

**Supremo Tribunal de Justiça**  
**Processo nº 1807/08.6TVLSB.L1.S1**

**Relator:** ÁLVARO RODRIGUES

**Sessão:** 15 Dezembro 2011

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** REVISTA

**Decisão:** NEGADA A REVISTA

**CONTRATO DE FRANQUIA INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO**

**INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO**

**PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## Sumário

I - O contrato de franchising ou de franquia é definível como «o contrato pelo qual um empresário - o franquizador - concede a outro empresário - o franquiado - o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição», um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franquiado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa ( “front money” ou “initiation fee”) e prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (“royalties”, “redevances”)» [J. Engrácia Antunes, Direito dos Contratos Comerciais, Almedina, 2009, pg. 451].

II - No que concerne à questão de saber se a parte que resolve o contrato tem direito a ser ressarcida pelo interesse contratual positivo ou apenas pelo interesse contratual negativo, a posição maioritária da nossa Jurisprudência é no sentido de que, a indemnização que se pode cumular com a resolução do contrato não é a indemnização pelo dano «in contractu» mas pelo dano «in contrahendo», ou seja, pelo interesse contratual negativo.

III- Há que distinguir entre os chamados danos positivos ou de cumprimento e os danos negativos ou de confiança.

Como ensina o Ilustre Civilista, Prof. Almeida Costa «é uma classificação

particularmente ligada à responsabilidade contratual, pelo que se alude, em correspondência, à violação do interesse contratual positivo e do interesse contratual negativo» (Almeida Costa, Direito das Obrigações, 9ª edição, pg. 548). Prosseguindo, o mesmo Professor ensina: «A indemnização pelo dano positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exactamente cumprido. Reconduz-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Ao passo que a indemnização do dano negativo tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão» ( Idem, ibidem).

IV- Por outras palavras, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados de boa fé, maxime, convencendo-se de que a manifestação da vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente.

V- Cremos que a posição que melhor se ajusta às realidades negociais e de tráfico mercantil, se acha reflectida no Acórdão deste Supremo Tribunal, de 12-02-2009, de que foi Relator, o Exmº Juiz Conselheiro João Bernardo, que aliás a Autora/Recorrente indica como abonatório da sua posição, é no sentido de que a resolução contratual abre caminho a indemnização apenas pelos danos negativos (Pº 08B4052, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

VI- Porém, o mesmo aresto reconhece que «pode, porém, excepcionalmente ter lugar indemnização por danos positivos», e acrescenta que «há pois que ponderar os interesses em jogo no caso concreto e, perante eles, conceder ou denegar o caminho, particularmente estreito, da indemnização pelo interesse contratual positivo. Nesta ponderação, tem, a nosso ver, uma palavra a dizer o princípio da boa fé. Deve ele ser tido em conta na liquidação do negócio jurídico em caso de nulidade ou anulabilidade ( cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil I, 659 e os Acs. deste Tribunal de 30.10 1997 ( BMJ 470, 565) e de 25.1. 2007 ( este no referido sítio da Internet) e para estas figuras remete o artº 433º do referido Código».

## **Texto Integral**

Acordam no **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

### **RELATÓRIO**

**AA, Unipessoal Ld.<sup>a</sup>** propôs acção declarativa, com forma ordinária, contra **BB Comércio e Serviços de Óptica Ld.<sup>a</sup>** e **CC, Agência Automobilística e Comércio e Serviços de Óptica Ld.<sup>a</sup>** pedindo a condenação:

I) da 1<sup>a</sup> Ré, a pagar-lhe 69.087,62 €, por resolução ilícita de contrato de franquia; 27.179,99 €, por incumprimento de obrigação pós-contratual (cláusula 24<sup>a</sup>, 1.4.), e montante a liquidar pela sua não cessação; 27.179,99 €, por incumprimento de obrigação pós-contratual (cláusula 24<sup>a</sup>, 1.1.), e montante a liquidar pelo incumprimento da obrigação; e montante indemnizatório a liquidar, por encargos de protecção de direitos de propriedade industrial (artigo 338<sup>o</sup>-L, n<sup>o</sup> 2, do Código da Propriedade Industrial); ainda, juros comerciais; e, finalmente, a comunicar ao mercado a cessação do contrato de franquia e a cessar a utilização dos sinais distintivos da autora, sob pena de sanção pecuniária compulsória (artigo 829<sup>o</sup>-A do Código Civil);

II) da 2<sup>a</sup> Ré, a pagar-lhe 59.812,79 €, por resolução ilícita de contrato de franquia; com juros comerciais.

É, em suma, o seguinte quadro alegatório que alicerça estes pedidos:

A Autora, empresa de material óptico e optométrico, explora a sua actividade através de contratos de franquia, que celebra; o que fez também com cada uma das Rés. Em Julho e Dezembro de 2007 divulgou, junto dos seus franquizados, proposta de alteração dos termos dos contratos de franquia.

Em Janeiro de 2008, as Rés fizeram comunicar estranheza e, apelando a que se tratava de aditamentos contratuais impostos, consideraram haver incumprimento contratual da autora. Esta respondeu, esclarecendo tratar-se de meras propostas dependentes de aceitação. Mas, em Fevereiro, as rés comunicaram a decisão de resolver cada um dos contratos de franquia.

A Autora ainda contra-argumentou; mas as Rés persistiram no seu comportamento, mantendo aliás a exploração dos respectivos estabelecimentos comerciais ópticos e, a 1<sup>a</sup> Ré, a utilizar sinais distintivos e imagem da autora.

A resolução foi infundada e deve ser equiparada a um incumprimento definitivo. O património da Autora deve ser repostado na situação que estaria caso a resolução ilícita não tivesse ocorrido. E, para além disso, a 1<sup>a</sup> Ré vem preterindo deveres pós-contratuais e violando direitos de propriedade industrial da Autora.

As Rés contestaram e afirmaram a improcedência da acção.

Também formularam pedidos reconventionais, de condenação da Autora a pagar, à 1ª Ré, as quantias de 25.000,00 €, por violação do contrato, de 959,27 €, saldo apurado das relações comerciais, e de 67.437,00 €, por indemnização de clientela; e à 2ª Ré, as quantias de 20.000,00 €, por violação do contrato, de 1.993,14 €, saldo apurado das relações comerciais, e de 35.663,00 €, por indemnização de clientela; como ainda, em montante a liquidar, de rappel devido e não pago a cada ré; tudo com juros de mora.

É o seguinte, em síntese, o quadro alegatório de suporte:

A Autora, em quebra de confiança e ruptura contratual, comprometendo o seguimento das relações negociais que existiam, impôs unilateralmente aditamentos aos contratos de franquia. E bem sabia não se tratarem de simples propostas. Além disso, a Autora nunca cumpriu as obrigações que lhe incumbiam e, por isso, a decisão de resolver os contratos.

Aliás, ainda em Março de 2008, a própria Autora comunicou às rés a resolução dos mesmos contratos, invocando incumprimento.

As Rés satisfizeram todas as obrigações que as vinculavam, em particular, as emergentes da cessação dos contratos.

A Autora não sofreu qualquer dano, nem lhe cabe ser indemnizada por cessação antecipada da iniciativa da parte adimplente.

Ao invés, a resolução comunicada pelas Rés foi fundada no não cumprimento grave e persistente da autora, que tornou inexigível a manutenção dos contratos de franquia. A cessação antecipada, a que foram obrigadas, gerou prejuízos às Rés; além disso, porque divulgaram a marca da Autora, têm direito a indemnização de clientela; finalmente, ainda a acertos das relações comerciais tidas lugar.

A Autora apresentou réplica.

Ao que importa, reafirma a íntegra validade das cláusulas contratuais contidas nos acordos de *franchising*; o seu próprio cumprimento e o incumprimento censurável das Rés; e o encontro de contas, ainda pendente.

Conclui a afirmar a improcedência de toda a excepção peremptória formulada, como das pretensões reconventionais; ainda, a ampliar o pedido contra a 1ª Ré em 528,23 €, saldo do encontro de contas; e, finalmente, a confessar dever

à 2ª Ré, por igual razão, a quantia de 2.534,81 €, valor a compensar daquele que esta venha a ser condenada a pagar-lhe.

Houve, ainda, tréplica das Rés.

Em sede de audiência de discussão e julgamento as Rés ofereceram articulado superveniente para alegarem factos, no essencial, consistentes na circunstância de a Autora ter aberto estabelecimento de óptica, a menos de cem metros do estabelecimento da 1ª Ré, bem como vindo a contactar clientes desta para lhos dar a conhecer (fls. 922 a 923).

Ouvida a Autora, foi porém proferido despacho a rejeitar esse articulado (fls. 923 a 924).

A final, foi proferida sentença, cujo sentido, ao que mais importa, foi o de julgar a acção parcialmente procedente e, por consequência:

- a) Condenar a 1ª ré a pagar à autora a quantia de 1.750,00 €, acrescida de juros de mora, à taxa comercial, desde a citação;
- b) Condenar a 1ª ré a pagar à autora a quantia de 528,23 €;
- c) Absolver as rés do remanescente petitionado.

E, quanto à reconvenção, julgá-la parcialmente procedente e, por consequência, condenar a autora a pagar à 2ª ré a quantia de 1.993,14 €, acrescida de juros de mora, à taxa comercial, desde a notificação da reconvenção.

Inconformada, interpôs a Autora recurso de Apelação da sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa ( recurso independente) e também as Rés, por sua vez, interpuseram recurso de Apelação ( recurso subordinado).

A Relação julgou:

«O recurso independente parcialmente procedente, pelo que decidiu alterar a sentença recorrida, na parte em que absolveu a 1ª ré BB de pagar à autora a quantia de 26.750,00 €, por aplicação da cláusula 24º, 1.1.1., do contrato de franquia, condenando agora a (mesma) ré BB a pagar à autora a quantia de 18.750,00 € (dezoito mil setecentos e cinquenta euros) e juros, à taxa comercial, desde 30 de Junho de 2008, até efectiva entrega, confirmando apenas a absolvição remanescente, e confirmando no mais a sentença recorrida;

O recurso subordinado parcialmente procedente, mantendo o despacho interlocutório que, proferido em sede de audiência de discussão, aí rejeitou o articulado superveniente produzido pelas rés, confirmando, na sua íntegra, a decisão proferida sobre a matéria de facto, em especial, as respostas dadas aos quesitos 1º a 5º, 25º e 26º da base instrutória, mas revogando a sentença recorrida, na parte em que condenou a 1ª ré BB a pagar à autora a quantia de 1.750,00 €, por aplicação da cláusula 24ª, 1.4.1., do contrato de franquia, absolvendo agora a (mesma) ré BB desse pagamento, e confirmando, em tudo o mais, a sentença i recorrida.

A Ré BB - Comércio e Serviços de Óptica, Lda., interpôs do acórdão que assim decidiu, recurso de Revista nos termos do disposto no artº. 722/1/a), do CPC, assim o considerando Revista nos termos normais.

A Autora, porém, interpôs Revista que expressamente qualificou como **excepcional**, invocando como verificados os pressupostos de admissibilidade previstos nas als. a) e c) do n.º 1 do artº 721 °-A do Cód.Proc. Civil.

A Digna Formação a que se refere o nº 3 do artº-721-A do CPC, por douto Acórdão de 8 de Setembro de 2011, deliberou **não admitir a presente Revista como excepcional**, determinando, contudo, que os presentes autos fossem remetidos à distribuição normal, em virtude de ter considerado inexistente a dupla conforme que vinha invocada, na medida em que a Relação não confirmou, em termos irrestritos, a decisão da 1ª Instância, não sendo, destarte, caso de Revista excepcional, *ex vi* do nº 3 ( *a contrario*) artº 721º do CPC.

Distribuídos os autos como Revista normal, cumpre conhecer e decidir dos presentes recursos.

Comecemos, antes do mais, por perfilar as conclusões das duntas alegações de ambas as Recorrentes:

## CONCLUSÕES

### **A) Da Recorrente AA, Unipessoal Limitada (Autora)**

1. A Recorrente instaurou a presente acção contra as Recorridas, com base no facto de estas terem resolvido ilicitamente os contratos de franquia que celebraram com aquela, antes do termo do prazo contratual aí previsto.

2. Os contratos de franquia em causa são regidos de acordo com a vontade das partes (artigo 405.º do Código Civil) e pelo regime legal do contrato de agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho) aplicado por analogia e, subsidiariamente, pelo Código Civil.

3. Tal como o Tribunal *a quo* entendeu, apesar de a resolução contratual efectuada pelas Recorridas ser ilícita, os contratos de franquia cessaram automaticamente, já que a resolução operou através de mera declaração extrajudicial receptícia (artigos 224º, nº 1, e 436.º, n.º 1, do Código Civil).

4. Ora, tendo as Recorridas resolvido os contratos de franquia que celebraram com a Recorrente ilicitamente, aquelas são responsáveis pelos danos causados à Recorrente - o que é reconhecido na página 49 do Acórdão recorrido, na qual se refere o seguinte: "*O adimplente, aqui, é confrontado com uma resolução ilícita da outra parte; e é esta que lhe desencadeia, por um lado, a inexigência, de manutenção da relação negociai nas condições antes descritas, e por outro lado **o seu crédito a uma indemnização, suportada nessas mesmas razões***".

5. Tal indemnização deve incluir os lucros cessantes (artigos 564.º, 566.º e 798.º do Código Civil ex vi artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 178/86).

6. Com base neste fundamento, a Recorrente peticionou a condenação das Recorridas a suportar os lucros cessantes daquela, os quais correspondem às contrapartidas contratuais (*royalties* e "*taxa de fidelização*", cfr. respectivamente cláusulas 6.a e cláusula 8ª, n.ºs 1 e 2, e Anexo IV, dos contratos de franquias -factos xvi e xix do Acórdão recorrido) que as Recorridas estavam obrigadas a pagar no período contratual que se recusaram a cumprir (através da resolução ilícita dos contratos de franquia).

7. Ignorando as particularidades subjacentes ao caso concreto, o Tribunal *a quo* julgou improcedente este pedido indemnizatório, porque, por um lado, entendeu que a Recorrente "corroborou" a resolução das Recorridas, e, por outro lado, entendeu que a indemnização peticionada pela Recorrente corresponderia ao interesse contratual positivo, o qual não seria atendível no caso de resolução, já que criaria uma situação de desequilíbrio entre as partes.

8. Todavia, os lucros cessantes peticionados pela Recorrente por força da aludida resolução ilícita subsumem-se ao interesse contratual negativo

(artigos 564.º e 798.º do Código Civil ex vi artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 178/86).

9. Com efeito, caso tudo se passasse como se a Recorrente não tivesse celebrado os contratos de franquia com as Recorridas, aquela teria tido a oportunidade de implementar juntamente com terceiros a sua rede de franquia na **zona de exclusividade** em que as Recorridas exploravam as lojas "....." (i.e. Benfica, em Lisboa), pelo que teria beneficiado da remuneração por ter franquizados nessa zona, nomeadamente durante o período contratual que as Recorridas se recusaram a cumprir (i.e. *royalties* e "taxa de fidelização").

10. O certo é que a Recorrente não "concedeu" a sua franquia a terceiros na zona ..... precisamente porque tinha celebrado contratos de franquia com as Recorridas, os quais lhe conferiam o direito a lucros pela implementação de estabelecimentos "....." em Benfica.

11. A cessação ilícita e abrupta dos contratos de franquia inviabilizou a Recorrente de ter a remuneração que teria, caso tivesse tido a possibilidade de contratar com outros franquizados *ab initio*. Ao invés, a Recorrente despendeu tempo e investimentos (formação, assistência, etc.) com as Recorridas (factos xxv a xxix do Acórdão recorrido).

12. Estes lucros cessantes designam-se frequentemente por "custos de oportunidade", os quais se traduzem nos custos relativos à melhor utilização alternativa dos recursos (a conclusão de um outro negócio, o tempo e o dinheiro desperdiçados, etc.) ocupados pelo lesado.

13. Na verdade, o vínculo jurídico que ligava a Recorrente e as Recorridas por um determinado prazo afigura-se essencial nesta matéria, já que a expectativa que aquela tinha relativamente à duração dos contratos de franquia fez com que a Recorrente gastasse tempo e investimento nas Recorridas, impedindo a canalização de recursos na procura e formação de outros franquizados para a zona de Benfica.

14. Aliás, se nos contratos de distribuição por tempo indeterminado (onde há uma maior instabilidade quanto ao futuro do contrato, visto que pode ser denunciado *ad nutum* - artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 178/86), a resolução ilícita dá lugar a uma indemnização por ser equiparável a uma denúncia sem pré-aviso, **por maioria da razão**, nos contratos de distribuição por tempo determinado (onde há uma legítima expectativa quanto ao prazo de duração

do contrato), a resolução ilícita tem de conferir à parte lesada o direito a uma indemnização.

15. Na verdade, ao não atribuir qualquer indemnização à Recorrente por força da resolução ilícita operada pelas Recorridas, o Tribunal a quo está a reconhecer que a resolução ilícita confere a possibilidade de as Recorridas se eximirem livremente às suas obrigações e desrespeitarem os prazos contratuais, os quais,, apesar de estipulados nos contratos, não têm força vinculativa e de nada servem.

16. Ao decidir como decidiu, o Tribunal a quo interpretou e aplicou erradamente os artigos 32.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, e os artigos 798.º e 564.º do Código Civil, ignorando os artigos 406.º, n.º 1, 762.º e 763.º do mesmo Código, pois o direito a indemnização por resolução ilícita dos contratos dos autos integra a indemnização por lucros cessantes, i.e. o valor correspondente ao que a Recorrente deixou de receber por força da conduta - ilícita - das Recorridas.

17. Acresce ainda que o Tribunal a quo violou a 1.a parte do artigo 664.º do Código de Processo Civil ao referir que não poderia configurar os prejuízos da Recorrente como interesse contratual negativo, já que os factos juridicamente relevantes foram alegados e provados, cabendo ao Tribunal a aplicação officiosa do direito (independentemente da qualificação jurídica feita pelas partes).

18. Contudo, ainda que se entenda que os lucros cessantes peticionados pela Recorrente integram o interesse contratual positivo - sem conceder -, a Recorrente tem direito a ser indemnizada.

19. Desde logo, em rigor, no caso concreto não há cumulação da resolução com o interesse contratual positivo, uma vez que a resolução foi operada pelas Recorridas e quem tem direito a ser ressarcida é a Recorrente. Assim, ainda que se entenda - sem conceder - que a lei veda a cumulação da resolução com a reparação pelo interesse contratual positivo, tal proibição não tem aplicação ao caso dos autos.

20. Ao decidir como decidiu, o Tribunal a quo interpretou e aplicou erradamente a lei, ou melhor, o entendimento acerca da interpretação a dar a esta, segundo o qual a resolução não é cumulável com o pedido de indemnização pelo interesse contratual positivo. É que tal tese só fará sentido quando seja o autor da resolução a peticionar tal indemnização - o que, manifestamente, não é o caso.

21. De todo o modo, sempre se diga que, atentas as particularidades inerentes aos contratos de franquia, em caso de resolução a Recorrente tem direito a ser ressarcida pelo interesse contratual positivo e não pelo interesse contratual negativo. É esta a conclusão que resulta da interpretação da lei, devendo-se atender, para este fim, aos elementos teleológico, sistemático, histórico e, ainda, ao direito comparado.

22. De acordo com uma interpretação teleológica da lei, o interesse contratual negativo visa colocar a parte lesada na posição em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado. Atento que, no caso concreto, a resolução apenas opera para o futuro (artigo 434.º, n.º 2, do Código Civil), não é possível, nem lícito, "apagar" a circunstância de as partes terem celebrado um contrato, não podendo, por isso, ser equacionada a situação em que a parte lesada estaria caso "não tivesse celebrado um contrato".

23. Aliás, tanto assim é que, nos casos do n.º 2 do artigo 434.º do Código Civil, os efeitos do regime da nulidade (artigo 289.º do Código Civil) não são aplicáveis.

24. Posto isto, e uma vez que, no caso concreto, as prestações que a Recorrente efectuou não lhe são restituídas, caso não se atenda ao interesse contratual, positivo, a resolução terá um efeito liberatório para as Recorridas, sendo, em consequência, os artigos 406.º, n.º 1, 762.º e 763.º do Código Civil "letra morta", para estas.

25. A resolução visa proteger a parte cumpridora e não conferir à parte inadimplente um mecanismo liberatório ad nutum, pelo que a decisão recorrida subverteu a ratio legis deste instituto jurídico. É que o entendimento de que não se pode cumular a resolução com o pedido de indemnização pelo interesse contratual positivo apenas se poderá justificar naquelas situações em que a resolução opera retroactivamente, de forma a não colocar a parte lesada em situação mais favorável do que estaria caso o contrato fosse cumprido; num tal caso, a parte lesada receberia o que houvesse prestado mais a indemnização, enquanto que, no caso dos autos, tal não sucede.

26. Acresce que a reparação da Recorrente pelo interesse contratual positivo não viola o equilíbrio contratual (nem lhe confere um benefício excessivo), na medida em que o incumprimento definitivo das Recorridas alterou o programa contratual (i.e. o sinalagma inicial), não devendo aquela ser prejudicada pela resolução ilícita dos contratos (que lhe foi imposta). Com efeito, a interpretação da lei seguida pelo Tribunal a quo conduz a uma

situação manifestamente injusta e contrária à letra e ao espírito da lei, colocando o lesado - ou seja, a ora Recorrente - numa situação mais desfavorável do que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido até ao seu termo.

27. O que interessa, pois, é a **justa** composição do litígio e essa apenas ocorrerá admitindo-se o ressarcimento da Recorrente pelos lucros que deixou de auferir por força do comportamento - ilícito, reitere-se - das Recorridas, sendo que tal entendimento tem vindo a ser sufragado quer pela Doutrina quer pela Jurisprudência, designadamente deste Supremo Tribunal.

28. O facto de a Recorrente ter celebrado com as Recorridas contratos de franquia com prazo determinado confere-lhe o direito à remuneração a que teria direito nesse mesmo prazo contratual. Ora, tendo sido privada desta contrapartida, a Recorrente tem um prejuízo, a título de lucro cessante, que é atendível, nos termos e para os efeitos dos artigos 564.º, 566.º e 798.º do Código Civil ex vi artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 178/86.

29. De resto, na interpretação teleológica da lei, vale, igualmente, o argumento acima apontado (por maioria da razão) quanto à indemnização nos casos de resolução ilícita nos contratos de distribuição por tempo indeterminado.

30. De acordo com uma..interpretação da lei conforme o elemento sistemático, o n.º 1 do artigo 802.º do Código Civil prevê que, em caso de impossibilidade parcial, o credor tem direito à indemnização quer haja, ou não, resolução do negócio, sendo, por isso, possível cumular a resolução com o interesse contratual positivo.

31. Se o legislador quisesse apenas salvaguardar o interesse contratual negativo em caso de incumprimento definitivo, tê-lo-ia feito expressamente em sede do regime geral de incumprimento (artigo 798.º do Código Civil), à semelhança da redacção que adoptou no artigo 908.º do Código Civil, no âmbito do regime especial da venda de bens onerados.

32. Atendendo ao elemento histórico, importa considerar que dos trabalhos preparatórios do Código Civil português resulta evidente que a proibição da cumulação do interesse contratual positivo com a resolução expressamente consagrada no anterior § 325(1) do BGB foi deliberadamente rejeitada por não ser considerada razoável. De resto, após a reforma de 2001/2002 do BGB, o direito alemão passou a permitir a cumulação do interesse contratual positivo com a resolução.

33. Na perspectiva do direito comparado, importa atentar que, além do direito alemão, também o direito francês e italiano, bem como os princípios do UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais e a Convenção de Viena sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias permitem a reparação do interesse contratual positivo em caso de resolução.

34. Por último, sempre se diga que, ao contrário do que o Tribunal recorrido sustenta, a concessão da indemnização peticionada pela Recorrente por força da resolução ilícita não criaria um desequilíbrio, desde logo, porque o montante peticionado pela Recorrente não corresponde à totalidade da prestação devida que esta iria receber caso os contratos de franquia permanecessem em vigor até aos respectivos termos (tendo sido aplicada uma redução por referência a critérios objectivos).

35. Assim sendo, a Recorrente nunca seria (e não será) colocada numa situação melhor do que aquela que resultaria do cumprimento integral dos contratos de franquia. Posto isto, o Tribunal recorrido violou o n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil.

36. Em todo o caso, a "pseudo-preocupação" do Tribunal a quo sempre seria evitada caso a indemnização fosse fixada com recurso à equidade, nos termos e para os efeitos do n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil, sendo certo que - conforme o Tribunal a quo reconheceu - foram provados danos no caso concreto. Assim, também este preceito foi violado pelo Acórdão recorrido.

37. Acresce que a "pseudo-preocupação" do Tribunal *a quo* não faz qualquer sentido, na medida em que as Recorridas - além de terem resolvido ilicitamente os contratos de franquia - continuaram a auferir de benefícios em virtude da exploração de lojas próprias no ramo da óptica, em clara violação da obrigação pós-contratual de não concorrência no período pós-contratual (cfr. factos xi e xii do Acórdão recorrido e cláusula 12ª dos contratos de franquia a que se reportam os factos xvi e xix do Acórdão recorrido).

38. Em todo o caso, sempre se diga que, a partir do momento em que as Recorridas resolveram ilicitamente o contrato, a verdade é que o sinalagma e o equilíbrio contratual ficou irremediavelmente quebrado, já que os objectivos negociais foram frustrados.

39. Em face do exposto, é forçoso concluir que o Tribunal *a quo*, ao julgar improcedente o pedido indemnizatório por força da resolução contratual ilícita

operadas pelas Recorridas, violou os artigos 798.º, 564.º e 566.º do Código Civil, e, ainda, os artigos 406º, n.º 1, 762.º e 763.º do Código Civil.

40. Resulta da matéria provada que, mediante a resolução ilícita do contrato de franquia, a 1ª Recorrida causou à Recorrente um lucro cessante de € **57.542,67**, tendo a 2ª Recorrida causado à Recorrente um lucro cessante de € **55.748,78** (factos xxxv e xxxvi do Acórdão recorrido).

Considera a Recorrente que, em face do exposto, deve:

a) a 1ª Recorrida ser condenada a pagar à Recorrente o valor de € 57.542,67 (acrescidos de juros de mora vencidos, desde a citação, e vincendos), a título de lucros cessantes, por força da resolução ilícita do contrato de franquia;

b) a 2.ª Recorrida ser condenada a pagar à Recorrente o valor de € 55.748,78 (acrescidos de juros de mora vencidos, desde a citação, e vincendos). a título de lucros cessantes, por força da resolução ilícita do contrato de franquia.

### **B) Da Recorrente BB - Comércio e Serviços de Óptica, Lda (Ré)**

A. A recorrente não foi responsável pelo facto de em 19.06.2008, os sinais distintivos e imagem da autora constarem de publicidade nas Páginas Amarelas na Internet (docs. fls. 451 e 452);

B. Os documentos de fls. 548-549 dos autos representam a factualidade instrumental que foi considerada na decisão de 1ª Instância, (artigo 264.º, n.º 2, do C.P.C.) dos quais resulta que a recorrente comunicou à Páginas Amarelas que a marca da autora, CC, não deveria ser mais associada à recorrente a partir de 1 de Março de 2008;

C. Esta comunicação foi enviada ainda antes da data em que produziria efeitos a resolução do contrato de franquia;

D. Logo que a recorrente tomou conhecimento que a Páginas Amarelas não tinham procedido a tal alteração na Internet, reclamou de imediato perante aquela; (doc. fls. 549)

E. A Páginas Amarelas, SA, assumiu a reclamação da reclamante;

F. A recorrente não pode ser responsabilizada pela manutenção nas Páginas Amarelas na Internet do logo da autora associado ao seu estabelecimento, à margem da sua manifestação de vontade,

G. O facto H. alude à publicidade nas Páginas Amarelas e não especificamente às Páginas Amarelas na Internet, sendo que a publicidade em causa estava associada, exclusivamente, às Páginas Amarelas na Internet (facto I.) e não também em relação aquela;

H. A recorrente retirou do seu estabelecimento, no exterior e no interior, todos os elementos que aludissem ou pudessem estar relacionados com a CC, isto ainda antes de 01.03.2008;

I. Acontece até que a recorrente foi "sancionada" pela CC com cessação dos contratos de franquia e a saída da rede de franquia, apenas porque a recorrente retirou do seu estabelecimento os sinais distintivos da autora que se encontravam associados ao seu estabelecimento (facto xlviii, cuja prova decorre do acordo das partes - art. 105º da contestação e artºs. 46º e 47º da réplica e doe. fls. 547);

J. Não deixa assim de ser uma contradição a imputação pela autora à recorrente da violação das obrigações pós contratuais, traduzidas no referido anúncio nas Páginas Amarelas na Internet;

K. A autora apesar de ter tido conhecimento do anúncio em causa, não só não interpelou a recorrente para eliminar tal situação, como também não tomou quaisquer medidas que julgasse necessárias para a supressão de tal uso, aproveitando-se da situação que ela própria conhecia (referência nas Páginas Amarelas na Internet), e que a recorrente desconhecia;

L. De acordo com o disposto na cláusula 24ª, nº 2 a autora deveria ter tomado as medidas que julgasse necessárias para suprimir tal uso, o que ela nunca fez, nem sequer uma simples e breve interpelação, ou, uma qualquer medida de natureza cautelar;

M. Todas as obrigações pós contratuais da recorrente constantes nos n.ºs 1.2., 1.3. e 1.4., da cláusula 24ª do contrato de franquia foram integralmente cumpridas e satisfeitas pela recorrente;

N. O desvio de clientela invocado reporta-se à publicidade nas Páginas Amarelas, esta sim abrangendo um público alvo muito mais significativo, e não especificamente à publicidade nas Páginas Amarelas na Internet;

O. Estamos, pois, perante uma situação de inexistência de prejuízos por parte da autora, o que não foi devidamente relevado no duto acórdão recorrido, nomeadamente nos termos e para os efeitos de disposto no art. 811/3 do CC;

P. A recorrente cumpriu as obrigações pós contratuais estabelecidas na cláusula 24º, nº 1.1. - não usou a marca CC, nomeadamente no exterior e no interior do seu estabelecimento; não usou as designações e/ou insígnias comerciais no exterior e no interior do seu estabelecimento; não usou letreiros, modelos de utilidade, desenhos e lay outs e não usou, nem utilizou, direitos de autor, saber-fazer ou patentes associados, constitutivos da imagem comercial da autora;

Q. Sem conceder, e por mero dever de patrocínio, mesmo que seja aceite a presunção de culpa estatuída no art. 799 do CC, o Venerando Tribunal a quo, deveria ter aplicado o disposto no art. 812/2 do CC, reduzindo, de acordo com a equidade, a cláusula penal fixada no contrato, atento o cumprimento, pelo menos parcial pela recorrente das suas obrigações pós contratuais (cláusula 24º, nº 1.1.);

R. O douto acórdão recorrido ao julgar válida a convenção entre as partes de uma clausula de não concorrência, como a cláusula 12a do contrato de franquia, findo o contrato de franquia, em que não se estabeleça expressamente o direito do franquiado a uma compensação violou o disposto no artigo 18.º, al. h) do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro e no artigo 13.º, al. g), do D.L. n.º 178/86, de 3 de Julho;

S. Ao contrato de franquia é de aplicar, nos termos gerais, o regime das cláusulas contratuais gerais, sempre que, atentos os pressupostos deste regime, estejam preenchidas as condições da sua aplicabilidade" (Pedro Romano Martinez, Contratos Comerciais; Principia, 2001, pp. 26-27) e acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13/12/2001, in C.J., t. V, p. 270;

T. A lei reguladora do contrato de agência (D.L. n.º 178/86, de 3 de Julho) constitui o diploma integrador das relações contratuais de franquia, sendo que o seu artigo 13º, al. g), dispõe que o agente tem designadamente direito a uma compensação, pela obrigação de não concorrência após a cessação do contrato;

U. A lei admite a possibilidade de estipulação de um pacto de não concorrência, mas a sua estipulação só será válida se se contiver nos termos legalmente admissíveis, entre os quais se encontra o estabelecimento de tal compensação;

V. A cláusula 12.º encontra-se inserta sem que no contrato exista qualquer previsão de compensação ao franquiado pela obrigação de não concorrência, o

que consubstancia a previsão de uma cláusula geral absolutamente proibida - cfr. artigo 18.º, al. h) do D.L n.º 446/85, de 25 de Outubro;

AA. Em qualquer caso, com a proibição de o franquiado continuar a utilizar os sinais distintivos e o saber - fazer do franquiador depois de findo o contrato, fica suficientemente protegido o interesse da manutenção da clientela do franquiador;

AB. No contrato de franquia é a "imagem de marca", ou seja, são os sinais distintivos do franquiador e o saber - fazer transmitido ao franquiado que, essencialmente, angariam clientela;

AC. A cláusula 12a do contrato de franquia não pode assim fundamentar qualquer pedido atinente ao exercício de direitos da autora relacionados com tal previsão.

Conclui, afirmando que deve:

A. O duto acórdão recorrido ser revogado na parte em que condenou a ora recorrente a pagar à autora a quantia de €18.750,00 e juros, à taxa comercial, desde 30 de Junho de 2008, até efectiva entrega e, consequentemente, a ora recorrente absolvida de tal condenação;

B. Ser o duto acórdão revogado na parte em que considerou válida e eficaz a cláusula 12ª dos contratos de franquias, enquanto onerando as franquiadas à obrigação de não concorrência, no ano seguinte ao termo dos contratos e, consequentemente, ser considerada como inválida a convenção entre as partes de uma clausula de não concorrência, como a cláusula 12ª do contrato de franquia, findo o contrato de franquia, em que não se estabeleça expressamente o direito do franquiado a uma compensação, tudo com as legais consequências.

Foram apresentadas contra-alegações por ambas as partes, defendendo a improcedência do recurso da respectiva contra-parte.

Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir, pois nada obsta ao conhecimento do objecto do presente recurso, sendo que este é delimitado pelas conclusões da alegação do Recorrente, nos termos, essencialmente, do artº 684º, nº 3 do CPC, como, de resto, constitui doutrina e jurisprudência firme deste Tribunal.

## **FUNDAMENTOS**

## **Fundamentos de Facto**

Das instâncias vem dada, como definitivamente **provada**, a seguinte factualidade:

**i.** A autora é uma sociedade comercial unipessoal por quotas, cujo objecto social consiste na:

(i) comercialização de material óptico e optométrico, tanto em Portugal, como no estrangeiro, mediante a importação e exportação por grosso e a retalho;

(ii) prestação de serviços de qualquer espécie relacionados com a óptica, optometria;

(iii) gestão de centros ou quaisquer instalações de audiometria oftalmológicas ou similares e sua implementação;

(iv) exploração de estabelecimentos de ópticas; a aquisição e alienação de patentes, direitos de autor, processos industriais secretos, know-how e quaisquer outros tipos de direitos de propriedade intelectual;

(v) cedência de licenças sobre tais direitos e a aquisição de licenças relativamente aos mesmos direitos;

(vi) prestação de serviços a terceiros, condução de negócios próprios, bem como por conta de terceiros; e

(vii) participação, financiamento, administração ou qualquer outro interesse noutros negócios e empresas

- alínea a) matéria assente.

**ii.** A autora é titular dos seguintes sinais distintivos:

(i) “.....” (tipo de sinal misto), insígnia de estabelecimento, registada junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sob o CC 00000;

(ii) “.....” (tipo de sinal figurativo), insígnia de estabelecimento registada junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sob o CC 00000;

(iii) “.....” (tipo de sinal verbal), nome de estabelecimento registado junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sob o CC 00000;

(iv) “..... N.º..EM SERVIÇOS ÓPTICOS” (tipo de sinal misto), marca nacional registada junto do Instituto Nacional da Propriedade

Industrial sob o CC 00000; e

(v) “TENHA UM DESCONTO IGUAL À SUA IDADE” (tipo de sinal misto), marca nacional registada junto do Instituto Nacional da Propriedade

Industrial sob o CC 00000

- resposta ao quesito 47º da base instrutória.

**iii.** A autora promove a sua imagem através de campanhas publicitárias com divulgação junto do público-alvo, designadamente com a difusão de publicidade nos canais televisivos, em horário nobre, rádios, imprensa escrita e outdoors publicitários, o que implica custos para a autora - resposta ao quesito 48º da base instrutória.

**iv.** Os senhores DD e EE foram trabalhadores da autora, entre 1989 e 1991 - alínea f) matéria assente.

**v.** DD foi gerente de estabelecimentos comerciais da autora - alínea g) matéria assente.

**vi.** EE desempenhou a função de técnico de óptica - alínea h) matéria assente.

**vii.** A 1ª ré é uma sociedade comercial por quotas, que tem por objecto social o comércio e serviços de óptica ocular e actividades conexas, designadamente representações e oculista-optometrista - alínea b) matéria assente.

**viii.** A 2ª ré é uma sociedade comercial por quotas, cujo objecto social consiste no comércio de material didáctico e agência de documentação automobilística, comércio e serviços de óptica ocular e actividades conexas, designadamente representações e oculista-optometrista - alínea c) matéria assente.

**ix.** Ambas as rés têm como sócios-gerentes os senhores DD e EE - alínea d) matéria assente.

**x.** DD e EE detêm a qualidade referida na **alínea d)**, na 1ª ré, desde 1991, e, na 2ª ré, desde 2001 - alínea e) matéria assente.

**xi.** A 1ª ré explora dois estabelecimentos comerciais ópticos sitos na Estrada ....., n.º 757-B, e na Avenida do Uruguai, n.º 39-C, ambos em Lisboa - alínea ff) matéria assente.

**xii.** A 2ª ré explora um estabelecimento comercial óptico sito na Estrada ....., n.º 461-A, também em Lisboa - alínea gg) matéria assente.

**xiii.** Nos estabelecimentos ora referidos, as rés vendem ao público armações de óculos graduados, lentes graduadas, lentes de contacto, óculos de sol, bem como, demais produtos acessórios no ramo óptico - alínea hh) matéria assente.

**xiv.** Entre CC, como primeiro outorgante, e BB - Comércio e Serviço de Óptica, Ld.ª, como segunda outorgante, representada esta por DD, FF e EE, foi celebrado “Acordo de Franquia”, com data de 1 de Setembro de 1991 (doc fls. 605 a 612) - alínea i) matéria assente.

**xv.** Em Agosto de 1993, a 1ª ré, representada pelos respectivos sócios-gerentes, passou a explorar um outro estabelecimento comercial “CC”, sito na Estrada ....., n.º 757, letra B, em Lisboa - alínea j) matéria assente.

**xvi.** A 29 de Novembro de 1999, a autora e a 1ª ré, representada pelos seus sócios-gerentes, celebraram um novo contrato de franquia (doc fls. 89 a 104 e docs fls. 105 a 112) - alínea m) matéria assente.

**xvii.** Nos termos do acordo referido na **alínea m)**, a 1ª ré exploraria, com exclusividade territorial na área ....., e no âmbito da respectiva relação de franquia, os estabelecimentos comerciais “CC” sitos na Estrada ....., n.º 757-B (designado por “Benfica 1”), e na Avenida do Uruguai, 39-C, ambos em Lisboa (cláusulas 5ª e 7ª, nº 1, do contrato de franquia) - alínea n) matéria assente.

**xviii.** Em 2000, os antes referidos sócios-gerentes adquiriram a totalidade das quotas representativas do capital social da 2ª ré, com vista ao alargamento das relações de franquia com a autora, através da exploração de mais um estabelecimento comercial “CC” - alínea l) matéria assente.

**xix.** A 20 de Dezembro de 2000, a 2ª ré, através dos respectivos sócios-gerentes - os senhores DD e EE -, e a autora celebraram um contrato de franquia (doc fls. 113 a 128 e docs fls. 129 a 135) - alínea o) matéria assente.

**xx.** Nos termos do acordo referido na **alínea o)**, a 2ª ré passaria a explorar, com exclusividade territorial, um estabelecimento comercial “.....” sito na Estrada ....., n.º 461-A, em Lisboa (designado por “Benfica 2”) (cláusulas 5ª e 7ª, n.º 1, do contrato de franquia) - alínea p) matéria assente.

**xxi.** Ambos os contratos de franquia (**alíneas m) e o)** foram celebrados por um período inicial de 10 anos, sendo ambos “renovável automaticamente por idênticos e sucessivos períodos, salvo denúncia de qualquer dos contraentes com a antecedência mínima de cento e oitenta dias relativamente ao termo do mesmo” (cláusula 22ª, n.º 1, de cada um dos contratos de franquia) - alínea q) matéria assente.

**xxii.** E, tendo em conta que os contratos de franquia foram celebrados em datas diferentes, o contrato de franquia celebrado entre a autora e a 1ª ré terminaria o seu primeiro período de vigência em 28 de Novembro de 2009, terminando o período inicial do contrato de franquia celebrado entre a autora e a 2ª ré a 19 de Dezembro de 2010 - alínea r) matéria assente.

**xxiii.** À excepção do CC e localização dos estabelecimentos comerciais a explorar pelas rés, bem como do momento de início e de cessação do primeiro período contratual, ambos os contratos de franquia foram celebrados exactamente nos mesmos termos e condições - alínea s) matéria assente.

**xxiv.** Em ambos os contratos de franquia foi convencionado o conjunto de termos contratuais típicos e próprios de uma relação de franquia, nomeadamente, a cedência pela autora às rés do uso da marca “.....” (cláusula 2ª dos contratos de franquia) - alínea t) matéria assente.

**xxv.** A autora sempre proporcionou formação, interna e externa, aos seus franquiados - resposta ao quesito 7º da base instrutória.

**xxvi.** A autora desencadeou assistência específica para os colaboradores dos estabelecimentos comerciais dos franquiados, como é exemplo o caso da formação inter-franquiados “Oferecer Emoções” - resposta ao quesito 8º da base instrutória.

**xxvii.** Nas diversas formações organizadas pela autora, foi proporcionada documentação aos franquiados - resposta ao quesito 9º da base instrutória.

**xxviii.** Nas reuniões inter-regionais realizadas com os franquizados sempre foi prestada assistência e formação, bem como fornecida diversa documentação pela autora - resposta ao quesito 10º da base instrutória.

**xxix.** Foi proporcionada às rés uma avaliação exaustiva do desempenho do seu estabelecimento, onde são identificados os pontos a melhorar na gestão dos respectivos estabelecimentos - resposta ao quesito 11º da base instrutória.

**xxx.** O que foi feito através de um programa designado “Cliente Mistério” - resposta ao quesito 12º da base instrutória.

**xxxi.** Todos os franquizados eram informados das condições estipuladas entre a autora e os fornecedores - resposta ao quesito 13º da base instrutória.

**xxxii.** Relativamente a campanhas de publicidade ou de divulgação da marca, as mesmas eram pagas pela autora, no que respeitava a campanhas de âmbito territorial nacional e, pelas rés, no que respeitava a específicas campanhas de âmbito territorial local - resposta ao quesito 27º da base instrutória.

**xxxiii.** A autora recusou as iniciativas publicitárias que as rés lhe propuseram, à excepção de uma - resposta ao quesito 29º da base instrutória.

**xxxiv.** O seguro que permitia aos clientes das lojas directamente exploradas pela autora de beneficiarem de determinadas condições, (substituição e reembolso das lentes e armações durante determinado prazo) não podia ser contratado pelas rés ou deles beneficiarem - resposta ao quesito 31º da base instrutória.

**xxxv.** O valor das compras no ano de 2007 foi de 307.904,13 €, entre ambas as rés (sendo 189.246,32 €, respeitantes à 1.ª ré e 118.657,81 €, respeitantes à 2.ª ré) - resposta aos quesitos 16º, 17º e 21º da base instrutória.

**xxxvi.** O «custo das vendas» ascende a cerca de 45%, ou seja, do valor total das vendas, 45% são custo - resposta ao quesito 18º da base instrutória.

**xxxvii.** A autora elaborou “Aditamento[s] ao[s] Contrato[s] de Franquia” (docs fls. 531 a 536 e 537 a 542) - alínea ii) matéria assente.

**xxxviii.** Em 17 de Julho e 15 de Dezembro de 2007, realizaram-se reuniões entre a autora e diversos franquizados - alínea u) matéria assente.

**xxxix.** Nas reuniões referidas na **alínea u)**, a autora divulgou e explicou amplamente aos seus franquiados a proposta de alteração dos termos dos contratos de franquia celebrados com estes últimos, nos termos dos documentos mencionados na **alínea ii)**, tendo tal proposta surgido no contexto de revisão do modelo contratual de franquia a adoptar para o futuro com novos franquiados, o qual, a autora, igualmente, divulgou junto dos seus franquiados actuais, sendo que, este modelo traduzia as propostas constantes de um documento entregue aos franquiados, junto como doc fls. 136 a 139 - resposta aos quesitos 1º a 5º da base instrutória.

**xl.** As rés não estiveram presentes na reunião que ocorreu em 15 de Dezembro de 2007 - alínea v) matéria assente.

**xli.** As rés endereçaram uma comunicação à autora, datada de 10 de Janeiro de 2008 - e recebida pela autora a 14 de Janeiro de 2008 -, onde está exarado, designadamente:

*“devo manifestar a estranheza e a surpresa dos meus clientes, e já agora a minha própria, pelo recebimento de aditamentos aos contratos de franquia em vigor, ainda por cima já assinados pela v/ empresa, sem que os mesmos tivessem sido objecto ou precedidos de quaisquer negociações ou prévios entendimentos”,*

*“a circunstância de não ter existido qualquer processo ou procedimento negocial prévio relativo aos aditamentos apresentados, significa que a v/ empresa não pretendeu (nem pretende) negociar ou acordar quaisquer alterações ao contrato, mas tão só impor importantes alterações ao contrato de franquia que representam e acarretam consequências económico-financeiras muito significativas”,*

*“a imposição de tais aditamentos representa uma quebra de confiança e mesmo uma ruptura contratual, que colocam em causa o normal prosseguimento das relações contratuais entre as partes”,*

*“as minhas clientes consideram que o v/ procedimento consubstancia uma situação de incumprimento contratual que não pode ser aceite”*

(doc fls. 140 a 142) - alínea x) matéria assente.

**xlii.** A autora respondeu às rés, através da carta datada de 18 de Janeiro de 2008, referindo o seguinte:

*“Desde logo, notamos que os aditamentos enviados às clientes de V. Ex.<sup>a</sup>, BB - Comércio de Óptica, Lda. e CC, Lda., nada mais são do que propostas contratuais, cuja aplicação depende da aceitação, sem reservas do destinatário. A simplicidade deste facto fala por si”,*

*“verificamos que os documentos para apreciação das clientes de V. Ex.<sup>a</sup> não só não consubstanciam uma proposta contratual final - elemento que, aliás, referimos expressamente na carta que os acompanha -, como foram assinados para segurança adicional dos franquizados, i.e., como sinal inequívoco de que esta é, e não outra, a proposta contratual em discussão”,*

*“em momento algum, se verifica qualquer tipo de incumprimento contratual da ..... - até porque, como V.<sup>a</sup> Ex.<sup>a</sup> pode facilmente apurar, a ..... não aplica nem impõe disposições contratuais que não tenham sido objecto de acordo escrito e assinado por todas as partes envolvidas”.*

Mais *“Agradecemos, aliás, atento o absurdo da insinuação (...) que V. Ex.<sup>a</sup> se exima de comentários adicionais acerca do que esta empresa pretende ou não pretende fazer, relembrando, aliás, que foi a própria ..... quem aconselhou os respectivos franquizados a obter aconselhamento especializado relativamente ao presente assunto, e se mostrou disponível para discutir, em detalhe, os aspectos jurídicos, económicos e financeiros, associados ao modelo contratual aplicado, bem como as demais condições prévias à celebração do contrato, sempre e quando o franquizado nisso tem interesse”,*

*“as clientes de V. Ex.<sup>a</sup> são livres de apreciar, comentar, assinar, ou recusar as alterações sugeridas ao modelo contratual que rege a franquia ....., sem que daí lhes advenha qualquer consequência quanto ao cumprimento do actual contrato de franquia”*

(doc fls. 143 a 145) - alínea z) matéria assente.

**xliii.** As rés enviaram, separadamente, uma comunicação - subscrita pelas próprias - à autora, datadas de 1 de Fevereiro de 2008, onde é possível ler-se o seguinte:

*“os aditamentos enviados nunca foram apresentados como meras e simples propostas contratuais da v/ empresa, mas antes como representando alterações contratuais fechadas e definitivas, insusceptíveis de alteração ou modificação”,*

*“a nossa empresa não recebeu carta alguma da v/ empresa, referindo expressamente que o aditamento enviado não era uma proposta contratual final (...) Do mesmo modo não tivemos conhecimento da divulgação e explicitação da proposta contratual que referem, a qual pura e simplesmente não aconteceu”,*

*“Com efeito, a v/ empresa não cumpriu a obrigação que assumiu de comunicar e transmitir o saber-fazer necessário à exploração do n/ estabelecimento. Ao longo do contrato temos única e exclusivamente dependido de nós próprios sem ter recebido qualquer contributo quanto ao know-how da .....”,*

*“não nos foi proporcionado assistência continuada no decorrer do contrato, sendo que toda a assistência ao nosso pessoal foi prestada exclusivamente pela n/ empresa”,*

*“No que concerne à concepção e realização de acções publicitárias necessárias ao lançamento e divulgação da marca na área de exclusividade da loja, também não recebemos qualquer apoio ou orientação da v/ empresa, tendo mesmo a ..... recusado todas as iniciativas apresentadas pela n/ empresa à excepção de uma”,*

*“temos vindo a suportar custos de campanhas de publicidade debitados pela ....., Unipessoal, Lda., sem que seja apresentada qualquer justificação ou discriminação das mesmas”,*

*“situação igualmente grave é aquela que decorre da utilização pelas lojas detidas e geridas pela ....., de um seguro que nos permite aos clientes de tais lojas beneficiarem de substituição ou reembolso das lentes e armações, durante o prazo de dois anos após a respectiva compra. (...) Importa salientar a este propósito, os sucessivos casos em que somos solicitados por clientes que adquiriram produtos nas v/ lojas e que pretendem exercer os direitos decorrentes de tal seguro, as quais não podemos satisfazer (...) com todas as consequências inerentes a tal situação nomeadamente na n/ imagem perante tais pessoas e entidades”,*

*“A ..... enquanto franchisadora não criou um canal de comunicação e acompanhamento à n/ empresa (...) designadamente no que concerne ao marketing publicidade local, promoções, relações com fornecedores e clientela”,*

*“No que diz respeito aos cálculos de rapel atribuídos à n/ empresa, V. Exas. deixaram de facultar os respectivos cálculos, passando a agir como meros*

*intermediários, recebendo directamente dos fornecedores dos produtos adquiridos pela n/ loja”.*

*E conclui: “o incumprimento grave da v/ empresa das suas obrigações contratuais, o qual torna inexigível o prosseguimento da relação contratual (...). Assim, serve a presente para comunicar a V. Exas. a nossa decisão de resolver o contrato de franchising”,*

*“Não obstante a resolução ora efectuada, a n/ empresa exigirá o ressarcimento dos prejuízos provocados pelo incumprimento contratual da ....., a título indemnizatório”*

**(docs fls. 148 a 153 e 154 a 159) – alínea aa) matéria assente e resposta ao quesito 43º da base instrutória.**

**xliv.** Nos últimos dias de Fevereiro de 2008, as rés procederam à retirada dos reclames exteriores, que referiam o nome da «.....», dos estabelecimentos identificados na cláusula 7ª dos respectivos contratos de franquia - resposta ao quesito 6º da base instrutória.

**xlv.** A autora respondeu, separadamente, às missivas de 1 de Fevereiro das rés, através de comunicações datadas de 28 de Fevereiro de 2008, exarando:

*“Desde logo porque nos parece excessivamente evidente e abusiva a resolução de um contrato fundada na apresentação (...) de uma proposta para um novo acordo, sobretudo tendo em consideração os termos desse acordo e a forma como o mesmo é apresentado aos franquizados, na reunião inter-regional de 17 de Julho de 2007, e em documentação entregue na mesma, na reunião de 15 de Dezembro de 2007 (em que não estiveram presentes) e na documentação enviada a 18 de Dezembro de 2007. Conhecem, por isso, V.ªs Ex.ªs muito bem as boas intenções da .....,”*

*“a ..... irá recorrer, de forma firme e determinada, a todos os meios legais ao seu alcance, para (...) assegurar o cumprimento pontual da obrigação de não concorrência constante do contrato de franquia, nos termos do qual a [CC, Lda. / BB - Comércio e Serviços de Óptica, Lda.] continua vinculada à obrigação de não concorrência constante da cláusula 12ª dos referidos contratos pelo prazo de 1 (um) ano a contar da data da sua resolução - obrigação essa que se considera extensível à actividade prosseguida por V.ªs Ex.ªs ou sociedades criadas, adquiridas ou participadas para o efeito”,*

*“V.ªs Ex.ªs invocam, agora, alegadas falhas da ....., algumas aparentemente duradouras, e que podem consubstanciar, por vezes, o incumprimento ou*

*cumprimento defeituoso do contrato de franquia. Curiosamente, porém, é a primeira vez em 17 anos de relacionamento mútuo, neste e noutros âmbitos, que V.ªs Ex.ªs o fazem. Esse pormenor, assaz curioso, resulta, como veremos, da inexistência ou irrelevância dessas falhas, e do recurso desesperado a toda e qualquer informação que torne legítimo o injustificável”,*

*“a verificar-se a ausência de transmissão daquele saber-fazer (...) como conseguiram V.ªs Ex.ªs, sem qualquer tipo de informação e saber-fazer, criar lojas em tudo idênticas às restantes lojas da franquia, vender os mesmos produtos, obter a rentabilidade esperada, adoptar os mesmos métodos, beneficiar do mesmo sistema de gestão e vendas apresentar o layout e a fachada autorizados para a rede, etc.?” , “se tal não fosse suficiente, V.ªs Ex.ªs teriam certamente recorrido às sessões de formação, de carácter regular e periódico, oferecidas pela ..... aos franquizados, e solicitado a intervenção dos colaboradores da ..... que visitam e dão assistência à loja quinzenalmente”,*

*“e que se tal não fosse também suficiente, V.ªs. Ex.ªs teriam assinalado esse facto nas reuniões inter-regionais periódicas ou simplesmente contactado os responsáveis pela franquia, cujos contactos (inclusive pessoais)” ,*

*“a assistência continuada é voluntária e não imposta, excepto na medida em que um franquizado não cumpre requisitos ou recomendações essenciais”,*

*“como podem V.ªs Ex.ªs ignorar todas as modalidades de assistência prestada pela ....., desde a assistência na localização e escolha de um local apropriado para a loja ....., 461A em Lisboa, no layout e decoração da loja, à organização e disponibilização do programa cliente mistério (a que V.ªs Ex.ªs recorreram), à intermediação e negociação de condições preferenciais com fornecedores, no contacto com órgãos de comunicação social (e.g., redes de rádio local), etc.”,*

*“compete única e exclusivamente à ..... decidir que campanhas de publicidade são efectuadas e os termos em que as mesmas são concebidas e lançadas, e que somente a título excepcional são os franquizados autorizados a desenvolver acções de publicidade próprias. Trata-se de uma limitação típica e perfeitamente consagrada no contrato de franquia, e que visa proteger a uniformidade, a reputação e a credibilidade da marca e da rede. No caso das iniciativas apresentadas por V.ªs Ex.ªs (...) violavam frontalmente a imagem uniforme da rede .....”,*

*“os franquizados têm sempre à disposição um espaço de apoio a acções de publicidade e marketing organizado para o efeito nas reuniões inter-regionais, ao qual podem recorrer para obter informação e orientação – tudo isto sem prejuízo do contacto regular com os gestores da franquia ou com outros colaboradores da .....”*,

*“o seguro a que V.ªs Ex.ªs aludem esteve, como foi amplamente divulgado na rede, em fase de análise e de teste, e que a implementação na rede de franquia dependia da adopção do sistema informático POS, o qual será instalado e desenvolvido, a expensas da ....., junto dos franquizados, a partir de Março deste ano. Seja como for, toda a rede está coberta por um serviço de seguro análogo, válido pelo período de 1 (um) ano. Quanto ao exercício de direitos por parte dos clientes que adquiriram os produtos em lojas próprias, apesar de todos os clientes serem informados no acto da compra e na própria apólice do seguro, das lojas onde podem resgatar o mesmo, não só não temos qualquer comunicação de V.ªs Ex.ªs informando-nos sobre esta ocorrência, como V.ªs Ex.ªs haviam sido expressamente informados, em reuniões inter-regionais (...) da possibilidade desse seguro ser accionado nas situações de eminente perda ou desagrado do cliente”*,

*“as reuniões inter-regionais, a visita quinzenal de colaboradores às lojas, a disponibilização de programas de assistência e formação regular, a contratação e negociação de acordos com fornecedores, a celebração de protocolos e o desenvolvimento de campanhas publicitárias, de âmbito nacional e local, o desenvolvimento e instalação de ferramentas e meios informáticos”*

(docs fls. 160 a 165 e 168 a 173) – alínea bb) matéria assente.

**xlvi.** A autora dirigiu, datadas de 18 de Março de 2008, novas missivas às rés, das quais consta escrito, nomeadamente, que:

*« (...) Na sequência das nossas anteriores comunicações, datadas de 18 de Janeiro de 2008 e de 28 de Fevereiro de 2008, e na ausência da resposta da V.ªs Ex.ªs, tomámos conhecimento de que a (...) [CC (...) BB (...)] procedeu a alterações na fachada, introduzindo alterações não autorizadas no reclame exterior da loja (...).*

*Face ao exposto, entendemos que V.ªs Ex.ªs optaram por não rever a posição anteriormente assumida, não obstante a má fé e ilicitude que a mesma reveste.*

*Nestes termos, resta à ..... confirmar a resolução do contrato de franquia celebrado em (...), e que tenciona avançar, em breve, com um pedido de ressarcimento de todos os danos e prejuízos resultantes da cessação ilícita dos contratos legitimamente celebrados.*

*Não obstante o incumprimento manifesto (...), tanto do contrato de franquia como dos demais elementares deveres de correcção negocial, relembramos V.ªs Ex.ªs que (...) [CC (...) BB (...)] assumiu diversas obrigações pós-contratuais, designadamente as vertidas na cláusula 24ª dos mencionados contratos de franquia, nos termos das quais está obrigada, desde 1 de Março do corrente ano, a cessar a utilização de sinais distintivos de comércio da ..... constitutivos da imagem corporativa da mesma, a proceder à devolução de determinado material e manuais, e a comunicar aos fornecedores, clientes e ao mercado, a cessação da relação contratual com a ..... Solicitamos, pois, os elementos que nos permitam aferir o cumprimento, integral e oportuno, destas obrigações (...) »*

(docs fls. 179 a 180 e 182 a 183) - alínea cc) matéria assente.

**xlvi.** Em 19 de Março de 2008, e ainda em resposta à carta da autora, datada de 28 de Fevereiro de 2008, as rés enviaram-lhe, separadamente, novas cartas (docs fls. 186 a 190 e 191 a 195) - alínea dd) matéria assente.

**xlvi.** A autora comunicou aos seus franquizados a saída das rés da rede de franquia, nos termos constantes de comunicação, datada de 27 de Março de 2008 (doc fls. 547). [\[1\]](#)

**xlix.** A autora enviou às rés uma última carta, datada 17 de Abril de 2008 (docs fls. 196 a 197 e 198 a 199) - alínea ee) matéria assente.

**i.** Pelo menos, na data de 19 de Junho de 2008, os sinais distintivos e imagem da autora estavam associados à 1ª ré, nas Páginas Amarelas na Internet, na promoção do seu estabelecimento comercial (docs fls. 451 e 452) - resposta aos quesitos 14º e 15º da base instrutória.

**ii.** A utilização pela 1ª ré dos sinais distintivos da autora, através de publicidade nas páginas amarelas, atrai clientela para o seu estabelecimento - resposta ao quesito 22º da base instrutória.

**iii.** Desvio de clientela que ocorre porque os clientes e fornecedores associam o estabelecimento da ré à rede “.....” - resposta ao quesito 23º da base instrutória.

**liii.** Aproveitando a 1ª ré da campanha publicitária promovida pela autora a nível nacional - resposta ao quesito 24º da base instrutória.

**liv.** Está escrito no **artigo 160º da réplica** (fls. 583) que « ... no que respeita à 2ª ré, resulta da conta corrente ... que a autora lhe deve a quantia de 2.534,81 € ... ». [2]

## **Fundamentos de Direito**

### **I-Recurso da Autora**

Usando a expressão da Autora, a questão jurídica em discussão é a seguinte: «*na hipótese de resolução ilícita de um contrato de execução continuada (que se traduz no incumprimento do resolvente) a parte adimplente ( que suportou a resolução sem fundamento) tem direito a ser ressarcida pelo interesse contratual positivo ou apenas pelo interesse contratual negativo*»?

Desde logo, mostra-se adquirido que estamos em presença de um contrato de franquia (*franchising*), definível como «*o contrato pelo qual um empresário - o franquizador - concede a outro empresário - o franquiado - o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição*» [3], um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franquiado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa ( “*front money*” ou “*initiation fee*”) e prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (“*royalties*”, “*redevances*”) [4] não se justificando maiores considerações sobre tais dados aqui pacificamente adquiridos.

É dentro deste quadro negocial que se verifica a ruptura, por resolução, de tal contrato pelas Rés, tendo a Relação julgado «a resolução dos contratos de franquia pelas rés foi não fundada e ilícita; incapaz de gerar os efeitos queridos por quem a implementou», como se lê a fls. 49 do Acórdão recorrido.

No entanto - e este é um facto relevante - a Autora AA confirmou aquelas resoluções das Ré, enviando-lhes cartas, datadas de 18 de Março de 2008, onde expressamente escreveu:

« Face ao exposto, entendemos que V.<sup>as</sup> Ex.<sup>as</sup> optaram por não rever a posição anteriormente assumida, não obstante a má fé e ilicitude que a mesma reveste.

Nestes termos, resta à ..... **confirmar a resolução do contrato de franquia** celebrado em (...), e que tenciona avançar, em breve, com um pedido de ressarcimento de todos os danos e prejuízos resultantes da cessação ilícita dos contratos legitimamente celebrados» (facto provado XLVI, com sublinhado e destaque nossos).

Dito isto, é altura de se dizer que no que concerne à questão de saber se a Autora tem direito a ser ressarcida pelo interesse contratual positivo ou apenas pelo interesse contratual negativo, a posição maioritária da nossa Jurisprudência é no sentido de que, a indemnização que se pode cumular com a resolução do contrato não é a indemnização pelo dano «*in contractu*» mas pelo dano «*in contrahendo*», ou seja, pelo interesse contratual negativo.

Há que distinguir entre os chamados *danos positivos* ou *de cumprimento* e os *danos negativos* ou *de confiança*.

Como ensina o Ilustre Civilista, Prof. Almeida Costa «é uma classificação particularmente ligada à responsabilidade contratual, pelo que se alude, em correspondência, à violação do *interesse contratual positivo* e do *interesse contratual negativo*»<sup>[5]</sup>.

Prosseguindo, o mesmo Professor ensina:

«A indemnização pelo *dano positivo* destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exactamente cumprido. Reconduz-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Ao passo que a indemnização do *dano negativo* tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão.

Por outras palavras, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados de boa fé, maxime, convencendo-se de que a manifestação da vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente»<sup>[6]</sup>.

O domínio de tal conceito de dano e a sua conexão com os interesses contratuais postergados, é de capital relevância para a boa decisão do presente recurso.

Estamos, destarte, em melhores condições de apetrechamento dogmático para compreender devidamente não apenas qual a posição dominante das correntes jurisprudenciais e doutrinárias concernentes a esta questão, como em qual das categorias de interesses contratuais se inscreve a pretensão da demandante, ora recorrente.

Começemos, justamente, pelo exame das posições jurisprudenciais.

Já em 1997, este Supremo Tribunal havia proferido um Acórdão, relatado pelo Exmº Juiz Conselheiro Fernandes Magalhães, onde se afirmou:

*«No caso de o credor optar pela indemnização do contrato, a indemnização visa compensar o interesse contratual negativo, ou seja, visa repor o seu património no estado em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado»* ( Ac. STJ, de 30-9-1997, Pº 97A285 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

No Acórdão deste Supremo Tribunal de 27- 03- 2007, de que foi Relator o Exmº Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, assim se decidiu:

*«No cômputo da indemnização pelo interesse contratual negativo ( ou dano de confiança) cabem os lucros cessantes, constantes do proveito que o contraente fiel teria se não tivesse celebrado o contrato».*

Trata-se da chamada *doutrina clássica*, que as Instâncias tão bem reproduziram e documentaram<sup>[7]</sup> nas decisões proferidas nos presentes autos e que aqui se dão, nesta parte concreta, por reproduzidas.

Como refere Romano Martinez, *«como regra, a doutrina clássica não admite que a parte lesada possa pedir a resolução do contrato e pretender ser indemnizada de forma a restabelecer-se a situação que existiria se o contrato tivesse sido cumprido»*<sup>[8]</sup>.

Este autor defende, contudo, que mesmo nessa circunstância, contrariando a doutrina clássica, poderá sustentar-se que, não obstante o credor ter resolvido o contrato, deverá ser indemnizado por todos os danos.<sup>[9]</sup>

Creemos que a posição que melhor se ajusta às realidades negociais e de tráfico mercantil, se acha reflectida no Acórdão deste Supremo Tribunal, de

12-02-2009, de que foi Relator, o Exm<sup>o</sup> Juiz Conselheiro João Bernardo, que aliás a Autora/Recorrente indica como abonatório da sua posição, é no sentido de que a resolução contratual abre caminho a indemnização apenas pelos danos negativos (P<sup>o</sup> 08B4052, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Porém, o mesmo aresto reconhece que «*pode, porém, excepcionalmente ter lugar indemnização por danos positivos*», e acrescenta que «*há pois que ponderar os interesses em jogo no caso concreto e, perante eles, conceder ou denegar o caminho, particularmente estreito, da indemnização pelo interesse contratual positivo. Nesta ponderação, tem, a nosso ver, uma palavra a dizer o princípio da boa fé. Deve ele ser tido em conta na liquidação do negócio jurídico em caso de nulidade ou anulabilidade ( cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil I, 659 e os Acs. deste Tribunal de 30.10 1997 ( BMJ 470, 565) e de 25.1. 2007 ( este no referido sítio da Internet) e para estas figuras remete o art<sup>o</sup> 433<sup>o</sup> do referido Código*».

Certo é que, no caso *sub judicio*, foram as Rés que resolveram os contratos, mas a Autora, não só não deduziu qualquer oposição a tais resoluções, como ela própria emitiu declaração de vontade **confirmatória daquelas resoluções**, apenas afirmando a sua intenção de avançar com pedidos indemnizatórios, dada a ilicitude da resolução (*tenciona avançar, em breve, com um pedido de ressarcimento de todos os danos e prejuízos resultantes da cessação ilícita dos contratos legitimamente celebrado*).

Como bem ponderou a Relação, a Autora tomou «*expressa posição sobre acerca da extinção das relações contratuais*», posição essa que, ressaltando o direito à indemnização decorrente da ilicitude dos mesmos, revela aceitação ou aprovação da cessação dos vínculos contratuais.

Ensinou o saudoso Prof. Carlos Mota Pinto que a confirmação «é o negócio jurídico unilateral ( para alguns não receptício) pelo qual a pessoa com legitimidade para arguir a anulabilidade do acto declara aprovar o negócio viciado». [\[10\]](#)

Esta é aceção técnico-jurídica de tal conceito.

Ainda que o termo não tenha sido usado nesta aceção, mas sim no seu sentido vulgar, também neste sentido a palavra confirmação significa «corroboração, ratificação, apoio» (*Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, 8<sup>a</sup> edição, pg. 404).

O que o termo confirmação indiscutivelmente exprime é uma manifestação de vontade (declaração) de **firmar** (consolidar) uma dada situação, em conjunto com a manifestação de vontade de outrem, como evidencia o prefixo com (firmar com).

Este foi, outrossim, o entendimento do Tribunal da Relação, plasmado no seguinte trecho do Acórdão recorrido:

«É verdade também que não foi a autora quem desencadeou o mecanismo extintivo do negócio; vislumbrando-se mesmo, até à tomada de posição das rés, que ela mantinha o seu interesse no pontual cumprimento. *Todavia*; assumido o comportamento das rés como verdadeiro e grave incumprimento, acabou também a autora por corroborar o instrumento extintivo – fê-lo pela sua comunicação de 18 de Março –, e dessa forma se posicionar (e nem mais lhe era exigível, como dissemos) à margem dos vínculos contratuais inicialmente assumidos»

Aqui chegados, é tempo de lembrar que o argumento principal para o acolhimento da referida doutrina clássica pela jurisprudência maioritária, é o de que, como escreve Romano Martinez, devendo o credor ser indemnizado pelos danos resultantes do incumprimento definitivo e, tendo em conta o disposto no artº 562º do C. Civil, pode resultar uma solução estranha que, segundo este Professor de Lisboa, é argumento frequentemente referido pelos partidários da teoria clássica:

*«O credor não efectua a sua contraprestação ou exige a respectiva devolução como consequência da resolução do contrato e vai ser indemnizado de modo a ser colocado na situação patrimonial em que estaria se o devedor tivesse cumprido a prestação que ficou impossibilitada».* [\[11\]](#)

Estas são, aliás, as judiciosas considerações tecidas pelo Exmº Juiz da 1ª Instância ao afirmar:

«Sucede que, a exigência do pagamento de tais valores às rés importaria, no fundo, uma situação semente à do cumprimento de cada um dos dois contratos, com inegável benefício para a autora ( que se veria, por força da resolução, «desligada» das obrigações contratuais a que se estava adstrita, mas, de todo o modo, obteria das rés, o valor correspondente ao devido por estas, designadamente, em termos de pagamento de «royalties», caso os contratos tivessem cumprido o período contratual previsto para sua vigência).

Aliás, a própria autora assinala tal benefício, ao aludir à necessidade de fazer uma «*correção*» aos valores do cálculo que operou, na proporção de 10% (que intitulou como «*factor de desconto*»), desconhecendo-se qual a motivação que justifica uma redução em tal proporção ( e porque não em outra?).»

A indemnização por lucros cessantes pretendida pela Autora, ora Recorrente, está claramente esmaltada na conclusão 28ª do seguinte teor:

28. O facto de a Recorrente ter celebrado com as Recorridas contratos de franquia com prazo determinado confere-lhe o direito à remuneração a que teria direito nesse mesmo prazo contratual. Ora, tendo sido privada desta contrapartida, a Recorrente tem um prejuízo, a título de lucro cessante, que é atendível, nos termos e para os efeitos dos artigos 564.º, 566.º e 798.º do Código Civil ex vi artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 178/86.

Trata-se, pois, de um dano por violação do interesse contratual positivo, ou seja, relativo às *royalties* que a Autora presumivelmente cobraria se não tivesse sobrevivendo a resolução dos citados contratos até ao fim da sua vigência, e não se não tivesse celebrado os mesmos, como é bom de ver.

Segundo a jurisprudência que temos vindo a citar e de acordo com a doutrina conceituada que perfilhamos ( doutrina clássica), tal pretensão não é cumulável com a resolução que, embora tenha sido operada pelas Rés, foi confirmada pela Autora pela manifestação de vontade já referida.

Não se está, destarte, perante nenhuma situação excepcional a que se refere o douto Acórdão deste Supremo Tribunal, de 12-02-2009 a que supra se referiu.

Finalmente, ainda que se entendesse que, afinal, a Autora pretendia fazer valer a tutela do seu interesse contratual negativo, isto é, pedindo indemnização relativa às vantagens que teria auferido se os ditos contratos não tivessem sido celebrados, mesmo assim estaríamos confrontados com outra dificuldade de monta.

Como doutamente decidiu a Relação, no que inteiramente a acompanhamos, a Autora não logrou provar a factualidade necessária para suporte de tal pedido, como se colhe da passagem que, de seguida, nos permitimos transcrever:

«Ao que nos interessa, a existência do **dano** ou **prejuízo** tem que ser real. [\[12\]](#)  
À autora competia, sob pena das desvantajosas consequências, mostrar a existência de factos reveladores de uma efectiva contracção da sua esfera

patrimonial, considerado o ponto de vista propugnado para alicerçar a indemnização reclamada. E se o objectivo era configurar o seu **lucro cessante** pelo **interesse contratual negativo**, tais factos haveriam de se consubstanciar nas realidades de quais os eventos geradores de acréscimo patrimonial que teria havido, caso o contrato (que houve) não existisse; [\[13\]](#) portanto os ganhos frustrados *ex contractus*.

Ora, a prova que a autora fez nos autos foi a do valor das compras das rés, no ano de 2007, bem como do respectivo custo das vendas (**factos xxxv. e xxxvi.**); estes em função de **lucro cessante**, mas em perspectiva **contratual positiva**, que foi a sua, configurada na petição inicial; portanto, valores como condição de um saldo que seria o decorrente da efectiva execução dos contratos.

Ou seja, e em suma, à luz dos autos e dos factos, a outros resultados não podemos chegar que não estes: em 1<sup>o</sup>, o de que o incumprimento das rés tem a virtualidade de ser base da constituição de um crédito indemnizatório em favor da autora, por lucro cessante; em 2<sup>o</sup>, o de que, por não provado, ou sequer indiciado, qualquer facto revelador de um acréscimo patrimonial, que seria obtido, não fora a existência do contrato incumprido, esse crédito não se gerou.

O lucro cessante, subsumível ao interesse contratual negativo, da autora, não está reflectido nos factos que se provaram; e não pode ser reconhecido»

Por outras palavras, e estribando-nos no decidido no Acórdão deste Supremo Tribunal de 27- 03- 2007, de que foi Relator o Exm<sup>o</sup> Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, supracitado, que decidiu que «no cômputo da indemnização pelo interesse contratual negativo ( ou dano de confiança) cabem os lucros cessantes, constantes do proveito que o contraente fiel teria se não tivesse celebrado o contrato», tal significa que nenhuma prova fez a Autora de que teria proveitos se não tivesse celebrado tais contratos e os proveitos que teria se os contratos perdurassem até ao seu termo, não podem aqui ser apreciados, pelas razões lautamente expostas.

São totalmente despiciendas mais palavras para se aquilatar, em face do quanto amplamente exposto se deixou, que não procedem as conclusões da douta minuta recursória da Autora, que assim claudicam, importando a improcedência do presente recurso.

## **I-Recurso da Ré BB**

Como acima se indicou, nas suas alegações do presente Recurso, formula esta Recorrente duas pretensões distintas:

A. Deve o douto acórdão recorrido ser revogado na parte em que condenou a ora recorrente a pagar à autora a quantia de €18.750,00 e juros, à taxa comercial, desde 30 de Junho de 2008, até efectiva entrega e, consequentemente, a ora recorrente absolvida de tal condenação;

B. Ser o douto acórdão revogado na parte em que considerou válida e eficaz a cláusula 12<sup>a</sup> dos contratos de franquias, enquanto onerando as franquias à obrigação de não concorrência, no ano seguinte ao termo dos contratos e, consequentemente, ser considerada como inválida a convenção entre as partes de uma cláusula de não concorrência, como a cláusula 12<sup>a</sup> do contrato de franquia, findo o contrato de franquia, em que não se estabeleça expressamente o direito do franquiado a uma compensação, tudo com as legais consequências.

Tais pretensões, todavia, não encontram arrimo no suporte factual já definitivamente fixado pelas Instâncias.

São, designadamente, as conclusões **A a E, H, I, M,N, P e Q** que, condensando a matéria alegatória, melhor reflectem a falta de correspondência no acervo factual definitivamente fixado.

Basicamente, são duas as grandes questões que a Recorrente BB (designação sincopada que, *brevitatis causa*, doravante utilizaremos) levanta no seu recurso:

1<sup>a</sup>- Indevida condenação da Recorrente no pagamento de € 18.750,00 e juros à taxa comercial, desde 30-06-2008 até efectiva entrega;

2<sup>a</sup> - Invalidade da convenção *inter partes* da cláusula 12<sup>a</sup> do contrato de franquia ( cláusula de não concorrência) sem o expreso estabelecimento do direito da franquizada a uma compensação.

Relativamente à primeira questão, a matéria alegatória mostra-se condensada nas conclusões **A a Q** da douda minuta recursória.

No concernente à segunda questão, são as conclusões **R a AC** que desempenham tal função.

Comecemos pela 1<sup>a</sup> Questão!

Pretende a Recorrente afastar sua responsabilidade, pelo facto de em 19-06-2008 os sinais distintivos e imagem da Autora constarem da publicidade nas páginas amarelas, invocando, para tanto, os documentos de fls. **451-452 e 548-549**, estes porque «representam a factualidade instrumental que foi considerada na decisão de 1ª Instância, (artigo 264.º, n.º 2, do C.P.C.) dos quais resulta que a recorrente comunicou à Páginas Amarelas que a marca da autora, ....., não deveria ser mais associada à recorrente a partir de 1 de Março de 2008».

No recurso para o Supremo Tribunal não há que lançar mão de suportes probatórios ( meios de prova), sejam eles documentos, testemunhas ou quaisquer outros, pois o Supremo Tribunal apenas se cinge ao acervo factual apurado e definitivamente fixado pelas Instâncias, para, exclusivamente com base nele aplicar definitivamente o regime jurídico que julgue adequado, como comanda o nº 1 do artº 729º do CPC, que estabelece peremptoriamente:

«Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o Supremo aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado».

Como a Recorrente não desconhece, posto que devidamente patrocinada, não compete ao Supremo Tribunal de Justiça sindicat o julgamento da matéria de facto, fora dos apertados limites legais gizados pelo nº 3 do artº 722º do CPC.

Nesta conformidade, não se verificando *in casu* as aludidas excepções legais, não pode este Supremo Tribunal alterar a matéria de facto ou, sequer, censurar o seu julgamento.

Com efeito, se erro existir no apuramento e apreciação da matéria factual provada, tal erro não pode ser, *ex vi legis*, sindicado pelo Supremo Tribunal de Justiça, como os Recorrentes não ignoram, pois é claro o artº 722º/3 do CPC ao estatuir que:

«**O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de recurso de revista**, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa da lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova»  
( negrito nosso).

Ora no caso *sub judicio* não se vislumbra qualquer das situações excepcionais previstas na parte final do preceito legal transcrito, como se deixou lautamente demonstrado.

Desta forma, o Tribunal da Relação é a entidade jurisdicional soberana na apreciação e decisão sobre a matéria de facto, como Tribunal de 2ª Instância que é, cabendo ao STJ **aplicar definitivamente o regime jurídico que julgue adequado aos factos materiais provados pelo Tribunal recorrido** (artº 729º, nº1 do CPC).

Após este traçado, necessariamente a traço grosso, sobre o regime legal recursório para o STJ, é tempo de dizer que não assiste razão à Recorrente quando defende a sua irresponsabilidade no cumprimento das suas obrigações pós-contratuais, com ressalva da que consta do facto XLIV do acervo factual.

Nada no acervo factual demonstra o que alega esta Recorrente nas conclusões B a E sobre a sua correspondência com Páginas Amarelas, SA.

Por outro lado, provado ficou o que consta dos seguinte factos:

**i.** Pelo menos, na data de 19 de Junho de 2008, os sinais distintivos e imagem da autora estavam associados à 1ª ré, nas Páginas Amarelas na Internet, na promoção do seu estabelecimento comercial (docs fls. 451 e 452) - resposta aos quesitos 14º e 15º da base instrutória.

**ii.** A utilização pela 1ª ré dos sinais distintivos da autora, através de publicidade nas páginas amarelas, atrai clientela para o seu estabelecimento - resposta ao quesito 22º da base instrutória.

**iii.** Desvio de clientela que ocorre porque os clientes e fornecedores associam o estabelecimento da ré à rede “.....” - resposta ao quesito 23º da base instrutória.

**iiii.** Aproveitando a 1ª ré da campanha publicitária promovida pela autora a nível nacional - resposta ao quesito 24º da base instrutória.

Bem decidiu, desta sorte, o Tribunal da Relação ao ponderar, quanto a este aspecto:

«Os prejuízos causados, e que devem ser reparados à parte adimplente, são aqueles que forem emergentes da falta de cumprimento culposo da obrigação (artigo 798º do CC). Ao lesado incumbirá a prova deste facto - o não cumprimento da vinculação pelo devedor - como requisito constitutivo daquele seu crédito indemnizatório (artigos 342º, nº 1, e 762º, nº 1, do CC); presumindo a lei a culpa no incumprimento (artigo 799º, nº 1, do CC). Por outro lado, a fixação do montante da indemnização exigível pode ser

previamente fixada, por acordo das partes - é o que se chama de cláusula penal (artigo 810º, nº 1, do CC).

Indo aos factos; subsistem sinais distintivos da autora - nas Páginas Amarelas na Internet -, objectivamente, funcionando em benefício da franquizada. É que a franquidora promove a respectiva imagem, com custos (facto iii.); e é agora o estabelecimento da 1ª ré que, já fora da franquia, vê desviada clientela, a seu favor, precisamente em função das campanhas publicitárias e da associação do estabelecimento à rede .....

Não retratando os factos provados que a circunstância objectiva, da subsistência do sinal distintivo da autora associada à 1ª ré, não fosse procedente de culpa desta última (artigo 799º, nº 1, citado); e, por conseguinte, havendo por concluir que, ao menos em parte, a 1ª ré preteriu realmente a obrigação pós-contratual que a vinculava.[\[14\]](#)

Essa preterição, de banda da ex-franquizada, envolvia a consequência indemnizatória diária de 250,00 €, até à respectiva cessação; com início, do que transparece, nos quinze dias seguintes ao recebimento do escrito a comunicar a cessação do contrato. Tendo a declaração negocial o sentido com que o declaratório normal razoavelmente possa contar (artigo 236º, nº 1, do CC), quer-nos parecer ter este momento a quo sido fixado para os quinze dias após a efectiva cessação da franquia, ao menos considerando a natureza receptícia da mencionada comunicação (artigo 224º, nº 1, do CC). Dito isto. A carta da autora aos franquizados, de 27 de Março, deixa antever que, para ela, a cessação das franquias das rés só operou, e por sua iniciativa, com a carta que lhes enviou a 18 de Março; sendo contraditório, nesse pressuposto, poderem vir a ser reclamadas quantias indemnizatórias diárias anteriores; ademais, na falta de melhor indicação, é razoável presumir ter esse escrito sido recebido por cada uma das rés no terceiro dia seguinte ao da data nele aposta; portanto a 21 de Março de 2008;[\[15\]](#) sendo o décimo quinto dia subsequente o de 5 de Abril de 2008, dia em que fixamos o momento ad quem para o cumprimento da obrigação pós-contratual. É o dia 6 de Abril o primeiro a merecer a indemnização de 250,00 €, a qual contabiliza até 19 de Junho do mesmo ano, única data referenciada na associação aos sinais distintivos da autora; portanto, um total de 75 dias; e um valor indemnizatório global (e absoluto) de 18.750,00 € (250,00 € x 75 dias)»

E, mais adiante, acrescentou a Relação:

«Ambas as cláusulas contratuais visam a função de proteger interesses da franquidora, razoáveis e merecedores de acolhimento. Uma vez terminado o

contrato, ao franquiado passa a ser vedado utilizar sinais distintivos do franquiador (por tal ser assimilável a uma objectiva confusão com a antiga rede) ou a por outra qualquer forma poder continuar a usufruir da imagem deste (com desvio de clientela e negócio à sua custa e sem contrapartida).<sup>[16]</sup> Se o fizer sujeita-se a responsabilidade (cremos que, ainda, contratual) e a ter de ressarcir o franquiador. No caso, essa indemnização foi fixada por via de cláusulas penais.

*Dito isto.* A franquiada (1ª ré) satisfaz, em parte, o vínculo de supressão de sinal distintivo; mas, por outro lado, não terá deixado de colher benefícios da objectiva identificação à imagem da franquiadora, mesmo no período pós-contratual.<sup>[17]</sup> *Por outro lado.* Não se indiciou minimamente se aquela mesma franquiada prosseguiu, ou não, por alguma forma, a prestação debitória de dar a saber a sua autonomização da rede de franquia como, voluntariamente, se comprometera. Isto é, apurou-se ali o incumprimento; aqui desconhecido.

**O cômputo indemnizatórios devido pela 1ª ré à autora é estritamente o de 18.750,00 €, por via do ponto 1.1.1. da cláusula 24ª;** a que deverão acrescer os ***juros de mora***, a contar da citação da ré devedora,<sup>[18]</sup> à taxa de juro devida pelas empresas comerciais,<sup>[19]</sup> até efectiva entrega»

A exaustiva e adequada fundamentação apresentada pelo acórdão recorrido, não é minimamente contrariada pelas alegações da Recorrida, quanto a esta questão, pelo que, sufragando inteiramente o que foi dito pela 2ª Instância, claudicam as apontadas conclusões da alegação da Recorrente BB quanto a esta questão.

No que tange à sub-questão da redução da pena convencional, nos termos do artº 812º/2 do código Civil, há que ter atenção que, como observam os Profs. Almeida Costa e Menezes Cordeiro, «o qualificativo desproporcionada não aponta para uma pura e simples superioridade das penas preestabelecidas em relação ao montante dos danos. Pelo contrário, deve entender-se, de harmonia com as exigências do tráfico e segundo um juízo de razoabilidade, que a hipótese em análise só ficará preenchida quando se detectar uma desproporção sensível» (Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Clausulas Contratuais Gerais, anotação ao Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, pg. 47*).

Nem a Recorrente provou factos atinentes à demonstração de tal desproporção, nem as Instâncias entenderam haver tal assimetria.

Relativamente à segunda questão, não há qualquer nulidade da cláusula 12<sup>o</sup> do contrato de franquia.

Com efeito, é verdade que o art<sup>o</sup> 13<sup>o</sup>, alínea g) do DL 178/86, de 3 de Julho estabelece o direito a uma compensação, pela obrigação de não concorrência após a cessação do contrato de agência.

Tal obrigação de não concorrência, é a que se mostra regulada pelo art<sup>o</sup> 9<sup>o</sup> do mesmo diploma legal.

Trata-se, portanto de uma obrigação do agente e daqueles a quem o regime legal da agência for aplicável e de um direito, expressamente previsto no falado diploma legal, decorrente do cumprimento de tal obrigação.

Como assim, não carecia de constar do instrumento contratual de franquia, ou seja, embora pudesse constar do mesmo, a sua omissão em nada afecta a validade da cláusula 12<sup>a</sup> daquele contrato.

A validade só seria afectada, se a referida cláusula 12<sup>a</sup> excluísse a faculdade da compensação que é admitida pela lei.

É o que textualmente dispõe a alínea g) do art<sup>o</sup> 18<sup>o</sup> do DL 466/85, de 25/10, com as alterações introduzidas pelo DL 220/95 e pelo DL 249/99, do seguinte teor:

*São em absoluto proibidas, as cláusulas contratuais gerais que:*

*g) Excluem a faculdade de compensação, quando admitida pela lei.*

Nesse caso, a lei proíbe cláusulas que, *contra-legend*, excluam a considerada faculdade de compensação.

A simples omissão de referência à faculdade ou ao direito de compensação, é anódina, na medida em que tal direito já se acha consagrado na lei, não se confundindo omissão com exclusão.

Como escreve o Prof. Pinto Monteiro, «o legislador achou que devia especificar alguns dos direitos mais significativos, e precisar o seu alcance, com objectivos de certeza e segurança, mas sem prejudicar o funcionamento e

*as virtualidades da cláusula geral consagrada no artº 12º» ( Pinto Monteiro, Contrato de Agência, 2010, 7ª edição, Almedina, pg. 95.*

Assim, a omissão de qualquer referência à compensação pela obrigação de não concorrência, em nada inquina a cláusula 12ª em apreço, pelas sobreditas razões e também por toda a argumentação constante da decisão recorrida, que aqui damos por reproduzida.

Claudicam, destarte, as restantes conclusões da douta alegação desta Recorrente.

### **DECISÃO**

Face a tudo quanto exposto fica, acordam os Juízes deste Supremo Tribunal de Justiça em julgar improcedentes ambos os recursos interpostos e, em consequência, negar as Revistas.

Custas de cada um dos recursos pela respectiva Recorrente.

Processado e revisto pelo Relator.

Lisboa e Supremo Tribunal de Justiça, 15 de Dezembro de 2011

Álvaro Rodrigues (Relator)

Fernando Bento

João Trindade

---

[1] A prova deste *facto*, segundo a sentença (fls. 1044), emerge de «*acordo das partes - cfr. artigo 105º da contestação e artigos 46º e 47º da réplica - cfr. artigo 659º, nº 3, do CPC*».

[2] Na sentença, onde se discrimina que *a autora deve à 2ª ré o montante de 2.535,81 €*, acrescenta-se o seguinte: «*(cfr. confissão da autora e artigo 356º, nº 1, do Código Civil, fls. 67 e artigo 160º da réplica - cfr. artigo 659º, nº 3, do CPC)* » (fls. 1044).

[3] J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pg. 451.

[4] Cfr. autor e obra cit. na nota anterior, pg. 456.

[5] ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, pg. 548.

[6] Idem, ibidem.

[7] Com larga referenciação das posições existentes e da bibliografia doutrinal e jurisprudencial sobre cada uma das mesmas.

[8] PEDRO ROMANO MARTINEZ, Da Cessação do Contrato (diss. Doutoramento), Almedina, 2ª edição, pg. 214.

[9] Idem, ibidem.

[10] CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. pg. 614.

[11] R. MARTINEZ, op. cit na nota 8, pg. 215.

[12] *Para existir responsabilidade obrigacional é necessário que o incumprimento da obrigação provoque danos ao credor* (Luís Menezes Leitão, “Direito das obrigações”, volume II, 6ª edição, página 254). Com o que – acrescentamos nós – terão de ser consistentemente demonstrados.

[13] Sobre o *lucro cessante* no quadro do *interesse contratual negativo*, Luís Menezes Leitão, obra citada, página 268, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Março de 2007, proc.º nº 06A4002, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

[14] A este propósito a sentença recorrida contém um raciocínio que não parece de acolher. Invocando documentos nos autos (docs fls. 548 e 549) e a natureza instrumental da correspectiva factualidade (artigo 264º, nº 2, do CPC), conclui pela irresponsabilidade da ré, por a situação ter tido lugar à *margem da sua manifestação de vontade (fls. 1085 a 1086)*. Ocorre é que, nem a factualidade é de natureza estritamente instrumental (o afastamento do juízo de censura teria sempre de resultar da ilisão da legal presunção de culpa, vistos os artigos 799º e 350º do CC), nem os documentos, enquanto meios de prova sobre que incide a livre apreciação, podem por si só alicerçar enquadramento jurídico. *Seja como for*. Objectivamente os sinais distintivos estiveram associados à 1ª ré. Ora, as particulares e melindrosas exigências, na salvaguarda da protecção daqueles sinais distintivos, no quadro de uma franquía de quase uma década a que a franquíada quis pôr termo, exigiria um cuidado muito particular e um especialmente acentuado nível de diligência, da parte desta, no sentido de acautelar e garantir efectivamente o alheamento da sua própria imagem àquela que os sinais associados à autora permitiam identificar; e neste contexto nenhum facto ou elemento de prova – nem mesmo, segundo cremos, os documentos mencionados na sentença recorrida – permite, com consistência bastante, suprimir o legal e presumido juízo de censura.

[15] Faz-se aqui, de alguma forma, o paralelo com o que a lei processual prevê a propósito da notificação postal em processo pendente (artigo 254º, nº 3, do CPC).

[16] Isabel Alexandre, texto citado, página 369; Helena Magalhães Bolina, texto citado, página 216.

[17] Na óptica dos efeitos indesejados que possa produzir a manutenção dos sinais distintivos, veja-se a norma indemnizatória do artigo 338º-L, do Código da Propriedade Industrial, estabelecendo o ressarcimento dos direitos de propriedade industrial de outrem.

[18] Como bem, do nosso ponto de vista, decidiu a sentença; por ser esse o momento da interpelação (judicial) para o pagamento; e que, portanto, fixa o “*terminus a quo*” para o vencimento dos juros (artigo 805º, nº 1, do CC). A citação teve lugar em 30 de Junho de 2008 (**fls. 455**).

[19] São as seguintes as taxas anuais a aplicar (artigo 12º, nº 2, 2ª parte, do CC) - 11,07%, desde 1 de Julho de 2008 a 31 de Dezembro de 2008 (aviso da DGTF 19995/08, DR 2ª, 14 de Julho de 2008), 9,50% desde 1 de Janeiro de 2009 a 30 de Junho de 2009 (aviso da DGTF 1261/09, DR 2ª, 14 de Janeiro de 2009) e de 8% a partir de 1 de Julho de 2009 (avisos da DGTF nºs 12184/09, 597/10, 13746/10 e 2284/11, DR, 2ª, de 10 de Julho de 2009, 11 de Janeiro de 2010, 12 de Julho de 2010 e 21 de Janeiro de 2011).