Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O EMPREGO DA FRANQUIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Profa. Cristiana Fortini

Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Diretora e Professora do Curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Diretora de Atividades relacionadas ao Direito Administrativo e Constitucional da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. Professora do Curso de Pós-graduação do CAD - Centro de Atualização em Direito e do JNC - José Nilo de Castro

Sumário: 1 Princípio da legalidade - 2 Princípio da legalidade e a eficiência na Administração Pública - 3 O emprego da franquia pela Administração Pública brasileira - 4 A franquia e a eficiência na Administração Pública

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Entre os princípios que conduzem a atividade administrativa, destaca-se o princípio da legalidade, segundo o qual, diversamente do que acontece na seara das relações privadas, a conduta do administrador público está vinculada à lei,[1] que exige ou faculta a realização de conduta comissiva ou omissiva.

Compreendido como garantia inafastável do Estado de Direito, por atingir também aquele a quem compete o exercício das potestades estatais, o princípio da legalidade é fundamental para a construção do direito administrativo.

Seu conteúdo normativo orienta a submissão de toda a coletividade, sem qualquer exceção, ao Direito. Parte do princípio de que as leis são fruto da

[1] Conforme restará dito, o princípio da legalidade não pressupõe apenas a observância das leis, mas do Direito.

mesma coletividade, cujos representantes assumem o mister de elaborar as regras que disciplinarão as relações jurídicas.

A reverência ao Direito consiste em pilar básico do Estado de Direito, espelhando garantia do administrado de se insurgir quando o agente responsável pela administração de interesses que não lhe são próprios comporta-se em desacordo o interesse público fixado no comando legal.

Está presente, por trás do princípio da legalidade, a noção de que todo o agir do administrador público é intrajurídico. Nada lhe é autorizado se não inserido no Direito. Mesmo quando se lhe oferece espaço para decisão, a opção não se valida ultrapassadas as muralhas do ordenamento jurídico.

Porém, o princípio de legalidade não comporta visão primitiva no sentido de que a atividade administrativa só há de ser levada a efeito se previamente o legislador a tiver disciplinado, apontando todos seus elementos, indicando milimetricamente como deve se portar o administrador público.

Legal é a conduta cujo fundamento é extraído do Direito. Quando se apura que certo ato, a despeito de não anteriormente fixado em texto legal, ajusta-se ao ordenamento jurídico visto como um todo, inviável deflagrá-lo como inválido.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio de eficiência penetra no princípio da legalidade de maneira não apenas a compreender que a lei é instrumento a favor da boa administração, mas também para informar ao intérprete de que não há pretender sufocar a atividade administrativa, imprimindo ao administrador público a missão de, para cada passo dado em direção ao interesse comum, promover prévia investigação sobre a existência de lei que, expressamente, lhe permita (quando não lhe impõe) determinado agir.

Não se trata de aniquilar a importância da lei, mas de valorizar o Direito.

É preciso enfrentar o fato de que o princípio da separação dos poderes, em seu sentido clássico, não se ajusta à realidade contemporânea.[2]

Não se trata apenas de argumentar que o imobilismo do Legislativo não pode impedir o bom prosseguimento da atividade administrativa. Mais importante

[2] Diz Dalmo de Abreu Dallari que "a evolução da sociedade criou novas exigências, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua atuação nas áreas tradicionais. Tudo isto impôs a necessidade de uma legislação mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições de fixar regrar gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigência sociais, muitas vezes graves e urgentes." (1995, p. 186)

é salientar que a necessidade de oferecer respostas aos anseios sociais exige leitura mais maleável do princípio da legalidade administrativa.

O que se pretende argumentar é que a ação do administrador público não pode estar condicionada à prévia menção na lei, de forma minuciosa, do modo como se dá a atuação administrativa.[3]

A servidão à lei, no sentido de compreender que toda e qualquer medida realizada pelo administrador deve estar detalhadamente prevista pelo legislador, não milita em favor do interesse público e serve apenas para reduzir o ordenamento jurídico a textos isolados de lei, atribuindo-lhes relevância extremada e de forma prejudicial à coletividade.

3. O EMPREGO DA FRANQUIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O uso da franquia pela Administração Pública se insere neste contexto de reavaliação de nossos institutos e conceitos.

Não há lei que expressamente autorize e discipline a utilização da franquia pela Administração Pública.

De todo modo, parece-nos seja possível reconhecer validade à celebração de contratos de franquia pela Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro argumenta que não há impedimento à adoção de franquia pela Administração Pública, mesmo porque ela já é uma realidade incontestável, da mesma forma que o é a terceirização, por meio da qual a Administração contrata uma empresa para desempenhar uma tarefa que seria sua, mediante contrato de prestação de serviços; é o caso da contratação de empresas estatais dos setores de águas e esgoto, telefone, energia elétrica, para a prestação de serviços de leitura de hidrômetro e medidores de consumo, assim como de distribuição das contas aos consumidores; é o caso da terceirização do serviço de limpeza nas repartições públicas, do serviço de vigilância etc. (2002, p. 154).

Admitir que a prática por vezes avança sobre o texto legal alerta para o descompasso entre a prática e a lei, informação que deve ser usada para implementar tentativas de estreitar os laços entre o mundo real e o mundo jurídico.

Todavia, em face de outros fatores, também entendemos que a ausência de lei que autorize o uso da franquia pela Administração Pública brasileira não

[3] José Afonso da Silva apresenta a distinção entre legalidade restrita e legalidade no sentido amplo. Quando se fala em legalidade restrita, exegese que a lei defina de maneira detalhada o provimento impositivo. É o que ocorre com o tipo penal. No caso da atividade administrativa, basta que a lei contenha o "núcleo da providência impositiva", cabendo aos atos administrativos disciplinar as regras que permitirão a aplicação do comando legal. (1992)

implica a inviabilidade de seu emprego. Pondera Juarez Freitas que uma consciente interpretação do Direito Administrativo jamais poderá ser isolada ou destituída da necessária conexão com a inteireza do sistema, na sua vocação teleológica para a abertura e para a unidade. Com efeito, toda a interpretação juspublicista, mesmo diante das questões mais singelas, há de ser sistemática, principiológica e hierarquizadora, ainda quando não se explicite claramente como tal, eis que todo e qualquer diploma legislativo regente das ditas relações de administração - a despeito de aparentemente claro ou eivado de VÍcios e falhas técnicas, voluntárias ou não, originárias ou supervenientes - precisa ser interpretado e, não raro, teleologicamente corrigido em estrita consonância com os altos princípios constitutivos do sistema jurídico em geral e do subsistema administrativista em particular. (1998, p. 167)

O pensamento positivista, adequado ao período do Estado Liberal, que se coadunava com a existência de sistema jurídico simples e negava importância aos princípios, choca-se com a realidade atual em que múltiplos são os objetivos estatais.

Por outro lado, inviável pensar que a mente humana é capaz de antecipar os acontecimentos e prever toda a sorte de comportamentos em um mundo que não se conforma em permanecer paralisado.

Cai como luva o pensamento de Menelick de Carvalho Netto:

A profunda revisão doutrinária que tem conduzido de modo crescente de par com as marcantes alterações ocorridas nas duas ou três últimas décadas em todos os âmbitos da vida humana - resultantes da nova estrutura societária pluralista e hipercomplexa das denominadas sociedades pós-industriais, da crítica aos excessos da razão iluminista acolhida pela modernidade no âmago do próprio conceito de ciência, do advento de novas tecnologias e saberes, da exigência de se rever a relação puramente predatória com a natureza, do advento dos direitos de 30 geração e do fracasso do modelo de Estado Social - à constituição desse novo paradigma, possibilita e exige a recunhagem do próprio estatuto da Ciência ou Teoria Geral do Direito, redefine e amplia suas fronteiras, seus conceitos básicos e seu próprio papel, as tarefas e a responsabilidade do profissional do Direito, sobretudo, do Judiciário em sua relação cotidiana com a efetivação dos ideais constitucionais como implementação, concretização e efetivação da Justiça e da cidadania. (1997, p. 27-30)

Os princípios assumem importância indiscutível porque permitem a modernização do pensamento jurídico e o não enrijecimento do sistema.[4]

A acolhida dos princípios torna possível aplicar as leis de forma justa e condizente com a realidade espacial e histórica.[5]

[4] 4 Canotilho sustenta que um modelo constituído apenas por regras levaria a um sistema jurídico de racionalidade prática limitada, porque demandaria disciplina legislativa exaustiva. (1998)

A relevância dos princípios decorre do Estado Democrático de Direito que exige sistema jurídico aberto, ajustado às mudanças vivenciadas na sociedade.

Não há, pois, como lhes retirar a força jurígena, sob pena de também se negar validade aos princípios plasmados no Texto Constitucional.

Se assim é, impõe reconhecer que, ao estabelecer, expressamente, a observância do princípio da eficiência, quis a Constituição da República que o administrador público pautasse seus atos valorizando a satisfação dos administrados, valendo-se de instrumentos capazes de viabilizar o interesse público.

4 A FRANQUIA E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A franquia é forma de modernizar a atuação da Administração Pública que se compatibiliza com a Constituição da República, ao refletir aplicação prática do princípio da eficiência. Sua utilização pode produzir resultados mais satisfatórios do que a celebração de contrato de concessão de serviços públicos, pacto do qual se aproxima.

Tanto na franquia quanto na concessão de serviços públicos, incidirá sobre terceiro o dever de executar a tarefa, assumindo os riscos do empreendimento, desonerando ainda a Administração Pública do emprego de recursos públicos em larga escala. À franqueadora, tal como ocorre com o Poder Concedente, competirá exercer o controle sobre os atos praticados pelo executor.

Porém, impõe-se destacar que a franquia concentra nas mãos da Administração Pública maior controle do que o existente quando da celebração de concessão de serviço público. À franqueadora se reconhece o poder-dever de delimitar toda a atuação da franqueada - treinando seus empregados, indicando a forma como deve ser preparado o ambiente da empresa, fornecendo-lhe o know-how necessário para que o usuário usufrua o serviço nos mesmos moldes em que seria oferecido pela detentora da marca.

Assim, o controle que será exercido sobre o terceiro será realizado de forma mais profunda, o que converge para o alcance do interesse público.

Ora, se a concessão de serviços públicos é respaldada pelo ordenamento jurídico, a franquia também será.

Em verdade, a franquia empregada pela Administração Pública deve ser compreendida como espécie de concessão, entendida como forma genérica de se transferir a particular atividade pública, e, conseqüentemente, poderes e deveres

---

[5] Konrad Hesse afirma que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode ser dissociada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência,criando regras que precisam ser consideradas. Para o autor, precisam ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, além do substrato espiritual que se consubstancia em determinado povo. (1991)

do concedente. Ao lado da concessão de serviço público, da concessão de serviço público precedida de obra pública, da concessão de uso de bem público, situa-se a franquia celebrada pela Administração Pública.

Neste sentido (como modelo de concessão), os contratos de franquia aproximam-se dos contratos que, após o advento da Emenda Constitucional na 9/95, podem ser celebrados com particulares para a realização das atividades estabelecidas no incisos I a IV do art. 177 da Constituição da República.

O que se prevê nos §§1° e 20 do art. 177 do texto constitucional são contratos de direito privado, destinados ao desenvolvimento de atividade econômica. Tais ajustes não se voltam à prestação de serviço público, já que esta atividade não é tratada naqueles dispositivos constitucionais.

Desta forma, quando a Lei na 9.478, de 06 de agosto de 1997, refere-se a contrato de concessão, indica suas cláusulas essenciais e delimita obrigações a serem cumpridas, não está a cogitar de contrato de concessão de serviço público.

Mesmo que alguma cláusula, inserida no contrato previsto na Lei na 9.478/97, possa colocar a Administração Pública em posição de vantagem frente ao particular,[6] não se vislumbra a presença de contrato de concessão de serviço público, levando-se em conta a natureza da atividade absorvida pelo particular.

Impõe-se salientar, porém, que a franquia, a despeito de apresentar pontos comuns ao contrato de concessão de serviços públicos, possui características próprias. Corno dito, ao franqueador caberá transferir as informações necessárias para o funcionamento padronizado da franqueada, oferecendo cursos, criando manuais e estabelecendo regras referentes ao aspecto físico em que se desenrolará a atividade. Em troca das informações, o franqueado pagará urna quantia ao franqueador.[7] É preciso observar, ainda, que a franquia pode ser usada pela Administração Pública para delegar serviços, mas não apenas para tanto. Seu emprego pode se dar em situações em que a atividade não descortina a prestação de serviços, quando há, em verdade, comércio de produtos.

O que se pode perceber é que a franquia mostra-se instrumento alternativo para a execução de algumas atividades públicas, fazendo com que o Poder Público possa, na mesma relação jurídica, obter dupla vantagem: desocupar-se da tarefa, sem que isso indique sua despreocupação com o interesse público, sobretudo porque lhe caberá controlar todos os aspectos da execução a cargo do particular, indicando todos os detalhes a serem observados, assim corno, com o referido contrato, abre-se para a Administração Pública a oportunidade de angariar recursos que serão destinados à consecução do bem-estar geral.

---

[6] 6 O art. 28 §1° da Lei n° 9.478/97 fala na reversão de bens que não implicará ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANp, nem conferirá ao concessionário qualquer direito de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis que passarão a pertencer à União, administrados pela ANP.

[7] Na concessão de serviços públicos não há, necessariamente, pagamento de valor ao Poder Concedente. A Lei n° 8.987 apenas estabelece que o Poder Concedente poderá se orientar, para a escolha da concessionária, pelo maior valor oferecido pelas licitantes pela outorga da concessão.

Seu emprego não se faz ilícito por ausência de previsão expressa em lei que delimite os contornos de sua utilização na esfera da Administração Pública.

Fato de a franquia encontrar sua essência no direito privado igualmente não pode traduzir óbice a seu emprego na seara da Administração Pública. Não se desconhece o fato de o interesse público exigir adaptações. Logo, a acomodação do contrato de franquia às especificidades da Administração Pública não representa novidade. Os esquemas privatísticos de que já se vale a Administração Pública sempre se sujeitam a arranjos para afiançar a prevalência do interesse público. A necessidade de concurso público para a admissão de empregados públicos, é exemplo de utilização de instituto do direito privado, devidamente adaptado ao interesse público.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FORTINI, Cristiana. O Princípio da Legalidade e o Emprego da Franquia pela Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível