Insper

LLM de contratos

Alexandra Cappellazzo de Oliveira Lima

Os contratos de afiliadas no setor de telecomunicação e os contratos de franquia

São Paulo

2020

Alexandra Cappellazzo de Oliveira Lima

Os contratos de afiliadas no setor de telecomunicação e os contratos de franquia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de LLM de contratos do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER como requisito parcial para a obtenção do título de pós-graduado de LLM de contratos.

Orientadora: Maria Isabel Carvalho Sica Longhi

São Paulo

2020

Lima, Alexandra Cappellazzo de Oliveira.
Os contratos de franquia em concessão de telecomunicação. Alexandra Cappellazzo de Oliveira Lima. – São Paulo, 2020.
74 f.

Trabalho de conclusão de curso (Pós-Graduação em Direitos do Contrato) – Insper, 2020
Orientador: Profª. Maria Isabel Carvalho Sica Longhi
Co-orientador:

1. Contratos de Franquia. 2. Contratos de Afiliadas. 3. Serviço Público. 4. Telecomunicação. 5. Ativismo Judicial. I. Alexandra Cappellazzo de Oliveira Lima. II. Os contratos de afiliadas no setor de telecomunicação e os contratos de franquia.

Alexandra Cappellazzo de Oliveira Lima

Os contratos de afiliadas no setor de telecomunicação e os contratos de franquia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de LLM de contratos do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER como requisito parcial para a obtenção do título de pós-graduado de LLM. de contratos.

Orientadora: Maria Isabel Carvalho Sica Longhi

BANCA EXAMINADORA

_____

Maria Isabel Carvalho Sica Longhi
Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER

_____

_____

RESUMO

A discussão acerca dos riscos da atividade econômica e ativismo judicial nos contratos empresariais são de extrema importância na análise do seu teor e de eventuais abusividades que poderão ocorrer, a depender do grau de autonomia privada nas negociações. No caso dos Contratos de Franquia, o franqueado é parte vulnerável e hipossuficiente em relação ao franqueador, que além de possuir maior conhecimento de atuação no mercado, impõe cláusulas de um contrato de adesão ao franqueado. Como é notória a vulnerabilidade do franqueado perante o franqueador, muitas empresas tentam desvincular o seu contrato das características de um contrato de franquia, até porque permitiria maior dirigismo contratual diante da autonomia privada mínima. O caso que se analisa no presente trabalho é o Contrato de Afiliadas no setor de Telecomunicação. Este contrato, embora possua características únicas como a necessidade de autorização prévia do Estado para exercer o serviço público de Telecomunicação, sujeição à maior regulamentação e supervisão do Poder Público e forma de remuneração diferenciada, possui praticamente todas as características de um Contrato de Franquia. Isso porque, preza pela autonomia das partes, há certa supervisão e ingerência nos negócios pela Emissora, ambas partes criam material, ocorre a transmissão de *know-how*, ocorre a concessão de utilização de marca, entre outras características. Objetiva-se, portanto, demonstrar no presente trabalho as similaridades entre estes dois tipos contratuais e incentivar o judiciário a tratar estes Contratos de Afiliadas como Contratos de Franquia, bem como utilizar toda a legislação dos contratos colaborativos em sua interpretação, em especial no caso de extinção abrupta com grande perda de investimento pela Afiliada.

Palavras-chave: Contratos de Franquia. Contratos de Afiliadas. Serviço Público. Telecomunicação. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The discussion surrounding the risks of an economic activity and judicial activism in commercial contracts is extremely important in the analysis of its content and of possible abuse that may occur, depending on the degree of private autonomy of the Parties during negotiations. In the case of Franchise Agreements, the franchisee is vulnerable and hypo-sufficient party in relation to the franchisor, who in addition to having greater knowledge of performance in the market, imposes clauses of a standard form contract to the franchisee. Given the notoriety of the franchisee's vulnerability in relation to the franchisor, many companies try to detach their contract from the characteristics of a Franchise Agreement, as it would allow greater contractual interventions, because of minimal private autonomy. The case that is analyzed in the present work is the Affiliates Agreement in the Telecommunications sector. Although these contracts have unique characteristics, such as the need for prior authorization from the State to broadcast its activities, it is subject to further regulation and supervision by the Government and have a distinguished form of compensation for the economic activity; essentially, it has all the characteristics of a Franchise Agreement. Alike a Franchise Agreement, these contracts maintain the autonomy and independence of the contracting parties, there is some supervision and interference in the Affiliate's business, both parties create material for broadcast, the know-how is transmitted by the Network, the Network allows the use of its brand, among several other characteristics. The objective in this paper is to demonstrate the similarities between these two types of contract and to encourage the judiciary to treat these Affiliate Contracts as Franchise Contracts, as well as use all of the applicable legislation of cooperative contracts in their interpretation. This is especially true in the case of abrupt termination, with great loss of investment by the Affiliate.

Keywords: Franchise Agreements. Affiliate Agreements. Public Services. Telecommunication. Judicial Activism. Economic Activity. Franchise System.

LISTA DE FIGURA

Figura 1 - *Franchising* mantém ritmo de crescimento - Faturamento (em bilhões).. 15

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Vantagens Contrato de Franquia 20
Tabela 2 - Desvantagens Contrato de Franquia 21
Tabela 3 - Gradação Autonomia Privada 28
Tabela 4 - Autonomia Privada dos Contratos de Franquia 29
Tabela 5 - Institutos de Delegação do Serviço Público 47
Tabela 6 - Comparação Contrato de licença e Transferência de *Know-how* 56
Tabela 7 - Comparação Contratos Colaborativos 58
Tabela 8 - Gradação da Autonomia Privada 67
Tabela 9 - Autonomia Privada dos Contratos de Afiliadas 67

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 OS CONTRATOS DE FRANQUIA OU *FRANCHISING* 13

2.1 O histórico do sistema de franquias no Brasil 13

2.2 O contrato tipificado na forma da Lei n.º 8.955/1994 15

2.3 O conceito e principais elementos do contrato de franquia 17

2.4 As vantagens e desvantagens do contrato de franquia 20

2.5 A interpretação do contrato e a atuação do judiciário 23

2.6 A extinção do contrato de franquia 29

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 35

3.1 Características e conceito de serviços públicos 36

3.2 A delegação dos serviços públicos: a concessão, permissão e autorização 39

3.2.1 A concessão de serviço público 40

3.2.2 A permissão 44

3.2.3 A autorização de serviço público 45

3.3 A autorização e a lei geral e telecomunicação 47

3.4 As redes de telecomunicação: a radiodifusão e os serviços de televisão 51

4 OS CONTRATOS DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO: AS EMISSORAS E SUAS AFILIADAS 53

4.1 A classificação do contrato das emissoras com as suas afiliadas 55

4.2 A importância de análise do conteúdo do contrato 64

4.3 A alocação de riscos e a autonomia privada mínima 66

5 CONCLUSÃO 68

REFERÊNCIAS 69

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA 72

OBRAS CONSULTADAS 73

1 INTRODUÇÃO

O contrato de franquia é um contrato que tem origem no direito privado norte-americano e que já se espalhou mundialmente. Neste contrato, o comerciante detentor de uma marca (franqueador) concede à outra pessoa jurídica (franqueado) a utilização de sua marca ou produto e presta serviços de organização empresarial, mediante o pagamento de uma remuneração.

O contrato de franquia fora instituído no Brasil, por meio da lei n.º 8.955 de 15 de dezembro de 1992, a partir deste marco legislativo, passou a ser muito utilizado, especialmente, por grandes empresas, com o fito de ampliar a marca e, consequentemente, os lucros, haja vista que, deste modo, não incorre a Pessoa Jurídica em diversos custos e riscos decorrentes da transferência de franquia.

O franqueador deverá estabelecer como o franqueado deverá montar as suas operações e oferecer o produto, devendo orientá-lo no:

> a) contrato de engineering, pelo qual o franqueador planeja e orienta a montagem do estabelecimento do franqueado; b) o management, relativo ao treinamento dos funcionários e à estruturação da administração do negócio; c) o marketing, pertinente às técnicas e colocação dos produtos ou serviços junto aos seus consumidores.[1]

Por outro lado, o franqueado, que possui dinheiro e intenção de investir, mas não detém conhecimento técnico suficiente, incorre em todos os custos para implementação do negócio de estrutura pronta (plano de negócio).

O contrato também conhecido como *franchising* é puramente empresarial, por exigir que sejam dois empresários contratantes, permitindo assim, mais espaço para livre disposição de direitos, alocação de riscos e autonomia privada.

Ademais, é um contrato que não é totalmente regulamentado e pode possuir certos aspectos atípicos. Tais aspectos do contrato de franquia, poderão auxiliar em uma maior análise do real poder de negociação das empresas neste ramo, sejam elas franqueadas ou franqueadoras.

Ou seja, trata-se de contrato misto, bilateral, oneroso, de tratos sucessivos, no qual, por um lado, o franqueador aumenta a oferta de seu produto, divulga a sua

---

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais, v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 700.

marca, aumenta o seu lucro, enquanto oferece os serviços de gerenciamento empresarial e *know-how.*

A importância de classificação dos contratos não pode e nem deve ser desmerecida nos estudos práticos. Tanto é assim, que os doutrinadores entendem que somente em contratos bilaterais, que é o presente caso, pode-se falar em condição resolutiva tácita (art. 477 CC), *exceptio inadimplenti contractus* (art. 476, CC).

Assim sendo, o franqueador somente poderá exigir que a sua marca e cultura seja seguida de forma integral se efetivamente ofereceu todos os meios, apoio e técnica ao franqueado.[2]

Em regra, são três modalidades de contratos de franquia, a depender do nível de atuação do franqueador na atividade do franqueado, quais sejam: (i) franquia industrial; (ii) franquia de comércio ou de distribuição; e (iii) franquia de serviços.

Ressalta-se que embora o contrato de franquia possua certas características que se assemelham ao contrato de representação, distribuição, transferência mercantil de *know-how*, comissão mercantil e concessão, não pode ser confundido com estes contratos.

A finalidade do contrato de franquia é somente a distribuição de produtos e o franqueado conserva a sua individualidade jurídica, mas não a mercadológica. Ou seja, embora possua os seus próprios funcionários, estabelecimento, produção e clientes o grande público não individualiza o franqueado de seu franqueador, pois para o consumidor é como se fosse uma extensão do próprio franqueador oferecendo os produtos.[3]

A extinção do contrato de franquia poderá ser devido ao término do prazo contratual, inadimplemento de uma das partes, distrato ou resilição bilateral e, o destaque para esse tipo de contrato, a conduta do franqueado que comprometa a imagem da marca, produto ou serviço.

Tão somente após o devido suporte no modelo de negócio, na criação da cultura da empresa e nas adequações às novas regulamentações, que a

---

[2] Conforme: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY, Ana Luiza (coord.). **Manual de Direito Civil:** contratos. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.
[3] Conforme: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais, v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 700.

franqueadora poderá exigir o cumprimento integral das obrigações da fraqueada e alegar eventual inadimplemento.

No âmbito das Emissoras de telecomunicação, há um contrato comumente celebrado entre as grandes Emissoras de marca reconhecida (SBT, Globo, Record, JovemPan, CBN entre outros), com empresas menores regionais que possuem a concessão, autorização ou permissão do poder público para a transmissão de telecomunicação, radiodifusão sonora, e sons e imagens.

Tais contratos normalmente nomeados como “Contratos de Parceria” ou “Contratos de Afiliadas”, possuem características notadamente semelhantes ao Contrato de Franquia, especialmente no que tange à divulgação da marca, modelo de negócio, qualidade de serviços, treinamentos, assessoria, limitação de poder de negociação da Afiliada, percentual de remuneração e limitação do material produzido pelas Afiliadas.

A característica destes Contratos de Afiliadas que mais difere dos Contratos de Franquia normalmente celebrados entre as empresas é a necessidade da preexistência de autorização para a exploração de serviços de telecomunicação.

Isso porque, nos termos do art. 21, inc. XI, da Constituição Federal, os serviços de telecomunicações são de competência da união e, deste modo, somente serão explorados pelo setor privado quando o Poder Executivo Federal expressamente delegar essas funções ao particular.

Diante da delegação dos serviços pelo poder público e a consequente atribuição do regime público ao setor, há obrigações intrínsecas à prestação de serviços de telecomunicação, quais sejam: a universalização, continuidade, exigência de licitação, contrato de concessão com cláusulas definidas, regulação sobre tarifas, intervenção e previsão de extinção do contrato.

No mais, as empresas além de terem que obter autorização do poder público para o seu funcionamento, devem obedecer às legislações específicas de seu setor, como a Lei n.º 9.472 de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicação).

Essa legislação, que completou 23 anos de vigência esse ano, estabeleceu dois regimes jurídicos para as empresas de telecomunicação, público e privado, bem como criou o órgão regulador do setor (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel), determinando suas regras de funcionamento.

Nesse sentido, o artigo 10 da Resolução n. 272 da Anatel exige que seja outorgada autorização pela própria Anatel para a exploração dos serviços de telecomunicação.

É de se notar, ainda, que a Lei n. 9.472/97 não previu a realização de licitação pública para a autorização de serviços de telecomunicação e ao dispensar esse aspecto do artigo 21 da Constituição Federal, muitos doutrinadores entendem que "o que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão), mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela", uma vez que não lhe foi conferida a natureza de delegação de serviços.[4]

Em decorrência dos diversos desenvolvimentos tecnológicos do setor, há projetos de lei em trâmite na câmara para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações. Como exemplo, cita-se a PL 79/2019, caso aprovada passará a permitir que a concessão de telefonia fixa seja feita por autorização às empresas privadas.

Diante disto, no presente trabalho serão abordados os contratos de franquia e as suas similaridades com o Contrato de Afiliadas no setor de telecomunicação e serão analisados a forma de alocação de risco, a estrutura de negócio oferecida pelas grandes empresas, a autonomia da vontade das partes contratantes e todas as especificidades do setor de telecomunicação, por se tratar de um serviço público.

Além disso, deverá ser avaliado qual é o real poder de negociação dessas empresas Afiliadas, diante de um contrato em que pouco poderá ser alterado e o impacto de uma rescisão ou não renovação, que eventualmente poderá inviabilizar totalmente a sua atividade econômica.

Sendo assim, o trabalho pretende justamente analisar as especificidades dos contratos de franquia na área de telecomunicação e a forma como ele é inserido no mundo dos negócios. Até porque, a autonomia privada mínima existente neste tipo contratual acarreta grandes impactos na alocação de riscos no contrato.

Não obstante, o segmento analisado trará uma releitura dos contratos de franquia, que estarão inseridos em um serviço público. Questão que poderá restringir a disponibilidade das partes contratantes.

---

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 238.

2 OS CONTRATOS DE FRANQUIA ou *FRANCHISING*

2.1 O histórico do sistema de franquias no Brasil

O sistema de franquias desenvolveu-se em meados do século XIX nos Estados Unidos, quando as empresas se depararam com a necessidade de acompanhar a crescente mobilidade da população, diante da expansão dos meios de transporte e revolução industrial norte-americana, que demonstrou uma demanda consumista de produtos em uma maior área geográfica.[5]

De acordo com pesquisas realizadas por Mauro Busani[6], é possível analisar a origem do contrato de *franchising* a partir dos contratos de distribuição na Europa e de contratos de concessão de marca nos Estados Unidos, nos anos logo após a Guerra de Secessão (1861-1865).

Mauro Busani atribui a origem do sistema de *franchising* e o seu desenvolvimento primordialmente às grandes empresas americanas, como Singer Sewing Machine Company (1863) e General Motors (1898). Além de indicar a criação em 1892 da *The Coca-Cola Company,* que após adotar o engarrafamento em massa do produto, cedeu os direitos para alguns engarrafadores independentes.[7]

O entendimento majoritário, é que o grande crescimento e desenvolvimento do setor ocorreu principalmente após a Segunda Guerra Mundial, pois o país passava por diversos problemas socioeconômicos e os ex-combatentes buscavam formas de inserção no mercado de trabalho pós-guerra. Com o sistema de *franchising,* tais ex-combatentes puderam driblar as dificuldades financeiras e o mercado de trabalho, de forma a abrir quase de imediato um comércio, sem possuir vasta experiência.[8]

---

[5] Conforme: SILVA, Bianca Maria da. **Monitoramento e incentivos em rede de franquias brasileiras.** 2015. 70 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015.

[6] Conforme: BUSANI, Mauro. I Contratti Nuovi. Milão: Giuffré, 1989, p. 400-401 citado por CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 47-48.

[7] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 48-49.

[8] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 18-19.

Apesar do desenvolvimento nos Estados Unidas no século XIX, a primeira franquia no Brasil foi em 1963 com a abertura da primeira rede de ensino de idiomas Yázigi. Nos anos seguintes, com o sucesso deste modelo de negócio e a intenção de outras franqueadoras internacionais abrirem lojas no Brasil, foram instaladas diversas outras redes de franquias no País, tanto internacionais como nacionais, dentre elas destacam-se: Mc Donald's, o Boticário e Bob's.

Nos anos de 1970-1990, o sistema de *franchising* começou a se tornar a modalidade preferida de negócios de empresários de pequeno e médio porte e teve um crescimento notável, fatos atribuíveis a crises econômicas do período e o aumento da população urbana.[9]

No século XXI, a franquia comercial brasileira já possuía maior especialização de mercados e redes, entrada de novas redes em diferentes segmentos e eliminação de redes menos eficazes para adequação ao mercado.[10]

Diante disso, em julho de 1987, foi criada a Associação Brasileira de *Franchising* ("ABF"), entidade sem fins lucrativos que busca promover o desenvolvimento do sistema de *franchising* no Brasil, expandir a sua atuação e auxiliar as franquias associadas em formações técnicas, atualizações e atuações perante o poder público, organizando conferências, simpósios, seminários, palestras, cursos e encontros de formação técnica.[11]

Atualmente, a ABF possui mais de 1.100 associados, dentre eles, franqueadores, potenciais franqueadores, franqueados, fornecedores e consultores do setor, e desfruta de prestígio no mercado, o que facilita aos seus associados a obtenção de financiamentos e empréstimos para abertura de franquias, bem como facilita o contato com o poder público, muitas vezes excessivamente burocrático.

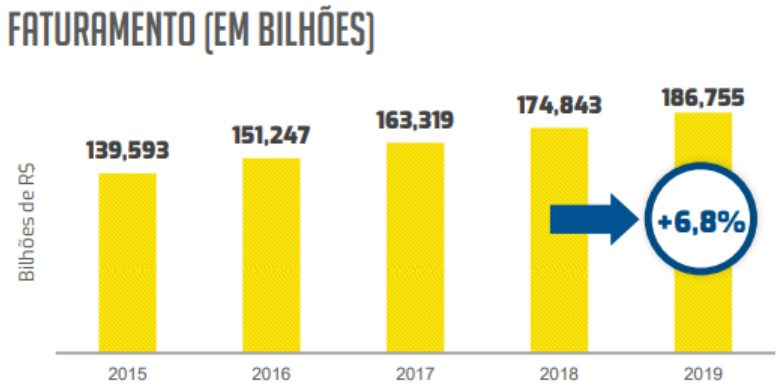
A ABF também auxilia o público externo com dados estatísticos compilados sobre o setor, como custos de aquisição de franquias, taxas de *royalties* para abertura de lojas e publicações técnicas, de forma a fomentar o crescimento do setor e possibilitando uma análise mais técnica de terceiros.

---

[9] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 53-54.
[10] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 53-54.
[11] Conforme: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *FRANCHISING* – ABF. **Atuação e objetivos.** Publicado em 10 maio 2013. Disponível em: https://www.abf.com.br/a-abf/atuacao-e-objetivos-da-abf/. Acesso em: 08 jun. 2020.

Segundo dados recentes da ABF,[12] o sistema de *Franchising* do Brasil mantém ritmo de crescimento. Em 2019, o setor obteve um faturamento de R$ 186,755 bilhões:

Figura 1 – *Franchising* mantém ritmo de crescimento – Faturamento (em bilhões)



Fonte: Associação Brasileira de *Franchising* – ABF (2019)

Da mesma forma, o número de redes e unidades que operam no Brasil cresceu pelo segundo ano consecutivo, chegando a 2.918 redes de franquias e 160.958 unidades em 2019, nos mais diversos segmentos. Tal desempenhou permitiu a geração de 1.358.139 empregos diretos.

2.2 O contrato tipificado na forma da Lei n.º 8.955/1994

O Contrato de Franquia por muito tempo foi utilizado no Brasil como um contrato atípico, uma vez que as atividades das franquias iniciaram antes da promulgação da Lei nº. 8.955/1994.

Aliás, há ainda uma corrente de doutrinadores que sustentam que, mesmo após a promulgação da Lei nº 8.955/1994, o contrato de franquia deve ser classificado como atípico, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:[13]

---

[12] Conforme: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *FRANCHISING* – ABF. **Números do *franchising.*** 2019. Disponível em: https://www.abf.com.br/numeros-do-*franchising*/. Acesso em: 08 jun. 2020.
[13] COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei de Franquia. Revista da ABPI, p. 15. citado por FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 94.

> o objetivo da Lei 8.955 de 15 de dezembro de 1994 (publicada no DOU de 16/2/94), foi o de disciplinar a formação do contrato de franquia. Trata-se de diploma do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano, ou seja, encerra apenas normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõem o dever de transparência na relação. Assim sendo, a atual lei brasileira não confere tipicidade ao contrato de franquia. Continuam a prevalecer entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual firmado por eles. Procura, apenas o legislador no diploma em questão, assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação de vantagens e desvantagens relacionadas com o ingresso em determinada rede de franquia; Para o direito brasileiro, portanto, pode-se ainda considerar a franquia exemplo de contrato atípico, já que a Lei nº 8.955/94 não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define os direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o franqueador, anteriormente à conclusão do acordo, a expor claramente aos interessados na franquia as informações essenciais.

Por outro lado, Frans Martins[14], Cristiana Fortini[15] e Adalberto Simão Filho[16], definem o Contrato de Franquia como típico, porque a legislação (i) impôs disciplina jurídica rígida a estes contratos que antes não havia, (ii) definiu quais são as obrigações dos contratante e contratado e (iii) estabeleceu o objeto e a finalidade.[17]

O doutrinador Álvaro Azevedo foi além, segundo ele, apesar de se tratar de um Contrato Típico, o Contrato de Franquia ainda pode conter certos elementos atípicos em sua elaboração. De forma a explicar a adoção de elementos atípicos no contrato de franquia, explica que:[18]

> Nada impede, entretanto, que, mesmo contratada a franquia apresente-se ela combinada com outro tipo de contrato ou com elementos atípicos que integrem a contratação, como um todo uno e indivisível, sem contrariar as normas legais existentes, principalmente da Lei nº 8.995/94, a ordem pública, os bons costumes e os princípios de direito. Nesse caso, o contrato será atípico misto, formado com a franquia e outras contratações ou elementos estranhos a esse contrato.

É possível concluir, portanto, que o Contrato de Franquia é um contrato misto, uma vez que possui previsão legal que impôs um regulamento próprio e, ao mesmo

---

[14] "Classifica-se a franquia como um contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada, híbrido e típico." Conforme: MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: contratos e obrigações comerciais, v. 3, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 389. VitalBook file.

[15] Conforme: FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 94.

[16] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 42.

[17] Conforme: FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 94.

[18] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.

tempo, poderá possuir características atípicas. Como bem explicado por Orlando Gomes: “Contrato misto é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada na lei.”[19]

No mesmo sentido, define Álvaro Azevedo:[20]

> Ao lado dos contratos típicos e atípicos, figuro os mistos, que são aqueles que, segundo classificação já por mim proposta, reúnem, em seu corpo, dois ou mais contratos típicos, dois ou mais contratos atípicos, ou, ainda, simultaneamente, as duas categorias mencionadas.

Como será analisado mais detalhadamente no Capítulo 2.5, a possibilidade de tratar o Contrato de Franquia como contrato atípico, típico ou misto impactará diretamente na autonomia das partes e alocação de riscos, bem como determinará em qual grau poderá ser a intervenção do judiciário.

2.3 O conceito e principais elementos do contrato de franquia

Diante da promulgação da Lei 8.955/1994, portanto, o Contrato de Franquia passou a ter parâmetros e elementos mínimos de identificação, além daqueles que já haviam sido pré-estabelecidos pela doutrina nacional e internacional.

No art. 2º da Lei 8.955/1994 o legislador determinou o conceito de uma franquia empresarial dentro do ordenamento jurídico brasileiro:

> 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 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.(grifo nosso)

No entendimento de Frans Martins, o Contrato de Franquia é:

> O contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a estejam ligados por

---

[19] GOMES, Orlando. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 98. VitalBook file.
[20] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 84.

> vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos.[21]

Sendo assim, a franquia empresarial é formada por um complexo de contratos comerciais. O Contrato principal que é designado como “contrato de franquia” é celebrado entre franqueador e o franqueado e aproxima-se de um contrato de distribuição, de representação ou agência.

É uma forma de distribuição de produtos e/ou serviços, consistente na parceria entre uma empresa com mais tempo de atividade e possuidora de know-how e outras empresas com menos experiência.[22]

De forma a identificar o Contrato de Franquia, a partir da análise e conceitos trazidos por diversos Autores nacionais, Adalberto Simão Filho enumera os seguintes elementos como essenciais:[23]

(i) Distribuição: a intenção deste contrato é a melhor distribuição para venda de produtos, mercadorias e serviços, de forma a atingir maiores zonas e mais consumidores, com custo reduzido;

(ii) Colaboração Recíproca: as partes – franqueadora e franqueado – devem colaborar constantemente para obtenção de êxito nos negócios e de forma a atingir seus interesses em comum;

(iii) Preço: o franqueado deverá pagar entrada inicial (royalty) e/ou parcelas mensais estipuladas sobre o faturamento das vendas e em contrapartida receberá o modelo de negócio da franqueadora;

(iv) Concessões de autorizações e licenças: a franqueadora concederá autorização de utilização de sua propriedade imaterial ou incorpórea ao franqueado (marcas registradas, sinais, insígnias, entre outros).

(v) Independência: as Partes são pessoas jurídicas autônomas e independentes e responderão pelas suas próprias obrigações em diversos âmbitos do comércio de atuação.

(vi) Métodos e Assistência Técnica Permanente: “o franqueador obrigará e prestará ao franqueado toda a assistência técnica necessária para a

---

[21] MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: contratos e obrigações comerciais, v. 3, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 384. VitalBook file.

[22] Conforme: ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial.** São Paulo: Ícone, 2012, p. 16.

[23] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 33/34.

implementação do franchise", além de oferecer métodos de melhoramento do negócio;

(vii) Exclusividade: a cláusula de exclusividade é essencial ao tipo de negócio por delimitar o território de cada franqueada, o que poderá ser comercializado e proibir a operação no mesmo ramo após a extinção do contrato (*non-compete*).

(viii) Contrato Mercantil: contrato escrito e com ampla previsibilidade da forma de operacionalizar o *franchising*, uma vez que as obrigações de ambas as partes são complexas e amplas, não sendo possível depender de um mero contrato verbal.

Por se tratar de um contrato misto, a melhor forma de identificarmos a existência de um Contrato de *Franchising* é o preenchimento dos referidos elementos essenciais, a despeito de qualquer nomenclatura ou título que é atribuído aos Contratos.

Isso porque, muitas franqueadoras poderão tentar se desvincular do contrato de franquia, alegando a existência de um contrato de parceria ou similar, uma vez que é notório a disparidade de negociação entre a franqueadora e franqueada, já em um contrato de parceria existe uma álea muito maior de negociação e menor de imposição.

Sendo assim, a partir da análise das principais características do Contrato de Franquia é possível classifica-lo como: (i) necessariamente mercantil; (ii) híbrido – combinação de diversos elementos contratuais típicos e atípicos; (iii) não solene – aperfeiçoando-se com a simples manifestação de vontade; (iv) oneroso – remuneração pelo serviço prestado; (v) bilateral – ambas as partes possuem obrigações e direitos; (vi) comutativo – obrigações certas e equivalentes; (vii) misto – contrato típico com elementos atípicos; (viii) continuativo (trato sucessivo) – pois a continuidade em tratos sucessivos é essencial para a sua atividade; (ix) de adesão - pois cada franqueador possui um padrão próprio de contrato com pouco espaço para negociação; e (x) *intuitu personae* – em regra não é possível nenhuma sub-rogação pessoal, exigindo-se a presença do franqueado a frente do negócio.[24]

Conforme ensina Adalberto Simão Filho:[25]

---

[24] CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 24-26.
[25] SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 42.

> conclui-se que o *franchising* em sua natureza jurídica seja um contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços nos moldes e forma previstos em contrato de adesão.

2.4 As vantagens e desvantagens do contrato de franquia

O contrato de franquia tornou-se cada vez mais popular devido às vantagens que permite as duas partes, quais sejam:[26]

Tabela 1 – Vantagens Contrato de Franquia

Franqueador	Franqueado
O Franqueador que não possui disponibilidade de capital para investimento, poderá expandir e aumentar o seu lucro, sem grande perda de capital.	Desfrutará do prestígio da marca do franqueador, muitas vezes consolidada no mercado.
Poderá expandir as suas operações para o maior número de áreas possíveis.	Utilizará o modelo de negócio já testado do franqueador, com processos formatados nos campos das operações técnica ou administrativa.
Consolidará a sua marca por mais locais e ganhará notoriedade perante os consumidores.	Terá a assistência do franqueador no desenvolvimento dos seus negócios, de forma a iniciar o empreendimento com produtos e técnicas de qualidade, sem qualquer experiência anterior.
O maior número de compras de produtos para abastecer os seus franqueados, permitirá um maior desconto por unidade. Ou seja, menor custo operacional.	Terá atualizações e treinamentos de seus funcionários por profissional experiente.
Não terá responsabilidades trabalhistas, tributárias ou cíveis, relacionadas à operação de seus franqueados.	Contará com o prestígio da marca para obtenção de financiamentos e empréstimos mediante juros menores.
Diminuirá os seus custos diante do maior rateio de gastos entre os participantes, como, por exemplo, de publicidade.	

Fonte: Simão Filho (1997)

[26] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 62-65.

Por outro lado, as desvantagens normalmente atribuíveis ao *franchising* são as seguintes:[27]

Tabela 2 – Desvantagens Contrato de Franquia

Franqueador	Franqueado
Possível indisciplina do franqueado que gere um impacto no modelo do negócio e na qualidade dos produtos, consequentemente, impactos à marca.	Menor autonomia empresarial do franqueado, uma vez que estará obrigado a seguir o modelo de negócios e limites impostos pelo franqueador.
Incompetência e incapacidade do franqueado ao gerir os negócios, devendo ocorrer maiores intervenções do franqueador para auxiliá-lo.	Possível ingerência e controle externo do franqueador sobre todos os aspectos operacionais da unidade, como sistema, contabilidade e operações financeiras.
Menor rentabilidade de uma unidade em comparação com outras, devido à adoção de métodos próprios do franqueado, ocasionando danos à marca.	Possíveis limitações de fornecedores, produtos e clientela, que deverão se adequar às delimitações do franqueador.
	Ausência de amparo em caso de declaração de concordata ou falência, com cláusulas específicas resolutivas.

Fonte: Simão Filho (1997)

Como é demonstrado pelo número crescente de empresas que adotam este modelo de negócio, as vantagens do instituto normalmente se sobressaem em relação às suas desvantagens, embora o sucesso não seja garantido. Questão inclusive inserida nos diversos modelos de adesão das Franqueadoras, para resguardar as Franqueadoras pelo insucesso da franqueada na administração de sua unidade.

Há, inclusive, diversas críticas à clausula resolutiva em caso de concordata e falência da franqueada, tendo em vista se tratar de um modelo de negócio em que a ingerência direta de uma empresa nas operações de outra, o que poderá afetar o seu sucesso comercial.

Andrew J. Sherman em seus estudos sobre o instituto, elencou em suas pesquisas 40 motivos mais frequentes do insucesso do *franchising* internacional. De

[27] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, ´p. 65-66.

acordo com José Cretella Neto, os sete mais relevantes que merecem menção específica no presente trabalho são:[28]

1. Insuficiência de informações divulgadas sobre o sistema;
2. Lançamento prematuro em mercados internacionais;
3. Negligência quanto ao registro de marcas e sistemas de *franchising,* segundo as leis do país;
4. Falta de controle contábeis adequados;
5. Inadequação dos programas de treinamentos;
6. Falta de pesquisas de mercado;
7. Inexperiência de advogados e contadores.

Apesar da possibilidade de insucesso, José Cretella Neto elenca diversos motivos para o sucesso de uma rede de franquias, quais sejam:[29]

1. Franqueadora sólida capaz de criar produtos e/ou serviços de qualidade;
2. Adoção pela Franqueadora das mais diversas técnicas de marketing de toda a rede de franquia;
3. Divulgação rápida e extensa do produto e da marca, de forma a demonstrar a qualidade e homogeneidade do produto;
4. Sistema que desperte o interesse de empreendedores que estejam dispostos a investir capital próprio no modelo de negócio apresentado pela Franqueadora;
5. O numero de unidades franqueadas que fecham, após cinco anos de funcionamento, é significantemente inferior ao de empresas do mesmo segmento de mercado não pertencentes a um sistema de *franchising;*
6. O modelo de negócio da franquia proporciona a diversos profissionais uma receita complementar à renda familiar ou até mesmo de subsistência, que é normalmente impulsionado por momentos de crise econômica e aumento do desemprego no país.

Dessa forma, embora esse modelo de negócio possa, é claro, ter insucesso, entende-se que o fato de existir um modelo pronto, marca consolidada e diretrizes mínimas operacionais seja financeiras, treinamentos de funcionários ou sistema, o

---

[28] Conforme: SHERMAN, Andrew J. *Franchising* & licensing. New York: American Management Association, 1991, p. 10-11. citado por CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 38.

[29] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 38.

sucesso de certa forma está mais delineado do que a abertura de uma empresa própria, apesar de exigir a contraprestação de *royalties* ao franqueador.[30]

2.5 A interpretação do contrato e a atuação do judiciário

De se notar, que a atipicidade dos contratos está em número cada vez maior, de forma a conceder uma perigosa liberdade às partes contratantes, que muitas vezes extrapolam o direito do outro em suas negociações.

Nesse sentido, inclusive, o Código Civil cuidou de regularizar os contratos atípicos, que possuem uma maior álea de negociação e autonomia das partes, que serão amplamente válidos quando *"não contravierem a lei, os bons costumes, a ordem pública e os princípios gerais de direito*"[31]

Da mesma forma, o judiciário passou a cada vez mais atuar como a balança dos contratos e "controlar os excessos contratuais que desfiguram os interesses normais dos contratantes e fazem das convenções verdadeiros instrumentos de escravização do homem".[32]

Como explica detalhadamente Anoldo Wald:

> A atual tendência do direito para uma maior interferência nos contratos visa a ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendendo, todavia, reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que os contratantes têm em criar novos tipos de contratos.[33]

Vale transcrever, ainda, as lições de Álvaro Villaça:

> [...] nessa liberdade, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte economicamente reduzirá, na avença, a área

---

[30] Nesse mesmo sentido, discorre Fábio Ulhoa Coelho: "O elemento indispensável à configuração do contrato é prestação de serviços de organização empresarial, ou por outra, o acesso a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado".
Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 439-441.

[31] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 83-84.

[32] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 84.

[33] WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos:** curso de direito civil brasileiro, v. 20. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 222.

> de atuação do direito do mais fraco, que resta sem proteção jurídica no momento em que o contrato surge.[34]

A questão que se cria é a forma de interpretação do contrato, que deve ser analisado, nos termos dos artigos 112, 113 e 114 do Código Civil, de forma que a verdadeira intenção das partes se sobrepõe a qualquer cláusula escrita:

> Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.
> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
> § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
> I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
> II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
> III - corresponder à boa-fé;
> IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
> V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
> § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Ademais, em todos os contratos do ordenamento jurídico brasileiro, os Contratantes também deverão resguardar na negociação, celebração, execução e resolução de Contratos, os princípios da boa-fé, probidade, lealdade, confiança e função social do contrato, conforme prevê o art. 422 do Código Civil.[35, 36]

Como bem explicado por Ruy Rosado Aguiar Júnior:[37]

> A boa-fé se constitui fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e, por isso, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder

---

[34] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 152.
[35] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
[36] Conforme: RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A relação de franquia no mundo empresarial e as tendências da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Almedina, 2015. (Minha Biblioteca).
[37] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 238.

> limitador da autonomia contratual. O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente do tráfego jurídico.

Por fim, para a interpretação de qualquer contrato também deve-se considerar, como bem colocado por Judith Martins Costa, "os fatores concretos do caso, tais como status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo".[38]

Pois bem, a interpretação dos contratos de franquia não deve ser diferente. Isso porque, por se tratar de um contrato misto (típico com elementos atípicos), empresarial e de adesão, com uma disparidade de conhecimento e poder negocial amplo entre o franqueado e o franqueador, o judiciário poderá atuar de forma a evitar violações à lei, os bons costumes, a ordem pública e os princípios gerais de direito.

É de se notar que, por ser majoritariamente de adesão, com uma discrepância no poder negocial das partes, poderá haver maior intervenção judicial na interpretação deste tipo de contrato.

Nesse sentido, Orlando Gomes[39] postula pela intervenção do judiciário nas hipóteses de violações aos preceitos gerais do direito em Contratos de Adesão e entende que a interpretação deve ser realizada mais favorável ao aderente:

> A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou. [Trata-se, em outras palavras, da interpretação mais favorável ao aderente]. Cabe, no entanto, uma distinção à raiz de ponderações feitas por Dereux entre duas espécies de cláusulas: "As cláusulas essenciais, que são comumente datilografadas ou manuscritas, e as cláusulas acessórias, geralmente impressas." As primeiras estipulam-se particularizadamente e comportam, às vezes, certa margem de liberdade no seu ajuste e até alguma variação. As outras são inalteráveis e uniformes, razão por que a parte aderente, geralmente, conhece mal o seu teor e alcance. Acontece

---

[38] COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.
[39] GOMES, Orlando. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120. VitalBook file.

> que freqüentemente as cláusulas acessórias alteram profundamente a essência do contrato, tirando, muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas. Cabe ao juiz impedir que seus efeitos se produzam, não permitindo que desvirtuem o espírito das cláusulas essenciais ou que tenham eficácia se não foram conhecidas suficientemente pela parte aderente. Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão. Outra regra a observar é que, se houver incompatibilidade entre cláusulas impressas e cláusulas acrescentadas ao formulário, prevalecem estas.

No mais, o Contrato de Franquia é um contrato relacional, similar ao de distribuição e representação, por ser de tratos sucessivos, de longa duração e exigir certa colaboração entre o franqueado e o franqueador.

Assim sendo, segundo Orlando Gomes "O princípio da boa-fé deve ser mais fortemente considerado nos contratos relacionais, tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, intensa lealdade entre as partes".[40]

Apesar de todos esses aspectos, na interpretação do contrato de franquia é de extrema importância o magistrado considerar a intenção e o fim econômico perseguido pelos contratantes, além da diminuição de riscos empresariais de ambas as partes por optarem por este tipo de sistema. Até porque, trata-se de um contrato bilateral necessariamente empresarial.

A análise do ativismo judiciário em oposição à autonomia das partes e o *pacta sunt servanda* é analisada profundamente pelo Prof. Rodrigo Fernandes Rebouças: [41]

> O excessivo ativismo judicial, muitas vezes deixando de observar o equilíbrio entre a base objetiva e subjetiva do negócio jurídico, resulta em uma insegurança e uma instabilidade no sistema jurídico contratual, trazendo sérias consequências econômicas às partes integrantes da relação contratual e possivelmente à nação.
> Tais situações podem ser facilmente constatadas na elevação de preços de determinado serviço (v.g. plano de saúde particular) em decorrência da intervenção judicial que determina a inclusão de outros serviços não integrantes do objeto inicial do contrato e do risco originalmente assumido por cada parte. Como exemplo do que está sendo aqui apontado, é a redução do número de beneficiários de planos de saúde ao longo dos anos de 2014 a junho de 2016, com a exclusão de aproximadamente dois milhões de pessoas do sistema de saúde privada no Brasil.
> A intervenção judicial em um determinado contrato sem a devida análise econômica e análise das consequências, se verificadas em todo o sistema, representa um desequilíbrio econômico do contrato e das bases objetiva e subjetiva de determinado negócio jurídico de eventual redução de lucros

---

[40] GOMES, Orlando. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 81. VitalBook file.
[41] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 27. (Minha Biblioteca).

> e/ou de eventuais prejuízos repassados aos demais contratantes já existentes, ou ainda, aos novos contratantes; em última análise, haverá um repasse do acréscimo dos custos à toda sociedade.

Ou seja, a atuação do judiciário na interpretação dos contratos, também conhecido como "dirigismo contratual", deverá observar certos requisitos que determinam o grau de autonomia privada das partes. Não pode haver excessiva interferência estatal nos termos contratuais, até porque o próprio contrato possui força vinculante e faz lei entre as partes.

Tal limitação do dirigismo contratual é importante porque impacta diretamente o mercado econômico de um certo sistema de contratos, que precisa do mínimo de segurança jurídica para o seu funcionamento e expansão. Na hipótese de haver desmedida intervenção do judiciário nos contratos, com alteração de suas bases objetivas, poderá ocasionar elevação de custo da operação e possivelmente aumento dos custos de transação e riscos econômico-financeiros.

Nesse sentido, insta salientar o estudo de José Cretella Neto, que conclui que "o efeito da legislação é negativo sobre a atividade de *franchising,* provocando a substituição de unidades franqueadas por unidades próprias. Em outras palavras, o efeito da legislação é o aumento de custos e a promoção de ineficiência do setor".[42]

Dessa forma, o contrato não poderá perder o seu contorno que lhe faz único e deve sempre observar a situação concreta, as situações negociais e o fim econômico pretendido pelas partes, para evitar o aumento de custos de transação e burocratização do sistema.

Apesar de todo o exposto, o próprio Prof. Rodrigo Fernandes Rebouças explica que em caso de menor gradação da autonomia privada, quando a interpretação for de contratos de consumo, adesão ou firmados à distância, por exemplo, poderá ocorrer maior dirigismo contratual. No entanto, na hipótese de *"um contrato paritário entre presentes, haverá uma maior gradação da autonomia privada com menos (ou nenhuma) intervenção jurisdicional*".[43]

No mesmo sentido, Paulo Greco Bandeira ressalta a necessidade de análise de situações de vulnerabilidade e disparidade de informações:[44]

---

[42] CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 122.
[43] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 118-119. (Minha Biblioteca).
[44] BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

> Ao propósito, sublinhe-se que a autonomia privada encontrará maior capacidade de ex-pansão no âmbito das situações patrimoniais, em que se verifique simetria de informações, tendo por fundamento o valor social da livre iniciativa (arts. 1o, IV; 170, caput, C.R.), a prevalecer a alocação de riscos estabelecida no contrato, que deverá ser privilegiada pelo intérprete. Em contrapartida, a autonomia privada sofrerá maior controle de atuação nas situações jurídicas existenciais ou nas situações patrimoniais em que uma das partes contratantes se apresente como parte vulnerável, nas quais prevalece a dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, C.R.) como fundamento do ato de autonomia, determinando maior intervenção do legislador e do magistrado na defesa de valores fundamentais, de modo a mitigar a atuação dos particulares na distribuição de riscos.

Diante de todas essas análises e de forma a criar uma avaliação para os limites da atuação estatal em cada caso concreto, o Prof. Rebouças criou uma "*escala dinâmica de gradação quanto aos critérios de aplicação da autonomia privada*". Em tal escala, a autonomia privada mínima é valorada como 1, a autonomia privada média como 2 e a autonomia privada máxima como 3. Os principais elementos do contrato avaliados são: hipossuficiência, vulnerabilidade, por adesão e paritários.[45]

Após a análise de cada elemento específico dentro das bases objetivas, o intérprete poderá concluir pelo nível de autonomia privada, que se adequará aos seguintes totais:[46]

Tabela 3 – Gradação Autonomia Privada

Autonomia privada mínima	4 a 7
Autonomia privada média	7 a 10
Autonomia privada máxima	10 a 12

Fonte: Rebouças (2017)

Dessa forma, se aplicarmos a técnica da tese do Prof. Rebouças aos contratos de franquia, de forma geral, sem análise de situações específicas que podem alterar a avaliação, far-se-ia da seguinte forma:

---

[45] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 188. (Minha Biblioteca).
[46] Conforme: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 191. (Minha Biblioteca).

Tabela 4 – Autonomia Privada dos Contratos de Franquia

Hipossuficiência	Vulnerabilidade	Por adesão	Paritários	Total
1	2	1	1	5

Fonte: Rebouças (2017)

Isso porque, mesmo se considerarmos que é uma relação empresarial, o franqueado é hipossuficiente em relação ao franqueador e possui relativa vulnerabilidade, diante da clara assimetria de informações entre as partes. Além disso, o contrato de franquia é normalmente de adesão e não permite maiores negociações de suas cláusulas, com total inobservância da proporcionalidade e equilíbrio das prestações.

Por todo o exposto, o magistrado deverá interpretar os contratos de franquia de forma a considerar o nível de autonomia privada mínima, diante da clara disparidade entre franqueado e franqueador, apesar de se tratar de um contrato empresarial. Não obstante, deverá manter a intenção e o fim econômico do contrato e evitar a exacerbação do dirigismo contratual.[47]

2.6 A extinção do contrato de franquia

Os contratos normalmente se extinguem quando (i) há imperfeição na sua elaboração que acarreta a sua nulidade (imperfeição absoluta) ou anulabilidade (imperfeição relativa); (ii) foi normalmente executado pelas partes com o cumprimento de todas as obrigações (contrato cumprido); (iii) ocorre a inexecução culposa e a consequente rescisão unilateral (uma parte descumpre) ou bilateral

[47] "É dever do intérprete do negócio jurídico observar as reais circunstâncias negociais que foram consideradas pelas partes na dinâmica do processo obrigacional, especialmente pela aplicação conjunta dos institutos jurídicos, socioeconômicos e da própria AED, sob pena de, se assim não for considerado, resultar em uma potencial quebra da base objetiva do negócio jurídico, ou ainda, em gerar um verdadeiro desequilíbrio no vínculo contratual por não terem sido considerados os preceitos econômico-financeiros que foram relevantes para a formação de um determinado contrato. Ao realizar a interpretação contratual com foco nos institutos jurídicos e na AED, é possível reconhecer uma maior ou menor gradação na aplicação da autonomia privada e da respectiva força vinculante do contrato, de forma que nos vínculos contratuais formados por uma real análise dos riscos inerentes ao negócio e o custo de transação envolvido, haverá a tendência de uma maior gradação da autonomia privada. Já nos contratos padronizados (contratação de massa e por adesão), onde as partes não realizaram uma real análise de riscos e custos de transação, haverá a tendência de uma menor gradação da autonomia privada." REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 179-180. (Minha Biblioteca).

(ambas as partes descumpriram); (iv) ocorre a inexecução culposa voluntária e a consequente resilição unilateral (exercício de direito) ou bilateral (distrato)[48]; (v) ocorre a inexecução não culposa com a consequente resolução do contrato por motivos alheios à vontade dos contratantes (caso fortuito ou força maior).[49]

Há ainda a possibilidade de extinção por cláusula resolutiva, seja ela expressa no bojo do contrato ou tácita em caso de interpelação judicial (art. 474, CC),[50] hipótese na qual há o inadimplemento por uma das partes de alguma obrigação descrita no contrato. A parte lesada poderá resolver o contrato e pedir perdas e danos ou, ainda, manter o contrato em vigência, solicitando apenas reparação dos danos ocasionados pelo descumprimento (art. 475, CC).[51]

Por fim, os contratos poderão ser extintos diante da notória "exceção do contrato não cumprido" (*exceptio não adimplenti contractus*), na qual nenhuma das partes pode exigir a prestação do outro sem que antes tenha cumprido a sua obrigação anterior, prevista nos artigos 476 e 477 do Código Civil[52]. E, a onerosidade excessiva prevista nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil[53], na qual a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa diante de eventos extraordinários e imprevisíveis.

---

[48] Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.
Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.
Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.
[49] Conforme: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99,101.
[50] Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.
[51] Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.
[52] Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.
Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.
[53] Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.
Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Somente será possível a extinção por onerosidade excessiva em contratos de execução continuada ou diferida, tendo em vista que deve ocorrer um evento imprevisível durante a sua execução que ocasione um desequilíbrio entre a prestação das partes que não havia na data da celebração do contrato. No caso de onerosidade excessiva, aliás, poderá a parte apenas solicitar a modificação equitativa e razoável das condições do contrato e prezar pela sua manutenção.[54]

Como era de se esperar, o contrato de franquia poderá ser extinto na ocorrência de quaisquer das hipóteses legais acima descritas, seja por imperfeição, cumprimento, inexecução (culposa involuntária, culposa voluntária ou não culposa), cláusula resolutiva, exceção do contrato não cumprido e onerosidade excessiva.

Os destaques para a extinção do contrato de franquia, inerentes a este sistema, são (i) conduta do franqueado compromete a imagem da marca, produto ou serviço; (ii) ruptura da cláusula de exclusividade; (iii) inexistência de know-how e modelo de negócio prometido pela franqueadora; (iv) ruptura da cláusula de confidencialidade e dever de sigilo; (v) descumprimento dos deveres de assistência técnica; (vi) falta de pagamento das prestações, *royalties* e marketing; (vii) violação de cláusula de não-concorrência; (viii) ocultação de lucros sobre comercialização dos produtos ou serviços, entre outros; (ix) concordata e falência da franqueadora; (x) uso indevido da propriedade intelectual da franqueadora; (xi) desrespeito ao cronograma de implantação da rede; e (xii) violação de cláusulas contratuais.[55]

A duração do contrato de franquia é normalmente longa, tratando-se de contrato de execução continuada, mas normalmente limitada no tempo, contendo cláusula que prevê a prorrogação ou renovação automática, a não ser que expressamente informado o desinteresse de prorrogação contratual.

Como o contrato de franquia envolve certa parceria comercial entre franqueadora e franqueada, com maior ênfase no dever de cooperação, lealdade e boa-fé, o entendimento doutrinário preza pela via conciliatória para a manutenção do contrato, especialmente em vista do grande aporte financeiro realizado pela

---

[54] Conforme: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 4.

[55] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 78-79.

franqueada para o negócio, possivelmente com cláusulas de solução não judicial de conflitos.[56]

Ocorre que, muitas vezes pode haver assimetria econômica e vulnerabilidade do franqueado perante o franqueador, uma vez que assumiu todos os riscos do negócio, realizou os aportes financeiros e dispensou todo o seu tempo como empresário autônomo.

A resilição unilateral por inadimplemento contratual, portanto, pode implicar em muita perda de investimento do franqueado, inviabilizar toda atividade econômica do sistema e o franqueado não irá mais auferir ganhos próprios e poderá ter sua imagem entre as empresas do nicho prejudicada, tudo porque depende da manutenção do empreendimento e vigência contratual.

Nesse sentido, a recomendação normalmente é pela criação de uma associação ou conselho de franqueados, como forma de coibir abusos e fortalecer a parceria entre as partes. Muitas associações têm o poder de manter um padrão moral e ético dentro do sistema.[57]

No mais, também deverá ser analisado se é cabível o pagamento de indenização ao franqueado e quanto seria esta indenização, seja pela perda de sua clientela, dos investimentos empregados na operação, produtos e estabelecimento comercial.

Na opinião de Adalberto Simão Filho, não deverá haver a indenização pelo desenvolvimento de clientela, na hipótese de já existir previamente uma clientela da marca desenvolvida pelo franqueador. Ele argumenta que apenas haveria a indenização pela clientela quando a marca não era tão forte na região e criou-se uma clientela própria da unidade, independentemente da marca:[58]

> A marca franqueada não seja nem tão forte, nem de conhecimento dos consumidores onde está instalada a unidade franqueada; tais consumidores simplesmente adquirem os produtos ou serviços nos locais pelas facilidades, novidade, ou em função do trabalho gerencial desenvolvido pelo próprio franqueado em contato direto com o público; nesse caso, acredita-se que a clientela a este pertença, podendo ser indenizado pela perda em caso de rescisão antecipada.

---

[56] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 118.
[57] Conforme: SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 127.
[58] SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 80.

É provável que o judiciário seja acionado no término do contrato de forma a compensar parte da perda de investimento do franqueado ou mesmo para declarar a nulidade de cláusula relativa ao rompimento do contrato, caso seja excessivamente abusiva.

Por outro lado, as perdas do franqueador em caso de resilição do contrato se resumem ao atraso no plano de expansão da marca e eventual dano ocasionado diretamente pela violação da cláusula contratual, como, eventual conduta do franqueado que comprometa a imagem da marca e deverá ser indenizada.

Diante das possíveis perdas dos dois lados, é comum neste sistema ocorrer a repactuação das cláusulas contratuais, em uma clara tentativa de sua manutenção, bem como realização de novos treinamentos para melhorar a performance da unidade.[59]

Há, ainda, a possibilidade de o franqueador assumir a unidade por conta própria, considerando a clientela e o ponto comercial já estabelecidos ou mesmo ceder o ponto a um novo franqueado interessado que deverá pagar uma nova taxa de franquia.

Em síntese, na prática, haverá a necessidade de prever em caso de extinção do contrato de franquia: (i) o que ocorrerá com o estoque de produtos (recompra pela franqueador ou venda dos produtos restantes; (ii) a possibilidade de utilização ou não da marca após rompimento; (iii) a quem pertence a clientela; e (iv) indenização em caso de ruptura (seja previsão expressa em cláusula contratual ou abusos.[60]

No caso de indenização, é importante notar que os tribunais normalmente estabelecem por ruptura brusca sem justo motivo uma indenização de forma a ressarcir o franqueado por todos os investimentos realizados e, em alguns casos, indenização pelos lucros cessantes.

Em relação ao fundo de comércio, também é do entendimento da doutrina que há certo investimento intelectual e de tempo do franqueado, que se submeteu a treinamentos e aprendeu todo o conceito de uma marca, empregou investimento na

---

[59] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 120.
[60] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

preparação do local, mão de obra, entre outros investimentos. Este fundo de comércio, comporia o valor agregado da operação específica daquela unidade e que pertenceria exclusivamente ao franqueado, sendo necessariamente devida a indenização em caso de resilição unilateral.

Sendo assim, na hipótese de extinção abrupta do contrato, o judiciário poderá atuar de forma a garantir a indenização justa e necessária ao franqueado que perdeu seu fundo de comércio, investimento financeiro, investimento em material humano e clientela da região. De se notar, que muitas vezes, essa extinção contratual poderá inclusive inviabilizar a atividade econômica do franqueado.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O Estado poderá exercer as suas funções clássicas legislativa, judicial e executiva, assim como outras atividades administrativas por meio da Administração Pública, de forma a garantir a execução da lei e produção de atos complementares.

O art. 2º da Constituição Federal prevê que "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*" e ao definir as atribuições de cada um confere funções básicas, bem como a possibilidade intervenções entre os poderes para garantir o sistema de freios e contrapesos.[61]

De forma simplificada, as funções estatais clássicas são exercidas pelos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – na qual a função legislativa compreende a elaboração de leis, a função judicial a aplicação das leis ao caso concreto e a função executiva envolve as atividades de administração pública e decisão política.

O sistema de freios e contrapesos e a divisão funcional dos três poderes adveio das revoluções sociais ocorridas no século XVIII, com a ideia de limitar o exercício do poder do Estado e impedir que o poder absolutista remanescesse na mão de somente uma pessoa ou órgão. A obra mais conhecida que trata da divisão dos poderes e a necessidade de sua divisão é *O espírito das leis* de Montesquieu.[62]

As atividades estatais podem ser divididas em: (i) fomento; (ii) polícia administrativa; (iii) intervenção no domínio econômico; e (iv) serviço público.[63] A atividade de fomento é aquela de auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriações. A atividade polícia é a imposição de restrições aos direitos e liberdades do indivíduo, no "*uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*".[64]

---

[61] Conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 76. (Minha Biblioteca).
[62] Conforme: MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat, Baron de La Brède et de. **O espírito das leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Lôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, cap. VI, Livro XI.
[63] Conforme: POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949. Disponível em: Http://www.cepc.es/es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.
[64] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 115.

A intervenção do Estado no domínio econômico poderá ser jurídica (regulação e fiscalização) ou material (atuação direta), previstas nos artigos 174 e 173 da Constituição Federal, respectivamente:

> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

3.1 Características e conceito de serviços públicos

Por sua vez, o serviço público é um tipo de atividade administrativa estatal, que poderá ser realizada pela própria administração pública ou delegada para terceiros, sempre respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como bem explicado por Hely Lopes Meirelles, em sentido amplo o serviço público é: “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.[65]

---

[65] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 319.

O conceito de serviço público também possui previsão no artigo 2º, II, da Lei nº. 13.460/17, que define como serviço público a “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

Tal conceito diferencia-se do conceito amplo apresentado por Hely Lopes Meirelles, pois não inclui as atividades judiciais e legislativas em sua definição.[66] Este entendimento mais restrito, é inclusive adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello:[67]

> serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Maria S. Di Pietro argumenta que a definição no sentido amplo permite a distinção do serviço público das outras atividades administrativas, como polícia, fomento e intervenção, diante disso ela define o serviço público como: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.[68]

Em contrapartida, segundo Alexandre de Aragão o conceito mais restrito é mais operacional, de forma que inclui os serviços públicos econômicos e sociais, que possuem “*um mínimo satisfatório de pontos em comum”.* Em sua visão, o melhor conceito de serviço público seria:[69]

> serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

---

[66] Conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 132. (Minha Biblioteca).
[67] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 679.
[68] Conforme: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 136. (Minha Biblioteca).
[69] ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos Serviços Públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 151. VitalBook file.

De qualquer forma, é importante avaliarmos que os serviços públicos são aquelas atividades de responsabilidade do Estado, que podem ser exercidas diretamente ou delegadas a terceiros, de forma a atender as necessidades coletivas essenciais descritas na nossa Constituição Federal ou legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o art. 21 da Constituição Federal enumera as atividades que deverão ser exercidas pela União, estas, que o legislador acredita serem necessidades essenciais da coletividade e bem comum. No presente trabalho, serão analisadas as atividades dos incisos XI e XII do referido artigo, quais sejam:

> 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 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;

Como é facilmente constatado pela análise dos termos do referido artigo, os serviços de telecomunicação e de radiodifusão sonora, e de sons e imagens são serviços públicos de competência da União, que poderão ser explorados diretamente ou delegados para terceiros mediante autorização, concessão ou permissão.

Deste modo, a prestação de serviço público poderá ser centralizada, também conhecida como a Administração Direta, na qual o ente federativo cumula a posição de titular e prestador do serviço ou de forma descentralizada, na qual a entidade da Administração Indireta outorga ou delega a execução ao particular.

Na prestação de serviço público descentralizada, caso haja a transferência da execução para pessoa jurídica pública (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista), haverá também a transferência da titularidade do serviço. No entanto, se a transferência da execução

for para pessoa jurídica privada haverá apenas a transferência da execução do serviço.[70]

Esta transferência da execução do serviço público poderá ocorrer pela promulgação de lei, por contrato ou por ato administrativo. Quando for realizada por lei com possível criação de novo ente da Administração Indireta, será conhecida como outorga. E, quando a transferência ocorrer por contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) será chamada de delegação.[71]

3.2 A delegação dos serviços públicos: a concessão, permissão e autorização

No século XX, os serviços públicos eram normalmente prestados diretamente pela Administração Pública, mas não atendiam a todas as necessidades dos usuários e da sociedade.

Assim sendo, no século XXI, de forma a atender a sociedade de forma mais satisfatória e diminuir o tamanho do Estado, foram reintroduzidas as ideias de delegação da execução dos serviços públicos aos particulares, mediante os institutos da concessão, permissão e autorização.[72]

Esta transferência da atividade pelo Estado, diante da retração da atividade estatal e proposta de desestatização, é permitida expressamente pelo art. 175 da Constituição Federal[73] e corroborada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995[74] e da Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995.[75]

Além das legislações supracitadas, merece destaque no presente trabalho o art. 223, *caput,* da Constituição Federal: “Compete ao Poder Executivo outorgar e

---

[70] Conforme: ALMEIDA, Fabricio de. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 423. VitalBook file.
[71] Conforme: ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos Serviços Públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 532. VitalBook file.
[72] Conforme: MARQUES, Fábio Ferraz. **A prestação privada de serviços públicos no Brasil.** 2009.143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 10.
[73] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
[74] “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.”
[75] “Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.”

renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal."

Dessa forma, o Estado deverá determinar a melhor forma de gestão do serviço público, seja diretamente pelos órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta ou indiretamente por meio dos "*contratos de concessão e permissão de serviços públicos, concessão patrocinada e concessão administrativa (parcerias público-privadas) ou por meio de contratos de gestão com organizações sociais."*[76]

De qualquer forma, o objetivo deve sempre ser atender o bem comum da sociedade e poderá optar pelas seguintes formas de gestão, como resumido por Maria Zanella Di Pietro:[77]

> a) por meio de empresas estatais: necessidade de lei (art. 37, XIX, da CF);
> b) por meio de delegação a entidade privada, com cobrança de tarifa, de serviços comerciais e industriais, concessão comum, concessão patrocinada ou franquia; forma inadequada para: atividades exclusivas do Estado (porque são indelegáveis), serviços sociais (porque prestados gratuitamente), e serviços uti universo, não usufruíveis diretamente pelo cidadão;
> c) por meio de delegação a entidade privada, sem cobrança de tarifa: concessão administrativa;
> d) para os serviços sociais: contratos de gestão e concessão administrativa. Verifique as citações para exatidão antes de usar.

Em relação à delegação dos serviços públicos pelo Estado, ela poderá ocorrer de três formas: concessão, permissão e autorização.

3.2.1 A concessão de serviço público

As concessões de serviço público são espécies de contratos administrativos de adesão,[78] *intuito personae,* com prazo certo, precário, oneroso, de delegação

---

[76] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 148. (Minha Biblioteca).
[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 148. (Minha Biblioteca).
[78] "todo contrato administrativo já é, de certa forma, de adesão, pois a quase totalidade das suas cláusulas não são negociadas com o particular, mas sim prefixadas na minuta contratual anexa ao edital de licitação." ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos Serviços Públicos,** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.686. VitalBook file.p. 686.

para uma empresa particular ou consórcio de empresas a exploração de certo serviço público. A empresa é remunerada mediante a imposição de tarifas, que serão pagas pelos usuários que utilizam tal serviço público.[79]

Nas palavras de Fabrício de Almeida:[80]

> Pode-se definir concessão de serviço público como contrato administrativo em que ocorrerá a delegação de sua prestação, feita pelo Poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (inciso II do art. 2o da Lei n. 8.987/95). De fato, poder concedente é aquele que possui a titularidade do serviço público delegado, e pode ser traduzido na União Federal, no Distrito Federal, num Estado-membro ou num Município. E concessionário é o particular que presta o serviço público mediante contrato de concessão.

Ocorre, portanto, uma relação simbiótica entre empresa particular e o Estado, na qual o Estado presta serviços públicos mais satisfatórios à sociedade, cumprindo com o seu dever constitucional, enquanto a empresa terá direito ao proveito econômico desta exploração de atividade econômica.

Tal relação é descrita por Celso Antonio Bandeira de Melo:

> Para o concessionário, a prestação do serviço é o meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia à concessionária é o meio por cuja via busca a sua finalidade, que é a boa prestação do serviço público.[81]

Nesse sentido, a remuneração dos serviços públicos exercidos por particulares é de extrema importância, até porque, diverso do poder público, a empresa privada almeja o lucro e não investiria ou se interessaria pela atividade gratuita, sem qualquer contraprestação.

É importante destacar, porém, que embora haja a busca do lucro pela concessionária, os serviços públicos "*não perdem a sua natureza pública: à iniciativa privada é delegado o seu mero exercício, permanecendo o serviço sob a titularidade estatal exclusiva",* uma vez que é assegurada pela Constituição e a Lei Federal nº. 8.987/1995 diversas prerrogativas ao Estado, "*tais como a de alterar as condições*

---

[79] Conforme: FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41.
[80] ALMEIDA, Fabricio de. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 423. VitalBook file.
[81] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 696.

de sua prestação, encampá-lo, intervir e controlas as tarifas cobradas pela concessionária".[82]

O pagamento de uma remuneração ao particular é essencial para que as empresas privadas possuam o interesse em exercer o serviço público. Isso porque, além de visarem o lucro, terão que aportar investimentos financeiros e material humano especializado de forma a prestar um serviço público de qualidade.

Verifica-se, portanto, outro motivo para o Estado delegar o serviço público ao particular. Além de ser uma forma de diminuição do Estado e tentativa de melhoramento do serviço público para atender o bem comum, o Estado opta pelo instituto quando constata a insuficiência de material humano especializado e a insuficiência de recursos financeiros para atender o crescente número de prestações públicas.

Diante disto, como bem descrito por Fábio Ferraz o Estado se livra dos "riscos próprios e inerentes à atividade econômica".[83] Portanto, a remuneração do particular, mediante tarifas pagas pelos usuários ou mesmo receitas alternativas, nada mais é do que a compensação pelos vultuosos investimentos e risco da atividade assumida pela empresa privada.

Além disso, embora seja usual a remuneração da concessionária por meio de tarifas pagas pelos usuários, é possível que seja fixado à concessionária outras receitas alternativas, de forma a remunerar a prestação de serviço público.[84] Conforme dispõe o art. 11 da Lei 8.987/95:

> Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.
> Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

[82] ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos serviços públicos,** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 543-544. VitalBook file.
[83] MARQUES, Fábio Ferraz. **A prestação privada de serviços públicos no Brasil.** 2009.143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 39.
[84] FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43.

Destaca-se, ainda, que neste instituto a relação entre concessionário e concedente é pessoal, por prazo determinado e precário. Isso porque, o poder público concede a exploração do serviço público a uma pessoa determinada escolhida em procedimento licitatório, após comprovadas as condições necessárias que atenderão ao interesse público. Ou seja, "*[a] subconcessão ou a transferência da concessão não serão permitidas, salvo se cumpridos preceitos legais fixados nos arts. 26 e 27 da Lei 8.987/95*".[85]

Em relação ao prazo, não existe concessão por prazo incerto ou indefinido, pois se assemelharia ao instituto da permissão. Trata-se de relação precária, porque a Administração Pública poderá rescindir o contrato quando entender que a manutenção do contrato não atende mais ao interesse público.

Por fim, os contratos de concessão devem possuir cláusula de equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que o concessionário poderá sofrer prejuízos por motivos imprevisíveis e que não pode controlar, conhecidamente chamados de caso fortuito ou força maior. Tal cláusula permitirá ao concessionário manter-se em pé de igualdade com os outros empresários da área.

No entanto, haja vista a assunção pelo concessionário do risco da atividade, o evento deverá ser realmente imprevisível, não relacionado ao risco da atividade, não poderá ser imputável ao concessionário e deverá ser comprovado que não foi possível antever o seu acontecimento na época do edital. Segundo Fábio Ferraz Marques: [86]

> Os fatos imprevisíveis são aqueles que não poderiam ser antevistos ou previstos no momento inicial da elaboração do edital ou da celebração do contrato; trata-se de fatos que não tenham relação com o comportamento das partes e que influenciem substancial e diretamente o contrato de concessão de forma a ensejar a aplicação da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro.

Além dos fatos imprevisíveis, a doutrina entende que os contratos também poderão ser revisados em caso de alteração unilateral das cláusulas pela Administração Pública e pelo denominado "fato do príncipe", conforme previsto no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95.

---

[85] FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.
[86] MARQUES, Fábio Ferraz. **A prestação privada de serviços públicos no Brasil.** 2009.143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 70.

Em todo caso, a onerosidade excessiva e a frustração da legítima expectativa do concessionário, deverão ser comprovadas pela concessionária para conseguir uma revisão das cláusulas contratuais.

No final, a concessão será extinta nas seguintes situações: (i) prazo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação; (vi) falência ou extinção da empresa concessionária; ou (vii) falecimento ou incapacidade do titular.

3.2.2 A permissão

A permissão é definida nos artigos, 21, XI e XII, e 175 da Constituição Federal e na Lei 8.987/95, como contrato administrativo de delegação de serviço público, "*a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo Poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*".[87]

Tendo em vista a limitação de previsão específica aos artigos 2º, IV e 40 da Lei 8.987/95, aplica-se subsidiariamente à concessão os dispositivos da concessão. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a melhor forma de distinguir a concessão da permissão é a possibilidade de revogação unilateral e instituição de prazo contratual:[88]

> Para fins de distinção entre concessão e permissão é preciso considerar dois sentidos do vocábulo precariedade: (a) de um lado, significa ato que o o ato é revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração Pública. (b) de outro lado, significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer momento pela Administração sem direito a indenização.

Ou seja, na hipótese de ser inserido prazo contratual na permissão essa será, na realidade, uma concessão, uma vez que desapareceria qualquer diferença entre estes institutos. Como visto no capítulo acima, na concessão há necessariamente a fixação de um prazo contratual.

---

[87] ALMEIDA, Fabricio de. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 430. VitalBook file.
[88] DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 169. VitalBook file.

Alexandre de Aragão foi além e pormenorizou as peculiaridades da permissão em comparação à concessão como:[89]

> (a) o permissionário pode ser pessoa física; (b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado; (c) não demandam necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei no 8.666/1993;8 (d) são qualificadas como contratos de adesão; (e) são precárias e revogáveis unilateralmente; (f) não há previsão de permissões de obras públicas.

Dessa forma, diante dessa possibilidade de revogação a qualquer tempo da permissão, sem necessidade de indenização do particular, bem como menor formalidade e complexidade, entende-se que a permissão será utilizada em serviços que envolvem investimentos de baixo vulto, por curto período de duração e com bens não reversíveis.

3.2.3 A autorização de serviço público

A autorização é definida pelos artigos 21, XI e XII da e 175 da Constituição Federal. Na acepção jurídica de delegação de serviço público ela é “o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.”[90] A autorização é ato precário e a rigor é outorgada sem prazo certo, podendo ser revogada a qualquer tempo sem direito de indenização.

Diferentemente dos outros institutos, a autorização de serviço público pode ser delegada sem a necessidade de licitação, mas é limitada a serviços específicos expressamente admitidos pela Constituição Federal ou por leis específicas, como, por exemplo, serviços de telecomunicações (art. 21, XI, da CF e Lei n. 9.472/97), serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (arts. 21, XII, a, e 223, ambos da CF) e serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, b, da CF e Leis n. 9.074/95 e 9.427/96).

---

[89] ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos Serviços Públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 685. VitalBook file.
[90] DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 173. VitalBook file.

Os três institutos de delegação, portanto, devem ser avaliados em termos de gradação segundo a participação e controle do Poder Público nos bens e serviços. Conforme leciona Maria Zanella Di Pietro:[91]

> Com efeito, ao afirmar que a permissão se constitui como se fora autorização, o jurista está apontando uma característica comum aos dois institutos: ambos são outorgados por ato administrativo unilateral, discricionário e precário. E, ao afirmar que a permissão é exercida como se fora concessão, está apontando também uma característica comum a ambas que não existe na autorização: a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário e ao permissionário (ver item 5.3.1.2).
> Isto ocorre porque a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que, na concessão e permissão, constitui serviço público no duplo aspecto de titularidade do Estado e de prestação ao público (no interesse geral), quando se trata de autorização perde essa segunda característica porque, embora continue de titularidade da União (como decorre do art. 21, XI e XII, da Constituição), não é prestada ao público, no interesse geral, mas no interesse restrito do próprio beneficiário da autorização. Não se pode incluir as atividades previstas nesse dispositivo da Constituição entre as atividades privadas, abertas à livre-iniciativa, exatamente pelo fato de serem constitucionalmente atribuídas à titularidade da União.

Por fim, diferentemente dos outros dois institutos, na autorização não são delegados as prerrogativas públicas, tendo em vista o interesse exclusivo do titular. É um ato precário e normalmente outorgada sem prazo. O Poder Público pode revogá-la a qualquer momento, sem direito à indenização da empresa autorizada.

Na hipótese de ser fixado um prazo, o beneficiário da autorização terá um direito subjetivo oponível à Administração, em caso de revogação extemporânea, consistente em perdas e danos.[92]

Sendo assim, como foi bem resumido por Fabricio de Almeida, os institutos da concessão, permissão e autorização poderão classificados da seguinte forma:[93]

---

[91] DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 174. VitalBook file.
[92] Conforme: DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 174. VitalBook file.
[93] Conforme: ALMEIDA, Fabricio de. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 431. VitalBook file.

Tabela 5 - Institutos de Delegação do Serviço Público

	Concessão	**Permissão**	**Autorização**
Natureza	Contrato	Contrato (precário)	Ato administrativo
Licitação	Obrigatória na modalidade concorrência	Obrigatória	Não há obrigatoriedade (pode ocorrer)
Particular	Pessoa jurídica ou consórcio de empresas.	Pessoa jurídica ou pessoa física	Pessoa jurídica ou pessoa física.
Objeto	Serviço público em geral.	Serviço público em geral.	Alguns serviços públicos.

Fonte: Almeida (2019)

3.3 A autorização e a lei geral e telecomunicação

No Brasil, todos os serviços públicos de telecomunicação, radiodifusão sonora de sons e imagens, rádio e televisão são de titularidade da União, mas prestados indiretamente por empresas privadas.

Conforme previsto nos arts. 21, XI e XII e 22, IV, da Constituição Federal, a competência privativa para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão é da União e ela poderá explorar direta ou indiretamente esse serviço público. Diante disso, foi criado o Ministério das Comunicações e a Anatel que auxiliam na legislação, fiscalização e regulação do setor de telecomunicação.

A Anatel foi criada pela Lei 9.472/97 e é o órgão regulador competente pela fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofreqüências, como descreve o art. 1º e 8º da referida lei:

> Art. 1° Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.
> Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofreqüências.

> Art. 8° Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

De acordo com Floriano Marques Neto[94], a competência da Anatel seria:

> [...] adotar as medidas necessárias para atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras e, bem assim, implementar a política nacional de telecomunicações, expedir normas, atos de outorga, celebrar e gerenciar contratos, fiscalizar a prestação de serviços de telecomunicações em regime público ou privado, controlar, administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos, acompanhar e proceder à revisão tarifária e compor administrativamente os conflitos de interesses entre prestadores de serviços de telecomunicações (art. 19 da LGT)

Além de criar a legislação pertinente ao setor e a Anatel, a Lei 9.472/97 inverteu o sentido atribuído pelo art. 21, XI da Constituição Federal, uma vez que tratou o serviço de telecomunicação como se fosse de regime privado em seu art. 226: "*a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica*".

Com essa alteração gritante e inconstitucional, o serviço de telecomunicação se submeteu aos princípios dos artigos 170 e 173 da Constituição Federal, especialmente no que tange à livre-iniciativa e as exceções de exploração direta de atividade econômica pelo Estado. Como leciona Maria Zanella Di Pietro:[95]

> É evidente que a sistemática adotada na lei, nessa parte, afronta o art. 21, XI, da Constituição, que não permite essa distinção entre os dois tipos de serviço de telecomunicações. O que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão), mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra fundamento na Constituição.
> Dessa distinção e da necessidade de dar uma aparência de constitucionalidade à lei resultou a opção pelo instituto da autorização e não da licença. Quando a atividade é livre à iniciativa privada, seu exercício constitui direito subjetivo do particular que satisfaça a todos os requisitos legais; à Administração Pública cabe apenas verificar se os requisitos estão presentes e, em caso afirmativo, conferir a licença, como ato vinculado, e não a autorização, que deve ser reservada aos atos discricionários.

---

[94] MARQUES NETO, Floriano. **Coleção direito econômico:** telecomunicações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36. VitalBook file.
[95] DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 179. VitalBook file.

No mais, em um primeiro momento, a Lei Geral de Telecomunicação determinou três formas de delegação dos serviços de telecomunicações: a concessão (arts. 83 a 92), a permissão (arts. 118 a 125) e a autorização (arts. 131 a 144).

No entanto, a partir da publicação da Súmula 2/98 da Anatel, a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado passou a ocorrer tão somente por meio de autorizações, conforme determina o art. 131, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações determina que o instituto de delegação do serviço de telecomunicação pela União é a autorização:

> Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofreqüências necessárias.
>
> § 1° Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.Verifique as citações para exatidão antes de usar.

Tal previsão é confirmada pelo artigo 10 da Resolução n. 272, que determina que a exploração dos serviços de telecomunicação depende de autorização da Anatel e basta que o requerente cumpra com certos requisitos para a outorga. A autorização é tratada como uma mera licença de funcionamento pela legislação pátria, embora a doutrina do direito administrativo sempre faça a distinção entre licença e autorização.

De forma a obter a autorização de funcionamento no setor a empresa privada deverá cumprir com certos requisitos objetivos, conforme delineado por Floriano Marques Neto:[96]

> [...] disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem; e (ii) apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis (art. 132 da LGT). São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa: (i) estar constituída segundo as leis brasi-leiras, com sede e administração no país; (ii) não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência; (iii) dispor de

[96] MARQUES NETO, Floriano. **Coleção direito econômico:** telecomunicações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64. VitalBook file.

> qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social; e (iv) não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço (art. 133 da LGT).

A Lei 9.472/97 ou Lei Geral de Telecomunicação foi um marco importante para o setor, visto que estabeleceu as formas de atuação dos agentes no mercado de telecomunicações, como a exigência de prévia autorização para a prestação de serviços de telecomunicações, a obrigação de universalização e continuidade de prestação de serviço (art. 63, parágrafo único), a estipulação de critérios para a outorga de licenças e transferência destas, a limitação de número de prestadoras e a assimetria regulatória, exigência de licitação (art. 68), regulação sobre tarifas.[97]

O serviço de telecomunicação é ainda organizado por serviço, sendo que cada um possui a sua própria regulamentação, conforme determinado pela Resolução n. 73/98 (Regulamento dos Serviços de Telecomunicação). Ou seja, são sujeitas as regulamentações gerais (LGT, Plano Geral de Outorgas - PGO, Regulamento de Serviços de Telecomunicações, Regulamento de Fiscalizações, Regulamento de Sanções, dentre outros), aos regramentos específicos (Regulamentos de Termos de Autorização ou Contratos de Concessão próprios de cada serviço de telecomunicações) e a uma licença específica.[98]

A autorização dos serviços de telecomunicação somente poderá ser revogada “por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação”, conforme dispõe o art. 138 da Lei Geral de Telecomunicação.

Diferentemente do instituto tradicional da autorização, ainda, a autorização de telecomunicação não possui a característica de precariedade. Isso porque, o art. 141 da Lei Geral de Telecomunicação é claro ao fixar que, na hipótese de extinção da autorização por razões de interesse público, a autorizatária terá direito a continuar explorando o serviço por prazo mínimo de cinco anos. E, na hipótese de paralisação imediata, a autorizatária terá direito à indenização.

---

[97] Conforme: MARQUES NETO, Floriano. **Coleção direito econômico:** telecomunicações. São Paulo: Saraiva, 2011. VitalBook file.
[98] Conforme: MARQUES NETO, Floriano. **Coleção direito econômico:** telecomunicações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47. VitalBook file.

3.4 As redes de telecomunicação: a radiodifusão e os serviços de televisão

Como bem definido no art. 4º do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, os serviços de telecomunicação são aqueles *de: "transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético".*

Por conseguinte, as redes de telecomunicação poderão ser classificadas em: (i) radiodifusão, compreendidas a televisão digital e radiodifusão pública e a (ii) televisão por assinatura, compreendidas a televisão a cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais – MMDS e O Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite - DTH.

Em relação aos serviços de radiodifusão, eles se submetem em grande parte ao Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT e às normas do Ministério da Comunicação. Há certa restrição na atuação da Anatel nessa rede de telecomunicação.

De qualquer forma, a sua previsão legislativa de atuação encontra-se nos artigos 223, *caput*, 49, XIII, e 223, §1º, da Constituição Federal, bem como no art. 211, parágrafo único da LGT e Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT).

Conforme previsto no art. 6º, alínea "d", e 32 do CBT, o serviço de radiodifusão pode ser definido como: "destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;".

Por sua vez, o art. 32 do CBT determina o funcionamento dos serviços de radio difusão compreendidos como televisão aberta: "*Os serviços de radiodifusão, nos quais se compreendem os de televisão, serão executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão."*

Dentre outras conquistas do setor, houve a transição do sistema analógico para o digital da televisão aberta a partir de 2013, após a promulgação do decreto 5.820/2006, bem como a criação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC (Lei 11.652/2008).

No que tange à televisão por assinatura, a resolução 411/2005 determinou em seu art. 1º, que os serviços de televisão a Cabo, MMDS, DTH e Televisão por

assinatura, seriam denominados “serviços de televisão por assinatura” e consolidou o Plano Geral de Metas de Qualidade – PGMQ.

Posteriormente, ainda, este tipo de serviço foi ainda mais desenvolvido a partir da resolução 488/2007 que fixou o Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, Resolução n. 190/99 fixou o Regulamento para Uso de Redes de Serviços de Comunicação de Massa por Assinatura para Provimento de Serviços de Valor Adicionado e a Resolução 551/2020 da Anatel, que permitiu o aumento de outorgas de TV a cabo para aumentar a concorrência.

Por fim, o MMDS e o DTH foram regulamentados, respectivamente, pelo Decreto 2.196/1997, complementado pela Norma n. 002/94-VER/97 e o Decreto n. 2.196/97, complementado pela Norma 008/97.

4 OS CONTRATOS DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO: AS EMISSORAS E SUAS AFILIADAS

Com efeito, as empresas privadas que possuem o interesse em exercer o serviço público de telecomunicação precisam primeiramente obter a autorização específica da Anatel, que outorgará a licença de comercialização e uso dos serviços, implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofreqüências.

Como visto no capítulo anterior, as empresas privadas que exercem os serviços de telecomunicação terão maior espaço de atuação do que outros serviços públicos, considerando a atribuição de regime privado atribuída pelo art. 131, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações.

Sem embargo, estão sujeitas a maior regulamentação e fiscalização da Anatel e regulamentos específicos, tais como: LGT, Plano Geral de Outorgas - PGO, Regulamento de Serviços de Telecomunicações, Regulamento de Fiscalizações, Regulamento de Sanções, dentre outros, Regulamentos de Termos de Autorização ou Contratos de Concessão próprios de cada serviço de telecomunicações.

Após a obtenção da licença para funcionamento, as empresas poderão buscar formas de otimizar a sua atividade econômica e maximizar os seus lucros. A opção mais comum buscada por estas empresas é a celebração de “Contratos de Parceria” ou “Contratos de Afiliadas” com outras empresas que possuem uma marca estabelecida e know-how estabelecido, mas que estão restritas a uma área de atuação pela sua própria autorização do Poder Público.

Diante disso, de um lado existe a empresa privada com autorização de atuação em certa área, com marca reconhecida e modelo de negócio estabelecido (“Emissora”) e de outro lado, há uma empresa privada com autorização de funcionamento em área diversa, sem muita atuação no mercado e em busca de maximizar os seus lucros (“Afiliada”).

Sendo assim, a Emissora que possui interesse em aumentar a sua atuação geográfica e concretizar melhor a sua marca no território nacional, atingindo um maior número de usuários deste serviço público, celebra o Contrato de Afiliadas com essa empresa menor, concedendo a ela o know-how necessário de atuação e licença da utilização da sua marca.

É de se notar que muitas vezes a Emissora inclusive promove diversos treinamentos e exige o atendimento de padrões de qualidade específicos da atuação das Afiliadas, além de auxiliar nas operações diárias e implementação de sistemas.

Como exemplo, cita-se a promulgação do decreto 5.820/2006, no qual exigiu a transição do sistema analógico para o digital da televisão aberta a partir de 2013. Nesse decreto, as Emissoras exigiram de suas Afiliadas a efetivação dessa transição, com o aporte de todos os investimentos necessários em determinado tempo. Além de prestarem todo o suporte técnico e know-how para auxiliar em sua realização.

A maior parte do material de transmissão é formulado pela Emissora e a Afiliada apenas retransmite o material. No entanto, em horários específicos de programação, a Afiliada produz material da região em que atua, possibilitando um alcance melhor da marca e identificação regional.

O lucro obtido pela Afiliada e pela Emissora é por meio de venda de comercial em períodos de transmissão. No Contrato de Afiliadas, normalmente é inserida uma fórmula da remuneração de cada uma. A Emissora recebe uma porcentagem do valor de propagandas vendidas pelas Afiliadas e as Afiliadas recebem uma porcentagem do valor de propagandas vendidas pela Emissora, normalmente esse pagamento é chamado de “repasse”.

Outra característica importante deste tipo contratual, é a autonomia e independência das empresas. Embora a Afiliada se submeta à supervisão da Emissora e a regramentos específicos, com certa ingerência em seus negócios, a Afiliada tem responsabilidades próprias trabalhistas, cíveis, tributárias, entre outras que não afetam a Afiliada.

No final do dia, todos os investimentos nas unidades específicas, seja financeiro, material humano, clientela da região ou material regional, é realizado pela própria Afiliada sob a sua conta e risco.

Esse tipo contratual de características únicas, admissível dentro do nosso ordenamento jurídico, permite a expansão da atividade econômica de telecomunicação que não seria possível em caso de total ausência de colaboração entre Afiliada e Emissora.

4.1 A classificação do contrato das emissoras com as suas afiliadas

Os contratos celebrados entre as grandes Emissoras de telecomunicação, com marca, modelo de negócio e programação bem estabelecida no mercado (SBT, Globo, Record, JovemPan, CBN, entre outros), e as empresas menores regionais com autorização do poder público para a transmissão de radiodifusão sonora, sons e imagens, são normalmente nomeadas pelas partes como “Contratos de Parceria” ou “Contratos de Afiliadas” e tratados pelas partes empresárias como contratos atípicos.

Ocorre que, embora não haja na nossa legislação a tipificação deste “Contrato de Afiliadas” é possível notar semelhanças gritantes com o Contrato de Franquia, especialmente no que tange à divulgação da marca, modelo de negócio, qualidade de serviços, treinamentos, assessoria, limitação de poder de negociação da Afiliada, percentual de remuneração e limitação do material produzido pelas Afiliadas.

É importante notar que além do “Sentimento de parceria comercial”, que há nas duas figuras contratuais, autonomia empresarial e risco de investimento apenas da Afiliada, a Afiliada possui certa vulnerabilidade em relação à franqueadora, seja na negociação de renovação anual, inclusive da fórmula de remuneração, como limitação na atividade empresarial, que deve sempre ser regida e supervisionada pela Emissora.

Nesse sentido, o Contrato de Afiliadas não se limita apenas à utilização da marca e possui pouco ou quase nenhuma semelhança com contratos limitados à transferência de *know-how*.

Em contratos como “Contrato de transferência de *know-how*” ou “Contrato de licença” não há participação ativa no uso da marca ou nos negócios, não há necessariamente uma organização de marketing homogênea e não há participação em qualquer operação comercial ou supervisão próxima, diferentemente do Contrato de Afiliadas:[99, 100]

---

[99] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003.
[100] Conforme: MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: contratos e obrigações comerciais, v. 3, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, cap. XXXII. VitalBook file.

Tabela 6 - Comparação Contrato de licença e Transferência de *Know-how*

Contrato de Afiliadas	**Contrato de transferência de *know-how***	**Contrato de licença**
O objeto principal é o fornecimento de técnicas, *know how*, modelo de negócio, utilização da marca e reprodução de programação da Emissora para a Afiliada.	O objeto do contrato é somente a transferência do *know-how*.	O objeto do contrato é o próprio licenciamento.
Uso de marca obrigatório.	Uso do *know-how* é facultativo.	Uso da marca facultativo.
Orientações precisas da Emissora, de cumprimento obrigatório pelas Afiliadas, sobre o emprego da marca, técnicas e conceitos de comercialização.	Unidade da rede, elementos de presença eventual, mas não essenciais.	Inexistência de instruções sobre o emprego de marketing ou comercialização.
Pode existir previsão de ajuste do contrato, regras para manutenção de imagem institucional.	Não há instruções sobre marketing ou comercialização. Condições mercadológicas mais flexíveis.	Não há previsão de ajuste mercadológico ou regras para a manutenção de determinada imagem institucional.
A Emissora se envolve diretamente na operação.	O detentor de *know-how* não se obriga ao uso.	O detentor da marca não se envolve na operação.
Supervisão e controle no marketing e sistemas operacionais.	O detentor do *know-how* não supervisiona e controla a atividade da empresa, apenas em restrições específicas.	Organização da rede não relevante. Não há supervisão da atividade do licenciado, exceto restrições específicas de uso.
Controle detalhado sobre as atividades.	Abrangência contratual mais limitada.	O licenciador não exerce controle sobre a operação comercial do licenciado.

Fonte: Cretella Neto (2003) e Martins (2019)

Não há dúvidas, portanto, que independentemente de ser um contrato atípico com elementos próprios ou um contrato de franquia travestido com outro nome, o “Contrato de Afiliadas” é necessariamente um contrato de colaboração.

Isso porque, os contratos de colaboração são aqueles relacionados ao escoamento de mercadorias (sejam bens ou serviços), no qual contratante se obriga a criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto do outro contratante, mediante uma contraprestação.

Tais contratos poderão ser de aproximação ou de intermediação. Eles serão de intermediação quando o núcleo da operação é a mediação entre o vendedor e o

possível comprador em determinada área, como, por exemplo, agência/ representação comercial, agência/distribuição típico, mandato e comissão mercantil.

Por outro lado, o contrato será de intermediação quando o objetivo é a compra e posterior revenda da mercadoria em área determinada, como é o caso do contrato atípico de distribuição e concessão mercantil.

A melhor forma de entender as características dos Contratos de Afiliadas e a sua similaridade com outros contratos de colaboração é mediante a análise de suas principais características, veja-se: [101, 102, 103, 104, 105]

---

[101] Conforme: CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial**, v. 4, 2016. Capitulo I. Agência ou representação comercial, n.p. e Capítulo VIII. Propriedade Intelectual e Contratos Intelectuais, n.p.

[102] Conforme: CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do *Franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003.

[103] Conforme: THEODORO JR., Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 812, ano 92, jun. 2003.

[104] Conforme: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** contratos em espécie, v. 3. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[105] Conforme: DUFLOTH, Rodrigo. **Contratos de Distribuição:** questões controversas e tentativa de sistematização. **Revista dos Tribunais online**. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa,** v. 5, jul./set. 2017.

Tabela 7 - Comparação Contratos Colaborativos

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	Contrato de Franquia	Comissão Mercantil	Contrato de Representação	Contrato de Distribuição	Contrato de Concessão Mercantil
O objeto principal é o fornecimento de técnicas, *know how*, modelo de negócio, utilização da marca e reprodução de programação da Emissora para a Afiliada.	O objeto principal é o fornecimento de técnicas, *know how*, modelo de negócio e utilização da marca pelo franqueador ao franqueado.	O comissário adquire ou vende bens à conta do comitente, mas contrata em nome próprio, e não em nome da empresa a que presta colaboração (art. 693).	O objeto principal é a intermediação da venda do produto ou serviço, sem relação de emprego, de modo a criar,ampliar ou consolidar as relações comerciais do representado.	O objeto principal é a compra e venda continuada de produtos do distribuidor.	O objeto principal é a colocação do produto do fabricante para a venda.
Compreende serviços relacionados ao jornalismo e reprodução de som e imagens.	Compreende bens e serviços variados.	Compreende bens.	Não há representação comercial de serviços, apenas de bens.	Compreende bens e serviços.	Compreende principalmente venda de bens.
Autonomia e independência da Emissora e Afiliada.	Autonomia e independência da franqueadora e franqueada.	Autonomia e independência do comissionário.	Autonomia e independência da representante e representada.	Autonomia e independência das empresas.	Autonomia e independência das empresas.
Contrato de duração continuada.	Contrato de duração continuada.	Contrato de duração continuada.	Contrato de duração continuada.	Contrato de duração continuada.	Contrato de duração continuada.
Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.	Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.	Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.	Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.	Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.	Sujeição à supervisão de outra empresa, mas não controle rígido.

Continua...

Continuação ...

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	Contrato de Franquia	Comissão Mercantil	Contrato de Representação	Contrato de Distribuição	Contrato de Concessão Mercantil
A Afiliada também produz material próprio.	O franqueado pode ser também fabricante.	O comissionário atua em nome próprio por conta de terceiros, não produz produto próprio.	O representante atua em nome da marca e não fabrica material próprio.	Uma das partes deve ser necessariamente o fabricante do produto a ser distribuído.	O concessionário apenas revende, não fabrica.
Há o pagamento periódico de % sobre venda de comerciais em espaços de transmissão.	A remuneração é prevista na forma de uma taxa inicial de entrada ou de pagamentos periódicos, até o término da relação contratual.	O comissário recebe pagamentos pelas vendas.	O representante comercial recebe uma comissão sobre cada venda.	O distribuidor recebe a diferença do valor do produto e sua venda ao consumidor final, que ele mesmo poderá fixar.	O concessionário recebe a diferença do valor do produto e sua venda ao consumidor final, que ele mesmo poderá fixar.
Transmissão de modelo de negócio, know-how da Emissora.	Transmissão de método de produção e comercialização (licença de *know-how*).	Não há transmissão de *know-how*.	Não há transmissão de *know-how*. O representante poderá concretizar as vendas da forma que entender melhor. No entanto, não poderá desviar do sistema geral do fabricante para padronizar e controlar a qualidade da rede.	Não há transmissão de *know-how*. A atividade econômica é de exclusiva responsabilidade do distribuidor. No entanto, não poderá desviar do sistema geral do fabricante para padronizar e controlar a qualidade da rede.	Não existe cessão de licença para uso da marca ou transmissão de know-how. Relação limitada a compra e venda para revenda.

Continua...

Continuação...

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	Contrato de Franquia	Comissão Mercantil	Contrato de Representação	Contrato de Distribuição	Contrato de Concessão Mercantil
Outorga de uso de marca da Emissora.	Outorga de uso de marca do franqueador.	O comissário adquire ou vende bens à conta do comitente. Os produtos do comitente são postos à disposição do comissário, por meio de uma consignação, que o credencia a vendê-los aos consumidores em nome próprio.	O representante atua em nome da marca e não em nome próprio, inexistindo a necessidade de outorga de uso.	O distribuidor atua em nome da marca e não em nome próprio, inexistindo a necessidade de outorga de uso.	Não há outorga de uso de marca.
Grande ingerência da Emissora sobre os sistemas operacionais e comerciais da Afiliada.	Grande ingerência da Franqueadora sobre os sistemas operacionais e comerciais da franqueada.	Pouca ingerência nos negócios.	Não há ingerência sobre a forma que o representante comercial fará a venda.	O distribuidor possui independência econômica e autonomia jurídica, visando apenas a comercialização da produção, excluindo a imposição de preços e o domínio monopolístico e anticompetitivo do mercado.	Pouca ingerência da concedente nos sistemas operacionais e comerciais do concessionário.

Continua...

Continuação...

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	**Contrato de Franquia**	**Comissão Mercantil**	**Contrato de Representação**	**Contrato de Distribuição**	**Contrato de Concessão Mercantil**
Relação abrangente que envolve cessão de marca, emprego de *know-how* e treinamento específico.	Relação abrangente que envolve cessão de marca, emprego de *know-how* e treinamento específico.	Não há transferência de *know-how*, cessão de marca ou treinamento específico. Eventual transmissão de know-how é elemento acessório e informal.	Não há transferência de *know-how*, cessão de marca ou treinamento específico. Eventual transmissão de know-how é elemento acessório e informal.	Relação limitada à compra e venda para revenda. A transmissão de *know-how* é elemento acessório e informal.	Relação limitada à compra e venda para revenda. A transmissão de *know-how* é elemento acessório e informal.
Necessidade de Autorização do Poder Publico.	Desnecessidade de relação com o poder público. Embora não haja nenhum impedimento.	Desnecessidade de relação com o poder público. Embora não haja nenhum impedimento.	Desnecessidade de relação com o poder público. Embora não haja nenhum impedimento.	Desnecessidade de relação com o poder público. Embora não haja nenhum impedimento.	Desnecessidade de relação com o poder público. Embora não haja nenhum impedimento.
Conceitos rígidos e unitários de marketing e organização, incluindo detalhamento procedimental.	Conceitos rígidos e unitários de marketing e organização, incluindo detalhamento procedimental.	Pouca ingerência nos negócios, o produto é apenas colocado à disposição. No entanto, O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente.	Pouca interferência do representado sobre os negócios do representante. Embora o representante não possa desviar do sistema geral de padrão de qualidade.	Pouca interferência nos negócios do distribuidor. Embora o distribuidor não possa desviar do sistema geral de padrão de qualidade.	Não há conceitos rígidos e indicações de procedimento.

Continua...

Continuação...

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	Contrato de Franquia	Comissão Mercantil	Contrato de Representação	Contrato de Distribuição	Contrato de Concessão Mercantil
Homogeneidade da rede, imagem e identidade. Exclusividade com uma Emissora.	Homogeneidade da rede, imagem e identidade. Exclusividade com uma franquia.	O produto é apenas colocado à disposição para revenda. Não há necessariamente exclusividade de marca.	O representante poderá representar mais de uma empresa, caso não esteja expressamente delimitado a sua exclusividade.	O distribuidor poderá representar mais de uma empresa, caso não esteja expressamente delimitado a sua exclusividade.	Não há homogeneidade da rede, se imagem ou de identidade; cada concessionário pode realizar, por sua conta, e individualmente, promoções de venda descontos ou campanhas publicitárias. Não há necessariamente exclusividade de marca.
Assistência nas operações diárias, inclusive com treinamentos eventuais.	Assistência nas operações diárias, inclusive com treinamentos eventuais.	Poderá instruir o comitente, mas não haverá assistências diárias.	Pouca interferência do representado sobre os negócios do representante, não há treinamentos ou transferência de *know-how*, embora o representado possa oferecer cursos e auxilio para a maximização dos lucros e comissões, e a consequente diminuição de riscos.	Pouca interferência do fabricante sobre os negócios do distribuidor, não há treinamentos ou transferência de *know-how*, embora a fabricante possa oferecer cursos e auxilio para a maximização dos lucros.	A concedente não se envolve nas operações diárias.
Exclusividade Territorial.	Pode haver a exclusividade territorial, embora não seja elemento essencial.	Pode haver exclusividade territorial.	Pode haver exclusividade territorial ou de determinado produto, grupo de pessoas.	Deve ocorrer certa delimitação geográfica, exclusiva ou não.	A exclusividade territorial é elemento essencial.

Continua...

Continuação...

Contrato de Afiliadas Telecomunicação	Contrato de Franquia	Comissão Mercantil	Contrato de Representação	Contrato de Distribuição	Contrato de Concessão Mercantil
A remuneração é por meio de uma fórmula contratual em contrato de adesão, determinando a porcentagem sobre a venda de comerciais em horários de transmissão específicos.	O franqueador ajusta uma remuneração percentual em contrato.	O comissário receberá uma remuneração percentual pela venda.	O representante receberá o pagamento de comissão (percentual sobre a venda).	O distribuidor possui o proveito econômico da diferença entre o preço da aquisição e o preço da venda (revenda).	A remuneração é a cada unidade vendida ao concessionário. O fabricante projeto seu lucro no preço unitário do produto vendido ao distribuidor, e este projeta o seu no preço de revenda ao consumidor.
Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.	Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.	Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.	Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.	Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.	Normalmente contrato de adesão, com pouco a nenhum espaço de negociação.
A Afiliada assume o integral risco do negócio, aportando capital novo e obtendo a autorização de serviço público do Estado, essencial para a operação.	O franqueado assume integralmente o risco do negócio, aportando o capital, tempo e material humano.	O comissário não assume o risco do negócio e pouco investe.	O investimento do representante é apenas no *know-how* do mercado, estrutura e clientela. Não há investimento expressivo.	O distribuidor assume o risco dos produtos comprados para revenda.	O concessionário assume o risco dos produtos comprados para revenda.
Recebimento direto e indireto de pagamentos, conforme determinado na fórmula contratual.	O franqueado recebe os pagamentos diretamente dos clientes e remunera o franqueador de forma proporcional.	O pagamento é realizado diretamente pelo comprador ao fabricante.	Os pagamentos são realizados diretamente ao representado, que depois remunera o representante, mediante o pagamento de comissão (percentual sobre a venda)	O pagamento é recebido diretamente pelo distribuidor e o lucro corresponde à diferença entre o valor do produto e da revenda.	O pagamento é recebido diretamente pelo concessionário e o lucro corresponde à diferença entre o valor do produto e da revenda.

Fonte: Cretella Neto (2003), Theodoro Jr. (2003), Carvalhosa (2016), Venosa (2016), Dufloth (2017).

Sendo assim, como é facilmente constatado pela tabela acima, todos os contratos de colaboração possuem diversas similaridades. No entanto, o “Contrato de Afiliadas de Telecomunicação” possui quase todos as mesmas características de um Contrato de Franquia, merecendo destaque as diferenças de (i) necessária contratação com o poder público, nos termos delineados no **Capítulo 3**; (ii) limitação de tipo de serviço; e (iii) forma de recebimento de pagamentos.

Tais diferenças, no nosso entendimento, não são suficientes para afastar a aplicação da legislação dos Contratos de Franquia. Até porque, o conteúdo das cláusulas contratuais leva a crer se tratar de um contrato de franquia travestido como um contrato de parceria de partes equânimes. Possível estratégia comercial das próprias Emissoras para afastar a análise do contrato pelo judiciário como de “autonomia privada mínima”.

Não obstante, na hipótese do Contrato de Afiliadas de Telecomunicação ser tratado como um contrato atípico, ainda assim o judiciário poderá utilizar a legislação e aplicação análoga dos contratos de franquia e outros contratos colaborativos, da mesma forma que ocorre entre os próprios contratos colaborativos, quando há uma lacuna que dificulta a interpretação.

É claro que a interpretação não poderá ser realizada de forma a alterar completamente a intenção das partes e o risco de transação. Como em todos os outros contratos empresariais, o ativismo judicial deverá limitar-se aos abusos contratuais diante da vulnerabilidade da Afiliada perante à Emissora.

4.2 A importância de análise do conteúdo do contrato

Com efeito, como visto no capítulo anterior, os Contratos de Afiliadas são contratos que possuem cláusulas extremamente similares àquelas dos Contratos de Franquia. Diante disto, é possível que o judiciário o interprete como um Contrato de Franquia ou mesmo aplique por analogia as legislações existentes dos contratos colaborativos.

É importante mencionar, neste ínterim, o art. 170 do Código Civil[106] que autoriza a conversão do negócio jurídico em outro, para que sejam aproveitados os seus elementos prestantes, quando o negócio jurídico for nulo, princípio da conservação dos atos jurídicos).[107]

Como bem destacado por Pontes de Miranda em seu livro Tratado de Direito Privado:[108]

> Pela conversão, o conteúdo do negócio, passando a outra forma, produz os mesmos resultados que se queriam. Não se quis o novo negócio: o que se dá é que os resultados queridos são os mesmos. (...) Todo querer é querer de resultado e de maneira: se o resultado é lícito, nada obsta a que se procure a forma, em que se possam meter os resultados queridos. Varia-se de forma, converte-se. O escopo econômico é o mesmo; mas não se consegue pelo modo que o disponente quis, e sim por outro que ele talvez não tenha querido. A vontade é a mesma, o actus varia. (...) Conversão é transformação do negócio jurídico nulo em outro que possa valer. (...) É preciso que o declarante tenha querido, ainda tácita ou eventualmente, o que se substituiu.

No seu livro Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos, Álvaro Villaça Azevedo, expõe os resultados de um parecer, no qual analisou o contrato de uma confeitaria para revenda de doces. Em tal parecer, sustentou que o contrato era, na realidade, uma franquia comercial combinada com outros contratos atípicos, diante do teor das cláusulas que haviam sido pactuadas.[109]

Isso porque, havia cláusula de exclusividade, fixação de zona comercial e, ainda, continha os elementos essenciais do contrato de franquia descritos por Italo Giorgio Minfuzzi[110], quais sejam:

> (1) ‘existência de um contrato que regule em detalhe todos os aspectos do acordo de colaboração entre a empresa e o operador comercial’; (2) ‘autorização do operador, por parte da empresa, ao uso da marca e/ou da denominação ou razão social desta última’, (3) ‘transferência ao operador do conhecimento técnico de propriedade da empresa e do ‘know-how” comercial idealizado e experimentado pela mesma’; (4) ‘pagamento à empresa de uma cota da parte do varejista ou do investidor: tal cota

---

[106] Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.
[107] Julgado conversão substancial. REsp 1225861. Ministra Nancy Andrighi.
[108] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomos 3 e 4. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 325.
[109] Conforme: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 159-161.
[110] MINFUZZI, Italo Giorgio. Lezioni sui contratti commerciali. Rimini: Maggiolo, 1981.p. 167-168 citado por AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 160/161.

> representa um correspectivo pelo uso do nome, da marca e da imagem e pelo acesso imediato, oferecido a cada indivíduo, ao know-[h]ow comercial, à assistência, à instrução, à técnica e a todos aqueles serviços que são de propriedade da empresa'; (5) 'necessidade de um investimento inicial por parte do operador, para cobertura das despesas de construção, transformação, e equipamento do exercício da distribuição'; (6) 'interesse contínuo da empresa ao fornecer ao operador toda ajuda possível em todos os campos da gestão comercial; 'layout' do ponto-de-venda, aquisição, rotação do 'stock', 'display', promoção, 'merchandising', publicidade contabilidade, consulência fiscal, instrução do pessoal, atualização periódica' etc; (7) 'adestramento fornecido pelos técnicos da empresa ao operador logo ao início da atividade do ponto-de-venda'; (8) 'processo e disponibilidade, por parte do operador, da unidade de venda e dos requisitos jurídicos pelo exercício do comércio'.

No mesmo sentido, portanto, caso o magistrado se depare com cláusulas nulas ou anuláveis do Contrato das Afiliadas de Telecomunicação, poderá valer-se do principio da conservação dos atos jurídicos e manter a intenção das partes ao aplicar a legislação dos Contratos de Franquia.

4.3 A alocação de riscos e a autonomia privada mínima

Nos Contratos de Afiliadas de Telecomunicação não há dúvidas em relação à ausência do poder de negociação da Afiliada perante a Emissora. Os contratos normalmente são de adesão com pouco ou nenhum espaço para negociação, inclusive da fórmula de retribuição que sempre se altera com os anos e se torna cada vez menos benéfica ao afiliado.

Apesar disso, os afiliados não possuem muita opção senão aceitar as condições menos benéficas das revisões anuais, para não perder os consideráveis investimentos empregados na sua atividade, o seu fundo de comércio, clientela e todo o tempo empregado em treinamentos e adequação à marca.

A perda da marca da Emissora e modelo de negócio, poderia inclusive inviabilizar toda e qualquer atividade pelo afiliado empreendedor, que muitas vezes passou anos se adequando às regras e processos operacionais impostas pela Emissora.

Há sim, no entanto, uma diferença nestes contratos que aumentam o poder de negociação da Afiliada e possibilitam até uma brecha em relação à negociação da remuneração. Este é o fato de serem limitadas as empresas que possuem

autorização do poder público para o exercício do serviço público de telecomunicação e a necessidade de as grandes Emissoras atingirem todo o território nacional.

Da mesma forma que foi realizado com os Contratos de Franquia de forma geral, após a análise de cada elemento específico dentro das bases objetivas, podemos utilizar a avaliação elaborada pelo Prof. Rebouças de forma a determinar o nível de autonomia privada, que se adequará aos seguintes totais:[111]

Tabela 8 - Gradação da Autonomia Privada

Autonomia privada mínima	4 a 7
Autonomia privada média	7 a 10
Autonomia privada máxima	10 a 12

Fonte: Rebouças (2017)

Tendo em visa que no Contrato de Afiliadas de Telecomunicação, embora seja um contrato empresarial, a Afiliada é parte mais frágil perante a Emissora, o contrato é praticamente de adesão e há certa hipossuficiência econômica, sem análise de situações específicas que podem alterar a avaliação, os Contratos de Afiliadas de Telecomunicação seriam avaliadas da seguinte forma:

Tabela 9 - Autonomia Privada dos Contratos de Afiliadas

Hipossuficiência	Vulnerabilidade	Por adesão	Paritários	Total
2	2	1	1	6

Fonte: Rebouças (2017)

Dessa forma, os Contratos de Afiliadas de Telecomunicação devem ser considerados como contratos de autonomia privada mínima, da mesma forma que os Contratos de Franquia, sempre em mente que o dirigismo contratual não poderá ser excessivo, de modo que o judiciário apenas deverá ser acionado em caso de abusos e violações dos princípios contratuais.

---

[111] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017, p. 191. (Minha Biblioteca).

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, as atividades das empresas de telecomunicação, embora estejam sujeitas a maior regulamentação e fiscalização do poder público, por meio da Anatel, possuem diversas características do regime privado.

Após atender todos os requisitos para a outorga da autorização para funcionamento, as empresas privadas que exercem o serviço público de telecomunicação possuem amplo espaço de atuação e podem inclusive firmar contratos comerciais com as mais variadas empresas.

Isso possibilita a celebração do Contrato de Afiliadas, no qual a Emissora expande a sua marca e sua atividade econômica, atingindo regiões e usuários do Brasil que não conseguiria caso não celebrasse tal contrato e, por outro lado, a Afiliada utiliza-se da marca bem sedimentada e *know-how* da Emissora para otimizar a sua atividade econômica e produzir mais lucro.

O Contrato de Afiliadas é um contrato colaborativo com características praticamente idênticas ao Contrato de Franquia, uma vez que preza pela autonomia das partes, há certa supervisão e ingerência nos negócios pela Emissora, ambas partes criam material, ocorre a transmissão de *know-how*, ocorre a concessão de utilização de marca, entre outras características.

As características que realmente são diferentes nestes sistemas são (i) a remuneração de forma direta ou indireta; e (ii) a necessária autorização de funcionamento do serviço de telecomunicação concedida pelo poder público, nos termos delineados no **Capítulo 3**. Diferenças mínimas, especialmente se considerarmos que o contrato de franquia é um contrato misto, com cláusulas atípicas a depender do negócio específico.

Dessa forma, o Contrato de Afiliadas deverá ser tratado como um Contrato de Franquia e, em eventual intervenção do judiciário, o magistrado deverá considerar a disparidade na negociação e vulnerabilidade da Afiliada perante a Emissora, especialmente por se tratar um Contrato de Adesão com pouco a nenhum espaço de negociação.

O dirigismo contratual neste contrato, deverá ser apenas para conter os abusos e garantir à Afiliada parte de seus investimentos financeiros, material humano, clientela e fundo de comércio, de volta em caso de uma extinção contratual abrupta, que poderá inclusive inviabilizar a sua atividade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003, 326 p.

ALMEIDA, Fabricio de. **Manual de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 656 p. VitalBook file.

ARAGÃO, Alexandre de. **Direito dos serviços públicos,** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 826 p. VitalBook file.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING – ABF. **Atuação e objetivos.** Publicado em 10 maio 2013. Disponível em: https://www.abf.com.br/a-abf/atuacao-e-objetivos-da-abf/. Acesso em: 08 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING – ABF. **Números do *franchising.*** 2019. Disponível em: https://www.abf.com.br/numeros-do-*franchising*/. Acesso em: 08 jun. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 210 p.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

BUSANI, Mauro. I Contratti Nuovi. Milão: Giuffré, 1989, p. 400-401 citado por CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do *franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003, 241 p.

CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial**, v. 4, 2016. Capitulo I: Agência ou representação comercial, n.p. e Capítulo VIII: Propriedade Intelectual e Contratos Intelectuais, n.p.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei de Franquia. Revista da ABPI, p. 15. citado por FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 166 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 511 p.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 896 p.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do *franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003. 241 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1063 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 1102 p. (Minha Biblioteca).

DI PIETRO, Maria Zanella. **Parcerias administração pública.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 410 p. VitalBook file.

DUFLOTH, Rodrigo. **Contratos de distribuição:** questões controversas e tentativa de sistematização. **Revista dos Tribunais online**. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa,** v. 5, jul./set. 2017.

FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 166 p.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 495 p. VitalBook file.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais, v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 728 p.

MARQUES, Fábio Ferraz. **A prestação privada de serviços públicos no Brasil.** 2009.143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES NETO, Floriano. **Coleção direito econômico:** telecomunicações. São Paulo: Saraiva, 2011. 399 p. VitalBook file.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: contratos e obrigações comerciais, v. 3, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 425 p. VitalBook file.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. 1016 p.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. 182 p.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1179 p.

MINFUZZI, Italo Giorgio. Lezioni sui contratti commerciali. Rimini: Maggiolo, 1981.p. 167-168 citado por AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos:** curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 210 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Tomos 3 e 4. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. 670 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat, Baron de La Brède et de. **O espírito das leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Lôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, cap. VI, Livro XI.

NERYJÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY, Ana Luiza (coord.). **Manual de Direito Civil:** contratos. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 221 p.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949. Disponível em: Http://www.cepc.es/es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina, 2017. 222 p. (Minha Biblioteca).

RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A relação de franquia no mundo empresarial e as tendências da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Almedina, 2015. 207 p. (Minha Biblioteca).

ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial.** São Paulo: Ícone, 2012. 224 p.

SHERMAN, Andrew J. *Franchising* & licensing. New York: American Management Association, 1991, p. 10-11. citado por CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do *franchising*.** São Paulo: Atlas, 2003. 241 p.

SILVA, Bianca Maria da. **Monitoramento e incentivos em rede de franquias brasileiras.** 2015. 70 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015.

SIMÃO FILHO, Adalberto. ***Franchising*:** aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 157 p.

THEODORO JR., Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 812, ano 92, jun. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** contratos em espécie, v. 3. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 736 p.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos:** curso de direito civil brasileiro, v. 20. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 392 p.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 14 dez. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4117.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 16 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 7 jul. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074compilada.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 26 jun. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conversão Substancial. Recurso Especial n.º 1.225.861/RS. Eni Chaves Carvalho, Carmem Chaves Carvalho - Espólio e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 abr. 2014.

OBRAS CONSULTADAS

AGÊNCIA BRASIL. **Lei das telecomunicações faz 21 anos em meio a crescimento da internet.** 2018. Brasília. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-07/lei-das-telecomunicacoes-faz-21-anos-em-meio-crescimento-da-internet. Acesso em: 17 ago. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIO. Disponível em: https://abac.org.br/imprensa/imprensa-consorcio-na-midia&midia=tv&inicio=40 . Acesso em: 17. ago. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *FRANCHISING* – ABF. Disponível em: http://www.portaldo*franchising*.com.br/numeros-do *franchising*/evolucao-do-setor-de-*franchising*. Acesso em: 17 ago. 2019.

CORREIO BRAZILIENSE. **Nova Lei de telecomunicação pode ser aprovada nesta semana. Brasília.** 2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/11/18/internas_economia,720064/nova-lei-de-telecomunicacao-pode-ser-aprovada-nesta-semana-entenda.shtml. Acesso em: 17 ago. 2019.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos:** uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** contratos, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Anne Aparecida Porto da; VICENTE, Camila Marques; KHAUAJA, Daniela. *et al.* **Teoria e prática do *franchising*:** estratégia e organização de redes de franquias. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. **Consórcios de empresas:** aspectos jurídicos relevantes. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

SPINELLI JUNIOR, Stephen; ROSENBERG, Robert M.; BIRLEY, Sue. ***Franchising*:** pathway to wealth creation. New Jersey: FT Prentice Hall Financial Times, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos.** Coimbra: Almediana, 1995.

WALD, Arnoldo (org.). **Doutrinas essenciais:** direito empresarial: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos empresarias.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. (Categoria - Interface com Contratos de Consumo e Paritários - Revisão Judicial).