



Dr. Joaquim Correia
22.4.08

1º e 2ª Juízos Cíveis de Lisboa
1º Juízo - 3ª Secção

Rua Marquês de Fronteira - Palácio da Justiça - 1098-001 Lisboa
Telef: 213846400 Fax: 213851446 Mail: correo@lisboa.jcvl.mj.pt

GRI / DGPJ	
DATA	NÚMERO
22/04/08	203

200460-10080870



R J 3 3 6 9 8 9 8 6 8 P T

Exmo(a). Senhor(a)
Gabinete de Relações Internacionais
Escadinhas de São Crispim, N.º 7

1100-510 Lisboa

Processo: 5724/04.0TJLSB	Acção de Processo Sumário	N/Referência: 8823882 Data: 21-04-2008
Autor: Ministério Público Réu: Restmon (portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda.		

Assunto: Certidão

Nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 34º e 35º do Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de Outubro e Portaria nº 1093/95 de 06 de Setembro, junto se remete certidão das decisões proferidas nos autos supra identificados, com nota de trânsito em julgado.

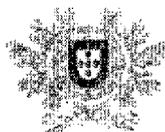
Com os melhores cumprimentos,

A Juíza de Direito,

Dr(a). Maria da Conceição Gomes Coelho

Notas:

- Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento



1º e 2ª Juízos Cíveis de Lisboa

1º Juízo - 3ª Secção

Rua Marquês de Fronteira - Palácio da Justiça - 1098-001 Lisboa
Telef: 213846400 Fax: 213851446 Mail: correio@lisboa.jcvl.mj.pt

CERTIDÃO

Acácio Laia Cardoso, Escrivão Adjunto, do Tribunal acima identificado:-----

CERTIFICA que, neste Tribunal correm termos uns autos de Acção de Processo Sumário, com o nº 5724/04.0TJLSB, em que são: -----

Autor: Ministério Público, e -----

Réu: Restmon (portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda., NIF - 504522329, domicílio: Av. Marquês de Tomar, Nº35 - 1º Esq., 1050-153 Lisboa. -----

MAIS CERTIFICA que as fotocópias juntas e que fazem parte integrante desta certidão, estão conforme os originais da sentença de fls. 323 a 373 e do Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa de fls. 469 a 498, constantes dos autos, pelo que vão autenticadas com o selo branco em uso nesta Secretaria. -----

MAIS CERTIFICA NARRATIVAMENTE, que as decisões ora certificadas foram devidamente notificadas e transitaram em julgado a 14-02-2008. -----

É quanto me cumpre certificar em face do que dos autos consta e aos quais me reporto em caso de dúvida, destinando-se a presente a ser enviada ao Gabinete de Relações Internacionais do Ministério da Justiça (actual designação do Gabinete de Direito Europeu) nos termos dos artigos 34º e 35º do Decreto-Lei 446/85 de 25/10 (alterado pelos Decretos-Leis nº 220/95 de 31/08, nº 249/99 de 07/07 e nº 323/01 de 17/12) e da Portaria nº 1093/95 de 06/09. -----

A presente certidão vai por mim assinada, numerada e autenticada. -----

Lisboa, 21-04-2008

N/Referência: 8823571

O Oficial de Justiça,

Acácio Laia Cardoso



1º Juízo Cível de Lisboa

1º Juízo - 3ª Secção

Rua Marquês de Fronteira - Palácio da Justiça - 1098-001 Lisboa
Telef: 213846400 Fax: 213851446 Mail: correio@lisboa.jcv1.mj.pt

7569923
5724/04.0TJLSB

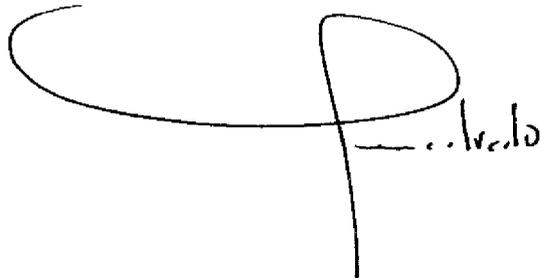
CONC. - 11-12-2006 I

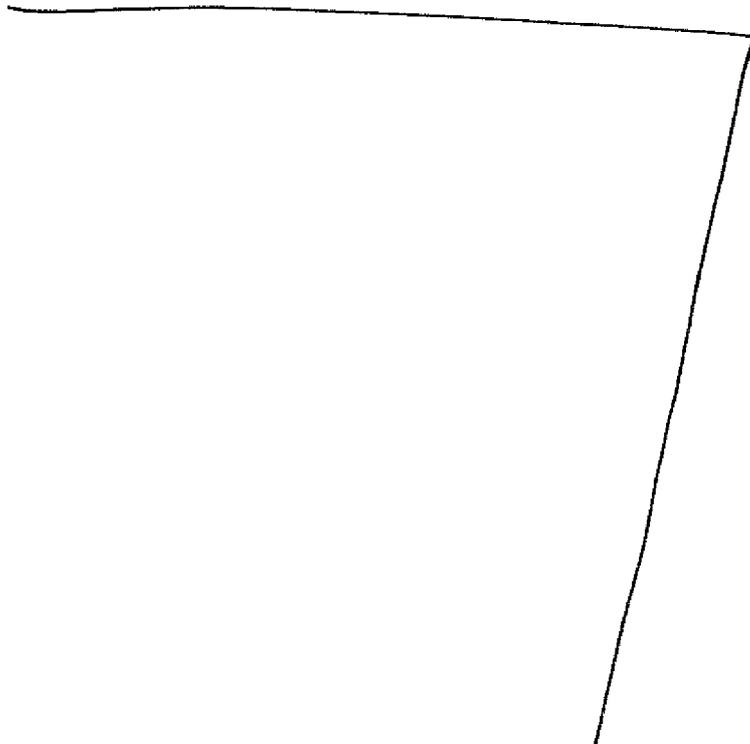
=CLS=

W

de que se temença, em separado.

Lisboa, 13 de Fevereiro de 2007


F. ...





S. R.
1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

324
7

Proc. nº 5724/04.0TJLSB

*

I- Relatório:

O **Ministério Público** instaurou a presente acção declarativa de condenação, sob a forma de processo sumário, ao abrigo do disposto nos artºs 25º e 26º, nº 1, al. c) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, contra a **Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda.** peticionando que, pela sua procedência:

1º Seja declarada a **nulidade** das cláusulas 8ª, 1º parágrafo; 10ª, nº 8; 12ª; 14ª, nº 3 e 15ª, nº 3 insertas no impresso que a ré utiliza com os interessados na celebração do contrato, condenando-se a ré a **abster-se** de se prevalecer delas e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição, nos termos do disposto no artº 30º, nº 1 do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro;

2º Seja condenada a ré a dar **publicidade** a tal proibição e a comprovar nos autos essa publicidade, em prazo a determinar na sentença, sugerindo-se que a mesma seja efectuada em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos, de tamanho não inferior a ¼ de página, nos termos do disposto no artº 30º, nº 2 do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro;

3º Seja remetida ao **Gabinete do Direito Europeu** certidão da sentença, para os efeitos previstos na Portaria nº 1093, de 6 de Setembro, nos termos do disposto no artº 34º do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro;

Alega, no essencial, que a ré é titular da marca *Cantina Mariachi* e utiliza com os interessados na celebração de contrato um impresso, do qual constam cláusulas previamente elaboradas, impressas e apresentadas pela ré, sendo que a ré apenas concede aos interessados a possibilidade de aceitar, ou não, esse clausulado, vedando-lhes a possibilidade de, no essencial, através de negociação, o alterar.

Desse clausulado constam as cinco cláusulas cuja declaração de nulidade é peticionada, com base nos seguintes fundamentos:

325
J C

- a **cláusula 8ª, 1º parágrafo** porque prevê a possibilidade de **resolução imediata** do contrato por parte da ré, na hipótese de se verificar um simples incumprimento por parte do franquiado de qualquer uma das obrigações nela enumeradas, pelo que esta cláusula é proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85;

- a **cláusula 10ª, nº 8** porque consagra uma **renúncia antecipada** por parte do franquiado à **indemnização de clientela** no final do contrato, pelo que esta cláusula é proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85 e 809º do CC;

- a **cláusula 12ª** porque atribui à ré a possibilidade de **ceder os seus direitos contratuais a terceiros**, não identificados no contrato, sem o acordo do franquiado, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. 1) do D.L. nº 446/85;

- a **cláusula 14ª, nº 3** porque impõe, em caso de incumprimento do contrato por parte do franquiado, o pagamento à ré do total das *royalties* referentes ao mês pendente até à data da finalização do contrato a título de indemnização por danos e prejuízos, pelo que esta cláusula é proibida, nos termos do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, por consagrar uma **cláusula penal manifestamente desproporcionada** face aos danos a ressarcir;

- a **cláusula 15ª, nº 3** porque estabelece de um modo directo a favor da ré a possibilidade exclusiva de **esclarecer e interpretar as cláusulas** constantes do contrato, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. e) do D.L. nº 446/85;

Contestou a ré, alegando, em síntese, que não são aplicáveis ao contrato em apreço as normas consagradas no D.L. nº 446/85, uma vez que apenas propõe aos interessados um certo clausulado, concedendo-lhes a possibilidade de apresentarem livremente uma contra-proposta e de sugerirem alterações às cláusulas do contrato proposto.



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

326 4
2

Enumera, de seguida, algumas das alterações que foram introduzidas, a pedido dos franquiados, no clausulado em apreço nos autos em quatro contratos que celebrou.

No mais, pugna a ré pelo reconhecimento da validade das cláusulas cuja declaração de nulidade é pedida.

*

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento, com observância do formalismo legal, tendo a matéria de facto controvertida merecido as respostas que constam de fls. 313 a 320.

Mantêm-se válidos os pressupostos processuais apreciados no despacho saneador, não sobrevivendo nulidades, excepções ou questões prévias que cumpra conhecer e que obstem à apreciação do mérito da causa.

*

II- Fundamentação de Facto:

A matéria de facto provada tal como emerge da matéria de facto assente e das respostas dadas à base instrutória é a seguinte:

1º A ré é uma sociedade por quotas que se encontra matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o nº 9657/99.11.24 (alínea A) da matéria assente);

2º A ré tem por objecto as actividades de *consultoria, gestão, assessoria e exploração de franquias, importação, exportação e comércio por grosso e a retalho, gestão e exploração da actividade de restauração, hotelaria e similares, bem como a actividade imobiliária acessória, incluindo a construção, promoção e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços de promoção, gestão e consultoria* (alínea B) da matéria assente);

3º No exercício das actividades referidas em 2º, a ré, na qualidade de titular da marca *Cantina Mariachi* e mediante a celebração de contrato com possíveis interessados (franchisados), cede a utilização do nome e símbolos



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

327 ✓

distintivos da *Cantina Mariachi*, fornecendo os produtos necessários para o desenvolvimento da *Cantina Mariachi*, directamente ou mediante fornecedores homologados, e instruí-los no uso de todos os ingredientes que constituem a oferta *Cantina Mariachi* (alínea C) da matéria assente);

4º Constan do documento particular intitulado de *Contrato de Franchising Cantina Mariachi*, datado de 24 de Julho de 2000, entre outras, as seguintes cláusulas:

Primeiro: Nomeação da Franchising

O Franchisador nomeia pelo presente documento a sociedade *Mundo Mexicano (Oeiras)-Restaurantes, Lda.*, neste acto representada pela sócia gerente *Teresa Mª Raposo Dias de Oliveira Correia de Lacerda*, como Franchisado para o âmbito territorial posteriormente indicado, autorizando-o a utilizar o nome, marcas, letreiros, símbolos, distintivos, sistemas, normas e procedimentos da *Cantina Mariachi* e este aceita a citada nomeação conforme aos termos e condições contidos neste documento e seus anexos.

(...);

Terceiro: Duração do Contrato e a sua Renovação

A duração da nomeação e do presente contrato é de dez anos a partir da formalização do mesmo, finalizando portanto no dia 24 de Julho de 2010;

(...);

Quarto: Território e Área de Influência

O Franchisado explorará o negócio *Cantina Mariachi*, na loja nº 1068 no Centro Comercial *Oeiras Parque*, situado em *Oeiras*;

(...);

Sexto: Direito de Entrada e Compromissos Financeiros

Em contrapartida à nomeação e autorização para desenvolver a sua actividade e a todas as vantagens que para o mesmo supõe a assinatura do presente contrato de franchising, o Franchisado assume os seguintes compromissos financeiros:

328
V
C

1. Pagar por este acto ao Franchisador a quantia de Esc: 5.400.000\$00 (Euros: 27.000,00) em conceito de Direitos de Entrada ou Cânon Inicial, mais o imposto correspondente (IVA);

(...);

2. Pagar ao Franchisador a partir da data de abertura do estabelecimento e durante a vigência do contrato, 5% das vendas brutas semanais (Royalties/Taxa Administrativa);

(...);

3. Pagar ao Franchisador, durante a vigência do contrato, 3% semanal das suas vendas brutas como Taxa de publicidade e Marketing;

(...);

Sétimo: Obrigações do Franchisador

1. Fornecer o Know-how, possibilitando a utilização dos conhecimentos técnicos, experiências e métodos a empregar, de modo que um técnico normalmente qualificado possa executá-los depois de um prazo de adaptação razoável.

O Franchisador deve, antes da abertura do negócio, com pagamento prévio, proporcionar ao Franchisado ou às pessoas designadas pelo mesmo, os objectos (máquinas, ferramentas, dispositivos, material de trabalho, etc.), instruções e treino que se considerem necessários para o seu normal desenvolvimento na nova actividade.

2. Prestar assistência permanente ao Franchisado durante o decorrer do tempo contratual, obrigando-se a assessorá-lo de maneira contínua a fim de que possa responder devidamente aos pedidos dos clientes.

A formação pessoal será gratuita quando se realizar mediante cursos organizados nos locais do Franchisador, mas serão por conta do Franchisado todas as despesas ocasionadas pela deslocação do pessoal técnico do Franchisador aos locais do mesmo por pedido prévio segundo as tabelas que estiverem em vigor em cada momento.



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

32
2

De qualquer maneira, serão por conta do Franchisado as despesas de transporte e estadia do mesmo e do seu pessoal para assistir aos cursos de formação.

3. Actualizar constantemente o Manual de operações de acordo com os adiantamentos científicos e a experiência acumulada com o fim de se adaptar à evolução da procura de serviços dos clientes potenciais;

4. Respeitar a zona territorial designada ao Franchisado e fazer respeitar pelos demais franchisados;

5. Cuidar da manutenção da marca comercial, nome comercial e letreiro do estabelecimento exclusivo, a fim de que não exista problema algum para o franchisado sobre o seu uso;

(...);

8. Fornecer uma ajuda contínua ao Franchisado em resposta aos seus pedidos de informação relacionados com os Manuais de Operações ou outros aspectos de gestão da franchising;

9. Em geral, o Franchisador, obriga-se a colaborar em tudo quanto seja preciso a fim de que o negócio Franchisado seja um êxito e não desmereça a imagem do serviço perante os clientes e terceiros. O Franchisador não assume, em nenhum caso e sob nenhum conceito, qualquer responsabilidade sobre o possível fracasso empresarial do Franchisado imputável.

(...);

Oitavo: Obrigações do Franchisado

Sem prejuízo que resultem das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento



S. R.

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

330
2

sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações:

1. *Actuar com o maior interesse e dedicação na gestão do seu negócio, explorando sempre o Know-how transmitido, fazendo uso das instruções do Manual de Operações (...);*
2. *Observar sempre no negócio, a fim de proteger a boa imagem do Franchisador e evitar qualquer tipo de fraude ou engano, as normas e requerimentos de qualidade prescritos pelo Franchisador (...);*
3. *Manter em estrito segredo o Manual de Operações, a informação facilitada e quantos conhecimentos e procedimentos lhe tenham sido transmitidos pelo Franchisador (...);*
4. *Segurar por conta própria em Companhias de Seguros solventes o negócio e a documentação contra o risco de incêndio, roubo, dano de água e responsabilidade civil e penal, comercial e profissional (...);*
5. *Respeitar sempre a imagem do Franchisador nos seus produtos e serviços, utilizando única e exclusivamente no seu negócio os símbolos distintivos do Franchisador e colaborando sempre no prestígio e defesa da sua imagem corporativa e cuidar do perfeito estado do estabelecimento, tanto interior com exterior.*
6. *Adquirir os produtos, materiais da Cantina Mariachi, produtos/abastecimentos e elementos do imóvel ao Franchisador ou a fornecedores referenciados por este (...);*
7. *Montar, usar e expor cartazes publicitários cumprindo os requisitos especificados pelo Franchisador (...);*



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

331
7

8. *Desenvolver a sua actividade com a máxima diligência a fim de conseguir as cifras mínimas de venda de 40 milhões de escudos de facturação bruta para cada exercício, abster-se directa ou indirectamente de fazer concorrência ao Franchisador e aos outros Franchisados do mesmo (...);*

9. *Entregar ao Franchisador nos formulários fornecidos por este, toda a informação financeira e operativa que se solicite e com a frequência que o mesmo considere oportuna (...);*

10. *Permitir em qualquer momento ao Franchisador ou terceiros designados por este, o livre acesso a todas as suas instalações e dependências (...);*

11. *Permitir o livre acesso do Franchisador ao TPV (terminal ponto de venda) e/ou caixa registadora (...);*

12. *Cumprir fiel e pontualmente as suas obrigações perante os seus credores de qualquer tipo (...);*

13. *No caso de que o Franchisado seja uma pessoa jurídica, os administradores e procuradores da mesma responderão pessoal, conjunta e solidariamente com a Sociedade (...);*

14. *Não vender os produtos e preparados a preço abaixo do custo, com perda ou de forma que possa ir em detrimento do interesse geral de outros farnchisados ou da rede (...);*

15. *Não modificar as especialidades, nem vender nenhuma especialidade crua ou que tenha sofrido alteração ou acidente (...);*

16. *ter à vista do público e à sua disposição, a carta menu Cantina Mariachi (...);*



332
7

17. Incorporar e substituir na gama de especialidades objecto do franchising, as novas especialidades que o Franchisador desenvolver e cuja comercialização requeira;

18. Não fazer convites ou propostas e não firmar acordos de trabalho ou de prestação de serviços com qualquer membro da equipa de funcionários ao serviço ou com qualquer vínculo com Centros Pilotos ou com Formadores que procedam a formação prática (...);

Décimo: Consequências da Resolução do Contrato

(...);

8. Ambas as partes acordam de forma explícita que a clientela do estabelecimento Franchisado é sempre do estabelecimento do Franchisador ou do titular ou proprietário da licença da marca e distintivos "Cantina Mariachi", não podendo o Franchisado reclamar indemnização por tal conceito na finalização do presente contrato, nem em qualquer outro momento ou suposição, e aceitando que a notoriedade, fama e boa reputação da marca do Franchisador, assim como o seu método operativo e de exploração, são os elementos determinantes e essenciais que faz com que os seus consumidores venham ao estabelecimento Franchisado e sejam fiéis ao mesmo (...);

Décimo Segundo: Cessão do Contrato

O Franchisador reserva-se o direito de transmitir a favor de terceiros, por qualquer título e livremente, a sua actividade como Franchisador da cadeia "Cantina Mariachi" ou a representação do presente contrato de franchising, em cujo caso o adquirente ficará sub-rogado sem mais trâmites, e em substituição daquele, nos direitos e nas obrigações deste contrato, sem faculdade do Franchisado para se opor à referida cessão e sem que isso dê origem para o mesmo nenhum direito de preferência de aquisição.

Décimo Quarto: Danos e Indemnizações

1. A falta de cumprimento dos direitos e obrigações deste Acordo por qualquer das partes contratantes, permitirá à outra parte contratante rescindir o contrato e exigir indemnizações pelos danos e prejuízos económicos ocasionados;

2. O não cumprimento pelo Franchisado da cláusula de não concorrência exposta no Pacto Décimo alínea terceira dos que antecedem, por se considerar o presente contrato como um Acordo de absoluta confiança e confidencialidade entre ambas as partes, será indemnizado por uma quantia única equivalente a cem por cento da facturação realizada nos últimos doze meses pelo Franchisado em todas as actividades desenvolvidas pelo mesmo e será paga ao Franchisador de uma só vez no prazo de três meses desde o não cumprimento.

3. O não cumprimento contratual, quando seja por qualquer outra causa que a não concorrência exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato. O cálculo realizar-se-á tomando como base a média dos últimos três meses. Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência.

4. O não cumprimento contratual por parte do Franchisador suporá uma indemnização por danos e prejuízos dos royalties da manutenção recebidos a partir da data do incumprimento até à data da resolução do presente contrato (...).

Décimo Quinto: Relações Internas

(...);

3. Para todas as diferenças de critério provenientes da interpretação deste contrato entre os Franchisados, estes submeter-se-ão à interpretação do Franchisador, cuja decisão será inapelável (...) (alínea D) da matéria assente);

5º A ré utiliza com os interessados na celebração de contrato, um impresso análogo ao documento particular referido em 4º (resposta ao artº 1º da base instrutória);

6º do qual já constam os dados do aderente (franchisado) (resposta ao artº 2º da base instrutória);

7º limitando-se alguns dos seus aderentes a assinar (resposta ao artº 3º da base instrutória);

8º As cláusulas insertas no documento particular referido em 4º foram previamente elaboradas pela ré (resposta ao artº 4º da base instrutória);

9º e são apresentadas, já impressas, aos interessados na celebração do contrato (resposta ao artº 5º da base instrutória);

10º A alguns interessados na celebração de contrato com a ré apenas foi concedida a possibilidade de aceitar, ou não, essas cláusulas previamente elaboradas pela ré (resposta ao artº 6º da base instrutória);

11º estando-lhes vedada a possibilidade de, no essencial, através de negociação, alterar a maioria das suas cláusulas (resposta ao artº 7º da base instrutória);

12º A ré propõe aos possíveis interessados na celebração de contrato um certo clausulado, aceitando depois algumas das suas contra-propostas e algumas das alterações sugeridas pelos mesmos (resposta ao artº 8º da base instrutória);

13º No acordo celebrado em 28 de Junho de 2000 entre a ré e Gostos Restauração, Lda., constante de fls. 86 a 110 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 2ª, parágrafo 8º;



S. R.

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

335
✓

- 3ª, parágrafo 3º;
 - 4ª, parágrafo 2º;
 - 6ª, parágrafo 5º;
 - 8ª, parágrafos 8º e 9º;
 - 10ª, parágrafos 3º e 6º, nota 1;
 - 11ª;
 - 12ª;
- (resposta ao artº 9º da base instrutória);

14º No acordo celebrado em 28 de Maio de 2002 entre a ré e Tuvalu, Restauração e Consultoria em Gestão, Lda., constante de fls. 111 a 133 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 3ª, parágrafo 1;
- 8ª, parágrafo 8;
- 13ª, parágrafo, 5 D;

(resposta ao artº 10º da base instrutória);

15º No acordo celebrado em 19 de Março de 2003 entre a ré e Turbot-Actividades de Restauração, Lda., constante de fls. 140 a 160 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 2ª, parágrafo 4º;
- 4ª, parágrafo 3º;
- 6ª, parágrafos 2º, 4º e 5º;
- 8ª com a eliminação do ponto sobre responsabilidade solidária;
- 9ª - com a eliminação da menção à possibilidade de resolução por não alcançar em duas anuidades consecutivas as vendas mínimas estipuladas;
- com a eliminação da possibilidade de resolução do contrato por qualquer outra falta de cumprimento contratual;
- com a eliminação da possibilidade de resolução do contrato por realização de qualquer acto que pudesse pôr em perigo a imagem da rede;
- 10ª, parágrafo 6º;



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

336
↙

- 11ª com a eliminação da menção à possibilidade de resolução em consequência de actuação irregular e a possibilidade de suspensão da actividade do franquiado;

- 13ª, parágrafos 1º, 3º e 5º;

- 15ª, parágrafo 2º;

(resposta ao artº 11º da base instrutória);

16º No acordo celebrado em 9 de Outubro de 2003 entre a ré e Tuvalu, Restauração e Consultoria em Gestão, Lda., constante de fls. 165 a 199 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 3ª com a eliminação da obrigatoriedade de formalizar o contrato;

- 4ª;

- 6ª, parágrafo 4º;

- 8ª, parágrafo 8º;

(resposta ao artº 12º da base instrutória);

*

III- Questões a Decidir:

São essencialmente três as questões que cumpre apreciar e decidir:

1º Da aplicabilidade às cláusulas constantes do contrato objecto dos autos do regime instituído pelo D.L nº 446/85;

2º Da verificação da conformidade das cláusulas 8ª, 1º parágrafo; 10ª, nº 8; 12ª; 14ª, nº 3 e 15ª, nº 3 do contrato objecto dos autos com as proibições legais estatuídas no referido diploma legal;

3º Se deve ser dada publicidade e em que termos à presente decisão;

*

IV- Fundamentação de Direito:

1º Da aplicabilidade às cláusulas constantes do contrato objecto dos autos do regime instituído pelo D.L nº 446/85.

Vejamus, então, se o regime legal das cláusulas contratuais gerais é, ou não, aplicável ao contrato em análise nos autos.

Para a apreciação desta questão importa fazer uma breve incursão no conceito de cláusula contratual geral e, bem assim, no regime jurídico aplicável a estas cláusulas.

O diploma básico nesta matéria é o D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro (doravante designado por LCCG), que sofreu as alterações introduzidas pelo D.L. nº 220/95, de 31 de Agosto e pelo D.L. nº 249/99, de 7 de Julho.

A alteração efectuada pelo D.L. nº 220/95 foi motivada pela Directiva comunitária 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 (JO nº L095, de 21 de Abril de 1993, pág. 29), relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, tendo-se procurado adaptar as regras constantes do diploma de 1985 aos princípios vigentes no normativo comunitário e à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de Junho de 1908, à qual Portugal aderiu, através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992.

Por sua vez, a publicação do D.L. nº 249/99 visou, no essencial, sanar o diferendo com a Comissão Europeia, por, no entender desta, o legislador português não ter transposto devidamente a mencionada Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril.

Dispõe o artº 1º da LCCG o seguinte:

1º As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma;

2º O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar;

3º O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo;

Da análise do disposto neste dispositivo legal, conclui-se que são três as notas identificadoras das cláusulas contratuais gerais:

1º a **prefixação**: trata-se de cláusulas pré-elaboradas, existindo disponíveis antes de surgir a declaração que as perfilha;

330
✓

2º a **rigidez**: são cláusulas rígidas que não têm possibilidade de alteração em negociação e que são fixas independentemente de obterem ou não a adesão das partes;

3º a **indeterminação**: podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas, quer como proponentes, quer como destinatários (vide, neste sentido, Almeida e Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 17).

Já para Inocêncio Galvão Teles, as cláusulas contratuais gerais são *as cláusulas elaboradas, sem prévia negociação individual, como elementos de um projecto de contrato de adesão, destinadas a tornar-se vinculativas quando proponentes ou destinatários indeterminados se limitem a subscrever ou aceitar esse projecto* (*Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2002, pág. 318).

Para Almeida Costa *as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão caracterizam-se pelo facto de serem organizados de antemão e unilateralmente por uma das partes, que oferece ao público um modelo negocial uniforme e padronizado, de sorte que as pessoas que com ela queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer possibilidade de debate (...). O traço comum consiste na referida superação do processo contratual clássico, como consequência dos fornecimentos massificados ou em série de bens e serviços, que avultam nos nossos dias* (*Noções de Direito Civil*, 3ª edição, Almedina, pág. 47).

Refere, por último, Menezes Cordeiro que *as cláusulas contratuais gerais são proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar.*

A noção básica pode ser decomposta em vários elementos esclarecedores. Assim:

- a **generalidade**: *as cláusulas contratuais gerais destinam-se ou a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados (...);*

- a **rigidez**: *as cláusulas contratuais gerais são elaboradas sem prévia negociação individual, de tal modo que sejam recebidas em bloco por quem as*

339 C
7

subscreeve ou aceita; os intervenientes não têm possibilidade de modelar o seu conteúdo, introduzindo nelas alterações (Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp. 415-416).

O conceito de cláusulas contratuais gerais abrange, salvo disposição legal em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as enforme ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros.

Igualmente, as cláusulas contratuais gerais podem compreender uma regulamentação integral ou apenas parcial do negócio a celebrar, podem ser acolhidas nos contratos celebrados apenas em parte, podem dirigir-se aos mais diferentes aspectos susceptíveis de disciplina negocial e podem, também, ser celebradas por terceiros, estranhos aos contratos a celebrar, tais como, associações profissionais ou de outros interesses, pois a prática revela que nem sempre a pessoa que retira as vantagens das cláusulas contratuais gerais é a mesma que propõe os negócios singulares ou mesmo quem as elaborou.

A este respeito, apurou-se nos autos a seguinte factualidade:

- que a ré utiliza com os interessados na celebração de contrato, um impresso análogo ao documento particular referido em 4º;
- do qual já constam os dados do aderente (franchisado);
- limitando-se alguns dos seus aderentes a assinar;
- que as cláusulas insertas no documento particular referido em 4º foram previamente elaboradas pela ré;
- e são apresentadas, já impressas, aos interessados na celebração do contrato;
- que a alguns interessados na celebração de contrato com a ré apenas foi concedida a possibilidade de aceitar, ou não, essas cláusulas previamente elaboradas pela ré;
- estando-lhes vedada a possibilidade de, no essencial, através de negociação, alterar a maioria das suas cláusulas;



S. R.

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

3200 C
J

- que a ré propõe aos possíveis interessados na celebração de contrato um certo clausulado, aceitando depois algumas das suas contra-propostas e algumas das alterações sugeridas pelos mesmos;

Ora, não oferece dúvidas que as cláusulas contratuais cuja nulidade é arguida pelo autor e que formam o conteúdo do contrato de *franchising* junto de fls. 8 a 30, são de qualificar como **cláusulas contratuais gerais**.

Na verdade, as cláusulas em questão foram **pré-elaboradas**, ou seja, estão disponíveis antes de surgir qualquer declaração que as perfilhe e foram pré-impressas num documento intitulado de *Contrato de Franchising Cantina Mariachi*, onde não existem quaisquer espaços a preencher.

Para além disso, são condições **rígidas**, constituindo-se como tal independentemente de obterem, ou não, a adesão das partes e sem possibilidade de, no essencial e em regra, sofrerem alterações.

E importa referir, a este respeito, que não obsta à qualificação das cláusulas em análise como cláusulas contratuais gerais e do contrato dos autos como um contrato de adesão, o facto de se ter apurado que em alguns dos contratos celebrados com a ré foram introduzidas algumas alterações sugeridas pelos franquizados.

Com efeito, e tal como bem faz notar Menezes Cordeiro *as partes que subscrevam cláusulas contratuais gerais podem, em simultâneo, acordar, lateralmente, noutras cláusulas específicas. Tal eventualidade nada tem de remoto, uma vez que a adesão se faz em bloco, muitas vezes sem atenção a cada uma das cláusulas incluídas no formulário* (vide *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp. 434-435).

Por conseguinte, não existe descaracterização se uma cláusula ou uma pequena parte dela for modificada por acordo, é o que decorre do disposto no artº 7º da LCCG ao determinar a prevalência das cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer outras cláusulas (vide, neste sentido, entre outros, Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, II*, Coimbra, 1992, pág. 877).

De qualquer modo, atente-se que a ré apenas enumerou quatro contratos em que foram por si aceites algumas das alterações sugeridas pelos franquizados,



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

34 C
Y

sendo certo que, segunda alega, a sua rede de franchising contava já com oito franquiados.

Por outro lado, verifica-se que em dois dos contratos em que se apurou que foram introduzidas algumas das alterações propostas pelos franquiados, apenas foram alterados três e quatro parágrafos, designadamente, nos acordos celebrados com a empresa Tuvalu, Lda. em 28.05.2002 e 09.10.2003, sendo que nestes contratos constam predispostas quinze cláusulas, com inúmeros parágrafos.

Acresce que muitas das alegadas alterações aceites pela ré consubstanciam meros aditamentos e concretizações do conteúdo das cláusulas que foram por si previamente predispostas (vide as cláusulas 3ª, parágrafo 3º; 6ª, parágrafo 5º e 12ª do contrato celebrado com a empresa Gostos e Restauração, Lda.; a cláusula 13ª, parágrafo 5 D do contrato celebrado com a empresa Tuvalu, Lda. em 28.05.2002; as cláusulas 4ª, parágrafo 3º; 6ª, parágrafos 2º, 4º e 5º; 10ª, parágrafo 6º; 13ª, parágrafos 1º, 3º e 5º e 15ª, parágrafo 2º do contrato celebrado com a empresa Turbot, Lda. e a cláusulas 4ª e 6ª, parágrafo 4º do contrato celebrado com a empresa Tuvalu, Lda. em 09.10.2003).

Outras alterações aceites pela ré reportam-se à mera consagração ou alargamento de prazos e à estipulação de valores (vide as cláusulas 2ª, parágrafo 8º; 4ª parágrafo 2º; 8ª, parágrafos 8º e 9º e 10ª, parágrafos 3º e 6º, nota 1 do contrato celebrado com a empresa Gostos e Restauração, Lda.; as cláusulas 3ª, parágrafo 1º e 8ª, parágrafo 8º do acordo celebrado com a empresa Tuvalu, Lda. em 28.05.2002; a cláusula 2ª, parágrafo 4º do contrato celebrado com a empresa Turbot, Lda. e a cláusula 8ª, parágrafo 8º do contrato celebrado com a empresa Tuvalu, Lda. em 09.10.2003).

Em suma, o número reduzido e a diminuta importância das alterações introduzidas pela ré, a pedido dos franquiados, no clausulado que consta do documento junto de fls. 8 a 30 dos autos, não são suficientes para permitir afastar a rigidez que caracteriza as cláusulas contratuais gerais.

As referidas alterações aceites pela ré são meramente pontuais e quase insignificantes e não permitem concluir pela existência de uma negociação prévia e individual entre a ré e os seus aderentes relativamente ao conteúdo das cláusulas que disciplinam as suas relações contratuais.



S. R.

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

322 G
7

E foi precisamente esta realidade que se apurou nos autos: aos interessados na celebração de contrato com a ré está vedada a possibilidade de, no essencial, através de negociação, alterar a maioria das suas cláusulas.

Refira-se, por último, que tais condições encontram-se predispostas para toda e qualquer pessoa que queira negociar com a ré e não apenas com a empresa mencionada no contrato junto de fls. 8 a 30.

Podemos, pois, dar como assente, de forma segura, que o conteúdo do contrato de *franchising* constante de fls. 8 a 30 é um contrato de adesão, sendo o seu conteúdo constituído por cláusulas contratuais gerais e, como tal, aplica-se-lhe a disciplina consagrada na LCCG.

*

2º Da verificação da conformidade das cláusulas 8ª, 1º parágrafo; 10ª, nº 8; 12ª; 14ª, nº 3 e 15ª, nº 3 do contrato objecto dos autos com as proibições legais estatuídas no referido diploma legal.

Refere Pinto Monteiro que as cláusulas contratuais gerais representam (...) *um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. Dir-se-á que à produção e distribuição standard corresponde, no plano negocial, a contratação standard: produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes. Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essa que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro. Estas especificidades implicam riscos ou perigos acrescidos para o aderente, isto é, para o parceiro contratual que celebra o contrato aderindo às condições gerais utilizadas pela outra parte (O novo regime jurídico*



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

343
2

dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais, ROA, Ano 62, Janeiro de 2002).

E são precisamente estes riscos ou perigos acrescidos que resultam para o parceiro contratual que celebra o contrato aderindo às condições gerais utilizadas pela outra parte que a LCCG procurou eliminar ou, pelo menos, atenuar.

As medidas de tutela do aderente introduzidas por este diploma legal, situam-se basicamente em dois planos: por um lado, impõe-se ao utilizador um exigente ónus de comunicação das cláusulas, para que *se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência* (cf. artº 5º, nº 2).

Por outro lado, estabelecem-se proibições específicas de conteúdo, restritivas da liberdade de conformação do utilizador: certas estipulações, ainda que eventualmente admissíveis em face do regime comum dos contratos, não podem ser feitas valer através de cláusulas contratuais gerais.

O incumprimento daquele primeiro ónus leva a que as cláusulas se considerem excluídas dos contratos singulares (cf. artº 8º).

A utilização de cláusulas proibidas conduz às sua nulidade (cf. artº 12º).

Os dois mecanismos de tutela funcionam independentemente um do outro, pelo que uma cláusula não comunicada não se inclui no contrato, mesmo que o seu conteúdo não suscite reparos.

Inversamente, uma cláusula nula, pelo seu conteúdo, não deixa de o ser pelo facto de ter sido objecto de comunicação adequada.

Assim, as cláusulas contratuais gerais podem ser valoradas de um duplo ponto de vista: um atinente à observância do ónus da sua comunicação adequada e o outro relativo ao respeito de determinados limites de validade do conteúdo.

No que concerne aos limites de validade do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, com a LCCG o legislador teve como objectivo, central e principal, a proibição, absoluta ou relativa, de cláusulas injustas, inconvenientes ou inadequadas.

Como princípio geral são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à **boa fé** (cf. o artº 15º da LCCG).



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

364
7

Na aplicação concreta da norma que proíbe as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé devem ponderar-se os valores fundamentais do direito relevantes em face da situação considerada e, devem ponderar-se, em especial, a confiança suscitada nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e, ainda, por quaisquer outros elementos atendíveis. Deve, também, ponderar-se, em especial, o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado (cf. artº 16º da LCCG).

A boa fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e na execução dos negócios jurídicos.

Enumeram-se, por sua vez, nos artºs 18º e 21º da LCCG as cláusulas absolutamente proibidas e nos artºs 19º e 22º da LCCG as cláusulas relativamente proibidas.

As **cláusulas absolutamente proibidas** são aquelas que não podem, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por adesão.

Estas proibições actuam, independentemente, dos esquemas negociais em que as mesmas se incluam.

São, pois, proibições absolutas e totais.

As **cláusulas relativamente proibidas** são aquelas que são susceptíveis de serem válidas para certos tipos de contratos e não para outros. A sua proibição, ou não, isto é, a sua validade ou invalidade, depende de um juízo valorativo, à luz da economia negocial em que se integram.

Mas a concretização destes conceitos indeterminados não pode ser feita em termos casuísticos, aproximados da equidade, mas deve atender-se ao quadro negocial padronizado.

Deve, pois, efectuar-se em face do tipo negocial abstractamente predisposto e não com base nos contratos singulares que o materializam.

Apreciemos, assim, cada uma das cláusulas cuja nulidade é pedida, à luz do regime legal vigente em matéria de cláusulas contratuais gerais.



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

365
2

*

Da cláusula 8ª, 1º parágrafo:

A cláusula 8ª, 1º parágrafo do contrato em apreço nos autos tem o seguinte teor:

Oitavo: Obrigações do Franchisado

Sem prejuízo que resultem das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações:

Alega o autor que esta cláusula é nula porque prevê a possibilidade de **resolução imediata** do contrato por parte da ré, na hipótese de se verificar um simples incumprimento por parte do franquiado de qualquer uma das obrigações nela enumeradas, pelo que é uma cláusula proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85.

Respondeu a ré alegando que na referida cláusula não se estipula um direito de resolução *ad nutum*, a todo o tempo e segundo um juízo de absoluta arbitrariedade por parte da ré.

Pelo contrário, as partes estipularam um direito de resolução dependente da violação das obrigações discriminadas nos dezoito números da referida cláusula, que são, no seu entender, as obrigações que constituem o núcleo caracterizador do contrato e que tutela a ré perante o franquiado, pelo que o incumprimento destas obrigações nunca poderá ser configurado como de simples, insignificante ou de escassa importância.

A apreciação da validade ou invalidade desta cláusula contratual, que consagra directamente uma das formas da cessação do contrato, exige que se proceda previamente a uma breve caracterização do contrato de franquia (sua noção e conteúdo) e do regime jurídico que lhe é aplicável.

Nas palavras de Inocêncio Galvão Telles *o franchising, ou seja, a franquia, na fórmula portuguesa já consagrada, é o contrato pelo qual um dos contraentes, o franquiador, concede a outro, o franquiado, a utilização, dentro de*

346
2

certa área, de formas de propriedade industrial ou comercial pertencentes ao primeiro em exclusivo, como marcas, nomes, insígnias, patentes, técnicas empresariais, processo de fabrico, ou lhe fornece, para distribuição, mercadorias de seu fabrico, tudo mediante contrapartidas (Manual dos Contratos em Geral, 4ª edição, 2002, pp. 501-502).

Na noção de Pinto Monteiro em termos simples e englobantes, poder-se-á definir o franchising como o contrato pelo qual alguém (franquiador) autoriza e possibilita que outrem (franquiado), mediante contrapartidas, actue comercialmente (produzindo e/ou vendendo produtos ou serviços), de modo estável, com a fórmula de sucesso do primeiro (sinais distintivos, conhecimentos, assistência...) e surja aos olhos do público com a sua imagem empresarial, obrigando-se o segundo a actuar nestes termos, a respeitar as indicações que lhe forem sendo dadas e a aceitar o controlo e fiscalização a que for sujeito (Contratos de Distribuição Comercial, Almedina, 2004, p. 121).

Segundo Menezes Cordeiro a chave fundamental para a distinção do contrato de franquia das outras figuras afins resulta da natureza essencial do seu conteúdo. Na base da clássica tripartição das prestações em prestações de dare (p. ex. a concessão), de facere (p. ex. a agência) ou depati a franquia inclui-se, justamente, nesta última categoria: o franquiador obriga-se a suportar que o franquiado utilize o seu nome, a sua marca ou as suas insígnias: este núcleo essencial pode ser complementado por outros aspectos. Mas é ele que, à franquia, dá uma particular consistência.

E esta contraposição técnico-jurídica corresponde a uma função perfeitamente autonomizada. A franquia permite, no período da sociedade de consumo e de grande circulação de consumidores, constituir redes mundiais destinadas a oferecer bens e serviços, devidamente promovidos e publicitados, com todas as garantias de segurança e qualidade, na base de pequenas unidades independentes. A alternativa residiria na formação tentacular de filiais, com a correspondente formação de grandes grupos, que iriam defrontar os poderes políticos e - mesmo em termos meramente económicos- provocar uma acentuada subida de custos (Do Contrato de Franquia (Franchising): Autonomia Privada versus Tipicidade Negocial, ROA, ano 48º, I, Abril/1998, págs. 73 e segs.).



S. R.

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

347
2
C

E acrescenta o mesmo autor que *num contrato de franquia poderão ser obrigações do franquiador:*

- *facultar a franquiado o uso de uma marca, insígnia ou designação comercial na comercialização de serviços ou produtos por este adquiridos os fabricados;*

- *auxiliar o franquiado no lançamento e na manutenção de certa actividade empresarial munindo-o de conhecimentos técnicos ou produtos necessários;*

- *facultar ao franquiado técnicas ou processos produtivos de que o franquiador teria o exclusivo;*

Por outro lado, o franquiador poderá ter como direitos:

- *uma certa retribuição calculada, muitas vezes, como percentagem do produto de vendas ou correspondente ao produto de certas aquisições que o franquiado se poderá obrigar a fazer-lhe;*

- *poderes de fiscalização quanto às especificações e qualidades do produto vendido sob as suas marcas, insígnias ou designações comerciais;*

- *poderes de aprovação ou fiscalização no tocante a pontos de venda, sua configuração e demais circunstancialismo;*

- *poderes no domínio da cessão da posição contratual e da renovação do contrato;*

Por seu turno, o franquiado terá como direitos:

- *o uso de marcas, insígnias ou nomes comerciais do franquiador;*

- *a utilização de conhecimentos, técnicas empresariais ou modos de fabrico pertença do franquiador;*

- *o auxílio do franquiador no lançamento, manutenção e desenvolvimento da sua actividade no que toca a indicações;*

Por outro lado, o franquiado poderá ficar adstrito:

- *ao pagamento de certas retribuições ou à aquisição, junto do franquiado, de certos produtos;*

- *ao lançamento e desenvolvimento da sua actividade dentro de certa circunscrição;*

- *à manutenção das qualidades dos serviços ou dos produtos franquizados;*



S. R.
1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

308
2

- ao sigilo no tocante a conhecimentos recebidos do franquizador;
- à comparticipação em despesas de publicidade;
- a certas cláusulas de não-concorrência (ob. cit. págs. 73 e segs.).

Resumidamente, podemos concluir que o franquizador garante ao franquiado o uso da marca, insígnias e designações na comercialização de serviços ou produtos que este adquire e fabrica, propicia-lhe os conhecimentos técnicos para essa actividade, tal como os seus processos produtivos.

O franquiado paga-lhe direitos de entrada, *royalties* (ou prestações periódicas), adquire os produtos que lhe são indicados, devendo manter a qualidade, o bom nome e o sigilo comercial dos produtos franquiados.

Aquele tem direito a receber uma entrada inicial, *royalties*, fiscalização, controlo e aprovação.

O franquiado pode usar marcas, insígnias, nomes comerciais, conhecimentos técnicos do franquizador e a sua assistência (vide, a propósito, Elsa Vaz de Sequeira, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida e Costa*, Coimbra, 2002, pág. 446).

O franquizador tem como objectivo tirar proveito da notoriedade da sua marca e da sua imagem de marca, recebendo, por isso, não só a *initial fee* como as *royalties*.

E para preservar essa imagem presta toda a assistência técnica e comercial ao franquiado que é o meio de expandir o bom nome daquele sinal distintivo.

O franquiado beneficia da assistência do franquizador, coloca no mercado um produto já testado e geralmente aceite pelo consumidor correndo, em consequência, um menor risco comercial e garantindo um melhor acolhimento empresarial.

Assim delimitados o conceito e o conteúdo típico do contrato de franquia, não restam dúvidas que é este o contrato que a ré propõe aos seus aderentes através da subscrição do documento junto de fls. 8 a 30 dos autos.

Tratando-se de um contrato legalmente atípico, coloca-se o problema de saber qual o regime jurídico aplicável ao contrato de franquia.

A este respeito perfilhamos o entendimento propugnado pelo Professor Pinto Monteiro que se expressa nos seguintes termos:

(...) Como qualquer contrato, é de atender, antes de mais, às próprias cláusulas acordadas pelos contraentes, desde que lícitas.

Assim como importa ter sempre presente os princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico, designadamente no tocante à formação do contrato, à capacidade dos sujeitos, à declaração negocial, ao objecto, ao cumprimento e não cumprimento e à conduta das partes.

Há ainda que ponderar a aplicação do regime consagrado para as cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão, pois é natural que em muitos casos (...) seja esse o modus negocial típico e adequado da formação destes contratos.

Num outro plano, convém não esquecer o relevo que os contratos de distribuição comercial assumem do ponto de vista da (limitação da) concorrência, pelo que há que atentar na lei da defesa da concorrência e, bem assim, nos dispositivos comunitários pertinentes.

Haverá, depois, que atender a aspectos específicos de cada contrato, que podem implicar a aplicação de regras especiais. Assim, por exemplo, no caso do contrato de franquia, envolvendo uma licença de exploração de direitos de propriedade industrial, terá o contrato -ou pelo, pelo menos, essa cláusula- de respeitar a forma escrita, por força do artº 30º, nº 3 do Código da Propriedade Industrial (...) (ob. cit. pp. 62-64).

Finalmente, e com especial relevância para a apreciação das questões suscitadas nos autos, refira-se que a posição dominante no doutrina vai no sentido de aplicar ao contrato de franquia, por analogia -quando e na medida em que ela se verifique-, o regime do contrato da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato (vide, neste sentido, entre outros, Pinto Monteiro, ob. cit. pp. 64-67; Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, nºs 206, V, 207, IV, 216, I e II e 219, V; Lacerda Barata, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa, 1994, pp. 86-87; Coelho Vieira, *O contrato de concessão comercial*, Lisboa, 1991, pp. 140 e segs. e Pestana de Vasconcelos, *O contrato de Franquia*, Coimbra, 2000, pp. 73 e segs.).

Menezes Cordeiro considera mesmo que a agência é a *figura-matriz dos contratos de distribuição* (vide ob. cit. nº 207, IV).

Neste sentido também se expressa Pinto Monteiro quando afirma que (...) *não haverá um regime jurídico único dos contratos de distribuição, perante a diversidade das espécies negociais que esta fórmula abrange. Assim, dever-se-á recorrer, em cada caso, às disposições legais pertinentes, sendo de considerar os problemas específicos de cada contrato (...). A pluralidade dos contratos de distribuição reclama um regime também plural.*

Mas isso não impede que haja um núcleo ou fundo comum de problemas susceptível de ser equacionado e resolvido por um mesmo regime jurídico. Ora, é para esse núcleo de problemas, à volta do qual se constrói a categoria dos contratos de distribuição, que o regime da agência se mostra com vocação e aptidões para se afirmar como o regime-modelo dos contratos de distribuição.

O regime que a lei consagra para o contrato de agência afigura-se modelar ou paradigmático, traduzindo, muitas vezes, a concretização de princípios gerais válidos para todos os contratos de distribuição, pelo que bem pode atribuir-se à agência o estatuto de figura exemplar (ob. cit. pág. 68).

Acrescente-se, ainda, que a franquia é também um contrato que faz surgir entre as partes uma relação duradoura, pautada por uma estreita colaboração e apertados laços de confiança, o que não pode ser esquecido na determinação do seu regime jurídico, *maxime* para efeitos de resolução do contrato (vide, neste sentido, Pinto Monteiro, ob. cit. pp. 125 e 126).

Podemos, pois, dar como assente que ao contrato de franquia são aplicáveis, por analogia, as normas consagradas para o contrato de agência, quando e na medida em que ela se verifique.

O regime jurídico do contrato de agência encontra-se consagrado no D.L. nº 178/86, de 3 de Julho, com as alterações introduzidas pelo D.L. nº 118/93, de 13 de Abril que transpôs a Directiva 86/653/CEE, do Conselho de 18 de Dezembro de 1986.

No que concerne à **resolução** do contrato preceitua o artº 30º do referido diploma legal o seguinte:

O contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes:

a) *Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual.*

b) *Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia.*

A lei da agência estabelece, assim, dois fundamentos de resolução, os quais, sem dificuldade, se podem aplicar, por analogia, ao contrato de franquia, uma vez que concretizam, de algum modo, os princípios gerais que em princípio vigoram para qualquer contrato duradouro (vide, neste sentido, Pinto Monteiro, ob. cit. pp. 142-143).

O primeiro desses fundamentos consiste no não cumprimento, por qualquer das partes, das respectivas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual.

Decorre do exposto, que não é qualquer incumprimento, *tout court*, de uma ou mais obrigações, que legitima a outra parte, *ipso facto*, a resolver o contrato.

A lei exige que a falta de cumprimento assumam especial importância, quer pela sua gravidade (em função da própria natureza da infracção, das circunstâncias de que se rodeia ou da perda de confiança que justificadamente cria na contraparte), quer pelo seu carácter reiterado, sendo essencial que, por via disso, não seja de exigir à outra parte a subsistência do vínculo contratual.

Refere Pinto Monteiro, em anotação a este preceito legal, que *não é qualquer incumprimento que legitima a outra parte a resolver o contrato. Tal direito só é correctamente exercido se a falta for especialmente grave (em si mesma ou pelo carácter reiterado que reveste), em termos de não ser exigível a um dos contraentes continuar adstrito ao contrato, ou seja, quando houver justa causa* (RLJ, nº 133, p. 238).

Consagrando-se, desta forma, uma justa causa de resolução, não há que lançar mão da interpelação admonitória prevista no artº 808º do CC, ao contrário de que alega o autor.



S. R.
1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

352
j

De facto, e tal como bem faz notar Baptista Machado, este preceito ajusta-se, apenas, a negócios sobre transacções de bens, não se ajustando directamente às relações contratuais duradouras, para as quais o regime típico é o da resolução por justa causa. Nas relações obrigacionais duradouras, o que está em causa não é a perda do interesse numa concreta prestação (pelo menos em regra), mas a justificada perda do interesse na continuação da relação contratual (RLJ, nº 118, p. 280).

Na cláusula 8ª, 1º parágrafo do contrato de franquia em apreço nos autos, a ré estipulou, a seu favor, o direito de resolução imediata do contrato, na hipótese de se verificar o incumprimento, por parte do franquiado, de qualquer uma das dezoito obrigações nela enumeradas.

Esta cláusula permite à ré resolver o contrato na hipótese de se verificar um simples incumprimento das obrigações pelo franquiado, mesmo que tal incumprimento não assuma especial importância, seja insignificante ou de escassa importância.

Nos termos em que a cláusula está predisposta, permite-se à ré o exercício imediato do direito de resolução quando se verifique o incumprimento das obrigações por parte do franquiado, independentemente do grau de gravidade ou do carácter esporádico ou reiterado que revista a conduta inadimplente do franquiado.

Ora, considerando que o tipo negocial em apreço faz surgir entre as partes uma relação duradoura, pautada por uma estreita colaboração e apertados laços de confiança e o objectivo que ambos os contraentes visam atingir, resulta evidente que o direito de resolução do contrato não pode ocorrer em resultado de um simples incumprimento do franquiado.

Impõem os ditames da boa fé que tal direito de resolução apenas possa ser exercido pela ré quando se verifique um incumprimento por parte do franquiado que assuma especial importância, quer pela sua gravidade, quer pelo seu carácter reiterado e que, por via desse incumprimento, não seja de exigir da ré a subsistência do vínculo contratual.

Refira-se, por último, que não se acolhe a defesa da ré nesta matéria, porquanto se afigura perfeitamente aceitável a subsistência do vínculo contratual

33
2

na hipótese de se verificar um simples incumprimento pelo franquiado das obrigações discriminadas na cláusula em apreço, não obstante tais obrigações *constituírem o núcleo caracterizador do contrato*.

Assim sendo, conclui-se que a cláusula em análise viola valores fundamentais de direito impostos pelo princípio da boa fé, pelo que a mesma é proibida.

A cláusula 8ª, 1º parágrafo do contrato em apreço nos autos é, pois, nula, por violação do disposto nos artºs 15º e 16º da LCCG.

*

Da cláusula 10ª, nº 8:

A cláusula 10ª, nº 8 do contrato em apreço nos autos tem o seguinte teor:

Décimo: Consequências da Resolução do Contrato

(...);

8. Ambas as partes acordam de forma explícita que a clientela do estabelecimento Franchisado é sempre do estabelecimento do Franchisador ou do titular ou proprietário da licença da marca e distintivos "Cantina Mariachi", não podendo o Franchisado reclamar indemnização por tal conceito na finalização do presente contrato, nem em qualquer outro momento ou suposição, e aceitando que a notoriedade, fama e boa reputação da marca do Franchisador, assim como o seu método operativo e de exploração, são os elementos determinantes e essenciais que faz com que os seus consumidores venham ao estabelecimento Franchisado e sejam fiéis ao mesmo (...);

Alega o autor que esta cláusula é nula porque consagra uma **renúncia antecipada** por parte do franquiado à **indemnização de clientela** no final do contrato, pelo que esta cláusula é proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85 e 809º do CC.

Respondeu a ré alegando, no essencial, que o franquiado não é titular deste direito de indemnização de clientela, uma vez que esta figura só foi consagrada excepcionalmente na lei para o contrato de agência e não é susceptível de ser aplicada analogicamente ao contrato de franquia.

Mais alega, que não é aplicável a norma do artº 809º do CC, porquanto esta apenas sanciona com nulidade a renúncia antecipada pelo credor aos direitos que emergem da falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor.

A propósito da finalidade e razão de ser da indemnização de clientela, escreve Pinto Monteiro que *se trata de uma compensação devida ao agente, após a cessação do contrato -que acresce a qualquer outra indemnização a que haja lugar-, pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente. O preâmbulo do D.L. nº 178/86 (nº 5) salienta isto mesmo. E os requisitos de que depende a atribuição, em concreto, desta indemnização, estão em conformidade com o espírito que presidiu à sua consagração legal.*

Na verdade, é necessário que o agente tenha angariado novos clientes ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente (artº 33º, nº 1, al. a)); que o principal continue a beneficiar, mesmo após a cessação do contrato, da actividade do seu ex-agente (al. b)); e que este fique privado de qualquer retribuição pelos negócios que venham a ter lugar com os clientes por si anteriormente angariados (al. c)).

Verificados estes requisitos, não há dúvida que os benefícios proporcionados pelo agente ao principal eram, na vigência do contrato, de proveito comum; todavia, cessando este, tais benefícios irão aproveitar apenas, unilateralmente, ao principal. A indemnização de clientela visa, justamente, compensar o agente pelo enriquecimento que a sua actividade continua a proporcionar ao principal.

Pese embora o seu nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira indemnização, até porque não está dependente -como resulta do artº 33º- da prova, pelo agente, de danos sofridos (embora estes existam normalmente, pelo menos na forma de lucros cessantes). O que conta são os benefícios que a clientela angariada pelo agente continua a poder proporcionar ao principal, e de que aquele já não aproveita, uma vez extinto o contrato, por deixar de receber comissões pelos negócios com tais clientes (...).

Numa palavra, a dupla relação de fruição de clientela, que existia durante o contrato, torna-se unilateral pois o agente é excluído dessa relação de fruição

355
✓

e, portanto, despojado de um valor que ajudou a criar e em cujas vantagens participava. Justifica-se, por isso, compensá-lo por esses benefícios que a sua actividade anterior continua a proporcionar ao principal. Não se trata, portanto de uma indemnização a favor do agente compreendida no âmbito do instituto da responsabilidade civil -posição que sempre subscrevemos e que a doutrina nacional entretanto vem apoiando-, antes de uma medida próxima do instituto do enriquecimento sem causa, comungando de idênticas preocupações (...).

Tendo o agente deixado de receber qualquer retribuição pelos negócios do principal após a cessação do contrato (al. c) do nº 1 do artº 33º), o primeiro tem direito a ser compensado pelos clientes que angariou e/ou pelo volume de negócios que desenvolveu (al. a) do nº 1 do mesmo preceito legal). Nem se mostra necessário, pelo que diz respeito à al. b) da mesma norma, que os benefícios a auferir pelo principal tenham já ocorrido (ou, sequer, que este tenha feito prova), pois como decorre da própria letra da lei e de acordo com a sua ratio, basta que de acordo com um juízo de prognose, seja bastante provável que eles se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente constitua, em si mesma, uma chance para o principal. Por outras palavras, basta que a clientela angariada pelo ex-agente para os serviços do ex-principal constitua, mesmo após a cessação do contrato, uma possível fonte de receitas para este, por ser bastante provável, num juízo de razoabilidade, que essa clientela continue a recorrer a tais serviços (RLJ, nº 133º, pp. 274 e segs.).

Já no que concerne à possibilidade de aplicação analógica deste direito de indemnização de clientela ao contrato de franquia refere o mesmo autor que (...) esta indemnização poderá ainda beneficiar outros sujeitos, como os concessionários e os franquizados, sempre que a analogia se verifique (Contratos de Distribuição Comercial, Almedina, p. 163).

No entanto, adverte, e bem, Pinto Monteiro, que esta possibilidade de aplicação analógica ao contrato de franquia não é automática, dependendo da verificação dos seguintes requisitos:

(...) num primeiro momento, trata-se de averiguar, em cada caso contrato, se o distribuidor, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes aos do



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

386
V

agente, em termos de ele próprio dever considerar-se, pela actividade que exerceu, como um relevante factor de atracção da clientela. A sua (maior ou menor) integração na rede do concedente ou do franquizador, as obrigações (mais ou menos extensas, mais ou menos intensas) que assume em ordem à prossecução e defesa dos interesses deste, os deveres de informação a seu cargo e de respeito pelas instruções que dele recebe, o tipo de bens distribuídos, etc, serão, para esse efeito, elementos importantes a considerar.

Se, ponderados todos estes factores, for de concluir, no caso concreto, pela equiparação de determinado concessionário ou franquizado, atenta a actividade exercida, a um agente, estarão removidas as primeiras dificuldades à aplicação analógica do regime da agência- e, portanto, à atribuição aos primeiros da indemnização de clientela que a lei prevê a favor do agente. Assim, como estará provado o requisito prescrito no artº 33º, nº 1, al. a).

Há que averiguar, porém, num segundo momento, se a norma que se convoca é adequada ou se ajusta ao contrato de concessão. Importa reflectir, para o efeito, sobre a ratio legis, a fim de vermos se a norma pode aplicar-se analogicamente, não bastando, pois, o parentesco funcional entre o concessionário e o agente.

Ora, no tocante à indemnização de clientela, regulada nos artºs 33º e 34º do D.L. nº 178/86, sabemos que ela se destina a compensar alguém (o agente) pelos benefícios de que outrem (o principal) continue a usufruir após o termo do contrato e que devam creditar-se ainda, no essencial, à actividade do primeiro antes de o contrato cessar. Há aqui dois aspectos a ter em conta, de acordo com a razão de ser desta medida, que se afiguram fundamentais para a solução do problema.

Em primeiro lugar, há que ver se a clientela foi angariada pelo agente ou se houve um aumento substancial do volume de negócios; em segundo lugar, importa apurar se e em que medida, no futuro, o principal irá beneficiar dessa clientela ou dessa actividade do agente.

Quanto ao primeiro aspecto, o que dissemos antes acerca da equiparação do concessionário e do franquizado ao agente mostra que se aqueles, no caso concreto -designadamente pelos serviços que prestaram, tarefas que cumpriram e

357
Y

funções que exerceram- puderem ser considerados como relevante factos de atracção da clientela (ainda que não o único) estará então preenchido o primeiro requisito para a aplicação analógica da norma.

Mas isso não basta. Torna-se necessário, em segundo lugar, para que a finalidade desta medida seja alcançada, que o concedente ou o franquizador venham a beneficiar dessa clientela, que isso seja previsível (...) (Pinto Monteiro, ob. cit. pp. 163 a 165).

Perfilham a mesma posição anteriormente explanada autores como Menezes Cordeiro (*Manual de Direito Comercial*, cit., nºs 216 e 219), Carlos Lacerda Cordeiro (*Anotações ao novo regime do contrato de agência*, cit., pp. 86-87) e Rui Pinto Duarte (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 184 e segs.).

E esta é também a posição que perfilhamos que vai no sentido de admitir a atribuição ao franquiado da indemnização de clientela prevista no artº 33º do D.L. nº 178/86, por aplicação analógica desta norma, desde que verificado o duplo condicionalismo analisado por Pinto Monteiro.

Neste domínio configura-se, pois, como decisiva a análise do caso concreto, desde logo, no tocante à consideração do franquiado como relevante factor de atracção da clientela.

Ora, a este respeito, constata-se que o autor não logrou provar nos autos que *a actividade isolada dos franchisados exerce algum poder de atracção de clientela*, tal como claramente resulta da resposta negativa que mereceu a factualidade vertida no quesito 7º B.

Daqui decorre que, no caso concreto, ou seja, no âmbito da rede de franchising *Cantina Mariachi*, os franquiados não se assumem como relevantes factores de atracção da clientela.

A constatação desta realidade obsta, assim, à possibilidade de aplicação analógica aos contratos de franquia celebrados com a ré do disposto no artº 33º do D.L. nº 178/86 e, conseqüentemente, à atribuição aos franquiados da ré da indemnização de clientela aí prevista aquando da finalização do contrato.

Por conseguinte, não se reconhecendo *ab initio* aos franquiados da ré o referido direito de indemnização de clientela, a cláusula cuja validade é apreciada é totalmente despicienda, afigurando-se inútil a declaração da sua nulidade.

Assim sendo, impõe-se julgar improcedente, nesta parte, a pretensão do autor.

*

Da Cláusula 12ª:

A cláusula 12ª do contrato em apreço nos autos tem o seguinte teor:

Décimo Segundo: Cessão do Contrato

O Franchisador reserva-se o direito de transmitir a favor de terceiros, por qualquer título e livremente, a sua actividade como Franchisador da cadeia "Cantina Mariachi" ou a representação do presente contrato de franchising, em cujo caso o adquirente ficará sub-rogado sem mais trâmites, e em substituição daquele, nos direitos e nas obrigações deste contrato, sem faculdade do Franchisado para se opor à referida cessão e sem que isso dê origem para o mesmo nenhum direito de preferência de aquisição.

Alega o autor que esta cláusula é nula porque atribui à ré a possibilidade de ceder os seus direitos contratuais a terceiros, não identificados no contrato, sem o acordo do franquiado, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. 1) do D.L. nº 446/85.

Respondeu a ré alegando, em síntese, que esta cláusula não se reporta apenas à cessão da posição contratual, mas também à transmissão da actividade da ré, sendo que esta última não carece do consentimento do franquiado.

Conclui, assim, que a referida cláusula apenas deverá ser declarada parcialmente nula na parte em que se reporta à cessão da posição contratual.

Dispõe o artº 18º, al. 1) da LCCG que é em absoluto proibida, a cláusula contratual geral que consagre, a favor de quem a predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial.

Uma cláusula contratual geral que consagre, a favor de quem a predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual sem o acordo da outra parte e sem o conhecimento da identidade do terceiro cessionário, é, pois, uma cláusula absolutamente proibida.

Tal significa, como supra se referiu, que uma cláusula com este sentido não pode, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por adesão.

359
9

Trata-se de uma proibição que actua, independentemente, dos esquemas negociais em que a mesma se inclua. Configura, assim, uma proibição absoluta e total.

A cessão da posição contratual encontra-se regulada nos artºs 424º a 427º do CC e consiste no negócio pelo qual um dos outorgantes em qualquer contrato bilateral ou sinalagmático transmite a terceiro, com o consentimento do outro contraente, o complexo dos direitos e obrigações que lhe advieram desse contrato (vide, neste sentido, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 5ª edição, p. 383).

Neste instituto intervêm sempre dois contratos distintos:

- o contrato inicial ou básico, celebrado originariamente entre o cedente e o cedido, de que resulta o complexo de direitos e obrigações que constitui o projecto da cessão. É o contrato de onde nasce a posição que o cedente visa transmitir a terceiro, também chamado o contrato-base ou o contrato-objecto da transmissão.

- o contrato de cessão da posição contratual de um dos contraentes (o cedente), que opera a transmissão da posição contratual, sendo, pois, o instrumento dessa transmissão. É o contrato-instrumento da cessão, que é realizado posteriormente entre o terceiro e o cedente para transmissão da posição que este último detinha no contrato-base.

O efeito típico da cessão, nas relações entre os primeiros outorgantes, é a transmissão da posição do cedente, no contrato inicial ou básico, para o cessionário, assistindo-se, por isso à modificação subjectiva da relação contratual básica (vide, neste sentido, Antunes Varela, *ob. cit.* pp. 390-391 e 394; Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, pp. 72 e 450 e Almeida e Costa, *Direito das Obrigações*, p. 697).

Refere Vaz Serra, resumidamente, que *a cessão da posição contratual é um contrato pelo qual um dos contraentes num contrato com prestações recíprocas transmite a terceiro a sua posição neste contrato, isto é, o conjunto dos direitos e obrigações derivadas do contrato, desde que o outro contraente consinta na transmissão. Portanto, é necessário: a) que se trate de uma posição emergente de contrato com prestações recíprocas e, por isso, de um contrato*



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

360
9

bilateral; b) que o outro contraente dê o seu consentimento antes ou depois da cessão. A necessidade deste consentimento resulta de que ao contraente cedido não pode, sem o seu consentimento, ser imposto um contraente diverso do originário, o que o poderia prejudicar (RLJ, nº 113º, p. 79).

Assim caracterizada a figura da cessão da posição contratual, não restam dúvidas que a cláusula 12ª do contrato em apreço nos autos se reporta em exclusivo a esta figura contratual.

Refira-se, aliás, que nem se percebe de que outra forma se poderá operar a *transmissão da actividade da ré* sem ser por via da cessão da sua posição contratual nos contratos que celebra com os franquizados.

E consagrando a cláusula em análise, a favor da ré que a predispôs, a possibilidade de cessão da sua posição contratual, sem o acordo dos franquizados e sem a identificação do terceiro cessionário, resulta evidente que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos a que alude o citado artº 18º, al. l) da LCCG.

A cláusula 12ª do contrato em apreço nos autos é, pois, nula, por violação do disposto no artº 18º, al. l) da LCCG.

*

Da Cláusula 14ª, nº 3:

A cláusula 14ª, nº 3 do contrato em apreço nos autos tem o seguinte teor:

Décimo Quarto: Danos e Indemnizações

3. O não cumprimento contratual, quando seja por qualquer outra causa que a não concorrência exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato. O cálculo realizar-se-á tomando como base a média dos últimos três meses. Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência.

Alega o autor que esta cláusula é nula porque impõe, em caso de incumprimento do contrato por parte do franquizado, o pagamento à ré do total das *royalties* referentes ao mês pendente até à data da finalização do contrato a título de indemnização por danos e prejuízos, pelo que esta cláusula é proibida, nos

termos do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, por consagrar uma **cláusula penal manifestamente desproporcionada** face aos danos a ressarcir.

Respondeu a ré alegando, no essencial, que a cláusula em apreço não estipula uma cumulação de indemnizações a favor da ré.

As partes apenas fixaram esta cláusula tendo em vista os lucros cessantes, que são mais difíceis de determinar e de quantificar.

Esta cláusula apenas tem aplicabilidade na fase patológica da execução do contrato.

Tal cláusula penal tem natureza compulsória e punitiva.

A seu carácter desproporcionado só pode ser visto em concreto e não analisado em abstracto.

E se, em concreto, se revelar desproporcionado o seu valor indemnizatório, sempre assiste ao franquiado a direito de requerer a sua redução equitativa, nos termos do disposto no artº 812º do CC.

Por, último, se a tese do autor merecer acolhimento, o mesmo juízo deverá recair sobre a indemnização prevista no nº 4 da mesma cláusula, sob pena de se introduzir um desequilíbrio inadmissível no contrato.

Estipula o artº 19º, al. c) da LCCG que são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.

Trata-se da consagração de uma proibição relativa, cuja nulidade, por isso, não é imediata, dependendo de uma valoração prévia *consoante o quadro negocial padronizado*.

Da análise da referida norma, resulta que o legislador elegeu, como critério para a determinação da excessividade da pena, a sua desproporção em face dos danos a ressarcir.

Tal não significa, porém, que haja de proibir-se a pena logo que se mostre superior ao dano, mas apenas no caso de se detectar uma desproporção sensível (vide, neste sentido, Almeida e Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 47, anot. ao nº 4 do artº 19º).

E parece evidente que o critério pelo qual a lei afere a desproporção —os danos a ressarcir— dá relevo à índole indemnizatória da cláusula penal, e não à sua função coercitiva.

A análise da validade ou invalidade da cláusula em apreço, exige que se proceda a uma breve caracterização da cláusula penal, suas espécies e respectivos regimes, bem como a uma abordagem da admissibilidade ou não do seu cumulo com a indemnização nos termos gerais.

Pinto Monteiro distingue três espécies de cláusulas penais, a saber: a cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização, a cláusula de índole exclusivamente compulsivo-sancionatória e cláusula penal em sentido estrito ou cláusula penal propriamente dita (vide Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, colecção teses, Almedina, 1999, pp. 602 a 609).

A **cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização** é aquela em que as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro.

Pretendem as partes, desta forma, evitar os litígios, as despesas e demoras que uma avaliação judicial da indemnização sempre acarretará, à qual é inerente, por um lado, uma certa álea.

Ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efectivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas.

Numa palavra, acordando-se num montante indemnizatório predeterminado, as vantagens e os inconvenientes que daí poderão advir são partilhados pelos dois contraentes: ambos conhecem, de antemão, as consequências de um eventual inadimplemento, e um e outro submetem-se ao risco de o prejuízo efectivo ser consideravelmente menor ou maior do que a soma prevista.

Dai, precisamente, que o credor não possa, em princípio, optar pela indemnização nos termos gerais, em vez da soma prefixada, pois isso implicaria violar o acordo anterior, onde se estabeleceu a indemnização a que ele teria direito. Acordo que não é estabelecido no seu exclusivo interesse, mas no de



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

363
Y

ambos os contraentes, pelo que se o credor pudesse, sem mais, fazer a referida opção, isso significaria frustrar a expectativa do devedor ao subscrever a cláusula..

A pena é estipulada como substituto da indemnização, pelo que o acordo vincula ambas as partes ao montante predeterminado, sendo este o único exigível a título de indemnização.

Por outro lado, uma vez que esta cláusula se destina a liquidar o dano, a fixar o *quantum respondeatur*, naturalmente que o devedor só terá de pagar a soma preestabelecida caso seja responsável, o que não sucederá provando ele a sua falta de culpa. Assim como a mesma também não será devida provando o devedor a inexistência de qualquer dano: a falta deste retira toda e qualquer base à sua liquidação anterior.

Todas estas características assentam à única espécie de cláusula penal especificamente disciplinada pelo Código Civil, nos artºs 810º a 812º do CC.

A **cláusula penal de índole compulsivo-sancionatória** é aquela que é acordada como um *plus*, como algo que acresce à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não cumprimento.

Trata-se de uma espécie diversa da que é contemplada no artº 810º, nº 1 do CC, pois enquanto esta norma define a cláusula penal como a fixação, por acordo, do montante da indemnização exigível, a pena estritamente compulsória, pelo contrário, não visa reparar o credor, o dano do incumprimento não é considerado pelas partes ao ser estabelecido o seu montante.

A finalidade da mesma é de ordem exclusivamente compulsória, destina-se, tão-só, a pressionar o devedor ao cumprimento, não a substituir a indemnização a que houver direito, nos termos gerais.

Não cabendo esta figura na hipótese do artº 810º, nº 1 do CC, a sua legitimidade decorre do princípio da liberdade contratual, funda-se no acordo das partes e destina-se a tutelar a própria confiança de que cada contraente honrará os seus compromissos.

Eventuais abusos serão combatidos, tanto por recurso a meios de controlo geral, como por aplicação do princípio consagrado no artº 812º do CC, em sede de redução de penas manifestamente excessivas.

364
2

A **cláusula penal em sentido estrito ou cláusula penal propriamente dita** é aquela que, em sentido estrito, visa compelir o devedor ao cumprimento - nisto se distingue ela da pena como liquidação do dano e se aproxima da pena estritamente compulsória. Todavia, ao contrário da última, a pena propriamente dita substitui a indemnização, quer dizer, não acresce a esta nem à execução específica da prestação - o que a aproxima da cláusula penal como indemnização predeterminada.

Numa palavra, em sentido estrito, a cláusula penal visa compelir o devedor ao cumprimento, ao mesmo tempo que leva à satisfação do interesse do credor.

Para proceder à qualificação, em cada caso concreto, da espécie acordada, torna-se, assim, determinante o apuramento do escopo ou finalidade prosseguida pelos contraentes com a estipulação da pena. E salienta Pinto Monteiro, a este respeito, que muito embora a designação por que estes se lhe referem não seja decisiva, pode constituir um primeiro indício acerca da intenção prosseguida.

Expressões relevantes serão as de *pena*, *sanção* ou *penalidades* que poderão indiciar uma finalidade sancionatória, ao passo que o emprego dos termos *indemnização*, *liquidação dos danos*, ou outros de teor idêntico, poderão indiciar um escopo meramente indemnizatório.

E além do teor das expressões utilizadas pelas partes, interessa, sobretudo, apurar o conteúdo da cláusula, designadamente se aquelas precisaram ser a soma devida mesmo na ausência de qualquer dano, bem como o tipo de obrigação que sanciona, os interesses em jogo e demais circunstâncias susceptíveis de esclarecer a sua finalidade. De entre os factores a considerar, para esse efeito, avulta, a relação entre o valor da pena e os dos danos previsíveis. Excedendo o montante daquela o valor máximo desses danos, a finalidade compulsória da pena vem ao de cima, visto que, desejando os contraentes liquidar o dano futuro, a soma estabelecida teria de mostrar-se, em princípio, adequada a esse objectivo.

A determinação da espécie de cláusula penal constitui, assim, um problema de interpretação negocial (vide, neste sentido, Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, ob. cit. pp. 640-641).

No cláusula contratual ora em análise estipula-se que *o não cumprimento contratual, quando seja por qualquer outra causa que a não concorrência*

exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato (...). Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência.

O teor das expressões *não cumprimento contratual; rescisão; danos e prejuízos e indemnização* que integram esta cláusula, indicia, desde logo, o escopo meramente indemnizatório que a ré procurou imprimir a esta cláusula.

Por outro lado, verifica-se que o valor da pena consagrada nesta cláusula mostra-se adequado e é equivalente ao valor dos danos que previsivelmente resultariam para a ré na hipótese de *rescisão* do contrato de franquia, decorrente do incumprimento das obrigações pela contraparte.

Ou seja, uma vez declarada a resolução do contrato em virtude do incumprimento das obrigações por parte do franquiado, a ré deixaria de auferir as *royalties* acordadas, sendo precisamente o direito ao pagamento do valor destas *royalties* vincendas que a ré predispôs a seu favor com a consagração da cláusula em análise.

A cláusula 14ª, nº 3 do contrato em apreço nos autos consubstancia, assim, uma típica cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização.

Através dela, pretende a ré liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro, para a hipótese de *rescisão* do contrato decorrente de incumprimento por parte do franquiado de qualquer uma das suas obrigações.

Assim caracterizada a cláusula penal que a ré predispôs a seu favor, importa agora aferir do seu carácter alegadamente desproporcionado.

A este respeito, refira-se, desde já, que esta desproporção existe, desde logo, porque, em princípio, não é admissível o cúmulo da pena com a indemnização nos termos gerais.

E este problema coloca-se no caso vertente, porquanto na cláusula 14ª, nº 1 a ré consagrou também a possibilidade de *exigir indemnizações pelos danos e prejuízos económicos ocasionados* na hipótese de *rescisão do contrato* decorrente da *falta de cumprimento dos direitos e obrigações dele constantes* por parte do franquiado.

Na definição de Pinto Monteiro, existe cúmulo quando a pena for exigida para reparar o dano que a fixação da pena visou acautelar.

O critério decisivo será, pois, o da identidade de interesses: provando-se que o credor, ao fixar a pena, visou proteger o mesmo interesse que a indemnização pretende ressarcir, isso basta para que ele não possa exigir uma e outra (vide ob. cit., p. 448).

E acrescenta o mesmo autor, que quando a cláusula penal for estipulada com o fim de liquidar antecipadamente o *quantum respondeatur*, só mediante convenção nesse sentido é que o credor poderá vir a optar pela indemnização, em vez da pena, sendo que o sentido desta convenção será o de ela obstar a que o credor fique vinculado ao montante indemnizatório predeterminado (vide ob. cit. pp. 452-453).

Ora, resulta claro que a ré ao fixar a pena prevista no nº 3 da cláusula 14ª visou proteger o mesmo interesse que a indemnização consagrada no nº 1 também pretende ressarcir: os interesses que para ela decorrerão da falta de cumprimento pelo franquiado das suas obrigações contratuais.

Por outro lado, verifica-se que não é estabelecida no contrato dos autos qualquer convenção no sentido de a ré, em caso de incumprimento, poder vir a optar pela indemnização prevista no nº 1, em vez da pena consagrada no nº 3.

Ao invés, da leitura da cláusula em apreço resulta com evidência que, no caso de incumprimento por parte do franquiado de algumas das suas obrigações contratuais, é reconhecido à ré o direito de pedir, cumulativamente, a indemnização nos termos gerais pelos *danos e prejuízos económicos ocasionados* prevista no nº 1, e a pena fixada no nº 3 que liquida antecipadamente o *quantum respondeatur* para a mesma situação de incumprimento contratual.

E este cúmulo, como supra se expôs, não é legalmente admissível.

Esta cláusula é, igualmente, desproporcionada e excessiva tendo em conta os danos que visa ressarcir, os valores a que se reporta e o prazo de duração do contrato.

De facto, como já se referiu, em caso de incumprimento de qualquer uma das suas obrigações contratuais, o franquiado já está sujeito ao pagamento dos

362

prejuízos e indemnizações nos termos gerais de direito, por força da aplicação do nº 1 da cláusula em análise.

Ora, não se vislumbra a subsistência de um qualquer outro dano ou prejuízo decorrente do incumprimento contratual por parte do franquiado que não seja indemnizável nos termos gerais de direito, susceptível de justificar o pedido da indemnização previsto no nº 3.

E saliente-se, a este respeito, e ao contrário do que parece resultar da alegação da ré, que mesmo a indemnização pelos lucros cessantes poderá ser obtida pela ré, por força da aplicação do nº 1 da cláusula em análise.

É certo que, na hipótese de o credor resolver o contrato, a indemnização é pelo interesse contratual negativo.

Todavia, mesmo no âmbito do interesse contratual negativo, a nossa doutrina tem defendido que cabem os lucros cessantes (vide, neste sentido, Almeida e Costa, *Direito das Obrigações*, 1979, pp. 763-764 e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 2º vol., 1974, p. 104).

Por outro lado, não pode deixar de se considerar avultada a penalização consagrada no nº 3.

Atente-se que o franquiado fica obrigado ao pagamento do total das royalties em dívida desde a data da verificação do incumprimento até ao fim do contrato, sendo certo que o valor de cada royalty corresponde a 5% das vendas brutas semanais (cf. cláusula 6ª, nº 2) e que a duração do contrato é de 10 anos (cf. cláusula 3ª).

A percentagem fixada de 5%, pode, a uma primeira leitura, inculcar uma ideia contrária. Mas há que ver que ela incide sobre as receitas brutas, o volume médio de negócios, impostos incluídos.

Sendo assim, da aplicação daquela percentagem multiplicada pelo número de anos previstos para a finalização do contrato, resulta um montante elevado, de largas dezenas de milhar de euros, sem qualquer proporção com os lucros efectivamente percebidos.

A tudo isto acresce o facto de o franquiado ter de efectuar o pagamento da totalidade das royalties devidas até à finalização do contrato de uma só vez,



368
Y

1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

prescindindo do benefício do prazo que foi estabelecido a seu favor, em antecipação dos vencimentos contratados.

Em face de tudo o exposto, não restam dúvidas que a cláusula em apreço consagra a favor da ré uma cláusula penal manifestamente desproporcionada aos danos que visa ressarcir.

A cláusula 14ª, nº 3 do contrato em apreço nos autos é, pois, nula, por violação do disposto no artº 19º, al. c) da LCCG.

*

Da Cláusula 15ª, nº 3:

A cláusula 15ª, nº 3 do contrato em apreço nos autos tem o seguinte teor:

Décimo Quinto: Relações Internas

(...);

3. Para todas as diferenças de critério provenientes da interpretação deste contrato entre os Franchisados, estes submeter-se-ão à interpretação do Franchisador, cuja decisão será inapelável (...).

Alega o autor que esta cláusula é nula porque estabelece de um modo directo a favor da ré a possibilidade exclusiva de **esclarecer e interpretar as cláusulas** constantes do contrato, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. e) do D.L. nº 446/85.

Respondeu a ré negando que a referida cláusula estabeleça a seu favor uma faculdade exclusiva de interpretação das cláusulas do contrato.

Estabelece o artº 18º, al. e) da LCCG que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais que confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato.

Na cláusula 15ª, nº 3 a ré confere a si mesma a faculdade de impor a sua interpretação aos franquizados, de forma *inapelável*, quando se verificarem diferenças interpretativas entre os franquizados relativamente às cláusulas do contrato.

Ora, a actividade hermenêutica obedece a critérios normativos próprios, actuáveis, na hipótese de falta de acordo entre as partes, por uma instância judicial (vide, neste sentido, Almeida e Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, anotação ao D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986, p. 43).



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

369

Assim sendo, resulta evidente que a apropriação indevida deste poder, por parte da ré predisponente, viola frontalmente a al. e) do referido artº 18º da LCCG, na medida em que a ré se arvora como árbitro exclusivo em matéria interpretativa.

E atente-se, a este respeito, que é totalmente indiferente à verificação da referida proibição, o facto de a ré apenas impor a sua interpretação nas relações entre os franquizados e não nas relações entre si e os franquizados.

Por conseguinte, conclui-se que **a cláusula 15ª, nº 3 do contrato em apreço nos autos é nula, por violação do disposto no artº 18º, al. e) da LCCG.**

*

3º Se deve ser dada publicidade e em que termos à presente decisão:

Por último, importa apreciar a questão de saber se deve ser dada publicidade à sentença e, em caso afirmativo, em que termos deverá ter lugar tal publicidade.

O autor requereu que a ré fosse condenada a dar publicidade à decisão e a comprovar nos autos tal publicidade, em prazo a determinar na sentença, sugerindo que tal seja efectuado em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa ou no Porto, durante três dias consecutivos.

Estabelece o artº 30º, nº 2 da LCCG que *a pedido do autor, pode ainda o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine.*

Determina-se neste preceito legal a publicação da decisão judicial que inibe do uso de cláusulas legalmente proibidas, com a finalidade de promover a segurança que o mero carácter público do processo não asseguraria plenamente, sem que ocorra qualquer facto atentatório do bem nome e da reputação da ré, pois a inserção nos contratos de cláusulas proibidas é um facto imputável à própria ré.

Na verdade, porque se trata de cláusulas contratuais gerais destinadas a um círculo de sujeitos indefinido e abrangente, a decisão só será plenamente eficaz se também tiver a possibilidade de ser levada ao conhecimento dos interessados, não se tratando de uma sanção em sentido próprio, mas tão-só de um meio de prevenir os contratantes dos seus direitos, que decorre da publicidade do Processo Civil.



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

370
Y

A norma em apreço não só não afecta ilegítimamente o bom nome da sociedade ou a sua reputação, como não tem carácter sancionatório, sendo apenas uma concretização da publicidade do Processo Civil, não regulando em si mesma a restrição de direitos, liberdades e garantias (vide neste sentido, entre outros, o Ac. da RL de 04.02.1999, CJ, t. I, págs. 104 e segs. e o Ac. do TC de 12.04.2000, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

Ora, no caso vertente, o autor requereu que fosse dada a publicidade, nos termos que se referiu, à sentença que se profere, pedido que, sem dúvida, deverá ser julgado procedente.

E considerando as circunstâncias do caso concreto, afigura-se como ajustada a publicidade da sentença nos termos sugeridos pelo autor, embora restrita à parte decisória da sentença, por tal conter os comandos suficientes e necessários para o adequado conhecimento pelo consumidor das proibições decretadas.

Na verdade, a lei não obriga que tal proibição deve ser efectuada a nível nacional e de uma só vez. A publicação da decisão pode efectuar-se, apenas, localmente e por quantas vezes o tribunal considerar conveniente.

No caso concreto, sendo certo que os jornais de maior circulação são distribuídos em Lisboa e no Porto -existindo, nesta medida, nestas duas cidades a maior audiência a nível nacional- entende-se adequada a publicação de anúncio em jornais que circulem nestas cidades.

E, só com a publicação em dois jornais diários de grande tiragem editados em Lisboa e no Porto é que a decisão atingirá um grau razoável de conhecimento por parte dos consumidores, pois, é sabido que a generalidade dos leitores de jornais não compram mais do que um jornal diário.

Acrescente-se, por último, que só com a publicação em três dias consecutivos, se satisfaz o objectivo visado pela lei, pois, na verdade, a publicação num dia ou dois poderia passar despercebida a muitos utilizadores/clientes, pelo que o alerta pretendido sairia frustrado.

Assim sendo, impõe-se condenar a ré a dar publicidade à presente decisão, no prazo que se afigura razoável de 30 dias, mediante anúncio, de tamanho não inferior a ¼ de página, a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem, os

quais sejam distribuídos em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos, devendo comprovar nos autos, no prazo de 10 dias, a execução desta publicação.

Não obstante o decaimento da ré, a presente acção encontra-se isenta de tributação, atento o disposto no artº 29º, nº 1, *in fine* da LCCG.

*

V- Decisão:

Em face de tudo o exposto e de harmonia com os preceitos legais supra citados:

1º Declaro nula a cláusula 8ª, 1º parágrafo do contrato-tipo celebrado entre a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *Sem prejuízo que resultem das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações;*

2º Declaro nula a cláusula 12ª do contrato-tipo celebrado entre a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 18º, al. l) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *O Franchisador reserva-se o direito de transmitir a favor de terceiros, por qualquer título e livremente, a sua actividade como Franchisador da cadeia "Cantina Mariachi" ou a representação do presente contrato de franchising, em cujo caso o adquirente ficará sub-rogado sem mais trâmites, e em substituição daquele, nos direitos e nas obrigações deste contrato, sem faculdade do Franchisado para se opor à referida cessão e sem que isso dê origem para o mesmo nenhum direito de preferência de aquisição;*

3º Declaro nula a cláusula 14ª, nº 3 do contrato-tipo celebrado entre a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *O não cumprimento contratual, quando seja por*

372
7

qualquer outra causa que a não concorrência exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato. O cálculo realizar-se-á tomando como base a média dos últimos três meses. Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência;

4º Declaro nula a cláusula 15ª, nº 3 do contrato-tipo celebrado entre a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *Para todas as diferenças de critério provenientes da interpretação deste contrato entre os Franchisados, estes submeter-se-ão à interpretação do Franchisador, cuja decisão será inapelável.*

5º Condeno a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. a abster-se do uso, em qualquer contrato, das cláusulas mencionadas em 1º, 2º, 3º e 4º;

6º Condeno a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. a dar publicidade à parte decisória da presente sentença, no prazo de 30 dias após o seu trânsito em julgado, através de anúncio, de tamanho não inferior a ¼ de página, a publicar em dois jornais diários de maior tiragem, que sejam editados em Lisboa e Porto, durante três dias consecutivos e a comprovar nos autos esta publicação, no prazo de 10 dias após o termo do prazo supra referido;

7º Julgo improcedente o pedido de declaração de nulidade da cláusula 10ª, nº 8 do contrato-tipo celebrado entre a ré Restmon (Portugal)-Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes;

Sem custas, por delas estar isento o processo (cf. artº 29º, nº 1 do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro).

Registe e notifique.

*

Após trânsito em julgado, remeta certidão da presente sentença ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça.



1.º JUÍZO CÍVEL DA COMARCA DE LISBOA

373
2

Processei e Revi.

Lisboa, 13 de Fevereiro de 2007 (só nesta data devido à necessidade de estudo aprofundado das questões suscitadas nos autos que se revestem de alguma complexidade).

Lammemita Paardredo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ms

Acordam na Relação de Lisboa

Proc. n.º 9479/07

7ª Secção

Apelante/R.: Restmon (Portugal)- Gestão e Exploração de Franquias, Lda.

Apelado/A.: Ministério Público.

I. Pedido: a) Declaração de nulidade das cláusulas acima referidas, condenando-se a R. a abster-se de se prevalecer delas e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar, especificando-se na sentença o âmbito 4 _41, proibição (artº 30º, nº1, do DL nº 446/85, de 25 de Outubro); b) Condenação da R. a dar publicidade a tal proibição, e a comprovar nos autos essa publicidade, em prazo a determinar na sentença respectiva, sugerindo-se que a mesma seja efectuada em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos (artº 30, nº2, do DL nº 446/85, de 25 de Outubro), de tamanho não inferior a 1/4 de página; c) Dar-se cumprimento ao disposto no artº 34º do aludido diploma, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu certidão da sentença, para os efeitos previstos na Portaria nº 1093, de 6 de Setembro.

Alega o MP, em síntese, que a R é titular da marca *Cantina Mariachi* e utiliza com os interessados na celebração de contrato, um impresso do qual constam cláusulas previamente elaboradas, impressas e apresentadas pela R., sendo que a R. apenas concede aos interessados a possibilidade de aceitar, ou não, esse clausulado, vedando-lhes a possibilidade de, no essencial, através de negociação, o alterar.

Desse clausulado, constam as cinco cláusulas cuja declaração de nulidade é peticionada, com base nos seguintes fundamentos:

- a **cláusula 8ª, 1º parágrafo** porque prevê a possibilidade de **resolução imediata** do contrato por parte da R., na hipótese de se verificar um simples incumprimento por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

my

parte do franquiado de qualquer uma das obrigações nela enumeradas, pelo que esta cláusula é proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85;

- a cláusula 10ª, nº 8 porque consagra uma renúncia antecipada por parte do franquiado à indemnização de clientela no final do contrato, pelo que esta cláusula é proibida por violar valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85 e 809º do CC;

- a cláusula 12ª porque atribui à ré a possibilidade de ceder os seus direitos contratuais a terceiros, não identificados no contrato, sem o acordo do franquiado, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. l) do D.L. nº 446/85;

- a cláusula 14ª, nº 3 porque impõe, em caso de incumprimento do contrato por parte do franquiado, o pagamento à R. do total das *royalties* referentes ao mês pendente até à data da finalização do contrato a título de indemnização por danos e prejuízos, pelo que esta cláusula é proibida, nos termos do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, por consagrar uma cláusula penal manifestamente desproporcionada face aos danos a ressarcir;

- a cláusula 15ª, nº 3 porque estabelece de um modo directo a favor da R. a possibilidade exclusiva de esclarecer e interpretar as cláusulas constantes do contrato, pelo que esta cláusula é absolutamente proibida, nos termos do disposto no artº 18º, al. e) do D.L. nº 446/85.

Contestou, a R., alegando, em síntese, que não são aplicáveis ao contrato em apreço as normas consagradas no D.L. nº 446/85, uma vez que apenas propõe aos interessados um certo clausulado, concedendo-lhes a possibilidade de apresentarem livremente uma contra-proposta e de sugerirem alterações às cláusulas do contrato proposto, enumerando, de seguida, algumas das alterações que foram introduzidas, a pedido dos franquiados, no clausulado em apreço nos autos em quatro contratos que celebrou.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ma

No mais, pugna a R. pelo reconhecimento da validade das cláusulas cuja declaração de nulidade é pedida.

Foi proferida **decisão** que:

1º Declarou nula a cláusula 8ª, 1º parágrafo do contrato-tipo celebrado entre a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto nos artºs 15º e 16º do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *Sem prejuízo das que resultem das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações;*

2º Declarou nula a cláusula 12ª do contrato-tipo celebrado entre a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 18º, al. 1) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *O Franchisador reserva-se o direito de transmitir a favor de terceiros, por qualquer título e livremente, a sua actividade como Franchisador da cadeia "Cantina Mariachi" ou a representação do presente contrato de franchising, em cujo caso o adquirente ficará sub-rogado sem mais trâmites, e em substituição daquele, nos direitos e nas obrigações deste contrato, sem faculdade do Franchisado para se opor à referida cessão e sem que isso dê origem para o mesmo nenhum direito de preferência de aquisição;*

3º Declarou nula a cláusula 14ª, nº 3 do contrato-tipo celebrado entre a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *O não cumprimento contratual, quando seja por qualquer outra causa que a não concorrência exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato. O cálculo realizar-se-á tomando como base a média dos últimos três meses. Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência;*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

May

4º Declarou nula a cláusula 15ª, nº 3 do contrato-tipo celebrado entre a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes, por violação do disposto no artº 19º, al. c) do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, com o seguinte teor: *Para todas as diferenças de critério provenientes da interpretação deste contrato entre os Franchisados, estes submeter-se-ão à interpretação do Franchisador, cuja decisão será inapelável.*

5º Condenou a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. a abster-se do uso, em qualquer contrato, das cláusulas mencionadas em 1º, 2º, 3º e 4º;

6º Condenou a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. a dar publicidade à parte decisória da presente sentença, no prazo de 30 dias após o seu trânsito em julgado, através de anúncio, de tamanho não inferior a ¼ de página, a publicar em dois jornais diários de maior tiragem, que sejam editados em Lisboa e Porto, durante três dias consecutivos e a comprovar nos autos esta publicação, no prazo de 10 dias após o termo do prazo supra referido;

7º Julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da cláusula 10ª, nº 8 do contrato-tipo celebrado entre a R. Restmon (Portugal) - Gestão e Exploração de Franquias, Lda. e os seus clientes.

É contra esta decisão que se insurge a recorrente, formulando as seguintes conclusões:

1. Essencial à noção de cláusulas contratuais gerais é a sua rigidez e pré-definição, resultante da sua elaboração sem prévia negociação e resultante da sua recepção em bloco.
2. Ora, a apelante não impõe aos franquizados um modelo pré-definido, imutável e rígido que estes são forçados a aceitar ou recusar em bloco.
3. A apelante propõe e propôs aos potenciais interessados um determinado clausulado, podendo estes sugerir alterações, as quais são objecto de negociação e introdução no contrato (factos provados n.º 10 ;12 a 16).
4. Para o Tribunal *a quo*, estas alterações sugeridas pelos franquizados



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

msy

não afastam, porém, a qualificação das cláusulas como sendo contratuais gerais.

5. Não assiste razão ao Tribunal do qual se recorre, porquanto as referidas alterações não constituem um documento paralelo ao conjunto das cláusulas aceites em bloco pelos franquizados.

6. Trata-se, sim, de alterações no corpo do contrato, que o integram e enformam, respeitantes a aspectos tão relevantes quanto a responsabilidade, a resolução, etc.

7. Se, em concreto, um determinado interessado optou por não propor á Apelante qualquer alteração, tal não transmuta as cláusulas do contrato em cláusulas contratuais gerais.

8. A circunstância de o contrato dos autos ser semelhante a outros celebrados pela Apelante também não pode ser considerado como a prova de que estamos em face de tal tipo de cláusulas: dado que se trata de um contrato de franquia, existem aspectos sobre os quais é necessária uniformidade.

9. Por outro lado, outra característica essencial das cláusulas contratuais gerais é a sua generalidade, o que uma vez mais também não sucede no caso dos autos.

10. A Apelante não se apresenta no mercado com urna proposta dirigida à generalidade das pessoas.

11. Atenta a especificidade do contrato dos autos, a apelante tem em especial atenção o destinatário do seu convite, dado que lhe permitirá actuar no mercado como se da própria Apelante se tratasse.

12. Conforme defende Menezes Cordeiro, *Não havendo generalidade, assistir-se-ia a uma simples proposta feita por alguém decidido a não aceitar contrapropostas enquanto, na falta de rigidez se assistiria a um comum exercício de liberdade negociai (Tratado de Direito Civil, op. cit., pág. 599).*

13. Pelo que o regime legal das cláusulas contratuais gerais é inaplicável ao contrato *sub judice*.

Sem conceder, a entender-se tal regime aplicável,



18

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ma

14. A cláusula 8', 1.º §, não viola o princípio da boa fé.
15. Na cláusula 8' não se estipulou um direito de resolução *ad nutum*, a todo o tempo, segundo um juízo de absoluta arbitrariedade por parte da Apelante.
16. As partes estipularam um direito de resolução dependente da violação de certas e determinadas obrigações.
17. Na aplicação do artigo 15.º do regime legal das cláusulas contratuais gerais deve atender-se ao tipo contratual em crise nos autos.
18. Trata-se de um contrato atípico, totalmente dependente da autonomia privada.
19. Atendendo ao facto de o franquiado aparecer, aos olhos do público, com a imagem empresarial do franquiador, o primeiro encontra-se vinculado ao cumprimento de *uma série minuciosa de prescrições*, a fim de que o franquiador possa controlar a actividade do franquiado e, assim, *zelar pela qualidade dos produtos e /ou dos serviços fornecidos sob a sua marca, em termos de preservar a sua imagem e a dos bens que produz* (MENEZES CORDEIRO, *Do Contrato de Franquia («Fanchising»)...*, pág. 82).
20. Por outro lado, o presente contrato destina-se à exploração de um estabelecimento de restauração (cláusula 2º), em que o cumprimento perfeito das obrigações do franquiado assume especial importância e em que o cumprimento defeituoso destas pode ter repercussões graves e irreparáveis na saúde pública.
21. Ora, o incumprimento das obrigações discriminadas na cláusula *sub judice* reveste a especial importância que faz nascer na esfera jurídica da Apelante o direito à resolução do contrato.
22. Na verdade, estamos em face de obrigações que visam a tutela dos clientes e consumidores, de obrigações que constituem o núcleo do próprio contrato de franquia e que tutelam o franquiador perante o franquiados e de obrigações que visam ainda proteger os demais franquiados.
23. O contrato de franquia estabelece um vínculo que permite ao franquiado actuar como se se tratasse do próprio franquiador. Trata-se da *mais*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

msj

estreita forma de cooperação entre empresas independentes e o mais elevado grau de integração do distribuidor (o franquiado) na rede da outra parte (o franquizador), em termos de gerar no público a convicção de ser o próprio fabricante, ou uma sua filial, a encarregar-se da distribuição (PINTO MONTEIRO, Contratos de Distribuição Comercial, 2004, pág. 117).

24. Conforme reconhecido pelo Tribunal *a quo*, aquilo que decorre dos princípios da boa fé é a proibição de um direito de resolução infundado e arbitrário: o mesmo tem que assentar num incumprimento que assuma especial importância.

25. *O incumprimento de certa obrigação, ainda que, em si mesmo, pouco grave, pode justificar, em certos casos, uma perda de confiança quanto ao cumprimento futuro do contrato. Ora, como se trata de uma relação duradoura, em que a colaboração entre as partes é elemento fundamental, a perda de confiança, justificada, legitima a resolução do contrato [PINTO MONTEIRO, Contrato de Agência (Anteprojecto), in «Boletim do Ministério da Justiça», 1986, n.º 360, pág. 111, sublinhados nossos].*

26. Pelo que a cláusula 8³, 1.ºS, é válida, não enfermando de qualquer nulidade.

27. A cláusula 12" não respeita apenas à cessão da posição contratual, mas à transmissão da actividade da Apelante, pelo que a fazer vencimento a tese de que a cláusula 12" é urna cláusula contratual geral (o que não se concede), apenas na parte em que a mesma respeita à cessão da posição contratual se encontra esta em violação do que dispõe o artigo 18.º, alínea h, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

28. A cláusula 14", n.º3, não padece de qualquer nulidade, na medida em que aí não se estipula urna cláusula penal desproporcionada em face dos danos a ressarcir.

29. A Apelante, mediante o estipulado, negociado e acordado com o franquiado, não estabeleceu um rol de indemnizações.

30. Desde logo, a cláusula 14" bilateraliza os direitos que aí estão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MAJ

consagrados, procurando assegurar o equilíbrio contratual que o artigo 19.º, alínea c), do Decreto-Lei em análise visa tutelar.

31. Ao celebrar o contrato dos autos, a Apelante assume inúmeras obrigações contratuais, cujo cumprimento representa um investimento e uma aposta no franquiado, designadamente, ao fornecer a este o *Know-how*, a experiência, a assistência, etc..

32. Pela cláusula 14', n.º 3, e n.º 4, as partes pretendem compelir-se ao cumprimento do contrato e penalizar-se quando incumpridoras.

33. A mesma tem urna natureza compulsória e punitiva, como decorre da conjugação dos seus números 1 com os números 3 e 4, ao contrário do decidido pelo Tribunal *a quo*.

34. Na mesma prevê-se o pagamento de uma indemnização pelo interesse contratual positivo, i.e., urna indemnização equivalente ao ganho que a Apelante obteria se o contrato fosse integralmente cumprido, colocando a Apelante na situação em que esta ficaria numa situação de pleno cumprimento do contrato.

35. Assim, aquilo que as partes estipularam no n.º3 da cláusula em análise foi uma cláusula penal compulsória e punitiva, a qual cobre um interesse não abrangido pelo n.º1 da mesma cláusula, ao contrário do decidido pelo Tribunal a fls. 366. Com efeito, os interesses que para a apelante decorrem da falta de cumprimento das obrigações contratuais não abrangem, em caso de resolução, a indemnização pelo interesse contratual positivo.

36. A não se entender assim, o carácter desproporcionado da mesma só pode ser visto em concreto e não analisado em abstracto como fez o Tribunal *a quo* a fls. 367.

37. A relação que se gera entre franquizador e franquiado, permitindo que este último surja aos olhos de terceiros como o próprio franquizador, legitima que este último reforce os seus mecanismos de defesa quanto ao incumprimento das obrigações por parte do franquiado.

38. A sentença de que se recorre desatende ao tipo contratual em causa nos autos, esquecendo que a análise de qualquer das suas cláusulas à luz do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ma

regime das cláusulas relativamente proibidas deverá ter o tipo contratual sempre presente.

39. Sem conceder, se, em concreto, se revelar desproporcionado o valor indemnizatório, assiste ao franquiado o direito de redução equitativa, consagrado no artigo 812.º do Código Civil.

40. Por último, a ser nula a cláusula 14º, n.º3, o mesmo juízo deverá recair sobre o estipulado no n.º4 da mesma cláusula. Com efeito, a eliminação do número 3 e a manutenção do seu número 4 introduzirá um desequilíbrio inadmissível no contrato dos autos.

41. A cláusula 15', n.º 3, do contrato não estabelece a favor da apelante uma faculdade exclusiva de interpretação das cláusulas do contrato, não contrariando, por isso, o que dispõe o artigo 18.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

42. Tratando-se de um contrato de franquia e sendo inúmeros os franquiados da *Cantina Mariachi*, desta pluralidade podem advir diferenças de critério provenientes da interpretação do contrato entre os franquiados.

43. Se o franquiado sustentar uma dada interpretação e a apelante defender outra, a esta última não lhe assiste o direito de fixar a interpretação correcta a dar ao contrato.

44. Apenas e só quando surja um diferendo entre franquiados poderá a Apelante decidir tal diferendo e tal resulta à saciedade da conjunção dos n.º 1 e 2 com o n.º 3 da cláusula 15ª.

45. Pelo que a cláusula 15ª, n.º3. é válida.

Houve contra alegações do MP.

II. 1. As questões a decidir consistem em saber se:

A) O contrato de franquia (*franchising*) em questão consubstancia um verdadeiro contrato de adesão, integrado por cláusulas contratuais gerais estando,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MSL

consequentemente, sujeito ao regime previsto no Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro; E, em caso afirmativo,

B) Devem as cláusulas 8.ª n.º 1, 12.º, 14.º n.º 3 e 15.º n.º 3 ser consideradas válidas, à luz do citado diploma legal?

II. 2. Com relevo para a decisão, mostram-se **provados os seguintes factos:**

1º A R. é uma sociedade por quotas que se encontra matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o n.º 9657/99.11.24 (alínea A) da matéria assente);

2º A R. tem por objecto as actividades de consultoria, gestão, assessoria e exploração de franquias, importação, exportação e comércio por grosso e a retalho, gestão e exploração da actividade de restauração, hotelaria e similares, bem como a actividade imobiliária acessória, incluindo a construção, promoção e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços de promoção, gestão e consultoria (alínea B) da matéria assente);

3º No exercício das actividades referidas em 2º, a R., na qualidade de titular da marca *Cantina Mariachi* e mediante a celebração de contrato com possíveis interessados (franchisados), cede a utilização do nome e símbolos distintivos da *Cantina Mariachi*, fornecendo os produtos necessários para o desenvolvimento da *Cantina Mariachi*, directamente ou mediante fornecedores homologados, e instruí-los no uso de todos os ingredientes que constituem a oferta *Cantina Mariachi* (alínea C) da matéria assente);

4º Constam do documento particular intitulado de *Contrato de Franchising Cantina Mariachi*, datado de 24 de Julho de 2000, entre outras, as seguintes cláusulas:

Primeiro: Nomeação da Franchising

O Franchisador nomeia pelo presente documento a sociedade Mundo Mexicano (Oeiras)-Restaurantes, Lda., neste acto representada pela sócia gerente Teresa Mª Raposo Dias de Oliveira Correia de Lacerda, como Franchisado para o âmbito territorial posteriormente indicado, autorizando-o a utilizar o nome, marcas, letreiros, símbolos, distintivos, sistemas, normas e procedimentos da Cantina Mariachi e este



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mm

aceita a citada nomeação conforme aos termos e condições contidos neste documento e seus anexos.

(...);

Terceiro: Duração do Contrato e a sua Renovação

A duração da nomeação e do presente contrato é de dez anos a partir da formalização do mesmo, finalizando portanto no dia 24 de Julho de 2010;

(...);

Quarto: Território e Área de Influência

O Franchisado explorará o negócio Cantina Mariachi, na loja nº 1068 no Centro Comercial Oeiras Parque, situado em Oeiras;

(...);

Sexto: Direito de Entrada e Compromissos Financeiros

Em contrapartida à nomeação e autorização para desenvolver a sua actividade e a todas as vantagens que para o mesmo supõe a assinatura do presente contrato de franchising, o Franchisado assume os seguintes compromissos financeiros:

1. Pagar por este acto ao Franchisador a quantia de Esc: 5.400.000\$00 (Euros: 27.000,00) em conceito de Direitos de Entrada ou Cânon Inicial, mais o imposto correspondente (IVA);

(...);

2. Pagar ao Franchisador a partir da data de abertura do estabelecimento e durante a vigência do contrato, 5% das vendas brutas semanais (Royalties/Taxa Administrativa);

(...);

3. Pagar ao Franchisador, durante a vigência do contrato, 3% semanal das suas vendas brutas como Taxa de publicidade e Marketing;

(...);

Sétimo: Obrigações do Franchisador

1. Fornecer o Know-how, possibilitando a utilização dos conhecimentos técnicos, experiências e métodos a empregar, de modo que um técnico normalmente qualificado possa executá-los depois de um prazo de adaptação razoável.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

msl

O Franchisador deve, antes da abertura do negócio, com pagamento prévio, proporcionar ao Franchisado ou às pessoas designadas pelo mesmo, os objectos (máquinas, ferramentas, dispositivos, material de trabalho, etc.), instruções e treino que se considerem necessários para o seu normal desenvolvimento na nova actividade.

2. Prestar assistência permanente ao Franchisado durante o decorrer do tempo contratual, obrigando-se a assessorá-lo de maneira continua a fim de que possa responder devidamente aos pedidos dos clientes.

A formação pessoal será gratuita quando se realizar mediante cursos organizados nos locais do Franchisador, mas serão por conta do Franchisado todas as despesas ocasionadas pela deslocação do pessoal técnico do Franchisador aos locais do mesmo por pedido prévio segundo as tabelas que estiverem em vigor em cada momento.

De qualquer maneira, serão por conta do Franchisado as despesas de transporte e estadia do mesmo e do seu pessoal para assistir aos cursos de formação.

3. Actualizar constantemente o Manual de operações de acordo com os adiantamentos científicos e a experiência acumulada com o fim de se adaptar à evolução da procura de serviços dos clientes potenciais;

4. Respeitar a zona territorial designada ao Franchisado e fazer respeitar pelos demais franchisados;

5. Cuidar da manutenção da marca comercial, nome comercial e letreiro do estabelecimento exclusivo, a fim de que não exista problema algum para o franchisado sobre o seu uso;

(...);

8. Fornecer uma ajuda contínua ao Franchisado em resposta aos seus pedidos de informação relacionados com os Manuais de Operações ou outros aspectos de gestão da franchising;

9. Em geral, o Franchisador, obriga-se a colaborar em tudo quanto seja preciso a fim de que o negócio Franchisado seja um êxito e não desmereça a imagem do serviço perante os clientes e terceiros. O Franchisador não assume, em nenhum caso e sob nenhum conceito, qualquer responsabilidade sobre o possível fracasso empresarial do Franchisado imputável.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

my

(...);

Oitavo: Obrigações do Franchisado

Sem prejuízo que resultem das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações:

- 1. Actuar com o maior interesse e dedicação na gestão do seu negócio, explorando sempre o Know-how transmitido, fazendo uso das instruções do Manual de Operações (...);*
- 2. Observar sempre no negócio, a fim de proteger a boa imagem do Franchisador e evitar qualquer tipo de fraude ou engano, as normas e requerimentos de qualidade prescritos pelo Franchisador (...);*
- 3. Manter em estrito segredo o Manual de Operações, a informação facilitada e quantos conhecimentos e procedimentos lhe tenham sido transmitidos pelo Franchisador (...);*
- 4. Segurar por conta própria em Companhias de Seguros solventes o negócio e a documentação contra o risco de incêndio, roubo, dano de água e responsabilidade civil e penal, comercial e profissional (...);*
- 5. Respeitar sempre a imagem do Franchisador nos seus produtos e serviços, utilizando única e exclusivamente no seu negócio os símbolos distintivos do Franchisador e colaborando sempre no prestígio e defesa da sua imagem corporativa e cuidar do perfeito estado do estabelecimento, tanto interior com exterior.*
- 6. Adquirir os produtos, materiais da Cantina Mariachi, produtos/abastecimentos e elementos do imóvel ao Franchisador ou a fornecedores referenciados por este (...);*
- 7. Montar, usar e expor cartazes publicitários cumprindo os requisitos especificados pelo Franchisador (...);*
- 8. Desenvolver a sua actividade com a máxima diligência a fim de conseguir as cifras mínimas de venda de 40 milhões de escudos de facturação bruta para cada exercício, abster-se directa ou indirectamente de fazer concorrência ao Franchisador e aos outros Franchisados do mesmo (...);*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MA

9. *Entregar ao Franchisador nos formulários fornecidos por este, toda a informação financeira e operativa que se solicite e com a frequência que o mesmo considere oportuna (...);*
10. *Permitir em qualquer momento ao Franchisador ou terceiros designados por este, o livre acesso a todas as suas instalações e dependências (...);*
11. *Permitir o livre acesso do Franchisador ao TPV (terminal ponto de venda) e/ou caixa registadora (...);*
12. *Cumprir fiel e pontualmente as suas obrigações perante os seus credores de qualquer tipo (...);*
13. *No caso de que o Franchisado seja uma pessoa jurídica, os administradores e procuradores da mesma responderão pessoal, conjunta e solidariamente com a Sociedade (...);*
14. *Não vender os produtos e preparados a preço abaixo do custo, com perda ou de forma que possa ir em detrimento do interesse geral de outros franchisados ou da rede (...);*
15. *Não modificar as especialidades, nem vender nenhuma especialidade crua ou que tenha sofrido alteração ou acidente (...);*
16. *Ter à vista do público e à sua disposição, a carta menu Cantina Mariachi (...);*
17. *Incorporar e substituir na gama de especialidades objecto do franchising, as novas especialidades que o Franchisador desenvolver e cuja comercialização requeira;*
18. *Não fazer convites ou propostas e não firmar acordos de trabalho ou de prestação de serviços com qualquer membro da equipa de funcionários ao serviço ou com qualquer vínculo com Centros Pilotos ou com Formadores que procedam a formação prática (...);*

Décimo: Consequências da Resolução do Contrato

(...);

8. *Ambas as partes acordam de forma explícita que a clientela do estabelecimento Franchisado é sempre do estabelecimento do Franchisador ou do titular ou proprietário da licença da marca e distintivos "Cantina Mariachi", não podendo o Franchisado reclamar indemnização por tal conceito na finalização do*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MAI

presente contrato, nem em qualquer outro momento ou suposição, e aceitando que a notoriedade, fama e boa reputação da marca do Franchisador, assim como o seu método operativo e de exploração, são os elementos determinantes e essenciais que faz com que os seus consumidores venham ao estabelecimento Franchisado e sejam fiéis ao mesmo (...);

Décimo Segundo: Cessão do Contrato

O Franchisador reserva-se o direito de transmitir a favor de terceiros, por qualquer título e livremente, a sua actividade como Franchisador da cadeia "Cantina Mariachi" ou a representação do presente contrato de franchising, em cujo caso o adquirente ficará sub-rogado sem mais trâmites, e em substituição daquele, nos direitos e nas obrigações deste contrato, sem faculdade do Franchisado para se opor à referida cessão e sem que isso dê origem para o mesmo nenhum direito de preferência de aquisição.

Décimo Quarto: Danos e Indemnizações

1. A falta de cumprimento dos direitos e obrigações deste Acordo por qualquer das partes contratantes, permitirá à outra parte contratante rescindir o contrato e exigir indemnizações pelos danos e prejuízos económicos ocasionados;

2. O não cumprimento pelo Franchisado da cláusula de não concorrência exposta no Pacto Décimo alínea terceira dos que antecedem, por se considerar o presente contrato como um Acordo de absoluta confiança e confidencialidade entre ambas as partes, será indemnizado por uma quantia única equivalente a cem por cento da facturação realizada nos últimos doze meses pelo Franchisado em todas as actividades desenvolvidas pelo mesmo e será paga ao Franchisador de uma só vez no prazo de três meses desde o não cumprimento.

3. O não cumprimento contratual, quando seja por qualquer outra causa que a não concorrência exposta no Pacto Décimo na alínea terceira, suporá, juntamente com a rescisão, o pagamento na qualidade de danos e prejuízos ao Franchisador do total dos royalties ao mês pendentes até à data da finalização do contrato. O cálculo realizar-se-á tomando como base a média dos últimos três meses. Esta indemnização é sempre acumulada com a da alínea 2º anterior referente à não concorrência.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ma

4. O não cumprimento contratual por parte do Franchisador suporá uma indemnização por danos e prejuízos dos royalties da manutenção recebidos a partir da data do incumprimento até à data da resolução do presente contrato (...).

Décimo Quinto: Relações Internas

(...);

3. Para todas as diferenças de critério provenientes da interpretação deste contrato entre os Franchisados, estes submeter-se-ão à interpretação do Franchisador, cuja decisão será inapelável (...) (alínea D) da matéria assente);

5º A ré utiliza com os interessados na celebração de contrato, um impresso análogo ao documento particular referido em 4º;

6º Do qual já constam os dados do aderente (franchisado);

7º Limitando-se alguns dos seus aderentes a assinar;

8º As cláusulas insertas no documento particular referido em 4º foram previamente elaboradas pela ré;

9º e são apresentadas, já impressas, aos interessados na celebração do contrato;

10º A alguns interessados na celebração de contrato com a ré apenas foi concedida a possibilidade de aceitar, ou não, essas cláusulas previamente elaboradas pela ré;

11º Estando-lhes vedada a possibilidade de, no essencial, através de negociação, alterar a maioria das suas cláusulas;

12º A ré propõe aos possíveis interessados na celebração de contrato um certo clausulado, aceitando depois algumas das suas contra-propostas e algumas das alterações sugeridas pelos mesmos;

13º No acordo celebrado em 28 de Junho de 2000 entre a ré e Gostos Restauração, Lda., constante de fls. 86 a 110 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 2ª, parágrafo 8º;
- 3ª, parágrafo 3º;
- 4ª, parágrafo 2º;
- 6ª, parágrafo 5º;
- 8ª, parágrafos 8º e 9º;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MA

- 10^a, parágrafos 3^o e 6^o, nota 1;
- 11^a;
- 12^a;

14^o No acordo celebrado em 28 de Maio de 2002 entre a ré e Tuvalu, Restauração e Consultoria em Gestão, Lda., constante de fls. 111 a 133 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 3^a, parágrafo 1;
- 8^a, parágrafo 8;
- 13^a, parágrafo, 5 D;

15^o No acordo celebrado em 19 de Março de 2003 entre a ré e Turbot-Actividades de Restauração, Lda., constante de fls. 140 a 160 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:

- 2^a, parágrafo 4^o;
- 4^a, parágrafo 3^o;
- 6^a, parágrafos 2^o, 4^o e 5^o;
- 8^a com a eliminação do ponto sobre responsabilidade solidária;
- 9^a - com a eliminação da menção à possibilidade de resolução por não alcançar em duas anuidades consecutivas as vendas mínimas estipuladas;
- com a eliminação da possibilidade de resolução do contrato por qualquer outra falta de cumprimento contratual;
- com a eliminação da possibilidade de resolução do contrato por realização de qualquer acto que podesse pôr em perigo a imagem da rede;
- 10^a, parágrafo 6^o;
- 11^a com a eliminação da menção à possibilidade de resolução em consequência de actuação irregular e a possibilidade de suspensão da actividade do franquiado;
- 13^a, parágrafos 1^o, 3^o e 5^o;
- 15^a, parágrafo 2^o;

16^o No acordo celebrado em 9 de Outubro de 2003 entre a ré e Tuvalu, Restauração e Consultoria em Gestão, Lda., constante de fls. 165 a 199 dos autos, a ré introduziu as alterações sugeridas pelo franquiado nas seguintes cláusulas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

my

- 3ª com a eliminação da obrigatoriedade de formalizar o contrato;
- 4ª;
- 6ª, parágrafo 4º;
- 8ª, parágrafo 8º.

II. 2. **Apreciando:**

Nos termos dos arts. 684, n.º 3 e 690 n.º 1 do CPC, o âmbito recurso é delimitado pelas conclusões formuladas na alegação da recorrente.

Vejamos, então, se o recurso apresentado pela recorrente merece ou não provimento.

II.2. 1. **Da aplicação do regime do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.**

Na primeira parte das conclusões, a apelante sustenta que o contrato de *franchising Cantina Mariachi* não integra a categoria de contrato de adesão, pelo que as suas cláusulas, não sendo classificáveis como cláusulas contratuais gerais, não se encontram sujeitas ao regime jurídico especificamente previsto para estas no Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Alega, a apelante, em abono da sua pretensão que não impõe aos franquizados, que com ela contratam, um modelo pré-definido, imutável e rígido que estes sejam forçados a aceitar ou recusar em bloco, propondo, ao invés, um determinado clausulado, podendo aqueles sugerir alterações que poderão vir a fazer parte integrante do contrato, após negociação das partes.

Em primeira instância, foi dado como provado que a apelante utiliza, com os interessados na celebração de contrato de franquia, um impresso análogo ao documento particular junto aos autos designado por *Contrato de franchising Cantina Mariachi*, no qual já constam os dados do aderente (franchisado).

Foi dado, ainda, como provado que alguns dos aderentes apenas se limitam a assinar o referido documento, tendo as cláusulas insertas na referida “minuta” sido



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

msy

previamente elaboradas pela ora apelante, as quais são apresentadas, já impressas, aos interessados aquando da celebração do contrato.

Pelo Tribunal *a quo* foi, ainda, dado como provado que apenas a alguns aderentes foi concedida a possibilidade de aceitar, ou não, as cláusulas elaboradas pela apelante, estando-lhes, no entanto, vedada a possibilidade de, no essencial e através de negociação, alterar a maioria das referidas cláusulas.

Não tendo a matéria de facto sido impugnada, é com base nela que cumpre decidir em recurso. É também com base nela que consideramos não procederem os argumentos aduzidos pela apelante.

Com efeito, o n.º 1 do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, dispõe, no seu art. 1.º, que *As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.*

Nos termos do n.º 2 do referido artigo, o mesmo diploma é aplicável às cláusulas inseridas em *contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.*

Refere o Prof. Carlos Ferreira de Almeida¹, que *com base neste preceito e em fontes doutrinárias, as cláusulas contratuais gerais têm sido caracterizadas em função de três elementos cumulativos: pré-elaboração, indeterminação e rigidez. Parece, todavia, mais rigoroso atribuir-lhes apenas as duas características seguintes: predisposição unilateral e generalidade.*

Atendendo à matéria de facto, resulta claro e forçoso considerar que o contrato em questão consubstancia um contrato de adesão, conseqüentemente sujeito ao regime geral do DL 446/85, de 25 de Outubro, pois, do nosso ponto de vista, os três pressupostos gerais de que depende a existência de cláusulas contratuais gerais (prefixação, rigidez e indeterminação) verificam-se no caso em apreço.

¹ *Contratos*, pag. 117.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

24

Isso mesmo resulta expressamente dos factos provados, visto que as cláusulas integrantes da minuta utilizada na celebração dos contratos de franquia foram previamente elaboradas pela apelante, inexistindo qualquer negociação prévia entre as partes relativamente ao seu conteúdo.

No momento da celebração do contrato, as cláusulas que o regem já se encontravam fixadas, limitando-se alguns aderentes a aceitá-las ou rejeitá-las, em bloco.

Sempre se dirá, ainda, que mesmo tendo sido dado como assente que a algumas contrapartes foi permitido, por meio de negociação, a alteração da redacção de algumas das cláusulas dos contratos de franquia celebrados, a estas foi-lhes vedada a possibilidade de, no essencial, alterar o seu núcleo essencial.

Ainda a este respeito, escreve o Prof. Carlos Ferreira de Almeida, que a *rigidez no sentido de inalterabilidade, de mera possibilidade de aceitação ou de recusa das cláusulas em bloco) não constitui requisito jurídico essencial, mas sim uma característica tendencial, embora com elevada probabilidade fáctica.*²

Por outro lado, julgamos ainda estar perante um contrato de adesão, dado o carácter indeterminado das cláusulas que o integram.

Relativamente a este último aspecto, vem a ora apelante invocar que não se apresenta *no mercado com uma proposta dirigida à generalidade das pessoas.*

Ora, salvo o devido respeito, não nos parece ser de proceder o argumento da apelante.

Por meio da celebração de contrato de franquia, o franquizador permite ao franquiado a exploração da marca ou insígnia comercial de uma produto ou serviço, mediante o pagamento, por este, de uma quantia (*royalty*), normalmente calculada em função de uma percentagem sobre o volume dos negócios.

Sendo o *franchising* uma das formas mais comuns e lucrativas de expansão de uma actividade comercial, é prática comum que os franquidores uniformizem os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à expansão do seu negócio, bem

² Carlos Ferreira de Almeida, in " Contratos I", pag. 117.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

M4

como a planear nos diferentes aspectos, as vantagens e as adstrições que lhes advêm do tráfico jurídico.

No caso em análise, a apelante, enquanto titular da marca *Cantina Mariachi* cede, por meio de contrato e a diversas entidades, a utilização do nome e símbolos distintivos da marca, fornecendo igualmente todos os produtos necessários ao desenvolvimento desta, directamente ou mediante fornecedores homologados e instrui os franquiados no uso (*know how*) de todos os ingredientes que constituem a oferta da *Cantina Mariachi*.

Para a celebração deste contrato a apelante recorre a um *contrato-modelo*, por si elaborado, para concretizar a sua relação contratual com as diferentes contrapartes, independentemente das especificidades de cada uma delas.

Os aderentes, ao celebrar um contrato de franquia com a apelante, são confrontados com cláusulas que servem para uma pluralidade de negócios homogéneos e que, por isso, não comportam uma lógica de alterabilidade consoante o caso singular, afastando, assim, a ideia de uma negociação capaz de influir na modelação do respectivo conteúdo. O que vale por dizer, que estamos perante cláusulas contratuais gerais, que, segundo Almeno de Sá³, nos surgem como estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma pluralidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares.

Não obstante caber à recorrente, a final, determinar com quem se dispõe a contratar, certo é que dos factos provados é-nos permitido concluir que a sua proposta não é específica, mas sim dirigida a uma generalidade de destinatários indeterminados, pois o núcleo central do contrato de franquia *Cantina Mariachi*, no seu essencial, é comum e não é adaptado a cada uma das contrapartes, destinando-se, as cláusulas que o compõem, à inserção num multiplicidade de contratos, nos quais se prevê a participação, como contraente, da apelante, que as elaborou.

Conclui-se, pois, que no que a esta parte respeita, bem andou o tribunal *a quo* ao decidir que o contrato de *franchising* *Cantina Mariachi* consubstancia um verdadeiro

³ *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª ed., pág.212,



ma

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contrato de adesão, sendo-lhe aplicável o regime previsto na Lei Geral das Cláusulas Contratuais Gerais (Dec. Lei 446/85, de 25 de Outubro).

Posto isto, há que apreciar o contrato de franchising *Cantina Mariachi* à luz do citado diploma legal, doravante designado por LCCG.

II. 2. 2. Quanto à validade das cláusulas em crise:

Da cláusula 8.^a, 1.º §

Vem a recorrente defender que, contrariamente ao decidido pelo tribunal a quo, a cláusula 8.^a, 1.º§ do contrato de franquia em apreço não viola o princípio da boa fé, pelo que não deve a mesma ser considerada nula, à luz do art. 15.º da LCCG.

De acordo com a referida cláusula, *sem prejuízo do que resulte das restantes alíneas deste contrato, em particular e sem que tenha carácter limitativo de exclusão, serão obrigações específicas do Franchisado, que se compromete a cumprir a todo o momento sob pena de se produzir a resolução imediata do contrato, as seguintes obrigações.*

Defende a recorrente que na aplicação do citado preceito legal deve atender-se ao tipo contratual em causa nos autos, pelo que, estando em causa um contrato de franquia, atípico e dependente de autonomia privada e atendendo ao facto de o franquiado aparecer, aos olhos do público, sob a imagem empresarial do franquizador, o primeiro encontra-se vinculado ao cumprimento de “minuciosas prescrições” a fim de que a sua actividade seja susceptível de controlo por parte do franquiado que assim poderá *zelar pela qualidade dos produtos e/ou serviços fornecidos sob a sua marca, em termos de preservar a imagem e a dos bens que produz.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MAJ

Não nos parece assistir razão á recorrente?

Em primeiro lugar, não se poderá deixar de referir que subjacente a todos os contratos, está o princípio da boa-fé.

No que respeita aos limites de validade do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, tal como se refere (e bem) na decisão proferida pelo tribunal a quo, o Dec. Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, nomeadamente nos seus arts. 15.º a 22.º, procurou acautelar a protecção do aderente que, por força do contrato do celebrado, fica vinculado às condições gerais elaboradas e frequentemente utilizadas pela parte que as propõe.

Assim, a LCCG prevê a proibição, absoluta ou relativa de cláusulas injustas, inconvenientes ou inadequadas.

Ao fixar os limites de conteúdo das cláusulas contratuais gerais, o DL. nº 446/85, consagrou a boa-fé como *princípio geral de controlo* (arts. 15.º e 16º), *enumerando de seguida um extenso rol de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas* (arts. 18º, 19º, 21º e 22º)⁴.

Conforme referido pelo Tribunal da Relação de Lisboa no seu acórdão de 11/07/2007, este princípio geral tem aplicação directa, não só relativamente a cláusulas a respeito das quais o catálogo de proibições é de todo omissas, como ainda, directamente ou por previsões tipificadas, no processo aplicativo das proibições relativas dos arts. 19º e 22º⁵.

Por sua vez, o art. 16.º da LCCG desenvolve o âmbito de aplicação deste princípio estabelecendo que na aplicação deste, deverá atender-se aos valores fundamentais do direito relevantes em face da situação considerada, à confiança suscitada nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e, ainda, por quaisquer outros elementos atendíveis.

⁴ Ac RL de 16.01.07, Rel: Des Rui Vouga.

⁵ Ac. RL de 16.01.07.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mm

De igual modo prevê o citado preceito legal que deverá ser ponderado, especialmente, o objectivo negocial das partes, atendendo-se, necessariamente, ao tipo de contrato em causa.

É neste sentido que sustenta, a apelante a sua pretensão.

A questão reside, pois, em saber se, à luz dos interesses em causa e da natureza do contrato celebrado, se justifica a inclusão de uma cláusula deste tipo e se a mesma estabelece uma composição adequada e equilibrada dos interesses em jogo⁶.

A nosso ver, contudo, é desde logo, de refutar a alegação de que o fim específico do contrato de franquia e os interesses que através deste se pretendem acautelar, justifiquem a atribuição de um direito de resolução automática do contrato ao franquiador, em caso de incumprimento do franquiado.

Com efeito, a cláusula em apreço, ao prever o direito, da ora apelante, de resolver imediatamente o contrato, em caso de incumprimento de alguma das obrigações do franquiado nela elencadas, permite à apelante tal resultado, ainda que o incumprimento em causa seja insignificante ou de escassa importância.

Tal como refere a decisão recorrida: *Nos termos em que a cláusula está predisposta, permite-se à ré o exercício imediato do direito de resolução quando se verifique o incumprimento das obrigações por parte do franquiado, independentemente do grau de gravidade ou do carácter esporádico ou reiterado que revista a conduta inadimplente do franquiado.*

Se, por um lado, a própria natureza do contrato de franquia e as suas especificidades exigem uma relação de especial confiança entre o franquiador e o franquiado e, como tal, se justifique que sobre o franquiado recaia o rol de obrigações contidas na cláusula 8.^a, a verdade é que o franquiador, ao não fazer depender o seu direito de resolução de uma violação grave e reiterada, toma em consideração e acautela, exclusivamente, os seus interesses próprios, desatendendo os interesses do franquiador, a quem nem sequer lhe é facultada a oportunidade de justificar o seu eventual incumprimento.

⁶ Vide Ac. do Tribunal da Relação de 05-29-2005.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MSX

Por outro lado, o contrato de franquia é, por natureza, um contrato de carácter duradouro. Assim, atendendo obviamente aos laços de confiança que subjazem os contratos deste tipo, o princípio da boa-fé exigirá sempre que um eventual incumprimento não poderá deixar de ser analisado à luz dos factos ocorridos, por forma a determinar que o mesmo, pela sua gravidade, carácter reiterado ou importância, inviabiliza a manutenção da relação contratual⁷⁸.

Assim, para a discussão em causa, é irrelevante que as obrigações previstas na cláusula em questão constituam o “núcleo *caracterizador do contrato*”, pois a bondade das mesmas não é posta em causa, mas apenas o direito de resolução, unilateral e automático que assistirá ao franquizador, em caso de incumprimento daquelas.

O mesmo se dirá relativamente à alegação da recorrente de que o cumprimento defeituoso das obrigações do franquiado acarretará repercussões graves e irreparáveis na saúde pública.

Ressalvando, naturalmente, o devido respeito, da redacção da cláusula em questão não nos é permitido extrair tal conclusão, nem se vislumbra como o incumprimento, por parte do franquiado, de alguma das obrigações, por ele, assumidas, afectará, directamente, os consumidores finais e a saúde pública.

Nestes termos, não nos parece que a redacção do primeiro parágrafo da cláusula 8.º do contrato em apreço respeite o princípio da proporcionalidade exigido pelo princípio da boa fé e que deverá ter sempre um lugar de destaque quando se está perante a contraposição de interesses, igualmente, legítimos.

No que a esta parte respeita, confirma-se, pois, a decisão proferida pela primeira instância.

⁷ Ver, igualmente, nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06/03/2004.

⁸ *O contrato de franquia é um contrato inominado sinalagmático, oneroso, de execução continuada ou permanente.* - Ac. do TRL de 06/03/2004.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ma

Da cláusula 12

Insurge-se, igualmente, a recorrente contra a decisão da primeira instância que declarou nula a cláusula 12.^a do contrato de franquia em questão, por força do art. 18.º al. 1).

À semelhança do alegado na contestação, por si apresentada, veio, a apelante, sustentar, em sede de recurso, que a referida cláusula não respeita à cessão da posição contratual, mas à transmissão da actividade da apelante, pelo que unicamente na parte em que respeita à cessão da posição contratual se encontra esta em violação com o art. 18.º, al. 1) do LCCG.

Não nos parece, todavia, que a alegação da apelante deva proceder, pois, tal como foi referido pelo tribunal *a quo*, não se compreende a distinção efectuada pela mesma, *nem se percebe de que outra forma se poderá operar a transmissão da actividade da ré sem ser por via da cessão da sua posição contratual nos contratos que celebra com os franquizados.*

Acresce que a cláusula em análise confere expressamente à apelante (que a predispôs) o direito de transmitir livremente a sua posição contratual, não assistindo ao franchisado o direito de se opor à *referida cessão.*

Decorre do exposto que não só não se justifica a distinção entre “transmissão” e “cessão”, como a cláusula em apreço atenta contra o disposto no art. 18.º al. L) da LCCG que declara como absolutamente proibidas, as cláusulas contratuais gerais que “consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial”.

Nestes termos, nada há a reparar na decisão recorrida.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MAT

Da cláusula 14.º n.º 3

Impõe-se, agora, analisar o n.º 3 da cláusula 14 enquanto cláusula penal e determinar se merece ou não censura a decisão do tribunal *a quo* que a julgou nula, nos termos da alínea c) do art. 19.º da LCCG, por desproporcional.

Em primeiro lugar, uma cláusula penal pode desempenhar quer uma função ressarcidora, quer uma função coercitiva.

Desempenha uma função ressarcidora, quando prevê, antecipadamente, um *forfait* que ressarcirá o dano resultante de eventual não cumprimento ou cumprimento inexacto. Ao invés, desempenhará uma função coercitiva, quando funciona como meio de pressão do credor para determinar por parte do devedor o cumprimento, desde que o montante da pena seja fixado numa cifra elevada, relativamente ao dano efectivo.

Sustenta, a apelante, que a cláusula em questão exerce estas duas funções, com fundamento na conjugação dos n.ºs 1 e 3 e 4 da mesma cláusula.

Mais uma vez, parece-nos não lhe assistir razão, pois a sua alegação vem, explicitamente, contrariada pela letra da cláusula em discussão.

Com efeito, resulta do n.º 3 do art. 14.º que o não cumprimento contratual (...) supõe, juntamente com a rescisão, o pagamento, **na qualidade de danos e prejuízos** ao franchisador, da totalidade dos *royalties* pendentes até à data da finalização do contrato.

Assim, à semelhança do entendimento prosseguido pelo Tribunal *a quo*, entendemos que a cláusula 14ª, n.º 3 do contrato em apreço consubstancia uma típica cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização, pretendendo acautelar os lucros cessantes resultantes da resolução do contrato.

Sem embargo da classificação da cláusula penal e para efeitos de aplicação da al. c) do art. 19.º da LCCG, cumpre agora analisar o eventual carácter manifestamente excessivo da mesma.

Nesta análise terá, necessariamente que atender-se à natureza e condições de formação do contrato (por exemplo, se a cláusula foi contrapartida de melhores condições negociais); à situação respectiva das partes, nomeadamente à sua situação económica e social, aos seus interesses legítimos, patrimoniais ou não patrimoniais; à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

MR.

circunstância de se tratar ou não de um contrato de adesão; ao prejuízo sofrido pelo credor; às causas explicativas do não cumprimento da obrigação, em particular à boa ou má fé do devedor; ao próprio carácter à *forfait* da cláusula e, obviamente, à salvaguarda do seu valor cominatório⁹.

A fórmula usada pelo legislador no art. 19º al. c) do DL 446/85 de 25/10 - «consoante o quadro negocial padronizado» - significa que *a valoração terá de fazer-se tendo como referente, não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, mas o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior de todo o regulamento contratual genericamente predisposto*¹⁰.

A verificação a realizar deverá considerar a compatibilidade e a adequação da cláusula em causa, face ao ramo ou sector de actividade negocial a que pertence, de acordo com um critério de índole mais objectiva, assente na desproporção da pena relativamente aos danos a ressarcir, sem que considerações de equidade sejam aqui de tomar em conta.

O qualificativo “desproporcionado” não aponta para uma pura e simples superioridade das penas preestabelecidas em relação ao montante dos danos, devendo 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 sensível¹¹.

Tal como foi entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 23-11-2004, uma cláusula indemnizatória, constante das condições gerais do contrato não é nula por ofender o 19 c) do D.L. 446/85 de 25/10 se é proporcional em relação aos danos a ressarcir.

Assim, na análise da sua proporcionalidade, há que atender-se à boa-fé contratual, à confiança das partes no sentido global das cláusulas que estabelecem, ao processo de formação do contrato e seu teor e ao objectivo daquelas.

⁹ Decorre do artº 19º, al. c) da LCCG que são proibidas, *consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.*

¹⁰ Ac. RL de 16.01.07, -Proc. N.º 8518/2006.

¹¹ Vide nesse sentido Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/22/2007.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mm

Voltando ao n.º 3 da cláusula 14ª do contrato de franchising *Cantina Mariachi*, como já foi, aliás, referido, dúvidas não restam que o mesmo respeita à fixação, antecipada, de uma indemnização.

Acresce que o ressarcimento quer do franchisador quer do franchisado, em caso de incumprimento contratual, já vem previsto e devidamente acautelado no n.º 1, não sendo o n.º 3 da mesma cláusula uma concretização da primeira alínea, mas sim uma cumulação de indemnizações.

Aliás, a própria apelante reconhece que os dois artigos não se complementam, acautelando, ao invés duas situações distintas o que não é admissível, pois conforme explicitado na sentença recorrida, ao franchisador, assistirá o direito de pedir, cumulativamente, a indemnização nos termos gerais pelos *danos e prejuizos económicos ocasionados* prevista no n.º 1 e a pena fixada no n.º 3 que liquida antecipadamente o *quantum respondeatur*, para a mesma situação de incumprimento contratual.

É pois, nossa opinião, que esta cumulação, não obstante o quadro negocial e os interesses em causa no tipo de contrato em questão e à luz dos ensinamentos e critérios atrás expostos, não poderá deixar de configurar uma situação abusiva e desproporcionada, nos termos e para os efeitos da al. c) do art. 19.º da LCCG.

Da cláusula 15.ª n.º 3

Por último, recorre a apelante da decisão do Tribunal *a quo* que determinou ser nulo o n.º 3 da cláusula 15 do contrato de *franchising Cantina Mariachi*, alegando que a mesma não estabelece a seu favor uma faculdade exclusiva de interpretação do contrato, pois apenas, e só, quando surja um diferendo entre os franquizados, poderá a apelante decidir tal diferendo.

Apesar de a redacção da cláusula em apreço poder suscitar alguma dúvidas quanto ao seu alcance e âmbito de aplicação, a verdade é que tal irreleva, para efeitos de aplicação do art. 18.º c) da LCCG.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O citado preceito legal não faz qualquer distinção, limitando-se a considerar como absolutamente nulas todas as cláusulas contratuais gerais que confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato.

Tal faculdade, não obstante proibida pelo referido preceito legal, não só é atribuída à apelante, por força do n.º 3 da cláusula 15.º, como este prevê, igualmente, que a decisão interpretativa desta é inapelável.

Refira-se, ainda, que para efeitos de aplicação da al. c) do art. 18.º da LCCG, irreleva o quadro negocial padronizado, contrariamente ao que sucede relativamente às cláusulas relativamente proibidas (previstas no art. 19.º).

Assim, é de rejeitar a alegação da recorrente de que, tratando-se de um contrato de franquia com inúmeros franquizados, as diferenças de critérios interpretativos justificariam a introdução de uma cláusula deste tipo.

Estando em causa uma **cláusula absolutamente proibida**, esta não pode, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por adesão.

III. Pelo exposto, acordam os juizes que constituem esta Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa em julgar improcedente a apelação e **confirmar a sentença recorrida.**

Custas pela apelante, em ambas as instâncias.

Le^a, 29.01.08

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]