

DENÚNCIA DE CONTRATO DE FRANQUIA POR TEMPO INDETERMINADO

Revista dos Tribunais | vol. 719/1995 | p. 83 - 96 | Set / 1995
Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 4 | p. 603 - 625 | Dez / 2010
DTR\1995\584

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Advogado

Área do Direito: Comercial/Empresarial

Sumário:

1. Exposição e consulta - 2. A não prorrogação de contrato a prazo determinado por manifestação de vontade unilateral - 3. Inexistência de pacto de preferência - 4. Apreciação dos contratos temporários de franquia à luz das conclusões dos capítulos precedentes

1. Exposição e consulta

1.1 A Franqueadora. Sociedade XXXX Ltda., subsidiária de empresa estrangeira celebrou, em 5.11.84, contrato de compra e venda com a Cia. Franqueada, para a alienação de 4 fábricas, localizadas em, contrato esse sujeito a uma série de condições suspensivas para sua eficácia. Dentre elas, inscrevia-se a assinatura de franquias dos produtos, cobrindo os territórios do Rio de Janeiro, que compreendia as cidades em que estavam sediadas as fábricas alienadas.

1.2 Essas franquias eram concedidas pelo prazo de 10 anos, podendo ser automaticamente renovadas por períodos adicionais de 5 anos, exceto se qualquer das partes notificasse a outra de sua intenção de não renovar. Dita notificação deveria ser formalizada com antecedência mínima de um ano, antes do término original ou de qualquer prazo adicional de 5 anos.

1.3 A seguir, a sociedade estrangeira controladora, juntamente com a Franqueadora, celebraram com a Cia. Franqueada, em 24.3.86, o Master II, em que as partes contratantes acordaram (cláusula 804) em promover a expansão conjunta por Belo Horizonte, Salvador, Recife e Natal. Em 1.11.86, novas franquias foram firmadas, cobrindo as zonas metropolitanas de Curitiba e São Paulo.

1.4 Na mesma data, firmaram-se contratos "temporários" para o interior dos Estados do Paraná e São Paulo, condicionados a futuras instalações de centros fabris, que, de resto, nunca se concretizaram (e que formam o Master III). Não obstante, findos os contratos temporários, a Franqueada continuou a produzir e comercializar nesses territórios os produtos, o que aliás faz até hoje, decorridos mais de 7 anos, sem oposição da Franqueadora.

1.5 Avizinhando-se os termos das franquias, e estando a Franqueadora avaliando o

interesse de dar ou não continuidade à parceria que mantém com a Franqueada, encaminhou-nos ela 3 blocos de quesitos, que passamos a reproduzir.

1.6 O primeiro deles tem a seguinte redação. O item 1, do contrato de franquia, estabelece que o prazo do contrato é de 10 anos, automaticamente prorrogável por prazos adicionais de 5 anos, cada um, exceto se qualquer das partes notificar a outra por escrito de sua intenção de não renovar o contrato, no mínimo um ano antes do término do prazo original de 10 anos, ou de qualquer prazo adicional de 5 anos. À vista disso, pergunta-se:

a) A convenção acima, que faculta a qualquer das partes o direito de não renovar o prazo do contrato, é válida? No exercício desta faculdade, pode a Franqueadora denunciar o referido contrato, independentemente da existência ou não de inadimplência contratual da Franqueada?

b) O prazo convencionado de um ano para notificar a outra parte da intenção de não renovar o contrato é considerado razoável?

c) O exercício do direito de não-renovação do contrato poderia ser considerado como ato ilícito, contratual ou extracontratual, a ensejar a outra parte direito de perdas e danos?

d) Hipoteticamente, seria admissível, por iniciativa do outro contratante, a intervenção do judiciário (inclusive através de liminar em ação cautelar) com o objetivo de prorrogar a vigência do contrato, forçando as consulentes a permanecerem obrigadas aos seus termos e condições e privando-as do direito de não renová-lo, como expressamente dispõe a sua cláusula primeira?

e) O fato de a Franqueada possuir outras franquias para diferentes territórios, com vigência até 1996, poderia servir de argumento legal para pleitear a manutenção das obrigações do contrato denunciado?

f) Poderiam a Franqueadora, ou sua controladora estrangeira, no curso da notificação, iniciar negociações com terceiros interessados na exploração dos territórios dos contratos denunciados, tendo em vista os dispositivos constantes da cláusula 8.4, do Master I?

1.7 A segunda série de quesitos tem como fulcro a cláusula 8.4 do contrato de compra e venda de ativo com cláusula suspensiva (Master I), que contém convenção sobre "tratamento preferencial" à Franqueada para explorar a atividade e distribuição dos produtos franqueados nos territórios novos, isto é, nunca antes explorados (territórios "brancos"), ou naqueles que venham a se tornar disponíveis, sendo que esta convenção foi estabelecida sem prazo determinado no contexto do Master I. À vista dessa cláusula, pergunta-se:

a) Não sendo as franquias renovadas com a Franqueada, seriam os territórios abrangidos pelos mesmos considerados "brancos" ou "disponíveis", gerando, conseqüentemente, direito à Franqueada de pretender a "preferência" a tais territórios, conforme capitulado na cláusula 8.4 do Master I, supramencionada?

b) Poderá a Franqueada, com base no que dispõe a cláusula 8.4 do Master I, restringir, de alguma forma, o direito da Franqueadora em refranquear a terceiros os territórios abrangidos pelos contratos não renovados?

c) Considerando que a primeira parte da cláusula 8.4 faz referência a uma "consulta" e a uma "consideração preferencial" em relação à Franqueada, enquanto a segunda parte da cláusula trata da abstenção, pela Franqueadora, de franquear empresas produtoras de no Brasil, exceto se a Franqueada manifestar seu desinteresse na franquia, haverá na primeira parte da mesma cláusula um efetivo direito de preferência em favor da Franqueada?

d) Se existente algum efetivo direito de preferência, será necessário que a Franqueada, para exercê-lo, preencha, exatamente, as mesmas condições da proposta de um terceiro para a respectiva nova franquia?

e) Considerando que a convenção constante da cláusula 8.4 do Master I foi estabelecida sem prazo determinado, a Franqueadora está indefinidamente obrigada à mesma ou pode denunciá-la, tal como é lícito ocorrer nas obrigações sem prazo certo?

f) Em caso positivo a indagação anterior, é possível a denúncia, em separado das demais, da cláusula 8.4 do Master I?

g) Os efeitos da denúncia acima operar-se-iam a partir do simples recebimento da notificação extrajudicial para esse fim, ou, então, haveria a necessidade da obtenção de decisão judicial transitada em julgado, para declarar a cessação dos efeitos da referida cláusula?

h) Teria a Franqueada, em razão da denúncia dos efeitos da cláusula 8.4 do Master I, embasamento legal para pleitear perdas e danos?

i) Os efeitos de irrevogabilidade e irretratabilidade, previstos na cláusula 10.5 do Master I, aplicam-se à cláusula 8.4, do mesmo contrato?

1.8 A terceira série de quesitos dizem respeito aos contratos temporários de franquia, relativos ao interior do Paraná e São Paulo, de validade inicial de 2 anos, prorrogado, posteriormente, por um ano, com término fixado em 30.10.89. Dentre as condições convencionadas, destaque-se a relativa à indicação pelas partes, na vigência dos contratos, das áreas parciais para implementação de fábricas, como condição para a formalização de um contrato de franquia, de validade de 10 anos. Os módulos (áreas parciais) nunca foram indicados, mas a Franqueada, valendo-se de suas fábricas, sediadas em São Paulo e Paraná, localizados dentro das zonas cobertas pelos expirados contratos, continua até hoje a produzir e vender o produto franqueado, sem oposição formal da Franqueadora. À vista disso, pergunta-se:

a) Poderia ser considerado o referido contrato temporário de franquia tacitamente renovado pelas partes, passando a ter vigência por prazo indeterminado?

b) Em caso positivo, (i) que antecedência mínima seria considerada razoável para se conceder aviso prévio para o término da produção e comercialização do produto em tal território? e (ii) na hipótese da rescisão, mediante tal aviso prévio, teria a Franqueada embasamento legal para pleitear indenização por perdas e danos?

c) O interior de São Paulo, na concepção da cláusula 8.4 do Master I seria considerado um território "branco" ou "disponível", gerando, conseqüentemente, em favor da a

aplicação dos termos da referida cláusula?

d) Poderá a Franqueada, com base no que dispõe a cláusula 8.4, do Master I, restringir de alguma forma o direito da Franqueadora em refranquear a terceiros o interior de São Paulo?

1,9 Nas linhas que se seguem, passaremos a responder aos três blocos de quesitos em três seções sucessivas.

2. A não prorrogação de contrato a prazo determinado por manifestação de vontade unilateral

2.1 A resposta a esta primeira série de quesitos exige que, inicialmente, façamos a enunciação de algumas idéias gerais preliminares, que, embora familiares a todos, estão sujeitas a serem empregadas num sentido pessoal, podendo confundir as aplicações que delas aqui queremos extrair.

2.2 Todos sabemos que, se a duração de um contrato é prefixada pelas partes, mediante cláusula contendo termo final, estamos na presença de um contrato por tempo determinado. A fixação de um termo não implica na introdução no contrato de um estado de pendência, como é característico na inserção de uma condição, pois não existe qualquer incerteza quanto à sua realização. Até pelo contrário, o termo final limita, no tempo, a atuação do contrato, que cessará exatamente no momento convencionado. Enquanto durar o prazo, nenhuma das partes poderá desvincular-se da outra, pois a cláusula mediante a qual se apõe o termo tem por finalidade, precisamente, garantir a eficácia do contrato pelo tempo ajustado. A aposição de um termo a um contrato representa, por conseguinte, a expressão a mais lídima do exercício da autonomia de vontade, na auto-regulação dos interesses dos particulares. Uma vez exercida a liberdade contratual, passa a convenção, livremente pactuada, a ser lei entre as partes.

2.3 Ora, se, no uso dessa liberdade contratual, podem as partes determinar o momento em que devem cessar os efeitos do vínculo a que se prenderam, igual faculdade deve lhes assistir também caso tenham a vontade de prorrogar esse prazo de duração. Com efeito, através de manifestação volitiva, expressa ou tácita, a duração pode ser prolongada. A prorrogação expressa se opera de duas maneiras: ou as partes a prevêem no próprio instrumento do contrato, ou realizam-na mediante aditamento. A prorrogação tácita se dá quando as partes continuam a exercer os direitos e a cumprir as obrigações contratuais, como se não houvesse sobrevivendo o termo final, presumindo-se, então, que o prorrogaram. Prevalece sempre a vontade das partes, que, de resto, constitui a pedra angular do direito contratual.

2.4 Na recondução tácita, a dilação do prazo é presumida pelo comportamento das partes, que revela as suas vontades. E como não houve manifestação expressa delas, inclusive quanto ao novo período de duração do contrato, a suposição é de que as partes quiseram prorrogá-lo sem determinação do prazo, entendendo-se que um dos efeitos dessa recondução tácita consiste justamente na conversão do contrato por tempo determinado em contrato por prazo indeterminado. Nesse caso, esse contrato prorrogado poderá, a todo tempo, ser extinto, por denúncia de qualquer das partes, ou seja, por declaração de vontade daquela a quem o contrato não mais interessa.

2.5 Já na prorrogação prevista no próprio corpo do contrato, ou em posterior aditamento, os contratantes, no livre exercício de suas vontades, podem estipular que o mesmo vigorará por prazo igual, inferior ou superior ao acordado originariamente, em três eventualidades: caso interesse às duas partes; caso interesse a uma delas: ou caso nenhuma delas se oponha a que seja reconduzido. Nessa última hipótese (que é a de que aqui se cogita), o silêncio das partes não deverá ser interpretado como prorrogação tácita, visto que, desde a formação do contrato, as partes já haviam estipulado: trata-se de recondução expressa. Se uma das partes, entretanto, se opõe, através de declaração de vontade, a prorrogação não se operará, posto que assim justamente já haviam acordado.

2.6 Casos ainda existem em que a lei, para proteger determinada classe de contratantes, ordena, como providência de ordem geral, a prorrogação de determinado tipo de contrato. E o que ocorre, por exemplo, em relação aos inquilinos de prédio residenciais urbanos, com locação em curso. No intuito de conferir mais estabilidade aos direitos dos locatários, dispositivo de emergência impõe a prorrogação "automática" das locações celebradas anteriormente à sua vigência, ao término de sua duração (cf. o art. 77 da atual Lei 8.245/91). Essa prorrogação compulsória converte o contrato por tempo determinado em relação jurídica por tempo indeterminado, à margem de qualquer encontro de vontade das partes contratantes. Trata-se de uma exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, na medida em que à lei contratual se sobrepõe a lei estatal, configurando-se uma restrição objetiva ao princípio da autonomia de vontade.¹

2.7 A mesma lei, no caso de locação de imóveis urbanos destinados ao comércio, outorga ainda à vontade unilateral do locatário, que preenche certos requisitos legais, o direito à renovação do contrato, por igual prazo, podendo inclusive pleiteá-lo judicialmente (idem, art. 51). Aqui, porém, não se trata de prorrogação do contrato. Na renovação, o contrato existente não tem o seu prazo dilatado, já que o que se visa é constituir um novo contrato, ainda que reproduzindo o conteúdo do precedente, que se justapõe ao anterior. O escopo da interferência legislativa é, obviamente, proteger o valor incorpóreo do fundo de comércio, criado por uma das partes, que passou a integrar o valor do imóvel locado pela outra parte.

2.8 Esses casos de prorrogação e renovação *ex lege*, por configurarem restrições à liberdade de contratar, só prevalecem nas específicas hipóteses legais, e não comportam aplicação extensiva. É verdade que tais intervenções legislativas vêm-se multiplicando, numa época marcada por crescente "dirigismo contratual". Contam-se às dezenas as leis contendo preceitos cogentes, limitadores da liberdade de contratar. Em todas elas, porém, a tônica reside na necessidade de atenuar desigualdades porventura reinantes entre as partes contratantes, que possam comprometer o livre acordo de vontades, nas específicas hipóteses que versam. Essa interferência legislativa se dá, portanto, sempre que se vislumbra desequilíbrio econômico inter partes. Fora dessas expressas hipóteses legais, a liberdade de contratar perdura, à margem das limitações autoritárias, que permanecem tópicas.²

2.9 É claro que, mesmo nos casos onde a autonomia privada não foi sacrificada por restrições legislativas, ao aplicador da lei também se autoriza invocar teorias atenuadoras do Direito - como a da lesão, a do abuso de direito e a do enriquecimento sem causa - para impedir situações extremamente onerosas ou vexatórias nas relações contratuais. Em

determinadas circunstâncias, a força obrigatória do contrato pode ser contida pela autoridade do juiz. Mas uma restrição mais severa ao princípio da liberdade de contratar, que não se limite a intervir no conteúdo do contrato, mas que venha a obrigar uma das partes a se vincular contratualmente, reduzindo a autonomia de vontade a um simples ato de obediência, inova totalmente o esquema legal vigente, e, por conseguinte, só pode ser introduzida por força de lei.

2.10 Para usar de uma distinção cunhada pelo Direito alemão, o juiz pode eventualmente fiscalizar a liberdade de modelação do conteúdo contratual (a *Gestaltungsfreiheit*), mas só ao legislador se autoriza interferir na liberdade de celebração ou não de contratos (a *Abschlussfreiheit*).³ Por conseguinte, somente lei expressa poderá impor prorrogação ou renovação contratual.

2.11 Fixados esses pontos preliminares, voltemos agora à primeira série de quesitos formulados na consulta. No item 1 do contrato de franquia, celebrado entre a Franqueadora e a Companhia Franqueada, foi convencionado que o prazo de sua duração seria de 10 anos, findo o qual o contrato seria automaticamente prorrogado por prazos adicionais de 5 anos, cada um, exceto se qualquer das partes notificasse a outra por escrito de sua intenção de não reconduzi-lo, com antecedência mínima de um ano antes do término do prazo original de 10 anos, ou de qualquer prazo adicional de 5 anos. Essa convenção faculta, como se vê, a qualquer das partes o poder de não promover a recondução do contrato, e, pelo que expusemos, é perfeitamente válida no Direito brasileiro.

2.12 De resto, nada é mais normal, nos contratos a prazo determinado, que as partes estipulem uma cláusula de prorrogação, por prazo igual, inferior ou superior ao originariamente acordado, caso nenhuma delas se oponha a que o contrato seja reconduzido. Se no uso da liberdade contratual podem as partes determinar a duração do contrato, igual faculdade lhes assiste para livremente prorrogar - ou não prorrogar - o prazo contratual. Daí podermos dizer que, no exercício dessa faculdade, pode a Franqueadora denunciar o referido contrato, no lapso convencionado, independentemente da existência ou não da inadimplência da Franqueada.

2.13 Via de regra, o aviso prévio, ou seja, o aviso expedido com certa antecedência pela parte desinteressada em dar continuidade ao vínculo contratual, é estranho aos contratos por prazo determinado, visto que, neles, já se prevê o momento do fato extintivo, que opera *ipso iure*. Estipulada porém a recondução automática do contrato, a menos que uma das partes a ela se oponha, faz-se mister que a intenção de não dar seqüência à avença seja comunicada tempestivamente à outra parte. No caso, o prazo de um ano, convencionado para esse pré-aviso, é bastante razoável, o que torna impossível que se fale em ruptura intempestiva, suscetível de causar dano.

2.14 Basta registrar que é superior aos prazos que se encontram em algumas leis especiais, que impõem a prorrogação forçada para certos tipos de contrato, como forma de evitar conseqüências danosas de uma ruptura brusca. É, por exemplo, de 180 dias do seu termo final o pré-aviso nos contratos de concessão comercial entre montadoras e distribuidoras de veículos automotores (art. 21, parágrafo único, Lei 6.729/79), assim como é apenas de 30 dias, nos contratos de representação comercial autônoma (art. 34,

Lei 4.886/65). Por outro lado, a Lei 8.245/91, institui o prazo de um ano, no máximo, até 6 meses, no mínimo, anteriores à data de sua finalização, para o pleito de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados ao comércio, que tenham 5 anos por prazo de duração (art. 51, § 5.º).

2.15 Em todas essas hipóteses, em que a prorrogação ou a renovação coativas encontram agasalho em texto de lei, o objetivo do legislador é o de promover a recomposição da paridade das partes perante as normas contratuais, sustando os efeitos das cláusulas consagradoras de manifesto arbítrio, que permitem à parte economicamente mais forte lesar a parte mais fraca. Ora, nada disso ocorre no caso em exame: nem a Franqueada é parte economicamente frágil, nem a cláusula em questão foi a ela imposta discricionariamente, posto que livremente ajustada.

2.16 Dir-se-á que, se é verdade que a Franqueada não pode ser reputada parte economicamente frágil, não seria menos verdade que foi obrigada a realizar vultosos investimentos (por exemplo, adquiriu pelo Master I 4 fábricas pelo preço de US\$ 5,453,000.00), de sorte que a interrupção do negócio viria surpreendê-la com um acervo de bens que, da noite para o dia, se tornaria peso morto à sua normal ocupação econômica. Sem falar ainda que o prazo transcorrido seria insuficiente para lhe assegurar o retorno dos valores aplicados.

2.17 De passagem, registre-se que, no projeto do novo Código Civil (LGL\2002\400) (Projeto 634-B/75); o art. 473, parágrafo único, prevê que, nos casos de rescisão unilateral, que se opera mediante denúncia notificada à outra parte, "se, *verbis*, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos". Embora se trate de norma de lege ferenda, poder-se-ia aqui indagar da possibilidade de imprimir semelhante solução ao caso em exame.

2.18 Ora, não nos parece ter qualquer viabilidade cogitar, para o caso em tela, da medida referida nesse último parágrafo, como não nos parece também ter qualquer procedência os argumentos desfiados no parágrafo que o antecede. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o cessamento do vertente contrato não a surpreenderá, a Franqueada, com investimentos ociosos, posto que o acervo de bens que adquiriu corresponde exatamente à sua normal ocupação econômica. Por outro lado, não há a menor possibilidade de se falar, no caso, em exigüidade de prazo, ou em prazo incompatível com a natureza e o vulto dos investimentos, quando estamos nos referindo a um contrato de 10 anos de duração. Ainda que admitindo, apenas *ad argumentandum*, que lhe adviessem conseqüências ruinosas da extinção da franquia em pauta, uma vez esgotado o longuíssimo prazo pactuado, elas desenganadamente estariam dentro da alea normal do contrato (presente na vida de todos os contratos sinalagmáticos), que a Franqueada livremente assumiu arcar, ao admitir a hipótese de o vínculo não prosseguir, por vontade da Franqueadora. Ou seja, não há cogitar, aqui, de imprevisibilidade, que eventualmente justificaria a medida preconizada no projeto: no horizonte de suas expectativas contratuais, estava prevista a possibilidade da não continuidade da avença. Ademais, a medida sugerida no projeto não foi ainda convertida em lei.⁴

2.19 Em suma, seja sob que ângulo que for encarado, o exercício do direito de

não-prorrogação do contrato de franquia não poderia ser considerado como ato ilícito, contratual ou extracontratual, a ensejar a outra parte direito de perdas e danos. Muito menos caberia aproximá-lo dos desvios no exercício da faculdade de agir (abuso de direito, lesão, enriquecimento sem causa), equiparados, nos efeitos, aos atos ilícitos.

2.20 Com efeito, pelas razões já apontadas, não há como ver no exercício do poder de não prorrogação do contrato em tela atuação abusiva. Muito menos se vislumbra, na espécie, o que a doutrina denomina de "dolo de aproveitamento", como requisito subjetivo da lesão, ou seja a circunstância de inexperiência ou o estado de premência em que se encontra uma das partes, de que se vale a outra para impor, em contrato comutativo, prestação prejudicial. E muito menos ainda vantagem de caráter patrimonial desprovida de causa, que permita ver, na não renovação, situação de enriquecimento indevido.

2.21 Aliás, para essas figuras de exercício irregular de direito, costuma-se admitir, além das perdas e danos (a que conduzem, em virtude da aproximação à órbita do ato ilícito, para a qual foram atraídas pela paridade de efeitos), outros regimes repressivos. Em certas situações, a sanção mais adequada consistiria na anulabilidade do contrato; em outras, aceitar-se-ia a sanção *in natura*; e, em algumas situações, admite-se até a adoção de medidas preventivas, de modo e evitar sejam geradas. Daí o quesito formulado na consulta: seria admissível, por iniciativa do outro contratante, a intervenção do poder judiciário, inclusive através de liminar em medida cautelar, com o objetivo de prorrogar a vigência do contrato, forçando as partes a permanecerem obrigadas aos seus termos e condições?

2.22 A intervenção do judiciário para a prorrogação forçada do contrato de franquia, não obstante a previsão contratual que admite a sua cessação por denúncia unilateral, não será viável, não só por respeito à força obrigatória das avenças, mas porque se teria, na espécie, uma prestação de tutela jurisdicional de natureza constitutiva, a que faleceria base legal. Com efeito, nessa hipotética intervenção judiciária, determinando a recondução do prazo do contrato em favor do franqueado, estar-se-ia objetivando a "modificação" de uma situação jurídica preexistente, criando um direito em favor do Franqueado (a prorrogação do contrato), e extinguindo o do Franqueador (a faculdade de não prorrogá-lo), o que configuraria nitidamente a prestação de uma tutela constitutiva.

2.23 Como se sabe, classificam-se as ações de conhecimento em declaratórias, condenatórias e constitutivas. Na ação condenatória, o sujeito da pretensão ajuizada pede ao juiz que, reconhecido o seu direito, imponha ao outro litigante um ato exigível ou uma sanção. A tutela de natureza declaratória tem por escopo a "declaração da existência ou inexistência de relação jurídica" (CPC (LGL\1973\5), art. 4.º, I). Já o provimento jurisdicional constitutivo visa à formação, mudança ou extinção de uma situação jurídica. Ora, segundo a doutrina - aliás, unânime, para prover tutela constitutiva, é preciso que a lei assim autorize.

2.24 Com efeito, a tutela jurisdicional resultante de ação constitutiva depende, sempre, de específica previsão legal. Pois, nela, o juiz não age no vazio, mas está atado à sua base legal, não dispondo do poder discricionário para criar novas relações entre as partes. O poder criador para fazer surgir negócios jurídicos entre as partes (e a prorrogação implica em injetar nova vida ao vínculo jurídico) não é atributo do poder jurisdicional, mas

apanágio da autonomia de vontade, franqueada aos particulares. Daí que as sentenças constitutivas dependem de fomento legal - lei específica - externo ao processo em si. No silêncio ou ausência de lei, é inadmissível constranger um dos contratantes a uma prorrogação de contrato que não emane do mútuo consenso. Deduzido porventura em juízo o pedido de prorrogação da franquia, não poderá o mesmo prosseguir, devendo logo ser indeferido, por inepto, dada a sua impossibilidade jurídica, já que inexistente, no ordenamento vigente, a providência que se pede na proposta.⁵

2.25 Pelas mesmas razões, eventual ação cautelar, com pedido de liminar, visando à prorrogação, tornar-se-ia inviável, sobre ter-se, no caso, uma liminar de natureza satisfativa, absolutamente inaceitável, dada a inexistência de assento legal expresso. Impende consignar, desde logo, que o poder cautelar do juiz não é ilimitado, dispondo de freios ditados até pela própria natureza do direito material. Assim, ele poderá ser provisoriamente satisfativo, sujeito à confirmação pela sentença na ação principal, se tiver por objeto a tutela de direitos absolutos; nos direitos relativos, porém, como os obrigacionais, não caberá satisfação liminar, salvo quando autorizada em lei. Nessa área, em que preponderam o poder da vontade e o ato jurídico perfeito, a função cautelar deve ater-se a suspensões de eficácia do ato, jamais o de modificá-lo, efeito reservado à sentença de mérito, sob pena de perder a própria índole acautelatória.⁶

2.26 Por fim, é curial que o fato de a Franqueada deter outros contratos de franquia com o mesmo Franqueador, mas para diferentes territórios, com vigência até 1996, não inibe a que o Franqueador promova a denúncia da franquia que se avizinha do seu término, não podendo a existência de outros contratos servir de argumento legal para pleitear a manutenção das obrigações do contrato denunciado. É claro que todas essas franquias consubstanciam contratos anexos ao contrato de compra e venda de ativo (Master I), compondo o que os alemães denominam de uma "coligação de contratos" (*Vertragsverbindung*), onde existe uma certa dependência entre os contratos, criada pelas cláusulas acessórias, ou pela relação de correspectividade ou de motivação, que os afetam. Esses liames, porém, que prendem uns aos outros, não destroem a individualidade de cada contrato, a não ser nas cláusulas expressas que os fazem perder a sua autonomia a um esquema negocial unitário. No caso sub examine, inexistente semelhante estipulação.

2.27 Feita a notificação no tempo previsto na cláusula em estudo, a partir do momento em que chegar ao conhecimento da Franqueada a manifestação da intenção da Franqueadora de não dar prosseguimento ao contrato (a denúncia é declaração receptícia de vontade), nada impedirá que a empresa franqueadora inicie as negociações com terceiros interessados, visto que seria insensato sustentar que o "tratamento preferencial", a que se alude na cláusula 8.4 do Master I, possa se referir às franquias cujos contratos expirados não foram renovados. Mas isso é assunto para próximo bloco de quesitos. Ficam assim respondidas todas as perguntas relativas ao item 1 do contrato de franquia.

3. Inexistência de pacto de preferência

3.1 Como se sabe, pelo chamado pacto de preferência, uma das partes contratantes assume a obrigação de, em igualdade de condições, dar prioridade à outra parte, como contratante, no caso de decidir celebrar determinado contrato. Para isso, o obrigado deverá comunicar à contraparte a sua intenção de contratar, para que esta manifeste o seu

propósito de exercer ou não a preferência, em igualdade de condições com terceiros interessados. Esse pacto não se aplica somente à compra e venda - onde é mais freqüente, como pacto de preempção (*para+emptio*) - mas não é incompatível com outros contratos, sendo comum a todos os contratos onerosos, em que tenha sentido a opção por determinada pessoa sobre quaisquer outros concorrentes.

3.2 Dessa noção de preferência, como pacto adjeto a uma série de contratos, podemos extrair algumas notas informadoras de sua estrutura legal. A primeira é de que do pacto de preferência nasce de uma obrigação típica: a de o obrigado não contratar com terceiro, se o outro contraente se dispuser a contratar em iguais condições (*non facere*); ou, encarando a obrigação emergente de outro ângulo, a de que, em querendo contratar, é obrigado a escolher a contraparte, de preferência a qualquer outro interessado, em condições iguais (*facere*). A segunda é de que essa obrigação é duplamente condicional, pois está subordinada: a) que o obrigado queira contratar; b) que o beneficiário queira exercê-la.

3.3 A par dessa obrigação principal, duplamente condicional, de preferir o beneficiário na ordem dos interessados em contratar, o ajuste de preferência dá origem também a uma obrigação secundária, de natureza positiva: ⁷ o obrigado assume o dever de afrontar a parte a quem reservou o direito de prelação, comunicando-lhe a intenção de contratar, à vista das condições encontradas com terceiros interessados, tendo a parte beneficiada o direito de celebrá-lo preferencialmente nas aludidas condições. O pressuposto, portanto, para o exercício da prelação é a paridade de condições, supondo sempre um concurso de interessados.

3.4 Isto posto, vejamos a cláusula 8.4 do Master I, que estabelece regras sobre eventual expansão futura da Franqueadora no Brasil. Essa cláusula pode ser decomposta em duas partes. No primeiro segmento, ficou ajustado que, no caso de a Franqueadora, em conjunto com a sua controladora estrangeira, decidir ampliar sua atuação em novos territórios, ou naqueles que porventura venham a se tornar disponíveis, concordam elas em "consultar" a Franqueada sobre um "possível interesse" em tais territórios, concedendo-lhe uma "preferencial consideração" para a franquia dos produtos franqueados em quaisquer de tais territórios.

3.5 Ora, a rigor, não se pode dizer que, dessa declaração de vontade, emergja um efetivo pacto de preferência, de caráter obrigatório e vinculante, para uma ou para a outra parte. Não cria a obrigação típica dos pactos desse naipe, que seria o dever jurídico de preferir o beneficiário na ordem de contratar, mas simplesmente o de "consultar" (*to consult*) a contraparte sobre um "possível interesse" (*possible interest*), comprometendo-se a conceder-lhe uma "preferencial consideração" (*preferential consideration*) para as franquias que porventura se abalance a estabelecer em "possíveis expansões futuras" (*possible future expansion*). A essa conduta, assumida em termos vagos e condescendentes, falece a necessidade, imposta pelo dever jurídico gerado num verdadeiro vínculo obrigacional, de as pessoas observarem determinado comportamento (*a necessitas alicuius solvendae rei*, de que fala a definição romana).

3.6 Na verdade, é preciso não esquecer que, se todo negócio jurídico, seja unilateral, bilateral ou multilateral, origina-se de uma emissão volitiva, nem toda declaração de

vontade gera necessariamente um negócio jurídico vinculante. No negócio jurídico há de estar sempre presente uma finalidade jurídica, que o distingue de outros atos, também volitivos. Pois são freqüentes as declarações de vontade, ligadas a uma intenção, mas que não se destinam a produzir efeitos jurídicos. Antônio Junqueira de Azevedo, em monografia sobre a gênese da declaração negocial, examina várias hipóteses de declaração de vontade sem esse escopo vinculante - os *gentlemen's agreements*, os protocolos de intenção, as minutas de contratos - enfatizando que o modelo em que se pautam são modelos não jurídicos, insuscetíveis, por consequência, de produzir, ao menos diretamente, efeitos... "jurídicos".⁸

3.7 É justamente o que ocorre com o tratamento preferencial que a Franqueadora "concordou conceder" à Franqueada, nas futuras e eventuais franquias; trata-se de um empenho da vontade, que não se consubstancia numa norma de submissão ou sujeição, com inevitáveis consequências jurídicas. A prestação - ou melhor, o "dever de prestar" (*Leistungspflicht*), como dizem os alemães - não é um comportamento cuja realização se deixe à pura "consideração" do devedor, como no caso em foco, mas instrumento de satisfação de interesse alheio, a que o devedor fica imperativamente adstrito, sob pena de lhe ser exigida coativamente. Não se perca, pois, com a terminologia empregada no contrato: não há falar, aqui, em efetivo direito de preferência em favor da Franqueada, pois não se criou, no lado passivo, nenhum dever jurídico de prestar.

3.8 Até porque o pacto de preferência implica num complexo mecanismo de comunicação, que permite, de um lado, o cumprimento da obrigação de afrontar, por parte do obrigado, e, de outro lado, o exercício do direito de prelação, por parte do beneficiário da preferência. Nesse tópico, o contrato silencia, como se a enfatizar que não estamos efetivamente perante um autêntico direito de preferência. Pois como se dariam as recíprocas notícias das intenções entre as partes? Qual o prazo de decadência a que estaria subordinado esse suposto direito de prelação?

3.9 E aqui passamos para a segunda parte da cláusula 8.4, em exame. Reza ela o seguinte: "adicionalmente" a esse tratamento preferencial, compromete-se a vendedora a se abster de "iniciar qualquer relacionamento" para a concessão da franquia dos produtos com "qualquer empresa produtora dos produtos franqueados no Brasil", exceto se a Franqueada comunicar, por escrito, o seu desinteresse pela franquia em tais territórios. Nesse sentido, convencionou-se expressamente que a Franqueadora deverá notificar a Franqueada da sua intenção em conceder a franquia para uma empresa produtora dos produtos franqueados no Brasil (ou seja, não para qualquer terceiro interessado, mas terceiro cuja ocupação econômica seja concorrente da Franqueada), devendo a Franqueada contranotificar a Franqueadora manifestando o seu interesse ou não na franquia em tais territórios. No caso de a Franqueada nada disser dentro do prazo convencionado, o seu silêncio será interpretado como demonstração de desinteresse na franquia, podendo a Franqueadora procurar livremente entrar em relação com qualquer pessoa, inclusive empresa produtora no Brasil.

3.10 Essa segunda parte da cláusula 8.4 conduz a várias observações. *Primo*, ela não complementa, de maneira nenhuma, a primeira parte dela, mas a suplementa. Com efeito, essa obrigação de abstenção é assumida adicionalmente ao tratamento preferencial que a Franqueadora se comprometeu a dispensar à Franqueada, nas franquias que se dispuser a

conceder em futuras expansões, sendo portanto uma obrigação de outra natureza (e assim o mecanismo de denúncia, aí estabelecido, não aproveita ao tratamento preferencial, ajustado no primeiro segmento da cláusula). Secundo, a referida obrigação de abstenção diz respeito apenas a franquias relacionadas com empresas produtoras do produto no Brasil, em futuras expansões, o que, por consequência, deixa fora do seu campo de atuação as novas franquias, que se relacionem com empresas que não sejam produtoras dos produtos franqueados. Tertio, essa obrigação de abstenção nada tem a ver com a obrigação de non facere objeto do pacto de preferência, que se traduz no dever de não contratar com terceiro, se o titular da preferência quiser contratar nas mesmas condições.

3.11 Com efeito, a preferência supõe um concurso de interessados, donde o caráter tripartite da operação. Ora, no caso, a obrigação de abstenção é anterior à competição entre os terceiros interessados e o titular do benefício, que daria azo ao exercício da prelação, constituindo esta mais uma razão para não se vislumbrar na cláusula reproduzida um efetivo direito de preferência em favor da Franqueada.⁹

3.12 Dir-se-á que, se essa cláusula que trata da abstenção não configura propriamente pacto de preferência, a sua consequência jurídica, por certo, seria muito idêntica àquela do pacto, ou seja, asseguraria a uma das partes prioridade na obtenção da franquia? Não é verdade. Na preferência, ao credor do benefício se outorga um direito de contratar, cujo descumprimento dá origem à responsabilidade por perdas e danos. Ou assegura ao preferente ação para exigir a celebração do contrato, mediante uma verdadeira execução específica da prestação positiva a que o inadimplente se encontrava vinculado, dependendo da extensão do direito de prelação pactuado, ou seja, se preenche ou não os requisitos que permitam conceituá-lo como contrato preliminar (art. 639, CPC (LGL\1973\5)). Na cláusula 8.4, que trata do tratamento preferencial ou do compromisso de abstenção, contudo, ou nenhum direito se confere, ou somente se confere ao titular da vantagem o direito de exigir seja "considerado" prioritariamente na franquia (o qual, se não satisfeito, daria margem a perdas e danos), mas não lhe assegura, sequer remotamente, o direito de contratar, nem lhe acalenta qualquer pretensão reparatória, caso esse contrato não chegue a bom termo.

3.13 Seja como for, essa "consideração preferencial" e esse "dever de abstenção", conforme convencionados na cláusula 8.4 do contrato de compra e venda de ativos (Master I), só dizem respeito aos "novos territórios e/ou territórios que se tornem disponíveis no Brasil", reputados como "novos" os territórios até então destituídos de franquias, e, como "disponíveis", os territórios cujos contratos de franquia - obviamente com outros Franqueados - chegaram ao seu termo. Assim sendo, não ocorrendo a prorrogação das franquias celebradas com a Franqueada, por iniciativa da empresa Franqueadora, como expressamente facultado no contrato, seria um contra-senso inscrevê-la entre os "territórios disponíveis", para efeito do tratamento preferencial ou do dever de abstenção, que lhe são assegurados pela cláusula em exame. Seja qual for a dimensão que se dê aos privilégios constantes dessa cláusula, eles certamente não lhe vêm em socorro, em contrato findo e não reconduzido pela parte que justamente o denunciou.

3.14 Nessas condições, feita a notificação prevista na cláusula em apreço, e manifestada a intenção de não dar prosseguimento ao contrato, nada impede que a Franqueadora inicie incontinenti as negociações com terceiros interessados. Seria insensato sustentar que as

vantagens, a que se alude na cláusula 8.4 do Master I, se referem às franquias cujos contratos expirados não foram renovados. Ademais, a não recondução de contrato de franquia extinto, por denúncia unilateral da Franqueada ou da Franqueadora, é faculdade expressamente convencionada pelas partes, e não seria lógico, numa interpretação sistemática de textos contratuais coligados, admitir que essa faculdade, atribuída às partes de se desligarem de vez, coexistisse com uma hipotética obrigação de se ligarem novamente. Entraríamos num círculo vicioso, que perpetuaria a Franqueada como contraparte da Franqueadora em todas as franquias que já lhe tivessem sido asseguradas, mas que já foram extintas.

3.15 Não vemos, assim, como poderá a Franqueada, com base no que dispõe a cláusula 8.4 do Master I, restringir, seja a que título for, o direito de a Franqueadora franquiar a terceiros os territórios abrangidos pelas franquias não revogadas.

3.16 De resto, essa convenção, constante da cláusula 8.4, cuja execução se daria no decorrer de um espaço de tempo, foi estabelecida sem prazo determinado, inserida no corpo de um contrato instantâneo de execução imediata: a compra e venda de ativos. Essa circunstância leva a consulente a alinhar uma série de perguntas: É possível denunciá-la como obrigação sem prazo certo, em separado das demais cláusulas contratuais? Os efeitos da denúncia operar-se-iam a partir da notificação? Ou haveria a necessidade da obtenção de decisão judicial transitada em julgado, para o cessamento dos efeitos da referida cláusula? Em razão da denúncia, teria a Franqueada base legal para pleitear perdas e danos? A irrevogabilidade e a irretratabilidade, pactuada na cláusula 10.5 do Master I, não teria o condão de inibir a denúncia dessa cláusula?

3.17 Como se sabe, a realidade jurídica criada por um contrato pode compreender créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, exceções, expectativas, ônus. Esses diversos vínculos, emergentes no mesmo contrato, se estruturam, não numa relação de total independência, nem de simples contigüidade, mas num quadro orgânico, com laços de interdependência, polarizados numa direção comum. Em suma, constituem um sistema - outros preferem falar em processo, para acentuar a sua funcionalidade¹⁰ - onde todas as suas partes se condicionam reciprocamente, em sua existência e validade. Daí que a leitura isolada de certas cláusulas, fora do contexto do contrato, freqüentemente deturpa ou obscurece o seu verdadeiro significado.

3.18 Numa interpretação sistemática do Master I, a cláusula 8.4, que fixou, sem prazo certo de extinção, algumas regras para uma eventual expansão futura, deve harmonizar-se com a cláusula 10.5, que imprimiu ao contrato o caráter de irretratabilidade e irrevogabilidade. Ambas essas cláusulas nasceram geminadas, associadas umas às outras. Essa inter-relação entre as cláusulas contratuais nos obriga, assim, a integrar as várias peças que compõem o todo orgânico, de forma a entender "as cláusulas duvidosas pelas que o não forem", de sorte que "as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas", como dispõe o art. 131, 2, do Código Comercial.

3.19 Esse entendimento do instrumento contratual como um tecido coerente nos permite dizer que a cláusula 8.4 agasalha uma convenção suscetível de rescisão unilateral (pois, sendo, como é, uma convenção sem prazo certo, a denúncia por qualquer das partes pode dar-se a todo tempo, pondo termo à relação), ainda quando na cláusula 10.5 se pactuou

que o contrato é de todo irretratável e irrevogável.

3.20 De fato, nas obrigações sem prazo certo, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato. Pois relação jurídica que revestisse perpetuidade, "a que não se pusesse termo, seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens", como adverte Pontes de Miranda.¹¹ Portanto, as avenças com prazo indeterminado poderão extinguir, a todo tempo, por resilição unilateral. Faz parte da sua essência.

3.21 Vale acrescentar que a denúncia não precisa sequer ser justificada; meio lícito de pôr termo às convenções por tempo indeterminado, sabiam as partes, de antemão, que, a qualquer momento, essa convenção poderia ser desatada, mediante simples declaração de uma das partes. E mais: sendo um ato potestativo, à denúncia não se pode opor, contratualmente, sequer uma compensação a cargo do denunciante. Multa convencional, no caso, seria forma de inibir o exercício do poder liberatório, que é inerente aos ajustes por prazo indeterminado. No máximo, admite-se a exigência de pré-aviso.

3.22 Nessas condições, a irretratabilidade e a irrevogabilidade, convencionadas em outro passo do contrato em estudo, da mesma forma não podem impedir a resilição, por denúncia, de convenção ajustada sem termo certo. Como, de resto, não poderiam impedir a resolução de todo o contrato (não apenas da cláusula em foco) por inexecução culposa, ou por mútuo consentimento. A condição legal de irrevogabilidade e irretratabilidade não se confunde com a resilição. A revogação e a retratação resultam, como a denúncia, de manifestação unilateral de vontade, mas esta, diferentemente daquelas, presume o prévio consentimento mútuo, que de fato sempre existe nesses casos. Com efeito, nas obrigações sem prazo certo, há a presunção legal de que as partes, no livre exercício da autonomia de suas vontades, mutuamente reservaram para si a faculdade de, a qualquer tempo, resilir o ajuste.¹²

3.23 Nessas condições, podemos responder que, considerando a natureza da convenção constante da cláusula 8.4, do Master I, a Franqueadora pode perfeitamente denunciá-la (a ela, a cláusula, isoladamente), sem que essa faculdade entre em choque com a condição legal de irrevogabilidade e irretratabilidade, prevista na cláusula 10.5 para todo o corpo do contrato, constituindo regras perfeitamente compatíveis.

3.24 Denúncia essa, aliás, que pode ser feita a qualquer tempo, operando-se independentemente de manifestação judicial, eis que a denúncia, para valer, descarta a necessidade de qualquer prova de infração (justa causa), fato este, sim, que, se necessário, careceria de ser estabelecido em ação judicial.¹³ Nessa altura, cumpre observar, que, não obstante a inexistência de justa causa não impedir a resilição, poderia a parte que o resiliu eventualmente ficar obrigada a pagar perdas e danos, se o fez abusivamente. Assim, em resposta ao quesito final dessa segunda série de consultas, podemos dizer que, notificada a denúncia, não se pode negar que a Franqueada poderia - em tese - abalar-se a pleitear perdas e danos, com base na teoria do abuso de direito - se bem que muito difícil será capitular a denúncia de uma convenção sem duração determinada como "exercício anormal" dessa faculdade, que é como se caracteriza essa figura.

4. Apreciação dos contratos temporários de franquia à luz das conclusões dos

capítulos precedentes

4.1 O contrato de compra e venda de ativo (Mas ter I) condicionou a validade e a eficácia de suas cláusulas à verificação, dentre outros atos, da assinatura pelas partes contratantes de franquias cobrindo os territórios do Rio de Janeiro e da área que compreende Porto Alegre, Santa Maria, Pelotas e Montenegro (cláusula 6.4), o que efetivamente se deu em 1.12.84. Em 24.3.86, através da assinatura do chamado Master II, as partes contratantes acordaram em promover a expansão do seu relacionamento para os territórios de Belo Horizonte, Salvador, Recife e Natal. A seguir, em 1.11.86, novas franquias foram firmadas pela Franqueadora com as empresas Indústria de Ltda. e Indústria de Ltda., prepostas da Franqueada, cobrindo respectivamente as áreas metropolitanas de São Paulo (SP) e Curitiba (PR), pelo prazo de 10 anos, com termo final em 30.10.96. Constituem eles o chamado Master III.

4.2 Com relação ao restante do Estado do Paraná, foi compromissado, na mesma data, um contrato "temporário" de franquia, abrangendo as áreas não franqueadas do Estado (denominadas, por isso, de "territórios brancos"), condicionado suspensivamente à implantação pela Franqueada de uma fábrica no território em causa, com capacidade suficiente para tender adequadamente às necessidades do mercado local, dentro de 2 anos, que era o prazo de duração desse contrato. Findo esse prazo, se satisfeita a condição, seria firmado uma franquia nos mesmos termos dos demais. Com relação ao interior do Estado de São Paulo, foi, na mesma data, igualmente ajustado uma franquia, através do qual a Franqueadora concedeu a franquia à empresa preposta da Franqueada, pelo prazo de 2 anos, dentro do qual deveriam as partes definir os módulos para a implantação de uma fábrica, para que então fosse celebrado uma franquia de longo prazo, nas mesmas condições dos demais.

4.3 Ora, no que concerne ao interior do Estado de São Paulo, a partes não lograram definir tais módulos no biênio apazado, sendo o contrato prorrogado, em 30.10.88, por mais um ano, com termo final previsto para 30.10.89, data que chegou sem que as condições para a concessão definitiva da franquia tivessem sido preenchidas. Por outro lado, o mesmo ocorreu com relação ao Estado do Paraná. Para esse território, não houve a satisfação da condição que daria ensejo à celebração de uma franquia extinguindo-se no termo final.

4.4 Acontece que, esgotados os prazos dessas franquias "temporárias", sem que as condições suspensivas pactuadas tivessem sido satisfeitas, a verdade é que, com relação ao Estado de São Paulo, a Franqueada, valendo-se de sua fábrica situada em, localizada dentro da zona coberta pelo expirado contrato de franquia, vem até hoje produzindo e vendendo produtos franqueados, sem que tenha havido nenhuma oposição por parte da Franqueadora. Da mesma forma, no que tange ao Estado do Paraná, através da fábrica situada em, a Franqueada continua até o presente produzindo e comercializando produtos franqueados, sem objeção formal da Franqueadora.

4.5 A vista desses fatos, a consulente formula uma série de perguntas. A primeira das quais é se poderiam ser considerados tacitamente prorrogados os contratos temporários em apreço, passando, a partir dos seus termos finais, a ter vigência por prazo indeterminado. A resposta evidentemente só poderia ser afirmativa. A recondução tácita é presumida pelo "comportamento" dos contratantes, que estaria exteriorizando a vontade

das partes (Código Comercial, art. 131, 3). Vencido o prazo estipulado, as partes continuaram a executar o contrato, como se ainda estivesse em vigor; a suposição natural é de que o prorrogaram. Como, no entanto, não houve manifestação expressa de vontade, inclusive quanto ao novo período de duração, entende-se que quiseram prorrogá-lo sem determinação do prazo. A recondução tácita conduz, assim, necessariamente à conversão do contrato por prazo determinado em indeterminado.

4.6 Em consequência, o contrato por prazo determinado, reconduzido tacitamente, pode ser extinto, a todo tempo, por denúncia de qualquer das partes, pela simples e óbvia razão de se ter convertido em contrato a prazo indeterminado. Embora, a rigor, essa denúncia não necessite de ser acompanhada de aviso prévio (pois ele é obrigatório quando ajustado, ou imposto por lei), existe, no caso em foco, a presunção de que a falta de pré-aviso causará dano, motivo pelo qual é indispensável. Dizemos que, no caso em foco, a notificação prévia é presumida, porque, em situação similar, as partes já convieram em que a notificação se impõe. Referimo-nos ao item 1 dos contratos de franquia. Sobrevivendo esses contratos "temporários" de franquia ao termo legal já por 7 anos, natural que se imponha a mesma regra de pré-aviso ajustada para os contratos "definitivos" de franquia, com 10 anos de duração. A analogia, como se sabe, é processo de integração do direito consagrado em lei no Brasil (LICC (LGL\1942\3), art. 4.º).

4.7 Qual a antecedência mínima que seria considerada razoável para se conceder aviso prévio para pôr cobro a essas franquias tacitamente prorrogadas? Pelo mesmo processo analógico, dita notificação deveria ser formalizada com antecedência mínima de um ano, conforme convencionado no item 1 dos contratos de franquia. *Ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Uma vez notificada a denúncia dentro do prazo referido, não teria a Franqueada fundamento legal para pleitear indenização por perdas e danos, pois não haveria no caso nem ruptura brusca, nem indevida.

4.8 Para concluir, os dois últimos quesitos. Pelas mesmas razões já alinhadas na segunda seção deste parecer, denunciados esses contratos na forma referida, não consideramos que eles possam ser considerados como territórios "disponíveis" para efeito do tratamento preferencial assegurado à Franqueada, na cláusula 8.4 do Master I. Da mesma forma, não vislumbramos como possa a Franqueada, com base na referida cláusula, restringir, de alguma maneira, o direito de a Franqueadora refranquear a terceiros os territórios de São Paulo e do Paraná, tão logo sejam liberados dessas franquias temporárias. Em suma, a "consideração preferencial" a ser dada a Franqueada, no refranqueamento de anteriores franquias rescindidas, de que se cogita na cláusula em apreço, não pode ser obviamente aplicada nas hipóteses em que a própria Franqueada era o titular do contrato rescindido, sob pena de insistirmos numa contradição.

4.9 Com isso, julgamos respondidas todas as perguntas que nos foram formuladas.

1. Sobre a prorrogação, cf. verbete prorroga in *Enciclopedia del diritto* XXXVII/400 e ss., Giuffrè, 1988, de Marco Lipari; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* 40/4.464, Borsoi, Rio, 1962. Cumpre distinguir a prorrogação da novação e da renovação. Na prorrogação, resultante da vontade das partes ou da lei, ter-se-á a prolongação no tempo da mesma relação jurídica, não havendo um novo contrato. Na novação (art. 999, CC/1916 (LGL\1916\1)), haverá acordo, pelo qual as partes, alterando os sujeitos e o objeto da

prestação, constituem uma obrigação nova. Na renovação, negocial ou judicial, o contrato existente não se estende no tempo, nem há alteração dos sujeitos e do objeto da prestação; os mesmos sujeitos constituem um novo contrato, com o mesmo objeto, que se justapõe ao primeiro.

2. Karl Larenz acentua que por liberdade contratual deve-se entender a possibilidade de os indivíduos fixarem por si próprios a disciplina do seus interesses, sendo indeclinável que, para que o contrato exerça de modo pleno essa sua função, que vigore entre as partes o princípio da "igual consideração" (*Gleichberechtigung*), ou seja, que possam uma e outra agir por sua própria e livre vontade (in *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munique, C. H. Beck, 1983, 13.^a ed., t. I, pp. 313, 326; e in *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, C. H. Beck, 1983, 6.^a ed., pp. 65, 81 e 114).

3. Cf. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, C. H. Beck, 1983, 6.^a ed., pp. 81 e 504.

4. Cf. Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles, Jovene, 1982, pp. 283 e ss. Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, 1973, Forense, Rio, p. 41.

5. Como lembra José Frederico Marques, "com a jurisdição, o Estado compõe a lide para restaurar o direito violado" (aí está a tutela condenatória), "ou para declarar existente, ou não, uma relação jurídica" (aí a tutela declaratória), mas "a tutela jurisdicional resultante de ação constitutiva depende, sempre, de específica previsão legal", aduzindo: "A formação, mudança ou desfazimento de uma relação jurídica, pelas vias jurisdicionais, é excepcional... O juiz não intervém, de regra, na formação de um negócio jurídico, para criar direitos, extingui-los ou modificá-los. E se, em determinadas situações, pode a composição da lide se resolver com essa modalidade de tutela jurisdicional, claro que, por refugir esta da normalidade, se torna imprescindível uma particular previsão de lei" (in *Manual de Direito Processual Civil*, I/159, n. 116, Forense, S. Paulo, 1987, 9.^a ed.

6. Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Processo Cautelar*, 3.^a ed., S. Paulo, Ed. Universitária do Direito, p. 21. Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1974, p. 16, após realçar a homogeneidade que deve existir entre a medida e o direito substantivo deduzido em juízo, insiste em que essa homogeneidade não se confunde com identidade, pois "las medidas cautelares... tienden a hacer posible una ejecución, pero no a adelantar ésta o a confundirse con ella".

7. Para usar de uma distinção do direito alemão, trata-se de uma obrigação secundária, mas não acessória. As principais diferenças entre os deveres secundários de prestação (*Nebenleistungspflichten*) e os deveres acessórios (*Nebenpflichten*) estaria em que os primeiros fazem parte do sinalagma nos contratos bilaterais, e podem ser objeto de uma ação autônoma de cumprimento. Já os deveres acessórios de conduta têm puro caráter de execução ou da segurança dos deveres de prestação.

8. In *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, RT, S. Paulo, 1986, pp. 37 e ss.

9. "...il faut, tout d'abord, démontrer que la préemption est une opération tripartite mettant en présence trois protagonistes: le vendeur, un acquéreur et le preempteur. (...) La doctrine admet que le droit de préemption suppose une rivalité, une compétition entre le preempteur et un tiers" (Corinne Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, Paris, LGDJ, 1979, pp. 37-38).

10. Cf. Alberto Ravazzoni, *La formazione del contratto*, Milão, 1973, principalmente o v. I, "Le fasi del procedimenti".

11. Cf. *Tratado de Direito Privado*, XXV /294, Rio, Borsoi, 1959, § 3.081.

12. "De ordinário, os figurantes previam e prevêm esse direito formativo extintivo, por parte de um deles, de algum, ou de todos, igualou diferentemente" (Pontes de Miranda, ob. cit., *ibidem*).

13. Não se trata de "rescisão unilateral", onde é indispensável a intervenção judicial, porque a resolução, que se dá quando uma das partes se torna inadimplente, pressupõe a prova da infração do estipulado, fato que carece de ser estabelecido em ação judicial. Daí que, entre nós, a resolução pela cláusula resolutiva tácita não se dá *ipso iure*, mas, sim, por sentença judicial (Cf. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso de Compra e Venda*, Saraiva, 2.^a ed., pp. 164 a 167). No caso, não há falar em inadimplência, não se trata de hipótese de rescisão, mas de rescisão unilateral, que é outro fenômeno.