concessionário (empresa privada) é uma relação contratual submetida às normas da Lei nº 8.666, de 1993.

Na concessão tradicional, sob a forma de contrato, o concedente conserva a plena disponibilidade sobre o serviço, transferindo apenas a sua *excecução*; no momento em que o interesse público o exigir, a Administração rescinde unilateralmente o contrato.

Na concessão, por lei, a empresa estatal, esta é que tem a *titularidade* do serviço; a perda dessa titularidade só ocorre por lei.

Há que se observar que, no Estado de São Paulo — mais uma vez na frente do governo federal — a concessão de serviço público está disciplinada pela Lei nº 7.835, de 8.5.92.

Para a *subconcessão total ou parcial* do serviço, resulta da própria lei a submissão de todas as concessionárias às suas normas. É o que decorre do art. 9º, assim redigido:

"Artigo 9º — Incumbe ao concessionário a execução direta e pessoal do serviço concedido, cabendo-lhe responder, independentemente de dolo ou culpa, por todos os prejuízos causados ao Poder Público, aos usuários e a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Parágrafo 1º — É vedada a subconcessão total ou parcial do serviço, salvo quando feita por entidade da Administração Descentralizada, observado o disposto

nos artigos 3º, 4º, 5º e 6º desta lei e sua previsão ficar justificada já no edital de licitação e no contrato.

Parágrafo 2º — Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares, desde que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido, oneração de seu custo ou detrimento de sua qualidade.

Parágrafo 3º — As contratações feitas pelo concessionário, nos termos do disposto no parágrafo anterior, serão regidas pelo direito privado, não se estabelecendo nenhuma relação jurídica entre os terceiros contratados e o Poder Concedente".

Desse dispositivo extraem-se várias conclusões:

a) o parágrafo 1º reconhece a natureza de *concessionárias* a entidades da Administração Descentralizada;

b) essas entidades podem fazer subconcessão total ou parcial, o que é vedado a outras concessionárias não integrantes da Administração Descentralizada;

c) além da subconcessão, o concessionário pode celebrar com terceiros outros tipos de contratos para desenvolvimento de atividades *acessórias* ou *complementares*, com a condição de que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido, oneração do custo ou detrimento de sua qualidade; esta restrição aplica-se a concessionárias que *não* sejam da Administração Descentralizada, pois estas tanto podem celebrar contratos para desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares (parágrafo 2º) como fazer a subconcessão (parágrafo 3º).

d) essas contratações com terceiros estarão sujeitas ao direito privado, sem que surja qualquer relação entre os terceiros interessados e o Poder Concedente; aqui é evidente que a lei se refere a concessionárias que sejam empresas privadas, excluídas as entidades da Administração Descentralizada, pois estas estão abrangidas pela Lei nº 8.666 (art. 1º, parágrafo único, e art. 6º);

3) a subconcessão é feita com observância do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº 7.835, de 8.5.92; vale dizer que a licitação é feita por *concorrência.*

A seleção do franqueado deve, necessariamente, ser feita por licitação, na modalidade de *concorrência*, por analogia com a concessão de serviços públicos (art. 3º da Lei nº 7.835), à qual se equipara a concessão de franquia. A licitação deve obedecer às normas da Lei nº 8.666, atendendo-se também para as normas da Lei nº 8.955, de 15.12.94, que dispõe sobre franquia empresarial.

Também nos parece de cautela a obtenção de aprovação do Governador, tendo em vista o disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei 7.835, segundo o qual "o Governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observadas no edital de licitação e no contrato, *inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços*".

Embora o dispositivo esteja se referindo ao edital de licitação para *concessão inicial*, na realidade ele deixa manifesta a intenção de que a *subconcessão* seja definida pelo Chefe do Executivo. Ainda que essa subconcessão seja feita pelo sistema de franquia, parece-nos necessária a aprovação prévia do Governador.

Com relação aos requisitos a serem exigidos do franqueado, devem ser observadas, sob o ponto de vista estritamente jurídico, as normas dos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 8.6.94.

Tais conclusões são adotadas em face da lei estadual que disciplina, no Estado de São Paulo, a concessão de serviço público.

Nos demais entes da federação (União, Estados e Municípios), se não houver legislação específica, a subcontratação, em qualquer modalidade, dependerá do que dispuser o respectivo contrato de concessão, devendo observar-se, ainda, a norma do artigo 7º da Lei nº 8.666, que permite a subcontratação até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Além disso, o artigo 78, inciso VI, da mesma lei, sujeita à rescisão do contrato "a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato".

Tais normas aplicam-se à concessão, desde que não conflitem com legislação específica sobre o assunto, consoante decorre do artigo 124 da Lei nº 8.666.

III — *Conclusões*

a) A Administração Pública pode implementar um sistema de *franchising* como espécie de contrato de concessão sujeito às normas da Lei nº 8.666, de 21.6.93, da Lei nº 8.955, de 15.12.94, e, no Estado de São Paulo, da Lei Estadual nº 7.835, de 8.5.92.

b) O recrutamento dos franqueados deve ser feito mediante licitação, na modalidade de concorrência, com observância das leis referidas no item anterior.

c) A adoção do sistema de franquia impõe à Administração a obrigação de planejar adequadamente o modo de execução do serviço pelos franqueadores, preparando os manuais de instrução necessários a essa finalidade para conhecimento dos eventuais interessados em participar da licitação e, inclusive, fazer o treinamento dos licitantes vencedores, com vistas à adequada execução do contrato.

d) As concessionárias de serviços públicos podem implementar um sistema de franquia, desde que admitido pelo poder concedente. No Estado de São Paulo, em que a concessão de serviços públicos está disciplinada em lei, a subconcessão só é possível se a concessionária for entidade da administração indireta.