



UNIVERSIDADE POLITÉCNICA  
A POLITÉCNICA  
INSTITUTO SUPERIOR DE ALTOS ESTUDOS E NEGÓCIOS – ISAEN

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL  
DISSERTAÇÃO

**O REGIME JURÍDICO DO MECANISMO DE ATRIBUIÇÃO DA  
COMPENSAÇÃO DE CLIENTELA  
POR EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA**

**Gínia Magaia**

**Maputo  
2023**

Gínia Magaia

O REGIME JURÍDICO DO MECANISMO DE ATRIBUIÇÃO DA  
COMPENSAÇÃO DE CLIENTELA  
POR EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em  
Direito Empresarial da Universidade Politécnica A  
POLITÉCNICA como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre, sob orientação Prof. Doutor  
Almeida Machava.

ISAEN  
UNIVERSIDADE POLITÉCNICA  
Maputo  
2023

## DECLARAÇÃO DE HONRA

**Gínia Magaia**, portadora de Bilhete de Identidade n.º 110400078865S, estudante da Universidade Politécnica, A Politécnica, no Instituto Superior de Altos Estudos e Negócios – ISAEN, Programa de Mestrado em Direito Empresarial, com n.º de estudante 78486351, realizou o trabalho de Dissertação sobre o tema *O Regime Jurídico do Mecanismo de Atribuição da Compensação de Clientela por Extinção do Contrato de Franquia*, e sendo assim, declara por sua honra que este trabalho é da sua autoria e nunca foi apresentado para obtenção de qualquer grau e teve como base a sua investigação e as passagens de autores de obras doutrinárias encontram-se citados nos moldes metodológicos exigidos.

Maputo, aos 11 de Abril de 2023

-----

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

al./als.	Alínea /alíneas
art./arts.	Artigo/artigos
BR	Boletim da República
CC	Código Civil
CCom.	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Código da Propriedade Industrial
CRM	Constituição da República de Moçambique
Dec.	Decreto
DL	Decreto-lei
ed.	edição
n.º/ n.ºs	número/números
p./pp.	página/páginas
ss.	seguintes
Vol.	Volume

## Índice

INTRODUÇÃO.....	1
1. <u>Tema e Delimitação</u> .....	1
2. <u>Contextualização</u> .....	8
3. <u>Justificativa e Relevância do Tema</u> .....	10
4. <u>Problema de Pesquisa e Pergunta de Partida</u> .....	10
5. Pergunta de Pesquisa .....	5
6. <u>Hipóteses de Pesquisa</u> .....	11
7. Objectivos .....	6
7.1. Objectivo Geral .....	6
7.2. Objectivos Específicos .....	6
8. Organização do Trabalho .....	6
CAPÍTULO I - REVISÃO DA LITERATURA.....	8
1. Marco Conceptual .....	8
1.1. Regime Jurídico .....	8
1.1.1. Noção de Regime Jurídico .....	8
1.2. Compensação de Clientela .....	9
1.2.1.Noção da Compensação de Clientela .....	9
1.3. Extinção do Contrato .....	10
1.3.1. Noção do Contrato .....	10
1.3.1. Noção da Extinção do Contrato .....	10
1.4. Contrato de Franquia .....	11
1.4.1. Noção do Contrato de Franquia .....	11
1.5. Contrato de Agência .....	12
1.5.1. Noção de Contrato de Agência .....	12
1.6. Enriquecimento Sem Causa .....	12
1.6.1. Noção e Enquadramento de Enriquecimento Sem Causa.....	12
2. Desenvolvimento Circunstancial do Fenómeno em Estudo .....	14
3. Marco Teórico ou Fundamentação Teórica .....	15
3.1. Da Compensação da Clientela .....	15
3.2. Do Contrato de Agência .....	16
3.2.1. Natureza Jurídica do Contrato de Agência .....	16
3.2.2. Figuras Afins do Contrato de Agência .....	17
3.2.3. Escopo do Contrato de Agência .....	18
3.2.4. Elementos Constitutivos do Contrato de Agência .....	18
3.2.5. Deveres das Partes .....	20
<u>3.2.6. Extinção do Contrato de Agência</u> 27	
.....23	
3.3. Do Contrato de Franquia .....	23
3.3.1. Características do Contrato de Franquia .....	23
3.3.2. Modalidades do Contrato de “Franchising” .....	24
3.3.3. Elementos do Contrato de Franquia .....	26
3.3.4. Obrigações das Partes no Contrato de Franquia .....	26

3.4. Enriquecimento Sem Justa Causa .....	31
3.4.1. Enquadramento Legal e Pressupostos do Enriquecimento Sem Justa Causa .....	31
3.4.2. Enriquecimento Sem Causa no Direito Romano .....	32
4. Marco Referencial .....	33
<b><u>CAPÍTULO II – METODOLOGIA</u></b> .....	41
1. Definição da Metodologia .....	35
2. Quanto a Abordagem ou Paradigma .....	35
3. O Tipo de Estudo e Desenho da Pesquisa .....	35
4. Procedimentos Técnicos de Pesquisa .....	37
5. Universo e Amostra da Pesquisa .....	38
<b><u>6. Colecta e Tratamento de Dados</u></b> .....	39
<b><u>7. Tipo de Amostragem</u></b> .....	39
<b>CAPÍTULO III – APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS</b> .....	41
1. Dos Procedimentos Processuais Para a Compensação da Clientela .....	41
2. Contrato de Franquia como típico, Mecanismos da Celebração e a Obrigação do Juiz de Julgar .....	45
3. Do Recurso a Analogia para a Compensação da Clientela no Contrato de Franquia: Vantagens e Desvantagens .....	50
4. Do Recurso ao Instituto do Enriquecimento Sem Justa Causa para Compensação da Clientela no Contrato de Franquia .....	56
5. Do Ensaio Legislativo .....	57
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

## 1. Tema e Delimitação

O presente trabalho de pesquisa vai ser apresentado no Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Politécnica A POLITÉCNICA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

O trabalho tem como tema o *Regime Jurídico do Mecanismo de Atribuição da Compensação de Clientela por Extinção do Contrato de Franquia*. Antes de expormos o tema, importa salientar que o contrato de franquia é um contrato entre duas pessoas empresárias (franqueado e franqueador), com autonomia económica e jurídica, pelo qual, a troco de uma taxa, o franqueador concede ao franqueado a possibilidade de utilizar marcas, logotipos, *know-how*, receber ajuda ou assistência técnica e comercial, e de incluir a franquia num sistema que consiste numa rede de filiais no território, com vista a comercializar determinados bens ou serviços<sup>1</sup>.

Nesta perspectiva, podemos notar que o franqueador concede ao franqueado, a possibilidade de este usar a sua marca e vender os seus produtos em troca de uma taxa. De salientar que neste processo, o franqueado para vender os produtos de franqueador, necessita de angariar clientela, o que pressupõe a retenção e fidelização da clientela, ou seja, não só ter clientes, mas também os reter e passarem a ser pessoas que se revejam com a marca ou produto.

Sucede, porém, que no contrato de franquia, como qualquer outro contrato, há celebração, podendo haver a modificação que pode ser objectiva ou subjectiva, e por fim extingue-se. A questão essencial consiste em procurar saber o benefício que o franqueado obtém, depois da cessação do contrato, no que toca aos clientes que angariou durante um certo tempo e porque são clientes já fiéis ao produto, ainda continuam a comprar o produto.

Assim sendo, no trabalho vai procurar-se saber se o franqueado tem ou não o direito a uma compensação por clientes que angariou e que passaram a ser fiéis ao produto, mesmo depois da cessação do contrato.

---

<sup>1</sup> Costa Sancho, *Direito do Comércio Internacional, Dos Contratos Comercial*, Almedina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pág. 124.

Havendo a resposta positiva, a questão que se coloca tem a ver em compreender os mecanismos que devem ser usados para o efeito, tendo em conta que este contrato apesar de estar tipificado no ordenamento jurídico moçambicano, não consagra a figura de compensação de clientela.

O presente trabalho, foi realizado no ordenamento jurídico moçambicano, sem embargo de menção de outros ordenamentos no que concerne ao direito comparado, sendo que foi realizado, tendo em conta a recolha de dados e a materialização, no período de 2021 a 2022, sendo que 2021 foi de recolha de dados e o ano de 2022 da efectivação do trabalho.

No que concerne a delimitação legislativa, o trabalho foi realizado na essência, tendo em conta o Código Comercial de 2005<sup>2</sup>, o Código Civil<sup>3</sup>, o Código de Processo Civil<sup>4</sup>, bem como outra legislação nacional e estrangeira.

Quanto ao conteúdo, o trabalho se cingiu essencialmente em 3 (três) institutos jurídicos, nomeadamente no contrato de franquia, no contrato de agência por este ser análogo ao contrato de franquia tendo em conta que contém os pressupostos similares e, por fim, no instituto de enriquecimento sem justa causa pelo facto de poder haver a sua implementação no âmbito de compensação de clientela e tendo em conta a subsidiariedade entre o Direito Civil e o Direito Comercial.

## **2. Contextualização**

Na economia actual e num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação e totalmente globalizado, o surgimento generalizado em Moçambique, nos anos 90 do século XX, do contrato de franquia como um novo método e modelo de comercialização costuma ser associada às transformações económicas, entretanto ocorridas, que proporcionaram um generalizado aumento do poder de compra.

---

<sup>2</sup> Código Comercial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro e foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 2/2009 e pelo Decreto-Lei n.º 1/2018, sendo que ao longo da realização do trabalho foi aprovado o Decreto-Lei n.º 1/2022 de 25 de Maio, novo Código Comercial.

<sup>3</sup> Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966, tornado extensivo às províncias ultramarinas pela Portaria n.º 22.869, 4 de Setembro de 1967.

<sup>4</sup> Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, estendido para Ultramar Português pela Portaria n.º 23090, de 26 de Dezembro de 1967.

Essa realidade, aliada aos apoios ao investimento estrangeiro, fez disparar o aparecimento de novos espaços comerciais vocacionados para um comércio de qualidade, os centros comerciais, que por sua vez fizeram surgir novos hábitos de consumo. Realce-se, porém, que embora seja relativamente recente o aparecimento do contrato de franquia, em Moçambique tem-se constatado um crescimento exponencial desta forma de negociar, associado a um pico de desenvolvimento económico e ao correspondente crescimento da oferta e do serviço de distribuição.

Nos países de expressão lusófona, este tipo contratual tem consagração em legislação jus comercial em Angola, no Brasil, em Cabo Verde, Macau e Portugal (através do direito comunitário). Realce-se que, com a regulamentação deste tipo contratual, nos países atrás referidos, por um lado, procura-se preservar a identidade lusófona do Direito, o que vai evitar a recepção precipitada de dados advenientes de outros sistemas jurídicos, que acarretam, desde logo, o risco de contradições normativas ou difícil implementação face aos problemas de articulação com o direito vigente, por outro, possibilita, deste modo, um melhor conhecimento da realidade e uma interpretação mais profunda pelas partes contratantes.

No ordenamento jurídico moçambicano, podemos verificar que há previsão do contrato de franquia nos termos instituto de compensação de clientela no contrato de franquia como sucede com o contrato de agência, assim sendo, poderá o aplicador da norma, por via da analogia ao caso ou o recurso ao instituto de enriquecimento sem causa, fixar mecanismos da compensação da clientela.

Ademais, é de procurar saber se caberá a doutrina e a jurisprudência um papel crucial na aplicação dos aspectos deste modelo contratual, analisando especialmente as suas características essenciais, a distinção de contratos afins, os elementos que compõem o seu conteúdo e bem assim os modos de cessação e as suas consequências jurídico-legais para os outrora contratantes e se determinar a necessidade de haver a compensação da clientela.

O juiz deve julgar independentemente da existência da Lei. Havendo esta obrigatoriedade do Juiz de julgar, independentemente da inexistência da regulamentação do instituto da compensação da clientela no contrato de franquia, mas justificando-se a sua regulamentação por estar regulado no contrato de agência que é um contrato análogo e encontrar a sua regulamentação nos outros ordenamentos jurídicos, a questão que se coloca consiste em saber quais os instrumentos jurídicos que vai usar para o efeito, tendo em conta que a legislação não versa sobre a compensação de

clientela no contrato de franquia, daí o presente trabalho que tem como tema, *O Regime Jurídico do Mecanismo de Atribuição da Compensação de Clientela por Extinção do Contrato de Franquia*.

### **3. Justificativa e Relevância do Tema**

O tema em análise não só é actual como é relevante, sob várias vertentes, e pouco explorado em Moçambique, sendo, por isso, a sua abordagem muito pertinente e justificada em termos:

- Académicos, por trazer um singelo contributo para o enriquecimento da doutrina, ampliando o horizonte científico da sociedade, em geral, sobre o contrato de franquia, em geral, e da natureza jurídica e possibilidade de atribuição da compensação de clientela por sua extinção;
- Sociais, por servir para o estudo das consequências sócio económicas e jurídicas para as partes por extinção do contrato de franquia;
- Jurídico-legais, para a recomendação de mecanismos jurídico-legais adequados para a solução dos problemas identificados.

### **4. Problema de Pesquisa e Pergunta de Partida**

Conforme referimos acima, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, a exemplo do que sucede na maioria dos restantes ordenamentos jurídicos mais enraizados da família do Sistema Jurídico Romano-Germânico a que Moçambique faz parte, por razões histórico-culturais, regista-se a inexistência de legislação específica disciplinadora da compensação da clientela no contrato de franquia.

Realce-se, contudo, que através do contrato de franquia é estabelecida uma relação de dependência entre franquiado e franquizador, ficando o primeiro na dependência económica do segundo. Esta dependência suscita a necessidade de proteger o franquiado, nomeadamente, no momento da cessação do contrato.

Com efeito, não obstante as diferenças profundas nas características entre a agência e a franquia, ficando evidentemente provado que o franquiado teve uma actuação semelhante à dos agentes comerciais e que o franquizador beneficiará, após a cessação do contrato, da clientela que, pelo seu trabalho e esforço, angariou para este último, enriquecendo deste modo sem justa causa, poderá o

franquiado ser atribuído uma compensação dessa clientela, por aplicação analógica do regime jurídico dos requisitos previstos para o contrato de agência ou por recurso ao instituto de enriquecimento sem justa causa!

No que concerne a pergunta de partida, ao longo do presente trabalho, procuramos saber se o franqueado depois da vigência do contrato, pode ou não ter direito de receber uma compensação, no que concerne aos clientes que foram angariados ao longo do contrato e que o franqueador ainda continua a obter ganhos apesar da extinção do contrato.

Como questão fulcral para a pesquisa no âmbito deste estudo surge como pergunta de partida: até que ponto, poderá o contrato de franquia provocar, no momento da sua extinção, uma situação similar à que se verifica no contrato de agência e, desse modo, justificar a atribuição ao franquiado da compensação de clientela prevista para o agente ou o franqueado recorrer ao instituto de enriquecimento sem justa causa para ser compensado pelo franqueador por clientes angariados na vigência do contrato?

## **5. Perguntas de Pesquisa**

- Será que o contrato de franquia é nominado e típico no âmbito do ordenamento jurídico moçambicano?
- Será que há faculdade da celebração do contrato de franquia no sistema jurídico moçambicano?
- Será que o contrato de franquia prevê a figura da compensação da clientela em caso de extinção do contrato?
- Será que há mecanismos jurídicos no ordenamento jurídico moçambicano para que haja a compensação da clientela?

## **6. Hipóteses de Pesquisa**

### **H<sub>0</sub>:**

Apesar do contrato de franquia ser típico, mas omissivo na matéria de compensação da clientela, não há direito nem mecanismos para a compensação de clientela, a favor do antigo franquiado, por extinção do contrato de franquia;

## **H1:**

Apesar do contrato de franquia estar tipificado, mas omissivo no que concerne a compensação da clientela, há direito e mecanismos para a compensação de clientela, a favor do antigo franquiado, por extinção do contrato de franquia.

## **7. Objectivos**

### **7.1. Objectivo Geral**

Compreender em concreto, até que ponto poderá o contrato de franquia provocar, no momento da sua extinção, uma situação similar à que se verifica no contrato de agência e, desse modo, justificar o direito à atribuição ao franquiado da compensação de clientela prevista para o agente, ou o franqueado recorrer ao instituto de enriquecimento sem justa causa para se beneficiar da compensação sobre a clientela angariada na vigência do contrato.

### **7.2. Objectivos Específicos**

- Demonstrar que o contrato da franquia é um contrato nominado e típico no sistema jurídico moçambicano, mas não prevê a problemática de compensação de clientela;
- Verificar os pressupostos para a atribuição da compensação de clientela por extinção do contrato de franquia, no ordenamento jurídico moçambicano;
- Apresentar o direito comparado, bem como um ensaio legislativo sobre o tema;
- Analisar os mecanismos jurídicos que devem ser tidos em conta para a atribuição da compensação de clientela por extinção do contrato de franquia

## **8. Organização do Trabalho**

O trabalho contém a introdução que é composta pelo tema e delimitação, a contextualização, o problema de pesquisa, a pergunta de pesquisa, as hipóteses da pesquisa, os objectivos que se dividem em geral e específicos, a justificativa e por fim a organização do trabalho.

O desenvolvimento do trabalho encontra-se organizado em capítulos sendo que o primeiro é referente a revisão da literatura onde temos:

1. O marco conceptual, onde demos as definições de conceitos básicos;
2. O desenvolvimento circunstancial, descritivo e detalhado do fenómeno em estudo;

3. O marco teórico ou fundamentação teórica que consistiu no conjunto de teorias que servem de fundamentação e suporte explicativo à pesquisa, bem como as abordagens, sendo que para além da sua descrição, evidencia-se a análise crítica e o posicionamento do autor e por fim;
4. O marco referencial, onde há apresentação sucinta dos resultados das pesquisas de outros autores sobre o tema.

No segundo capítulo do desenvolvimento temos a metodologia que é a parte do trabalho que apresentamos o conjunto de métodos, técnicas, procedimentos e instrumentos do trabalho empírico da pesquisa, sendo que nela, constam, os seguintes elementos:

1. O tipo de estudo e desenho da pesquisa;
2. A população e amostra;
3. As técnicas e instrumentos de recolha de dados;
4. Os procedimentos administrativos, de selecção da amostra incluindo o tipo de amostragem e os critérios de inclusão e de exclusão, e de recolha de dados.

O terceiro capítulo do desenvolvimento tem a ver com os resultados, onde apresentamos a leitura e interpretação dos dados recolhidos.

O quarto capítulo tem a ver com a discussão que consiste na análise e explicação dos resultados observados e suas implicações, à luz dos modelos teóricos e estudos de outros autores apresentados na revisão da literatura.

Depois do desenvolvimento do trabalho, temos a conclusão, onde apresentamos os principais resultados do trabalho, sendo que iniciamos com a formulação do problema abordado no trabalho, depois as conclusões dos capítulos e finalizamos com as sugestões ou recomendações do trabalho. Por fim, no âmbito dos elementos pós textuais, temos a bibliografia.

## CAPÍTULO I – REVISÃO DA LITERATURA

### 1. Marco Conceptual

Antes de mais, importa salientar que no marco conceptual vamos dar as definições de conceitos básicos do trabalho, que consubstancia em conceito de regime jurídico, da compensação de clientela, de extinção do contrato, do contrato de franquia, do contrato de agência e por fim do enriquecimento sem causa.

#### 1.1. Regime Jurídico

##### 1.1.1. Noção do Regime Jurídico

Antes de mais importa salientar que o regime é o sistema que estabelece e regula o funcionamento de algo. Jurídico, por sua vez, é aquilo que está vinculado ao Direito.

O regime jurídico é o conjunto de direitos, deveres, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis a determinadas relações sociais qualificadas pelo Direito, ou seja, o regime jurídico é o conjunto de normas que dispõem sobre certo sujeito, bem ou actividade. Assim, quando se fala em conjunto de normas, faz-se referência ao seu sentido amplo, o que engloba os princípios, regras, directrizes e demais espécies normativas<sup>5</sup>.

O termo regime jurídico pode ser visto como conjunto de normas jurídicas que define ou regulam um determinado instituto ou uma instituição jurídica ou de direito<sup>6</sup>.

Ademais, com estas definições claras, podemos compreender a quem se refere a noção de regime jurídico, sendo que se trata do conjunto de leis e normas a que se deve submeter uma determinada matéria.

Todas as actividades e condutas que estão reguladas pelo Estado são regidas por um regime jurídico. Este regime, em suma, é dado pela legislação em vigência que é aplicável a um determinado elo, situação, negócio, etc.

---

<sup>5</sup> Fonseca, Mário, *Introdução ao Estudo do Direito, dos Institutos e Instituições de Direito*, Almedina, Rio de Janeiro, 2000, pág. 76.

<sup>6</sup> *Idem*, pag. 77.

Assim sendo, podemos constatar que o regime jurídico baseia-se sempre nas leis estabelecidas, o que implica que a sua existência, por conseguinte, requer de normas estipuladas e em plena vigência. Quando não existem leis sobre determinada matéria, isto é, há um vazio legal, o regime jurídico é ambíguo, como sucede com o contrato de franquia no nosso ordenamento, que consiste no instituto em análise, daí poder basear-se na jurisprudência que se vai forjando, bem como na doutrina a resolução de conflitos.

O regime jurídico, pode também incluir para além da legislação que regula um determinado instituto ou figura jurídica, mas também as instituições que tem a ver com a figura ou instituto em causa.

## **1.2. Compensação de Clientela**

### **1.2.1. Noção da Compensação de Clientela**

A compensação de clientela surgiu como um modo de protecção do agente comercial, consubstanciado na necessidade de assegurar o equilíbrio entre as prestações das partes no contrato de agência para além do respectivo período de execução<sup>7</sup>.

A compensação de clientela consiste no direito conferido ao agente (ou aos seus herdeiros) de reclamar do principal, finda a relação contratual a que estiveram vinculados e desde que verificados determinados requisitos previstos na lei, o pagamento de uma quantia representativa da contrapartida do benefício que para este advém da circunstância de continuar a obter, para lá da extinção do contrato, proventos ainda relacionados com a actividade desenvolvida pelo agente na execução do mesmo<sup>8</sup>.

Esta compensação não pode ser confundida com a indemnização, pois a compensação visa reduzir danos ao lesado ou a vítima, não havendo culpa por parte da entidade que realiza a compensação, enquanto a indemnização tem a ver com os danos emergentes e lucros cessantes e decorre da

---

<sup>7</sup> Essa circunstância de a cessação do contrato gerar, em simultâneo, a extinção dos direitos e deveres que dele derivavam para os contratantes e o surgimento de uma obrigação, a cargo de um deles, de assegurar uma compensação, fundada no contrato extinto, a favor do outro, constitui uma situação que, sem dúvida pela sua falta de correspondência na generalidade dos contratos, faz da figura da indemnização de clientela um instituto singular na ordem jurídica, originalidade que desde sempre despertou interesse pelas dificuldades que apresenta e que levaram já a doutrina a considerá-la o “nó górdio” do regime jurídico do contrato de agência.

<sup>8</sup> Morgado, Danilo, *Pressupostos e Requisitos para a Compensação da Clientela no Contrato de Agência*, Tese de Doutoramento, Especialidade do Direito Comercial, Brasília, 2012, pág. 154.

existência de uma culpa por parte da entidade que tem o dever de indemnizar, sendo que essa culpa pode consistir em dolo ou negligência.

### **1.3. Extinção do Contrato**

#### **1.3.1. Noção do Contrato**

Antes de mais, importa salientar que o contrato é negócio jurídico firmado por duas ou mais partes, com a intenção de se estabelecer uma relação contratual entre os contratantes<sup>9</sup>. As partes são livres para contratarem, possuem a livre iniciativa e a liberdade de estabelecer as regras e a dinâmica do negócio estabelecido.

O contrato no nosso entender consiste no vínculo jurídico firmado entre duas ou mais pessoas com intuito de se estabelecer regras sobre uma determinada relação jurídica que pode ser de índole privado ou público.

Todo o contrato pode ser definido como um acordo de vontades entre as partes. Portanto, presume-se que contratante e contratada trabalham em conjunto para a manutenção do negócio a fim de alcançarem seus objectivos particulares. De salientar que o bom contrato é aquele que expressa de maneira inequívoca todas as regras contratadas entre as partes, procurando não deixar nenhuma margem para dúvidas ou interpretações, inclusive quando estabelece a forma de extinção das obrigações assumidas<sup>10</sup>.

#### **1.3.2. Noção da Extinção do Contrato**

A extinção do contrato consiste no momento que o contrato chega ao fim, ou seja, quando incide algum factor que acarreta o término do contrato<sup>11</sup>. A extinção contratual pode ocorrer por factos posteriores à celebração deste, usualmente chamada de rescisão contratual. O termo "rescisão" é muito utilizado genericamente, contudo, não é a forma técnica de se falar na possibilidade de extinção contratual por não cumprimento de obrigações.

---

<sup>9</sup> Morgado, Danilo, *Ob. Cit.* pág. 163.

<sup>10</sup> Papa, João Paulo Andrade, *Dos Contratos em Especial: Os Novos Modelos Contratuais*, Atlas Editora, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2007, pág. 76.

<sup>11</sup> Borres, Dércio do Santos, *Direito das Obrigações: Dos Contratos – Formação, Modificação, Transmissão e Extinção*, Universidade de Évora, Évora, 2016, pág. 234.

Assim a nosso entender, a extinção do contrato é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes, pela conclusão de seu objecto ou pelo término do prazo ou, ainda, pelo rompimento através da rescisão ou anulação.

## 1.4. Contrato de Franquia

### 1.4.1. Noção do Contrato de Franquia

A Lei de Investimentos, Lei n.º 3/ 93, de 24 de Junho, na sua alínea i) do n.º 1, do artigo 1, define o contrato de Franchising (ou Franquia), como sendo a modalidade de contrato comercial através do qual o detentor (*franchisor* ou licenciador) de um dado *know-how*, marca sigla ou símbolo comercial, os cede no todo ou em parte a outrem e em regime de exclusividade com ou sem garantia da respectiva assistência técnica e serviços de comercialização, obrigando se o “*franchisee*” (ou licenciado) a realização dos investimentos necessários ao pagamento de remuneração periódica e a aceitação do controlo do “*franchisor*” sobre a sua actividade comercial. De acordo com a doutrina<sup>12</sup>, a franquia<sup>13</sup> ou a afiliação comercial (*franchising*)<sup>14</sup>, na terminologia inglesa) é, em regra, um contrato entre duas pessoas colectivas (franqueado e franqueador), com autonomia económica e jurídica, pelo qual, a troco de uma taxa, o franqueador concede ao franqueado a possibilidade de utilizar marcas, logotipos, *know-how*, receber ajuda ou assistência técnica e comercial, e de incluir a franquia num sistema que consiste numa rede de filiais no território, com vista a comercializar determinados bens ou serviços<sup>15, 16</sup>.

---

<sup>12</sup> Morgado, Danilo, *ob. cit.* pág. 87.

<sup>13</sup> Assim como o contrato de agência e o de concessão, o contrato de franchising é classificado como um contrato de distribuição. O surgimento dos contratos de distribuição se dá devido a uma necessidade de busca de novos mercados inspirados pelo surgimento da economia de massa. Outro motivo que impulsiona o desenvolvimento dos contratos de distribuição é a onerosidade que recai sobre a criação de uma nova filial ou sede distante dos centros de produção. Por meio dos contratos de distribuição é facultada às empresas a escolha de se servir de pessoas já estabelecidas nos novos mercados, evitando, dessa forma, despesas fixas como salários, despesas de organização etc. O contrato é, pois, uma forma de aproximar o produtor do processo distributivo.

<sup>14</sup> Ainda que o termo *franchising* já tenha sido traduzido para português – contrato ou acordo de franquia, afiliação comercial – e que qualquer uma destas expressões seja, por vezes, utilizada pela doutrina, na prática comercial é utilizado o anglicismo *franchising*. O termo “franquia”, efectivamente, nunca se popularizou.

<sup>15</sup> Sobre função económica do *franchising*, vide Ribeiro, M. Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising)* 2001 e Ribeiro, M. Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in Direito e Justiça, Vol. 19, tomo I, 2005, pág. 73.

<sup>16</sup> Ressalve-se que este tipo contratual tem, na actualidade, uma importância económica incontestável, através do qual o franquiado integra a rede do franquiador. Para tal, o franquiado deve adoptar, por completo, a imagem de marca do franquiador, ainda que mantenha a sua autonomia jurídica.

A classificação do contrato de franquia como um contrato de adesão se justifica devido à grande desigualdade jurídica entre as partes, no caso o franqueador em relação ao franqueado. As cláusulas contratuais que este tipo contratual possui são denominadas pela doutrina como cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais consistem em situações típicas do tráfego negocial de massas, em que as declarações negociais de uma das partes se caracterizam pela pré-elaboração, generalidade e rigidez, configurando-se em um tipo de impossibilidade fática de uma das partes exercer a sua liberdade de negociação<sup>17</sup>.

## **1.5. Contrato de Agência**

### **1.5.1. Noção de Contrato de Agência**

Nos termos do artigo 522 do Código Comercial de 2005, agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante a retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.

O contrato de agência configura-se quando uma pessoa assume, com autonomia, a obrigação de promover habitualmente, por conta de outra, mediante remuneração, a realização de certos negócios, em zona determinada<sup>18</sup>.

O contrato de agência pode ser definido como o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a realizar, mediante retribuição e habitualmente, mas sem subordinação hierárquica, operações mercantis por conta de outrem em zona determinada. Na distribuição, a peculiaridade está em que o agente tem à sua disposição a coisa que será objecto da negociação.

## **1.6. Enriquecimento Sem Causa**

### **1.6.1. Noção e Enquadramento de Enriquecimento Sem Causa**

O enriquecimento sem causa consubstancia na situação onde uma das partes de determinada relação jurídica, seja ela contratual ou extracontratual, experimenta injustificado benefício, em

---

<sup>17</sup> Leitão, Menezes, *Direito das Obrigações, Constituição, Modificação, Transmissão e Extinção das Obrigações*, Almedina, Lisboa, 2013, pág. 177.

<sup>18</sup> Sobre este conceito, vide Gomes, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, pág. 231.

detrimento da outra. Este preceito advém da ideia já consolidada por Justiniano no Digesto (Livro 50, Tít. 17) que consta que “*Naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria, fieri locupletionem*”. Assim, de salientar que é da natureza da equidade que ninguém pode locupletar-se com o empobrecimento injusto de outrem, inexistindo causa jurídica para tanto<sup>19</sup>.

É o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa, de boa-fé, constrói em terreno alheio, ou, bem assim, quando paga uma dívida por engano. Nesses casos, o proprietário do solo e o recebedor da quantia enriqueceram-se ilicitamente à custa de terceiro<sup>20</sup>.

A figura do enriquecimento sem causa está prevista no artigo 473 do Código Civil, sendo pressupostos desse enriquecimento sem causa: i) a existência de um enriquecimento; ii) a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem; iii) a ausência de causa justificativa para o enriquecimento; iv) a lei não facultar ao empobrecido outro meio de ser restituído/indemnizado.

Assim, não basta que uma pessoa tenha obtido uma vantagem económica à custa de outra, sendo ainda necessária a ausência de causa jurídica justificativa da deslocação patrimonial.

Cabe a quem pede a restituição com base no enriquecimento de outrem à sua custa e sem causa justificativa, o ónus de alegar e provar esses pressupostos<sup>21</sup>. Não basta, pois, que não se prove a existência de uma causa de atribuição, sendo preciso convencer o tribunal da falta de causa.

Considera-se, em regra, que o enriquecimento não terá causa justificativa quando, segundo os princípios legais, não haja razão de ser para ele ou quando, segundo os mesmos princípios legais, deve pertencer a outrem e não ao efectivo enriquecido.

Por outro lado, o recurso a este meio previsto no artigo 473.º do Código Civil só é possível se não existir outro meio, de entre as normas jurídicas aplicáveis, para se conseguir o ressarcimento do lesado<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Ferro, Diogo, *Direito das Obrigações – Das Fontes das Obrigações no Geral*, Almedina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, pág. 219.

<sup>20</sup> *Idem*, pág. 221.

<sup>21</sup> Sobre o ónus de prova, vide artigo 342 do Código Civil.

<sup>22</sup> Ferro, Diogo, *Ob. Cit.* pág. 98.

## 2. Desenvolvimento Circunstancial do Fenómeno em Estudo

Antes de mais importa salientar que as entidades comerciais ou sociedades comerciais têm como escopo o lucro, sendo que para tanto executam várias actividades que passam por celebração de vários tipos de contratos, que podem ser de compra e venda, de agência ou mesmo de franquia.

Alguns contratos que são celebrados pelos empresários comerciais, estão tipificados no Código Comercial ou na Legislação Avulsa, mas esta previsão não impede que as partes possam celebrar contratos não previstos na legislação e ainda nos contratos previstos na legislação, adicionarem ou omitirem certas cláusulas na base da liberdade contratual prevista no artigo 405 do Código Civil, aplicável pela remissão do artigo 7 do Código Comercial de 2005<sup>23</sup>.

Assim sendo, compulsando o Código Comercial de 2005, na parte dos contratos em especial, previstos nos artigos 477 e seguintes, podemos constatar que há previsão do contrato de franquia, mas também pode ser celebrado por sociedades comerciais tendo em conta a liberdade contratual, mas tendo em conta a legislação actual, este contrato está previsto no artigo 403 do Decreto-Lei n.º 3/2022 de 25 de Maio, onde consta também o seu conteúdo passando a ser um contrato nominado e típico no sistema moçambicano.

A questão que se coloca é de saber como o aplicador da norma vai se socorrer no caso de existir conflito, ou seja, qual a legislação ou instrumentos jurídicos o aplicador vai se socorrer para a resolução do problema, tendo em conta que não existe os mecanismos da compensação da clientela no contrato de franquia.

Ademais, de salientar que o aplicador da norma, o Juiz, não pode abster-se de julgar alegando a falta da lei ou a sua obscuridade, daí ter que se socorrer em várias técnicas jurídicas para o efeito, que passa por aplicação dos princípios gerais de cada área de direito, da interpretação da lei, do uso da analogia entre outras técnicas.

No presente trabalho, pretendemos saber e identificar os meios ou as técnicas que o juiz pode recorrer nos casos em que houve um contrato de franquia que se extinguiu, mas em que o

---

<sup>23</sup> O artigo 7 do Código Comercial de 2005, que versa sobre o direito subsidiário, plasma que os casos que o presente Código não preveja são regulados segundo as normas desta lei aplicáveis aos casos análogos e, na sua falta, pelas normas do Direito Civil que não forem contrários aos princípios do Direito Comercial.

franqueador ainda continua a se beneficiar das aquisições por parte dos clientes que foram angariados por franqueado na vigência do contrato, como forma de compensação da clientela.

### **3. Marco Teórico ou Fundamentação Teórica**

#### **3.1. Da Compensação da Clientela**

A compensação de clientela tem como escopo a compensação do agente pelos benefícios ou vantagens que uma vez extinto o contrato, o principal vai continuar a obter com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente.

Esta necessidade de proteger o agente comercial aquando da extinção do contrato, tem a ver com o facto de a outra parte continuar a usufruir do trabalho levado a cabo pelo agente mesmo depois de extinção do contrato, o que justifica neste caso a dita obrigação de compensação<sup>24</sup>.

Em regra, os benefícios de uma relação contratual extinta, não originam uma obrigação de compensação, o que demonstra que estamos perante uma situação excepcional que assume particular relevância na ordem jurídica, atenta a multiplicidade de contratos sujeitos a esta obrigação.

De facto, tem-se entendido que esta obrigação de compensação, para além de aplicável ao contrato de agência por legislação própria, igualmente pode ser aplicada e devida a outros contratos não tipificados sempre que a analogia das situações o possa justificar<sup>25</sup>.

Deste modo, apesar dos riscos que a aplicação analógica pode trazer, o regime de compensação de clientela expressamente regulado para o contrato de agente, tem vindo a ser igualmente a ser aplicado, com as necessárias adaptações aos contratos atípicos de concessão comercial, distribuição, mediação e franquia.

O contrato de agência consubstancia num contrato bilateral e oneroso, de que resultam obrigações recíprocas para ambas as partes, decorrendo do seu termo e como principal consequência a compensação de clientela, caracterizada consensualmente pela doutrina e jurisprudência como uma compensação a favor do agente após a cessação do contrato.

---

<sup>24</sup> Andrade, Marco, *O Instituto de Compensação da Clientela. Seus Contornos no Regime Jurídico Português*, Universidade de Évora, Atlas Editora, Évora, 2008, pág. 453.

<sup>25</sup> *Idem*, pág. 454.

Esta compensação mostra-se devida, seja qual for a forma da cessação do contrato ou a sua duração, isto é, independentemente de o mesmo ter sido celebrado por prazo certo ou incerto e por tempo indeterminado e acresce a qualquer indemnização a que haja lugar. De salientar que esta indemnização apenas não se mostra devida nos casos em que o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente<sup>26</sup>.

Assim, em bom rigor, não se trata de uma verdadeira indemnização, não dependendo da prova pelo agente, de qualquer dano sofrido, não pretendendo ressarcir o agente, mas somente compensar, pelos benefícios que a outra parte continua a auferir e que se devem no essencial a actividade por si levada a cabo até ao momento da cessação do contrato. De salientar que esta compensação consta do artigo 553 do Regime Jurídico dos Contratos Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3/2022, de 25 Maio.

Para a sua atribuição requer os seguintes requisitos ou pressupostos<sup>27</sup>:

- Ter o agente angariado novos clientes para a outra parte, ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente;
- Beneficiar a outra parte consideravelmente, após a cessação do contrato da actividade desenvolvida pelo agente;
- Ter o agente deixado de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos no ponto acima descrito, no número um.

## **3.2. Do Contrato de Agência**

### **3.2.1. Natureza Jurídica do Contrato de Agência**

O contrato de agência tem a mesma natureza jurídica do contrato de comissão bem como de franquia daí o seu recurso no âmbito da analogia, nos termos da equiparação. É, assim, bilateral ou sinalagmático, consensual, oneroso, comutativo, não solene e *intuitu personae*. Assim, deduz-se que entram na composição do contrato de agência os seguintes elementos: a) a obrigação do agente de promover e fomentar negócios do agenciado; b) habitualidade do serviço; c) delimitação

---

<sup>26</sup> Andrade, Marco, *Ob. Cit.* pág. 321.

<sup>27</sup> Dias, João, *Dos Contratos Comerciais em Especial – Do Contrato de Agência*, Livraria Almedina, Porto, 2020, pág. 175.

da zona onde deve ser prestado; d) direito do agente à retribuição do serviço que presta; e) exclusividade e independência de acção<sup>28</sup>.

Por fim, o contrato de agência envolve: a) relação entre empresários; b) relação de independência hierárquica entre representante e representado; c) prática não eventual da actividade em prol do representado; d) intermediação e promoção de negócios de interesse do representado, que são realizados à conta deste; e) pagamento de uma remuneração ou retribuição dos serviços agenciados; f) delimitação da zona onde os serviços são prestados<sup>29</sup>.

### **3.2.2. Figuras Afins do Contrato de Agência**

O contrato de agência diferencia-se do contrato de comissão porque o agente age em nome do proponente, devendo revelar às pessoas com que contrata esta sua situação, bem como demonstrar os poderes que lhe foram outorgados. Já o comissário actua em nome próprio e não precisa revelar o nome da outra parte.

Difere também do mandato previsto no artigo 1157 do Código Civil, pela natureza da actividade exercida pelo agente, pela extensão de sua responsabilidade e pela natureza de sua colaboração, que não é ocasional.

A habitualidade também permite distinguir a agência do contrato de corretagem, que é exercido esporadicamente. Assim, também não é corretagem, uma vez que o corrector não actua habitualmente em favor do dono do negócio, uma vez que em cada contrato a ser feito, há um contrato de corretagem distinto. O agente não é corrector, pois não realiza a conclusão dos negócios jurídicos.

Aproxima-se, porém, da prestação de serviços, pois o agente é sempre um prestador de serviços, cuja função económica e jurídica se localiza na captação de clientela ou na venda de bens alocados pelo principal. A distribuição que eventualmente lhe pode ser delegada ainda faz parte da prestação de serviços.

---

<sup>28</sup> Para tanto, *vide* Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro III*. São Paulo: Saraiva, sobre os elementos que compõem o contrato de agência, 2014, pág. 133.

<sup>29</sup> Gonçalves, Carlos Robert, *Direito Civil Brasileiro*, Volume 3: *Contratos e Actos Unilaterais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 321.

### **3.2.3. Escopo do Contrato de Agência**

O escopo ou interesse a que o contrato de agência visa a atender está na necessidade económica de representação em determinadas zonas de indústrias e comerciantes. Para que eles possam lograr tal representação sem de tenham de assumir o ônus e despesas de uma filial ou outra dependência própria, nasceu o contrato de agência. Assim, foram-se formando diversas categorias de agente, como o agente depositário (que se encarrega de depósito do proponente ou dele próprio, entregando a mercadoria directamente ao comprador), o agente livreiro (que se incumba de promover a venda de livros por conta das editoras mediante comissão), o agente propagandista (utilizado habitualmente na indústria farmacêutica, distribuindo amostras de medicamentos), o agente cinematográfico, o agente esportivo e o agente de seguros, colaborador muito próximo das companhias de seguros, podendo tanto ser agente como empregado<sup>30</sup>.

### **3.2.4. Elementos Constitutivos do Contrato de Agência**

#### **3.2.4.1. Personalíssimo**

Trata-se de contrato personalíssimo, celebrado *intuitu personae*, de forma que importa a pessoa do agente. Por esta razão, é intransferível e, pela mesma razão, presume a lei que haja cláusula de exclusividade, que só se exclui com previsão expressa em contrário no contrato.

#### **3.2.4.2. Ausência de Subordinação**

É a característica de ausência de subordinação que permite distinguir o agente do empregado de um estabelecimento, pois não há relação hierárquica entre agente e proponente e se houver, há relação de emprego. A prova de que inexistente dependência pessoal é a de que uma pessoa jurídica pode ser agente, o que não se admite no contrato de trabalho<sup>31</sup>.

Outros autores, em vez de falarem de subordinação, preferem falar de relação de independência hierárquica entre representante e representado, pois, aquele age com autonomia na organização de

---

<sup>30</sup> Gonçalves, Carlos Roberto, *Ob. Cit.* pág. 211.

<sup>31</sup> Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Comercial, Dos Contratos Comerciais (Da extinção dos Contratos e os Deveres dos Contratantes)*, Jus Editora, Brasília, 2014, pág. 213.

seu negócio e na promoção dos negócios do último, embora deva cumprir programas e instruções do proponente<sup>32</sup>.

### **3.2.4.3. Exclusividade e Delimitação de Zona**

A exclusividade, no contrato de agência, deve ser interpretada em dois sentidos: primeiro, o mesmo agente não pode distribuir produtos de mais de um proponente; segundo, o mesmo proponente não pode ter mais de um agente para alienação dos seus produtos dentro da mesma zona, o que demonstra que se trata, portanto, de exclusividade recíproca.

É necessário que o contrato delimite a zona territorial em que o serviço será prestado, pouco importando o tamanho da referida zona. A delimitação é indispensável e não pode ser excluída pelas partes. Caso não haja delimitação da zona, não se trata de contrato de agência. A concorrência natural entre os preponentes impede que o agente preste seus serviços ao mesmo tempo para os que produzem ou vendem mercadorias de gênero similar. Prevalece a ideia de que toda a zona e todo ramo de actividade, há um só agente e um só preponente para cada agente<sup>33</sup>.

### **3.2.4.4. Carácter Empresarial**

Devido a actividade e do seu modo de exercício, seria possível incluir o agente entre empresários, pois a sua actividade é habitual e, por ser pessoa física, deve se organizar necessariamente sob a forma de empresa. Assim exerce a actividade organizativa com fim lucrativo. Deve-se excluir, portanto, da categoria de agentes aqueles que são empregados e por essa razão, o agente tem ampla margem de liberdade para organizar a sua actividade do modo que ela lhe pareça mais conveniente, empregando o seu tempo como quiser. É-lhe permitido admitir subagentes que trabalhem sob sua imediata direcção e no entanto, tais subagentes agem sob sua responsabilidade na qualidade de prepostos do agente<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> No que concerne a este aspecto, *vide* Silva Pereira, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2014, pág. 97.

<sup>33</sup> Silva Pereira, Caio Mário da, *Direito Comercial, Do Contrato de Agencia*, Atlas Editora, 3.ª Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2014, pág. 54.

<sup>34</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Os Contratos Civis e Comerciais no Ordenamento Brasileiro*, Atlas Editora, 2.ª Edição, São Paulo, 2012, pág. 345.

### **3.2.5. Deveres das Partes**

#### **3.2.5.1. Deveres do Agente**

- Conclusão dos Negócios Jurídicos

Para concluir eficazmente os negócios jurídicos de que foi encarregado, deve o agente empregar toda a sua diligência no desempenho das funções que lhe foram atribuídas, além de agir de acordo com as instruções do proponente. O agente deve ainda diligenciar para que seus clientes recebam regularmente as mercadorias compradas, já que ele é representante do proponente, podendo inclusive receber as reclamações a respeito da inexecução contratual<sup>35</sup>.

- Deveres de informação

O agente deve informar ao proponente a situação de sua zona comercial e das condições de mercado, dando-lhe todas as informações úteis ao seu comércio.

- Dever de Exclusividade

O dever bilateral de exclusividade do representante comercial, tem sido também aplicado aos representantes comerciais autônomos, havendo verdadeira presunção nesse sentido, sendo que é possível presumir a existência de exclusividade em zona de actuação de representante comercial quando: (i) não houver previsão expressa em sentido contrário; e (ii) houver demonstração por outros meios da existência da exclusividade<sup>36</sup>.

- Dever de prestação de contas

Apesar de a prestação de contas não estar expressamente prevista na regulação do tipo contratual de agência, o proponente tem pretensão à prestação de contas em face do agente. Nesse sentido, o vínculo entre as partes litigantes é típico contrato de agência e por meio do qual a promotora das vendas se obriga a disponibilizar ao consumidor a aquisição de quotas consorciais, mediante remuneração, recolhendo propostas e transmitindo-as a administradora do consórcio (contratante).

---

<sup>35</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Ob. Cit.*, pág. 351.

<sup>36</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Os Contratos Cíveis e Comerciais no Ordenamento Brasileiro*, Atlas Editora, 2.ª Edição, São Paulo, 2012, pág. 373.

Dessa forma, é evidente o dever de prestação de contas, sendo corolário lógico o reconhecimento da legitimidade activa e passiva das partes contratante<sup>37</sup>.

### **3.2.5.2. Deveres do Proponente**

- Dever de Retribuição

Como o contrato é oneroso, o agente tem direito à remuneração e, na falta de cláusula a respeito, sua remuneração será calculada com base nos usos e costumes. A remuneração não abrange exclusivamente os contratos e negócios já realizados ou concluídos, mas também aqueles que ficaram pendentes, ou que foram descumpridos. A remuneração estende-se até mesmo para abranger a totalidade dos negócios realizados na zona do agente, ainda que sem sua interferência ou colaboração, caso não se tenha afastado a exclusividade, que é presumida pela lei<sup>38</sup>.

- Dever de Reembolso

É possível que o agente tenha, de alguma forma, de adiantar despesas da contratação que, ao final, ficarão a cargo do proponente. Como, todavia, o agente apenas intermedeia a contratação, não figurando em polo contratual do contrato principal, é necessário que, além de sua comissão, receba também o reembolso pelas eventuais despesas adiantadas e que ficariam naturalmente a cargo do proponente.

### **3.2.6. Extinção do Contrato de Agência**

No âmbito do contrato de agência as partes têm o direito potestativo de denunciar o contrato, em qualquer momento, por mero arbítrio, desde que reunidas as condições para o efeito.

Quando no contrato não haja prazo estipulado de duração, é possível a qualquer das partes realizar a denúncia, desde que tenha decorrido prazo compatível com a natureza e vulto do investimento do agente. No entanto, tanto o proponente como o agente estão adstritos a dar aviso prévio para a outra parte se preparar sobre as consequências da denúncia na sua esfera jurídica.

---

<sup>37</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Ob. Cit.*, pág. 143.

<sup>38</sup> *Idem*, pág. 149.

Por outro lado, caso haja prazo estipulado no contrato, não se admite a denúncia, sendo necessário a existência de uma justa causa para a extinção do contrato de agência.

Havendo a dispensa do agente sem justa causa por parte do proponente, aquele tem o direito à remuneração devida até a sua demissão, acrescida das perdas e danos que tiver sofrido, nos termos dos danos emergentes e lucros cessantes, conforme o artigo 564 do Código Civil.

Nos casos de dispensa por força maior, o agente terá direito apenas à remuneração pelos serviços realizados, posto não haver culpa do proponente ou agenciador. Por outro lado, se houver dispensa sem justa causa em contrato por tempo determinado ou a prazo, o agente fará jus, ainda, à remuneração devida pelos negócios pendentes, além das perdas e danos, sendo que nestes casos, é necessário que ainda haja um aviso-prévio<sup>39</sup>.

No caso de haver justa causa para a dispensa, o agente terá direito apenas à remuneração pelos serviços úteis prestados ao proponente, havendo a possibilidade de que ele tenha de indemnizar o proponente pelo facto que foi classificado como justa causa, sendo que, no entanto, as justas causas se dividem entre causas alegáveis pelo representante e as alegáveis pelo proponente.

São alegáveis pelo proponente:

- O incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações contratuais por parte do agente;
- A prática de actos que importem descrédito comercial do representado;
- A condenação por crime infamante;
- A força maior.

Já o representante ou agente pode alegar as seguintes causas:

- A redução da zona de actividade;
- A quebra de exclusividade, se prevista no contrato;
- A prática de actos tendentes a impossibilitar o exercício regular da actividade do representado;
- A mora no cumprimento da obrigação de retribuir o representado;
- A força maior.

---

<sup>39</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Ob. Cit*, pág. 135.

Em todos esses casos, por haver justa causa para a rescisão do contrato, pode o proponente reter comissões devidas ao agente. Admite-se, também, em caso de perdas e danos para justa causa, a compensação entre os valores<sup>40</sup>.

### **3.3. Do Contrato de Franquia**

#### **3.3.1. Características do Contrato de Franquia**

De acordo com a doutrina, afere-se que a relação entre franqueado e franquizador é, então, caracterizada ou pautada por três factores aparentemente antagónicos, a manutenção da autonomia do franquiado, o exercício de controlo pelo franquizador para garantir a homogeneidade da rede e a dependência económica do franquiado<sup>41</sup>.

Como outros elementos caracterizadores<sup>42</sup>, aponta-se ainda:

- A atipicidade do contrato;
- A natureza jurídico-privada;
- A natureza jurídico-privada especial;
- A onerosidade;
- A natureza sinalagmática.

Sobre a tipicidade, em Moçambique, tal como em vários outros países no mundo, o contrato de *franchising* é um contrato legalmente típico, mas que carece de uma disciplina legal própria sobre a problemática da compensação da clientela a par de outros contratos comerciais como da agência que prevê a compensação da clientela. É um contrato típico puro, porque é inteiramente diferente dos tipos contratuais já consagrados na lei comercial<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Ob. Cit*, pág. 143.

<sup>41</sup> Ribeiro, Mário, *O Contrato de Franquia Internacional e Seu Enquadramento nos Sistemas Jurídicos de Portugal e de Espanha*, 2.ª Edição, Jus Editora, Coimbra, 2001, pág. 298.

<sup>42</sup> Segundo as características apontadas pela generalidade da doutrina, indica oito características distintivas para a maior parte dos contratos com natureza obrigacional, civil e comercial e neste sentido, vide Menezes Leitão, Luís, Manuel Teles de (1998) *Direito das Obrigações: Introdução; Da Constituição das Obrigações*. Volumes I e II. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina; Costa, Mário Júlio de Almeida (1984) *Direito das Obrigações*. 4ª Edição (Remodelada). Coimbra: Coimbra Editora; Cordeiro, António Menezes (1986) *Direito das Obrigações*. 1ª Edição. Lisboa; Martinez, Pedro Romano (1997) *Contratos em especial. Lisboa: Universidade Católica*; Martinez, Pedro Romano (2003) *Contratos Comerciais – Apontamentos*. 2.ª Edição. Cascais: Principia, pág. 123 e seguintes.

<sup>43</sup> Ribeiro, Mário, *O Contrato de Franquia Internacional e Seu Enquadramento nos Sistemas Jurídicos de Portugal e de Espanha*, 2.ª Edição, Jus Editora, Coimbra, 2001, pág. 321.

Por este motivo, poder-se-ia pensar que o contrato de franquia existe sob o signo da autonomia privada e da liberdade contratual<sup>44</sup>, pelo que as partes, dentro dos limites da lei, poderiam livremente dispor e modelar o seu conteúdo, conforme a sua vontade<sup>45</sup>.

Quanto à natureza privada, é um contrato do direito privado, no sentido de que, pelos critérios dos sujeitos na relação jurídica, critérios maioritariamente reconhecidos, o contrato de transporte é disciplinado por um conjunto de normas jurídicas de direito privado. Pelos critérios dos sujeitos (qualidade e posição dos sujeitos) da relação jurídica, as partes contratantes neste tipo contratual são sujeitos privados, entre si, ou entre estes e o Estado ou qualquer outro sujeito de direito público, quando estes últimos intervenham nas relações contratuais em situação de paridade com os particulares.

Relativamente à natureza jurídico-privada especial, o contrato de franquia é um contrato de direito privado especial, por as relações jurídicas que se estabelecem as partes contratantes serem reguladas por normas jurídicas do Direito Comercial, um ramo de direito privado especial que regula as relações emergentes do exercício de uma actividade comercial.

Atinente à sua onerosidade, o contrato de *franchising* é um contrato oneroso, uma vez que este implica sacrifícios patrimoniais e garante vantagens para ambas as partes<sup>46</sup>.

Por fim, é um contrato sinalagmático ou bilateral, uma vez que ambos os contraentes ficam sujeitos a obrigações recíprocas.

### **3.3.2. Modalidades do Contrato de “Franchising”**

A caracterização do contrato de *franchising* não ficaria completa sem uma referência às modalidades a que tradicionalmente é reconduzido, que são a franquia de serviços, a franquia de

---

<sup>44</sup> Vasconcelos, P. Pais de, (2009). *Contratos Atípicos, Sobre a Ausência de uma Regulamentação Unitária e Exaustiva dos Contratos de Distribuição*, vd. Pinto, F. Ferreira (2013). *Contratos de Distribuição*, pág. 67.

<sup>45</sup> Todavia, na realidade, a celebração e conformação de contratos de *franchising* é uma prática social reiterada e quase homogénea, no comércio jurídico, pelo que o conteúdo essencial destes contratos já possui contornos definidos. Assim, ainda que essa autonomia e liberdade existam, são secundárias face ao conteúdo socialmente típico do contrato de *franchising*, com o qual tendem a conformar-se. Este conteúdo socialmente típico do contrato de *franchising* decorre de vários factores. Em primeiro lugar, de ter sido importado de sistemas jurídicos, como o anglo-americano, onde já se encontra tipificado; em segundo lugar, de ter sido definido e caracterizado nos códigos deontológicos de várias associações de *franchising*; em terceiro lugar, de ter sido alvo de análise da doutrina e da jurisprudência; e, em quarto lugar, da prática comercial.

<sup>46</sup> Neste sentido, Prata, Ana *Ob. Cit.*, pág. 432.

produção ou industrial e a franquia de distribuição, cuja classificação é feita tendo em conta o critério da actividade económica objecto do contrato<sup>47</sup>.

A franquia de produção ou industrial é o contrato pelo qual a empresa franqueadora cede a uma empresa franqueada, normalmente localizada em zona próxima da área onde se pretendem vender os bens produzidos, uma patente e o *know-how* técnico necessário para o fabrico de produtos que comercializará sob a marca da primeira<sup>48</sup>.

Na franquia de serviços, o franquiador cede ao franquiado o direito de utilizar e comercializar uma fórmula original de prestação de serviços que desenvolveu e cuja eficácia ao nível da aceitação pelos consumidores está já demonstrada<sup>49</sup>. Por seu lado, no desenvolvimento da sua actividade e em conformação com as directrizes fixadas pelo franquiador, o franquiado oferece um serviço sob a insígnia, a denominação comercial e/ou outros sinais distintivos daquele, utilizando na respectiva prestação o *know-how* consubstanciado na fórmula que lhe foi transmitida.

Na franquia de distribuição, o franquiado limita-se a vender no seu estabelecimento, o qual ostenta a insígnia do franquiador, produtos que exibem a marca propriedade deste último<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Ribeiro, Mário, *Ob. Cit*, pág. 174.

<sup>48</sup> Esta modalidade de franquia supõe a concessão de licenças de fabrico baseadas em patentes e/ou *know-how*, e de marca, assim como uma muito complexa relação entre os contraentes, traduzida na transmissão não apenas dos conhecimentos tecnológicos necessários para o fabrico dos bens como ainda dos métodos de organização e de gestão, técnicas de vendas, etc.. Na franquia industrial, o que se pretende com a celebração do contrato vai para além da mera produção e comercialização de bens sob a utilização de uma determinada marca. O que com ele se visa é antes a repetição de um negócio de sucesso que é objecto da franquia, processo para o qual concorre todo um completo modelo de exploração empresarial, no qual se contemplam outros elementos para além da transmissão de direitos de propriedade industrial e de utilização de marcas.

<sup>49</sup> Este é o tipo de franquia com maior projecção e dinamismo, abarcando áreas tão diversas da actividade económica como a restauração, a hotelaria, o aluguer de viaturas, recrutamento de recursos humanos, lavagem de viaturas, limpeza de roupa a seco, entre muitas outras.

<sup>50</sup> Ou seja, não fora a existência do franquiado, tudo se passaria como se o estabelecimento correspondesse a mais um dos pontos de venda do franquiador. Na franquia de distribuição o franquiador pode ser o produtor dos bens, para cuja distribuição criou uma rede de comercialização através de franquiados. Mas pode igualmente ser apenas um empresário comercial, um grossista, que adquire produtos nos quais apõe a sua marca, criando uma “central de compras” que assegura o fornecimento desses bens a uma rede de franquiados de que dispõe para a respectiva distribuição

### **3.3.3. Elementos do Contrato de Franquia**

#### **3.3.3.1. Elementos Subjectivos**

Como se referiu já, os intervenientes no contrato de franquia são dois empresários juridicamente independentes:

- Um deles, o franquizador, é o titular de uma marca e insígnias comerciais, bem como de processos de fabrico e técnicas empresariais, de uma fórmula comercial cujas potencialidades são passíveis de ser exploradas por outrem;

O outro, o franquiado, é quem, mediante o pagamento de contrapartidas, utiliza aqueles sinais distintivos, processos de fabrico e técnicas empresariais no desenvolvimento da respectiva actividade de comercialização de bens ou serviços, beneficiando da assistência técnica e sujeitando essa actividade ao controlo do franquizador.

#### **3.3.3.2. Elementos Objectivos**

Quanto aos elementos objectivos do contrato de franquia, a doutrina aponta os seguintes<sup>51</sup>:

- A concessão de licença de uso de sinais distintivos do comércio do franquizador e/ou concessão de licença de uso de marca;
- A obrigação de uso dos sinais distintivos do comércio e/ou marca do franquizador;
- A transmissão de saber-fazer;
- A prestação de assistência do franquizador ao franquiado;
- As obrigações pecuniárias do franquiado ao franquizador;
- O controlo da actividade do franquiado pelo franquizador.

### **3.3.4. Obrigações das Partes no Contrato de Franquia**

#### **3.3.4.1. Obrigações do Franquizador**

As obrigações do franquizador incluem, entre outras, as seguintes<sup>52</sup>:

- A cedência de uso de marca e outros sinais distintivos;
- A transmissão de saber-fazer (*know-how*);
- A prestação de assistência técnica;

---

<sup>51</sup> Ribeiro, Mário, *Ob. Cit.*, pág. 243.

<sup>52</sup> *Idem*, pág. 248.

- A prestação de serviços não incluídos na assistência técnica;
- A cláusula de exclusividade territorial.

Quanto à cedência de uso de marca e outros sinais distintivos é mister referir que a principal finalidade visada com o contrato de franquia consiste na produção e/ou comercialização de bens e serviços individualizados com marca cujo titular é o franquizador. Assim, a concessão de licença de uso de sinais distintivos do comércio e/ou licença de uso de marca pelo franquizador ao franquiado ou, noutros termos, a transmissão de uma imagem de marca, com a obrigação recíproca de efectivamente a usar, constitui um dos mais importantes elementos do contrato de *franchising*<sup>53</sup>.

Na transmissão de saber-fazer (“*know-how*”), levada a cabo pelo franquizador ao franquiado ou aos franquiados, a fim de que este ou estes o utilize ou utilizem no desenvolvimento da respectiva actividade, não só como um direito que lhes assiste, mas também como uma obrigação contratual, é uma das características principais do contrato de franquia, que o diferencia claramente de outros contratos de distribuição<sup>54</sup>.

A prestação de assistência técnica pelo franquizador ao franquiado é uma obrigação essencial, que se prolonga ao longo de toda a relação contratual. A prestação de assistência técnica é muito relevante para a efectiva fruição do saber-fazer transmitido e da manutenção da imagem de marca<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> A marca constitui elemento fundamental no sistema de franquia. Uma marca forte, com uma imagem bem conseguida e consolidada no mercado é um importantíssimo factor de atracção de consumidores e de penetração nos mercados. Mas não só, já que esse poder de cativação da clientela constitui, por sua vez, atractivo para inúmeros investidores. Suporte privilegiado da imagem da empresa, pela relação que estabelece entre o produto preferido e a identidade do fornecedor, a marca individualiza o produto ou o serviço oferecido e cria desse modo uma diferenciação dos mesmos relativamente aos outros existentes no mercado, simbolizando a confiança do cliente potencial.

<sup>54</sup> A transmissão de saber-fazer é um elemento indispensável e definidor de qualquer contrato de *franchising*, dado que o direito de exploração ou a mera aposição de uma marca não é suficiente para criar na clientela a ficção de uma proveniência comum dos produtos ou serviços em causa. Este deve ser obrigatoriamente associado a uma atuação padronizada e uniforme de cada franquiado, que lhe permita reiterar o sucesso e a originalidade do franquizador, assim como contribuir para a conservação da integridade da imagem de marca que representa, nomeadamente da sua reputação, podendo mesmo melhorar a sua posição concorrencial.

<sup>55</sup> A assistência a prestar pode ter carácter técnico ou estritamente comercial, quando respeitar ao relacionamento do franquiado com terceiros, como sucede nas questões relativas à localização do estabelecimento, sua decoração e equipamentos, formação do franquiado e seus colaboradores, realização de estudos de mercado, comercialização e publicidade, ou administrativa, se tiver em vista a gestão do estabelecimento sob os aspectos administrativo e financeiro, como sejam a contabilidade, a facturação, gestão de recursos, assessoria financeira, etc.

Atinente à prestação de serviços não incluídos na assistência técnica, realce-se que de entre os serviços prestados com alguma regularidade pelo franquizador que não integram o conceito de assistência técnica realça-se, desde logo, a assistência jurídica, a qual pode acordar-se ser prestada pelos serviços próprios do franquizador, com evidentes vantagens decorrentes do patrocínio de profissionais com maior experiência no tratamento de questões relacionadas com a área de actividade em causa. Pode ainda o contrato prever a obrigação de o franquizador prestar assessoria financeira<sup>56</sup>.

A denominada cláusula de exclusividade territorial determina, na maior parte das vezes, o franquizador a abster-se, uma vez celebrado o contrato, de fazer concorrência ao franquiado. A cláusula de concessão de exclusividade territorial pode implicar para o franquizador a obrigação de, no território previsto no contrato<sup>57</sup>:

- Não conceder a terceiros direitos de exploração relativos à totalidade ou parte da franquia;
- Não explorar, através de unidades próprias, a franquia, nem fornecer ele próprio os produtos ou serviços objecto da mesma sob uma fórmula semelhante;
- Não fornecer ele próprio a terceiros os seus produtos<sup>58</sup>.

### **3.3.4.1. Obrigações do Franquiado**

Dentre as obrigações do franquiado contam-, entre várias, as seguintes:

- A obrigação de explorar a franquia;
- O pagamento de contrapartidas pelas prestações do franquizador;

---

<sup>56</sup> O cumprimento de tal obrigação significa igualmente um apoio importante na óptica do franquiado, não apenas por poder dispor de serviços tendencialmente bons conhecedores dos procedimentos necessários à obtenção de financiamento, mas sobretudo pela vantagem resultante da associação do nome do franquizador à respectiva candidatura.

<sup>57</sup> Ribeiro, Mário, *Ob. Cit.* pág. 112.

<sup>58</sup> A concessão da exclusividade territorial é, no entanto, um potencial foco de dificuldades, principalmente para o franquizador, na medida em que lhe limita a liberdade de acção na gestão da área ocupada pela rede de franquia. A definição do território de actividade de cada franquiado, por exemplo, principalmente nas primeiras etapas da vida da rede, é uma tarefa difícil e que pode gerar graves conflitos de interesses entre as partes, como sucede quando, pela sua extensão, a área de exclusividade aconselharia a implantação de novos estabelecimentos e o franquiado não mostra interesse em expandir o respectivo negócio. Por tal motivo, à medida que a rede vai integrando um número mais elevado de franquiados, o franquizador vai também aumentando a resistência à convenção da concessão da exclusividade a favor daqueles.

- A obrigação de suportar o controlo da actividade pelo franquizador;
- A proibição de deslocação do estabelecimento;
- A obrigação de não-concorrência;
- A obrigação de segredo.

Entre as obrigações que decorrem do contrato para o franquiado, será de sublinhar desde logo aquela que lhe impõe explorar ou desenvolver a actividade que é objecto do contrato de franquia, tarefa em cuja execução deve observar quer a utilização dos sinais distintivos da rede quer a exploração do saber-fazer que lhe é transmitido pelo franquizador<sup>59</sup>.

O contrato de franquia é um contrato oneroso. As prestações do franquizador têm como contrapartida outras prestações realizadas pelo franquiado. Ou seja, os benefícios que advêm para o franquiado das prestações efectuadas pelo franquizador, traduzidas principalmente na licença de utilização da sua imagem de marca, na comunicação e actualização de saber-fazer e na prestação contínua de assistência técnica, são contrabalançados por um conjunto de prestações pecuniárias a favor deste último, às quais o franquiado está contratualmente obrigado<sup>60</sup>.

Constitui elemento essencial de qualquer contrato de franquia a obrigação, imposta ao franquiado, de suportar o controlo por parte do franquizador. Seja qual for a modalidade de franquia em causa, sempre o franquizador exigirá a inclusão no contrato de uma cláusula que lhe assegure o direito de fiscalizar a utilização que o franquiado faça dos activos que lhe transmitiu. Tal exigência costuma ser fundamentada na necessidade de preservação da imagem de marca da rede e na utilização adequada do saber-fazer transmitido<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Dificilmente se conceberá que o franquiado adquira contratualmente o direito de explorar um determinado negócio para, depois, deixar de o exercer. Não obstante, uma tal situação, a acontecer – pense-se naquelas situações em que o franquiado, por falta (não detectada pelo franquizador na fase de selecção) de capacidade, negligencia o desenvolvimento da sua actividade –, é apta a provocar prejuízos para o franquizador, na medida em que, desse modo, ele deixará de poder cumprir os seus objectivos de expansão da rede criada e de afirmação da imagem de marca respectiva.

<sup>60</sup> Há duas principais modalidades de obrigações pecuniárias a que o franquiado pode estar obrigado: *prestação inicial e/ou prestações periódicas*. O pagamento de uma prestação inicial, normalmente designado por direito de entrada (*front money* ou *initial fee*), a pagar na data de assinatura do contrato, é um traço comum nos contratos de *franchising*, ainda que nada impeça as partes de acordarem diversamente e dispensarem esta prestação, de modo a reduzir o risco inicial para o franquiado e a promover a colaboração das partes ao longo do tempo.

<sup>61</sup> Para que a qualidade dos produtos, serviços e, no geral, a imagem de marca do franquizador não se deteriore, o franquiado tem a obrigação de se subordinar a um apertado controlo e a uma rigorosa fiscalização da sua actividade. Apenas assim será possível assegurar a integridade, homogeneidade e reputação da imagem de marca partilhada pela rede de *franchising*.

A localização do estabelecimento, na medida em que a imagem da marca está relacionada com a zona e o tipo de estabelecimento em que são comercializados os bens e/ou prestados os serviços, pode constituir uma condição essencial para o sucesso da franquia. Por esse motivo, ela é normalmente da escolha do franquiador, por ser ele quem mais bem preparado está para tal tarefa, em face não só do conhecimento decorrente do desenvolvimento do conceito de negócio em que se traduz a franquia, como também dos obtidos através de estratégias de marketing concebidas para a sua actualização, e ainda da experiência acumulada quer com as suas unidades piloto quer com as restantes unidades da rede<sup>62</sup>.

O contrato de franquia integra habitualmente uma cláusula nos termos da qual o franquiado fica obrigado a abster-se de fazer concorrência ao franquiador enquanto durar o contrato, obrigação que pode mesmo prolongar-se durante um determinado período para lá da respectiva cessação<sup>63</sup>.

O contrato de franquia integra geralmente uma cláusula que obriga o franquiado a respeitar e fazer respeitar aos seus funcionários e colaboradores um dever de confidencialidade relativamente ao conteúdo do objecto da franquia, designadamente aos conhecimentos que lhe são transmitidos pelo franquiador. Como se referiu já, o saber-fazer é um elemento essencial deste tipo de contrato, sendo a confidencialidade uma das suas características fundamentais. Quando o conjunto de conhecimentos e experiências que o constituem passe a ser normalmente conhecido ou de fácil obtenção, o saber-fazer deixa de existir como tal, não se podendo, numa tal situação, falar de contrato de franquia<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Ribeiro, Mário, *Ob. Cit.*, pág. 124.

<sup>63</sup> A inserção de uma tal cláusula de não-concorrência determina que o franquiado não pode, durante a vigência do contrato, exercer qualquer outra actividade empresarial que possa ser entendida como concorrente daquela que lhe cabe desenvolver no âmbito do contrato celebrado com o franquiador. Na base da imposição desta obrigação ao franquiado estão, necessariamente, motivos de cariz económico. De facto, o exercício de uma actividade concorrente por parte deste conduziria por certo ao relaxamento da sua concentração na exploração do negócio objecto do contrato que celebrou com o franquiador, contribuindo para a deterioração da operatividade da rede e, portanto, da sua imagem.

<sup>64</sup> Esta essencialidade do segredo no que respeita ao saber-fazer implica que o mesmo se deva considerar inerente ao contrato de franquia, não sendo, por isso necessária, para alguma doutrina, a previsão da obrigação de confidencialidade.

### **3.4. Enriquecimento Sem Justa Causa**

#### **3.4.1. Enquadramento Legal e Pressupostos do Enriquecimento Sem Justa Causa**

A figura do enriquecimento sem causa está prevista no artigo 473.º do Código Civil, sendo pressupostos desse enriquecimento sem causa os seguintes:

- A existência de um enriquecimento;
- A obtenção desse enriquecimento à custa de outrem;
- A ausência de causa justificativa para o enriquecimento;
- A lei não facultar ao empobrecido outro meio de ser restituído/indemnizado.

Assim, não basta que uma pessoa tenha obtido uma vantagem económica à custa de outra, sendo ainda necessária a ausência de causa jurídica justificativa da deslocação patrimonial.

Cabe a quem pede a restituição com base no enriquecimento de outrem à sua custa e sem causa justificativa, o ónus de alegar e provar esses pressupostos. Não basta, pois, que não se prove a existência de uma causa de atribuição, sendo preciso convencer o tribunal da falta de causa<sup>65</sup>.

Considera-se, em regra, que o enriquecimento não terá causa justificativa quando, segundo os princípios legais, não haja razão de ser para ele ou quando, segundo os mesmos princípios legais, deve pertencer a outrem e não ao efetivo enriquecido. Por outro lado, o recurso a este meio previsto no artigo 473.º do Código Civil só é possível se não existir outro meio, de entre as normas jurídicas aplicáveis, para se conseguir o ressarcimento do lesado.

Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a actualização dos valores monetários. Se o enriquecimento tiver por objecto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. A principal situação de enriquecimento sem causa é a do pagamento indevido.

---

<sup>65</sup> Costa, Vaz de Carvalho, *Direito das Obrigações, Das Fontes das Obrigações*, 3.ª Edição, Livraria Delta, Aveiro, 2005, pág. 136.

Para o cabimento de enriquecimento sem justa causa, são necessários cinco requisitos simultâneos que são os seguintes<sup>66</sup>:

- Enriquecimento do Réu;
- Empobrecimento do Autor;
- Relação de Causalidade;
- Inexistência de Causa Jurídica para o Enriquecimento;
- Inexistência de Acção Específica.

### **3.4.2. Enriquecimento Sem Causa no Direito Romano**

A teoria do enriquecimento sem causa foi construída sob o alicerce das *condictiones*, presentes no Direito Romano, de onde surgiram os conceitos fundamentais.

Segundo o entendimento de Washington de Barros, os romanos já consagravam o pagamento indevido como modalidade de enriquecimento ilícito. Os requisitos para a configuração do pagamento indevida nesta época, eram: ser o pagamento devido, o *solvens* ter agido com erro e quem recebeu, ter recebido de boa-fé<sup>67</sup>.

Os romanos tentaram, com base na equidade, desenvolver princípios relacionados com a teoria do enriquecimento indevido, porém não conseguiram, cabendo aos legisladores contemporâneos a evolução e o aprimoramento do instituto.

Nesta época surgem as *condictiones*, através das quais as pessoas podiam reaver o prejuízo por pagamento errôneo. O objectivo dos romanos, com as *condictiones*, era justamente combater situações injustas, que não eram amparadas por lei, entre elas o enriquecimento ilícito. Desta forma, aquele que locupletasse com a coisa alheia seria obrigado a restituí-la a seu dono<sup>68</sup>.

Os contratos, em Roma, possuíam uma forma abstracta e para diminuir o rigor desse abstractismo, surgem formas técnicas para evitar o enriquecimento sem causa. É nesse momento que entra o

---

<sup>66</sup> Caio, Mário, *O Instituto de Enriquecimento Sem Justa Causa, como Fonte das Obrigações Subsidiaria*, 3.ª Edição, Jus Editora, Rio de Janeiro, 2012, pág. 186.

<sup>67</sup> *Idem*, pág. 186.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 189.

papel do pretor. Quando um caso particular era merecedor de protecção, o pretor concedia a *condictio*.

#### **4. Marco Referencial**

Importa salientar que antes de discutir a aplicação analógica da compensação de clientela no âmbito do contrato de franquia, não é de afastar liminarmente tal possibilidade, antes devendo proceder-se a uma apreciação casuística, no sentido de verificar se, no caso concreto, o franquiado, designadamente pelos serviços que prestou, tarefas que cumpriu e funções que exerceu, pode ser considerado como relevante factor de atracção de clientela (ainda que não o único) à qual o franquiador tenha efectivo acesso após o termo do contrato.

O recurso à analogia pressupõe a existência de uma lacuna na lei, ou seja, de que uma concreta situação não está abrangida nem pela letra nem pelo espírito da lei. Dando como assente que a *ratio* da compensação de clientela pode abranger o contrato de franquia, na medida em que não é de afastar em absoluto a possibilidade de, em determinadas situações, designadamente no momento da extinção do contrato, serem idênticas as posições relativas entre principal e agente e franquiador e franquiado, poderá concluir-se, então, pela existência de uma lacuna.

A aplicação, por analogia, ao contrato de franquia das regras sobre a compensação de clientela previstas para o contrato de agência coloca desde logo dois tipos de questões: (1) a de apurar se aquelas normas têm carácter excepcional, circunstância em que a aplicação analógica está afastada pela lei; e (2) a de averiguar, através da análise comparativa dos dois contratos, das semelhanças entre as realidades que em ambos se colocam no momento da cessação do contrato, em termos de se poder afirmar que existe uma identidade de razão.

O que a compensação de clientela visa compensar no contrato de franquia é, portanto, a mais-valia que ao franquiador é proporcionado usufruir, sem contrapartida, após a cessação do contrato e que corresponde à valorização da clientela resultante da actividade do franquiado.

Assim, a finalidade que se atribui à cláusula de não concorrência no contrato de franquia gerará, no fundo, os mesmos efeitos da cessação do contrato. Privado da utilização dos sinais distintivos e do saber-fazer, o franquiado deixará, pelo menos em alguma medida, de ter acesso à clientela

que lhe estivesse eventualmente ligada, a qual tenderá a manter-se fiel àqueles factores, continuando, desse modo, a estar acessível ao franquizador após a extinção do contrato.

Isto porque, tendo em consideração a especificidade do sistema negocial em que consiste a franquia, dificilmente se poderá afirmar que os clientes angariados pelo franquiado ficam estritamente ligados à sua pessoa ou às suas especiais qualidades. Ou seja, também no âmbito do contrato de franquia pode ocorrer, após a cessação do vínculo contratual, uma continuidade de clientela susceptível de continuar a beneficiar o franquizador.

Pelo que, se da análise do caso concreto se vier a constatar que a mais-valia correspondente a essa persistência de vantagem a favor do franquizador adquire foros de considerabilidade equivalente à que justifica a atribuição ao agente da indemnização de clientela, não se vê como negar ao franquiado direito idêntico, que pode se efectivar também por via de enriquecimento sem justa causa.

Nas situações em que ao franquiado seja reconhecido ter contribuído com a sua actividade para a criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do franquizador, a sua situação no momento da cessação do contrato, com a perda, não retribuída, da mais-valia criada em favor da contraparte, será bastante semelhante à do agente.

Pelo que é possível admitir - ou, pelo menos, não será de afastar liminar e absolutamente - o reconhecimento, por via analógica, ao franquiado do direito à compensação de clientela prevista para o agente. Outrossim, visando a compensação de clientela compensar o agente pelos benefícios que o principal continua a poder auferir com a clientela por ele angariada ou desenvolvida, nas situações em que ao franquiado seja reconhecida idêntica contribuição a favor do franquizador, a sua situação no momento da cessação do contrato, com a perda, não retribuída, dessa mais-valia criada em favor da contraparte, será passível de se assemelhar à do agente, podendo justificar um tratamento idêntico ao nível daquela compensação.

## CAPÍTULO II – METODOLOGIA

### 1. Definição da Metodologia

A metodologia pode ser considerada como uma ciência formal e não do conteúdo que visa alcance de saber, ou seja, um procedimento formal com método de pensamento reflexivo que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais<sup>69</sup>.

### 2. Quanto a Abordagem ou Paradigma

Paradigma ou abordagem é o modo como vemos e interpretamos a realidade na qual estamos inscritos, seguindo determinados pressupostos epistemológicos e procedimentos metodológicos<sup>70</sup>.

Assim, de acordo com o autor acima mencionado, podem existir 3 (três) paradigmas ou abordagens a saber:

(a) Quantitativo

(b) Qualitativo

(c) Misto

Tendo em conta o problema que se levanta no trabalho a abordagem que foi seguida consiste na qualitativa tendo em conta que a finalidade deste enfoque visa compreender como se pode compensar o franqueado por trabalho de angariação da clientela depois da cessação do contrato, tendo em conta que o franqueador ainda continua a ter benefícios pela obra de angariação efectuada pelo franqueado.

### 3. O Tipo de Estudo e Desenho da Pesquisa

No que concerne à natureza, a presente pesquisa foi por um lado, aplicada, tendo como objectivo gerar conhecimentos para a aplicação prática e dirigidos à solução de problemas específicos para

---

<sup>69</sup> Castro, Dickson, *Metodologia de Trabalho Científico*, Universidade Federal de São Paulo, Jus Editora, São Paulo, 1988, pág., 76.

<sup>70</sup> *Idem*, pág. 80.

o reconhecimento, por via analógica, ao franquiado do direito à compensação de clientela prevista para o agente.

Por outro lado, a pesquisa foi explicativa com objectivo de identificar os factores que determinam ou contribuem para o reconhecimento, por via analógica, ao franquiado do direito à compensação de clientela prevista para o agente. É o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas<sup>71</sup>.

Ainda, de salientar que de maneira geral, a pesquisa científica é uma sequência orientadora, que se vai modelando em função do caminho que toma a pesquisa e das características das pessoas que a conduzem seguindo as seguintes fases<sup>72</sup>:

- Nascimento da Ideia de Pesquisa: como parte de uma inquietação, uma necessidade, uma encomenda ou qualquer outra circunstância que leve o pesquisador a pensar em empreender uma pesquisa. Neste caso, foi a necessidade de ver o franqueado a ser recompensado pela angariação de clientela efectuada antes da cessação de contrato reunidas certas condições.
- Eleição do Tema: ideia inicial do pesquisador se inscreve em um tema amplo ou em um conjunto deles, dos quais, depois de analisar bem o que deseja, escolherá o definitivo. De facto, foi possível elencar-se vários temas, mas no fim foi possível a escolha do tema acima descrito.
- Definição do Problema, os Objectivos, Perguntas e Hipótese de Trabalho: aqui o pesquisador tem que tomar uma posição pessoal, um risco calculado ao avaliar o problema que se está expondo e concretizá-lo, em caso de ser necessário. Nestes termos, este conteúdo está patente na introdução do trabalho.
- Construção do Enquadramento Teórico: esta etapa é vital em qualquer pesquisa e chave para as etapas de desenho metodológico, análise e interpretação da informação. Permite elaborar o contexto teórico da pesquisa, ao elaborar um estado da arte dos termos fundamentais do problema de pesquisa. Esta construção do enquadramento teórico consta da revisão bibliográfica.
- Desenho da Estratégia Metodológica: uma vez que definimos o que pesquisar e contamos com um estado da arte sobre o tema, entramos na estratégia metodológica. Esta inclui a definição

---

<sup>71</sup> Gil, Antônio Carlos, *Metodologia de Pesquisa Científica*, 3.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, São Paulo, 2008, pág. 66

<sup>72</sup> *Idem*, pág. 71.

do desenho de pesquisa e a definição operacional das variáveis do estudo e sua medição, sendo que este conteúdo está ao longo da metodologia do trabalho.

- **Recolha dos Dados ou Trabalho de Campo:** realiza-se mediante procedimentos metodológicos que definimos no momento anterior, de acordo com a natureza do problema. É primordial ter em conta a validade e confiança dos mesmos.
- **Análise e Interpretação dos Dados:** a partir dos procedimentos de análise definidos na estratégia metodológica, processamos toda a informação produzida no âmbito de nosso trabalho.
- **Elaboração do Relatório ou Memorial de Pesquisa:** convém ter pensado que tipo de relatório vai se apresentar, a quem vai dirigido e a formação dos leitores. Em função deste dado, ajustara-se o discurso. Sem esquecer de dar resposta, como é óbvio, às colocações gerais realizadas.

#### **4. Procedimentos Técnicos de Pesquisa**

Quanto aos procedimentos técnicos, o estudo foi conduzido através da pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objectivos da pesquisa<sup>73</sup>.

A pesquisa documental utiliza fontes constituídas por material já elaborado, consistindo em fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: artigos da *internet*, monografias, teses, dissertações, tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, entre outros<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Castro, Dickson, *Ob. Cit*, pág. 76.

<sup>74</sup> *Idem*, pág. 87.

Nesta perspectiva, com a pesquisa bibliográfica procurou-se conhecer as diferentes contribuições científicas realizadas sobre os fundamentos teóricos no que concerne ao reconhecimento, por via analógica, ao franquiado do direito à compensação de clientela prevista para o agente, em especial.

Quanto ao levantamento de campo (*survey*), as pesquisas deste tipo se caracterizam pela interrogação directa, por meio de entrevistas ou questionários, das pessoas cujo comportamento se deseja conhecer<sup>75</sup>.

Basicamente, procede-se à solicitação de informações a um grupo significativo de pessoas acerca do problema estudado para em seguida, mediante análise quantitativa, obter as conclusões correspondentes dos dados colectados.

Obviamente que neste caso, não foram pesquisados todos os integrantes da população estudada. Antes seleccionou-se mediante procedimentos estatísticos, uma amostra significativa de todo o universo, que é tomada como objecto de investigação. As conclusões obtidas a partir desta amostra são projectadas para a totalidade do universo.

O estudo de campo apresenta muitas semelhanças com o levantamento de campo. Distingue-se deste, porém, em relação principalmente a dois aspectos. Primeiramente, o estudo de campo procura muito mais o aprofundamento das questões propostas do que a distribuição das características da população segundo determinadas variáveis<sup>76</sup>.

Outra distinção é a de que no estudo de campo estuda-se um único grupo ou comunidade em termos de sua estrutura social, ou seja, ressaltando a interacção de seus componentes. Assim, o estudo de campo tende a utilizar muito mais técnicas de observação directa (*in loco*) do que de interrogação.

## **5. Universo e Amostra da Pesquisa**

Normalmente, as pesquisas sociais abrangem um universo de elementos tão grande que se torna impossível considerá-los na sua totalidade. Por isso, neste tipo de pesquisas recomenda-se trabalhar com uma amostra, isto é, uma parte representativa do universo<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Gil, Antônio Carlos, *Ob. Cit*, pág. 72.

<sup>76</sup> *Idem*, pág. 74.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág. 77.

O estudo foi realizado com base de uma amostra de 5 sentenças judiciais, sendo que uma vai servir como estudo do caso e as outras serão analisadas e expostas ao longo do trabalho, todas versando sobre a atribuição da compensação de clientela quando há extinção do contrato de agência ou franquia, bem como outros contratos de distribuição com regime jurídico similar para aplicação analógica,

Para o cálculo do tamanho da amostra foi usada a “*Regra de Polegar*”, que consiste em estimar um tamanho mínimo da amostra que permita efectuar uma análise adequada aos dados, podendo ter um tamanho de cinco a dez vezes o número de itens da entrevista. Com vista a garantir uma maior representatividade proporcional da amostra e adequá-la às exigências da pesquisa.

## **6. Colecta e Tratamento de Dados**

A colecta de dados foi realizada através da pesquisa documental e inquérito por entrevista e questionário. Os dados colectados serão tabulados e depurados, corrigindo possíveis distorções provenientes do processo de levantamento e digitação a fim de eliminar dados inconsistentes.

Quanto à forma de tratamento de dados, estes serão tratados através do aplicativo informático *SPSS* «Versão 20», sendo que a sua análise e interpretação baseou-se na estatística descritiva e inferencial, por oferecer a possibilidade de cálculo e análise de dados, como por exemplo, frequências absoluta e relativa, medidas de dispersão, desvio-padrão, coeficiente de correlação, tabelas e gráficos.

O método estatístico fundamenta-se na utilização da teoria estatística das probabilidades e permite comprovar as relações dos fenómenos entre si, e obter generalizações sobre sua natureza, ocorrência ou significado. Suas conclusões apresentam grande probabilidade de serem verdadeiras, embora admitam certa margem de erro<sup>78</sup>.

## **7. Tipo de Amostragem**

Nesta pesquisa, foi privilegiada a amostragem intencional como o método de amostragem mais apropriado para a análise pretendida. Neste tipo de amostragem, o pesquisador interessa-se com

---

<sup>78</sup> Gil, Antônio Carlos, *Ob. Cit*, pág. 81.

opinião de determinados elementos da população estudada ainda que não seja representativa da mesma<sup>79</sup>.

De uma forma geral, esta amostragem permite por intenção seleccionar determinados elementos do campo do estudo, que pelas suas características, volume, prestígio ou posição social influenciam os resultados.

---

<sup>79</sup> Marconi & Lakatos, *Metodologia de Trabalho Científico nas Ciências Sociais*, Atlas Editora, 4.<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro, 2002, pág. 105.

## **CAPÍTULO III – APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS**

### **1. Dos Procedimentos Processuais Para a Compensação da Clientela**

#### **1.1. Breve Exposição do Conteúdo do Direito Substantivo**

Esta análise tem como foco a análise do seguinte conteúdo:

- Findo o contrato de franquia, a indemnização de clientela constitui uma compensação devida ao franqueado pelos benefícios que o franqueador continua a auferir com clientela angariada ou desenvolvida pelo franqueado, visando indemnizar este pelo enriquecimento que a sua actividade continua a proporcionar ao franqueador.
- Para que se verifique o direito a essa indemnização é necessário que o franqueado haja angariado novos clientes ou aumentado substancialmente o volume dos negócios com a clientela já existente; que o franqueador continue a beneficiar, mesmo depois da cessação do contrato, da actividade do seu antigo franqueado, e que este fique privado de qualquer remuneração pelos negócios que se vierem a efectuar com os clientes por si angariados.
- O franqueado tem de exigir essa indemnização no prazo de três meses seguintes à cessação do contrato.

Tendo em conta este conteúdo, podemos verificar que estão reunidas as condições para se intentar uma acção junto de um determinado Tribunal competente.

#### **1.2. Da Petição Inicial**

De notar que para este tipo de litígio, o foro competente consubstancia no foro comum, pois nos termos do artigo 66 do Código de Processo Civil, os litígios que não cabem a um foro especial cabe a foro comum ou judicial, no que concerne a competência em razão da matéria.

No que concerne à competência em razão do valor, podemos verificar que dependendo do montante a ser exigido como compensação, pode ser Tribunal Judicial do Distrito ou Tribunal Judicial da Província. Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 84, da Lei da Organização Judicial<sup>80</sup>, o tribunal competente será do Distrito se o valor da causa exceder os cem vezes o salário

---

<sup>80</sup> Lei da Organização Judicial, aprovada pela Lei n.º 24/ 2007, de 20 de Agosto.

mínimo e se estiver acima deste valor será o Tribunal da Província conforme a alínea a), do n.º 1, do artigo 73 da Lei da Organização Judicial.

Quanto à competência territorial, de salientar que o n.º 1, do artigo 74 do Código de Processo Civil, estabelece que a acção destinada a exigir o cumprimento de obrigações ou indemnização pelo não cumprimento será proposta no tribunal do lugar em que, por lei ou convenção escrita, a respectiva obrigação devia ser cumprida. Tendo em conta que as partes não estabelecem na celebração do contrato de franquia a compensação da clientela, não podemos falar da convenção, mas do que a lei determina e sendo assim, devemos recorrer ao Código Civil nos termos do n.º 1, do artigo 772 que estipula que na falta de estipulação ou disposição especial da lei, a prestação deve ser efectuada no lugar do domicílio do devedor. Assim sendo, a acção deve ser proposta no tribunal do domicílio do franqueador que neste caso é o devedor.

Quanto às espécies das acções que nos termos do n.º 1, do artigo 4 do Código de Processo Civil, consubstanciam em declarativas e executivas, para este tipo de acções que não existe um título executivo conforme o artigo 46 do Código de Processo Civil para se intentar a accção executiva, só pode haver uma acção declarativa e dentro das acções declarativas vai ser de condenação, conforme a alínea a), do n.º 2 do artigo 4 do Código de Processo Civil.

No que concerne a forma de processo, que nos termos do artigo 460, do Código de Processo Civil, consubstancia em ordinário e sumário e tendo em conta o valor da causa, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, conjugado com artigo 38 da Lei da Organização Judicial, pode seguir a forma ordinária, se o valor da causa ou da compensação, ultrapassar cinquenta vezes o salário mínimo e no caso de não ultrapassar vai seguir a forma sumária.

Quanto ao pedido, que consiste numa indemnização, de salientar que a maior parte da doutrina defende que não se pode falar de indemnização, mas sim da compensação, pois a indemnização tem a ver com a existência de uma culpa que nos termos do artigo 483 do Código Civil, pode consistir em dolo ou negligência e neste caso, não existe culpa, pois esta compensação independe de como cessa o contrato se houve ou não a culpa de uma das partes, tendo como pressuposto o facto de haver enriquecimento pela actividade de outrem.

Ademais, de salientar que quando se discute a questão da compensação da clientela, seja no contrato de agencia ou de franquia, não se esta perante a problemática da culpa no âmbito da extinção do contrato, o que pode dar lugar a uma indemnização por nao haver justa causa para essa extinção,

Mesmo depois de extinguir o contrato a entidade franqueadora, pagar toda a indemnização devida pela extinção culposa do contrato, a este pode ser exigido a compensação da clientela, desde que haja o preenchimento dos requisitos plasmados na legislação. A compensação de clientela não é uma sanção, mas sim mostra-se como uma valoração da equidade, ou seja, que ninguém se beneficie a custa do outro enquanto este se empobrece<sup>81</sup>.

Se o franqueador continua a locupletar-se pelo trabalho exercido pelo franqueado mostra-se justo que aquele pague uma compensação a este, pois foi o trabalho deste que ainda da uma maior margem de lucros aquele.

Quanto aos factos que devem ser pressupostos, de salientar que a sua atribuição requer os seguintes requisitos ou pressupostos<sup>82</sup>:

- Ter o agente angariado novos clientes para a outra parte, ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente;
- Beneficiar a outra parte consideravelmente, após a cessação do contrato da actividade desenvolvida pelo agente;
- Ter o agente deixado de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos no ponto acima descrito, no número um.

De salientar que estes requisitos são os mesmos para a compensação no contrato de agência, constantes no artigo 553, n.º 1, do Código Comercial de 2005.

Quanto à problemática da prescrição e caducidade do direito, de referir que no âmbito da legislação moçambicana, nos termos do n.º 3 do artigo 553, do Código Comercial de 2005, que versa sobre

---

<sup>81</sup> Delegado, José Paulo, *Da Figura Jurídica da Compensação da Clientela no Contrato de Agência – Pressupostos ou Requisitos*, Jus Editora, Rio de Janeiro, 2020, pág. 231.

<sup>82</sup> *Idem*, pág. 243.

o contrato de agencia, que pode ser tido em conta por aplicação analógica, estabelece que extingue-se o direito à compensação de clientela se o agente ou os seus herdeiros não comunicarem ao principal, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, que pretendem recebê-la, devendo a acção judicial ser proposta dentro do ano subsequente a esta comunicação.

Tendo em conta o Código Civil, podemos verificar que nos termos do artigo 317, alínea c), prescrevem no prazo de dois anos, os créditos pelos serviços prestados no exercício de profissões liberais e pelo reembolso das despesas correspondentes.

No caso do ordenamento jurídico moçambicano, não havendo a regulamentação da compensação da clientela no contrato de franquia, a questão que vai se colocar, consubstancia em saber qual o prazo de prescrição que vai ser usado se é do contrato de agência por analogia ou do Código Civil, por ser legislação subsidiária.

Sem avançar bastante, de salientar que, se o Autor exigir esta compensação recorrendo ao instituto de agência por analogia o prazo será de um ano que consta neste contrato, mas se recorrer ao instituto de enriquecimento sem justa causa o prazo será de dois anos.

Na vertente da matéria de direito, vamos recorrer ao artigo 522 e seguintes do Código Comercial de 2005, por recurso à analogia prevista no artigo 10 do Código Civil, ou ainda há espaço para se recorrer ao instituto de enriquecimento sem causa nos termos do artigo 473 e seguintes do Código Civil.

### **1.3. Da Contestação e Reconvenção**

A contestação logicamente será feita pelo franqueador que consubstancia em reu no processo, sendo que o prazo para o efeito vai depender da forma de processo, sendo que se for processo ordinário são 20 (vinte) dias nos termos do n.º 1, do artigo 486 do Código de Processo Civil e no caso de ser sumário são 10 (dez) dias de acordo com artigo 783 do Código do Processo Civil.

Esta contestação pode ser por defesa por impugnação ou defesa por excepção conforme o artigo 487 do Código do Processo Civil. No momento da contestação o reu, neste caso o franqueador pode deduzir a reconvenção de acordo com artigo 501 do Código de Processo Civil.

#### **1.4. Resposta à Contestação e Reconvenção**

Pode ainda haver a resposta a contestação e reconvenção que vai ser feito por autor que neste caso consubstancia no franqueado, sendo que a resposta a reconvenção so terá lugar se houver um pedido por parte do reu e haverá resposta a contestação se for deduzida alguma excepção de acordo com o artigo 502 do Código de Processo Civil.

#### **1.5. Das Outras Fases e a Sentença**

Tendo em conta o sistema jurídico moçambicano, no âmbito do Direito Processual Civil, podemos constatar duas situações, depois dos articulados para chegarmos a sentença.

A primeira situação é aquela em que o Juiz, depois dos articulados, marca a audiência preliminar para os fins plasmados no artigo 508 do Código do Processo Civil, podendo posteriormente proferir um despacho saneador nos termos do artigo 510, sendo que esse despacho saneador pode ser despacho saneador sentença conforme o n.º 6, do artigo 510 do Código de Processo Civil.

Não se proferindo a sentença no despacho saneador, ocorre a fase de saneamento e condensação, onde se seleciona a matéria provada e aquela que se necessita de ser provada que aparece em forma de quesitos de acordo com o artigo 511 do Código de Processo Civil, posteriormente há espaço para a fase de instrução, finda vai se para a fase de discussão e julgamento depois a sentença conforme artigo 513, 646 e 658, todos do Código do Processo Civil.

## **2. Contrato de Franquia como típico, Mecanismos da Celebração e a Obrigação do Juiz de Julgar**

Antes de mais de salientar que os contratos nominados são aqueles que possuem uma denominação específica. Por outro lado, contratos atípicos são aqueles que não possuem tratamento legislativo particular, não importando se possuem ou não um nome determinado. O contrato atípico possui

uma causa inédita e diferente daquelas relativas aos contratos típicos. Nesse sentido, é perfeitamente possível que exista um contrato atípico nominado<sup>83</sup>.

O contrato nominado é aquele que o legislador deu o nome jurídico nos instrumentos legais, por exemplo o contrato de compra e venda que tem a designação no âmbito do artigo 874 do Código Civil, sendo que o contrato típico, mostra-se sendo aquele que o legislador estabeleceu o seu regime jurídico numa determinada legislação.

Os contratos típicos surgem das necessidades do comércio jurídico, não supridas pela regulamentação legislativa pormenorizada. Em vista disso, surge aspecto, em relação aos contratos típicos, que não pode ser ignorado. A reiteração social de uma de uma forma contratual força o legislador a tipificá-lo, como é o caso do *leasing*, do *factoring* e do *franchising*, hospedagem, garagem, feiras e exposições, serviços de mudança, por exemplo. Há, dessa maneira, uma verdadeira tipicidade social desses contratos, uma vez que existem, primeiro, na realidade social de uma época, na consciência social, económica ou ética, antes que o legislador as esquematize<sup>84</sup>.

Tendo em conta o Código Civil que regula os contratos de índole privado do Direito Comum ou Civil, no que toca ao critério de qualidade, pois mesmo intervindo o Estado nestas relações jurídicas, este intervêm desprovido da sua autoridade, o que vai implicar que aparece na relação jurídica em igualdade com os particulares, não desvendamos a consagração do contrato de franquia, o que implica que este contrato para além de ser um contrato atípico, não é também um contrato nominado neste instrumento.

Quanto ao Código Comercial de 2005, que regula as relações jurídicas entre os empresários ou no exercício de actividade comercial, podemos constatar também, que o contrato de franquia apesar de ser nominado e típico não regula a compensação da clientela.

Analisando outra legislação do ordenamento jurídico moçambicano, podemos constatar que o contrato de franquia é um contrato nominado nos termos da Lei do Investimento aprovado pela lei n.º 3/93 de 24 de Junho, na sua alínea i), do n.º 1, do artigo 1, onde define o contrato de Franchising

---

<sup>83</sup> Augusto Santos Silva, *Direito dos Contratos Internacionais e o Comercio, Dos Contratos*, Rio de Janeiro, São Paulo, Livraria Almedina, 2009, pág. 199.

<sup>84</sup> Almeida Constâncio, *Dos Contratos Comerciais em Especial*, Rio de Janeiro, Universidade São Paulo, USSP, Almedina, 1988, pág. 231.

(ou Franquia), como sendo a modalidade de contrato comercial através do qual o detentor (*franchisor* ou licenciador) de um dado *know-how*, marca sigla ou símbolo comercial, os cede no todo ou em parte a outrem e em regime de exclusividade com ou sem garantia da respectiva assistência técnica e serviços de comercialização, obrigando se o “*franchisee*” (ou licenciado) a realização dos investimentos necessários ao pagamento de remuneração periódica e a aceitação do controlo do “*franchisor*” sobre a sua actividade comercial.

Apesar deste contrato ser um contrato nominado, este não se mostra ser um contrato típico na matéria da compensação da clientela, pois o legislador não estabeleceu o seu regime jurídico.

Apesar deste contrato ser nominado e típico, sem prever compensação da clientela, valerá o princípio da autonomia privada, no âmbito da liberdade contratual, previsto no âmbito do artigo 405 do Código de Civil que estabelece que dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

A autonomia privada manifesta-se através do exercício dos direitos subjectivos e da possibilidade de celebração de negócios jurídicos (unilaterais ou contratos). A autonomia privada é frequentemente identificada com uma das suas mais significativas expressões: a liberdade contratual, prevista no artigo 405 do Código Civil, abrangendo quer a possibilidade de celebrar ou não celebrar determinado contrato (liberdade de celebração), quer a possibilidade de fixação do conteúdo do contrato (liberdade de estipulação).

O princípio da liberdade contratual encontra-se confinado pelas limitações estabelecidas pela ordem jurídica, decorrentes da aplicação de outros princípios como, por exemplo, a ordem pública ou a boa-fé. No essencial, é possível reconhecer três espécies de limitações: (i) a imposição de contratar; (ii) a proibição de contratar; (iii) a necessidade de obtenção de consentimento de terceiros.

A admissão, pela ordem jurídica, das chamadas cláusulas contratuais gerais (modelos contratuais pré-estabelecidos a que as pessoas se limitam a aderir sem a possibilidade de introduzir modificações) não constitui uma limitação jurídica à liberdade contratual embora se deva

reconhecer que constitui uma importante limitação fáctica dada a dificuldade de satisfazer determinada necessidade sem a aquisição do bem ou serviço em causa.

O princípio da autonomia privada abrange os poderes da auto regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à actuação da vontade.

Portanto, o princípio se manifesta sob um tríplice aspecto:

- Liberdade de contratar propriamente dita;
- Liberdade de estipular o contrato;
- Liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

A liberdade de contratar propriamente dita, é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente.

Por meio desta, as partes estão livres para determinar o conteúdo do contrato, nos limites legais imperativos. Impende frisar que, em matéria contratual, as disposições legais têm, regra geral, carácter supletivo e subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência da vontade dos particulares.

Neste aspecto, há de se observar que a liberdade de contratar propriamente dita possui como limite a ordem pública e os bons costumes. Assim, podem as partes regular seus interesses desde que não transponham esses limites.

Ainda, sobre a liberdade contractual, esta compreende ainda a inclusão de conteúdos não fixados na legislação, bem como de poder conciliar vários conteúdos de contratos diferentes deste que não haja ofensa a Lei e aos bons costumes.

Para um melhor entendimento do princípio da liberdade contratual vamos nos socorrer do Código Civil, no âmbito do artigo 405 e 406, onde vamos elencar dentro desse princípio 4 tipo de liberdades, que vão então dar um sentido mais amplo a definição:

- *Liberdade de celebração*: é a faculdade das partes poderem escolher se querem ou não, bem como escolher com quem querem celebrar um contrato e de decidir se fazem ou rejeitam uma

proposta de celebração de contrato, por mais que esse seja mais vantajoso, sem que por isso sejam reprimidos pela lei (tem muito a ver com o facto de afirmamos que o direito das obrigações é regulado por dois princípios sendo um deles o da liberdade).

- *Liberdade de selecção*: é a faculdade concedida as partes de, por mútuo acordo, seleccionar o tipo de contrato que pretendem celebrar, conforme o artigo 405º, n.º 1, parte b) do Código Civil, podendo esses ser contratos que não se encontram elencados na lei, contratos inominados e aqueles a qual o legislador não apresentou um regime específico de regulação, contratos atípicos.
- *Liberdade de estipulação*: é a faculdade concedida as partes de, por mútuo acordo, estipularem o conteúdo dos contratos, bem como os efeitos jurídicos que advenham desse contrato conforme o artigo 405, n.º 1, parte a) do Código Civil. A excepção no caso de contratos que podem ser considerados usurários.
- *Liberdade de extinção*: é a faculdade concedida as partes de, por mútuo acordo, poderem decidir que não querem estar vinculadas ao contrato, nos termos do artigo 406, n.º 1, parte b) do Código Civil.

Se há possibilidade de que as partes que celebram os contratos incluam cláusulas que lhes aprouver e sendo assim, se constatar do contrato de franquia que não haverá compensação por clientela, ou compensação, pelo facto do franqueado ter angariado clientela, que o franqueador ainda continua a se beneficiar dessa clientela mesmo depois da extinção do contrato, não haverá a possibilidade do franqueado, assim o exigir.

Se as partes tem a faculdade de celebrarem contratos não previstos na legislação, podendo estes serem inominados e atípicos, a questão que se coloca tem a ver com a questão dos mecanismos que o julgador vai ter em conta para dirimir o litígio, pois nos termos do artigo 8 do Código Civil que versa sobre a obrigação de julgar e dever de obediência à lei, estabelece que o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.

O juiz não pode deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida (proibição de juízos de *non liquet*). O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Este dispositivo impede que o magistrado se esquive de julgar uma causa sob a alegação de que

não há comando legal a reger a situação concreta que lhe foi submetida ou porque tem dúvidas a respeito de quem deve sair vitorioso da demanda.

Assim, o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais e não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

No que toca a analogia, existem três teorias relativas aos contratos atípicos ou que contêm omissões, a teoria da absorção, a teoria da extensão analógica e a teoria da vontade das partes. De acordo com a primeira, o intérprete deve procurar a categoria de contrato típico mais próxima para aplicar seus princípios ou caso análogo. Pela segunda, aplicam-se os princípios dos contratos que guardam certa semelhança. E, pela terceira, os contratos atípicos devem ser examinados de acordo com a intenção das partes e os princípios gerais que regem os negócios jurídicos e os contratos em particular.

### **3. Do Recurso a Analogia para a Compensação da Clientela no Contrato de Franquia: Vantagens e Desvantagens**

#### **3.1. Da Exposição**

A analogia nos termos do artigo 10 do Código Civil, implica a integração das lacunas da lei, onde os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos, sendo que há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

Tendo em conta as razões que levam o legislador a regular a compensação de clientela no contrato de agência, pode-se afirmar categoricamente que há razões justificativas para a compensação de clientela também no contrato de franquia.

#### **3.2. Das Correntes a favor e Contra da Aplicação Analógica do Contrato de Agência**

Antes de mais, de salienta que as profundas diferenças existentes entre o contrato de agência e a franquia, não aconselham em definitivo, uma irreflectida aplicação do direito da agência aos sistemas de franquia, pelo que a extensão analógica está longe de ser automática e requererá uma transposição dos critérios às respectivas funções contratuais, ou seja, se o direito à indemnização

de clientela se afirma legalmente nos casos de actuação empresarial em nome ou por conta alheia, como sucede na agência, parece lógico admiti-lo na franquia, pela maior independência do franquiado, que actua em nome próprio.

Outro entendimento, que apoia as justificações a favor do reconhecimento ao concessionário da indemnização de clientela adquirem maior significado quando se trata da franquia, tendo em conta a superior intensidade das circunstâncias que podem decorrer da extinção do contrato, o superior investimento, a fidelidade da clientela aos sinais distintivos e o conseqüente maior risco da perda desta pelo franquiado e a questão do *stock* remanescente<sup>85</sup>.

De salientando que, para a eventual extensão analógica da indemnização de clientela ao franquiado, a questão da propriedade da clientela perde interesse relativamente à situação que ocorre no momento da extinção do contrato, esta sim relevante para aquele efeito, assim a opinião de que se reconhece ao franquiado o direito à indemnização de clientela.

A abertura acima referida, que foi de imediato estendida ao contrato de franquia, não obstante se tenha desde logo reconhecido, quanto a ele, há existência de acrescidas dificuldades na aplicação analógica das normas relativas à indemnização de clientela.

As posições sobre a questão têm-se, desde então, dividido entre a exclusão pura e simples daquela aplicação e a sua admissão em situações concretas muito restritas, sendo, contudo, possível verificar uma certa tendência para uma maior abertura a esta última posição.

Assim, os defensores de não aplicação, começaram por defender a exclusão, em absoluto, da aplicação analógica, afirmando que a clientela é angariada através da marca para o franquiado, sendo que as vantagens e desvantagens que tudo isso acarreta fazem parte dos riscos próprios do negócio que as partes livremente assumiram e que a boa-fé manda honrar, mas vem posteriormente considerar que, dependendo embora do tipo de franquia, haverá que procurar, no campo da agência, regras aplicáveis, directamente ou por analogia. Algumas dessas regras servirão para suprir a regulação contratual, outras, porém, são injuntivas<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, I.º vol., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 345.

<sup>86</sup> *Idem*, pág. 353.

Entre estas últimas, contam-se as relativas à cessação do contrato e, particularmente, as que fixam pré-avisos e a indemnização de clientela. Trata-se da orientação mais correcta, ainda que dependendo sempre de um juízo concreto.

Também ha outra ala que embora não tenha posto de parte, desde o início, a possibilidade daquela eventual aplicação, reconhecendo, contudo, que em princípio, a actividade típica do concessionário e do franquiado, por si só, não é susceptível de justificar, por analogia, uma indemnização de clientela, sobretudo tratando-se de um franquiado. É que, numa palavra, este beneficia de uma clientela já pré-constituída e os factores de atracção da nova clientela pertencem, no essencial, ao franquiador, designadamente o nome, a marca, o know-how, entre outros. Mais tarde, mostra uma maior abertura à possibilidade de o franquiado, com a sua actividade, representar um factor de atracção de clientela equiparável ao agente<sup>87</sup>.

Do lado de quem põe de parte a possibilidade da aplicação analógica argumenta-se que são elementos de criação da clientela ou do incremento do volume de negócios que eventualmente se verifique no âmbito do contrato de franquia, não a actividade do franquiado mas antes a utilização, pelo mesmo, dos sinais distintivos e do saber-fazer que lhe são transmitidos pelo franqueador, bem como à assistência técnica que este regularmente lhe dispensa, ao contrário do que sucede no caso do contrato de agência, em que o desenvolvimento daquele incremento resulta quase unicamente das capacidades pessoais e profissionais do agente.

É este o entendimento, que mostra inadmissível, qualquer pretensão do franquiado de reclamar indemnização relativamente à clientela com base na aplicação analógica das normas reguladoras da atribuição, da indemnização de clientela ao agente, embora não apenas com base no argumento atrás referido, mas também na falta de identidade dos interesses subjacentes aos contratos em causa<sup>88</sup>.

Sustenta-se assim que o franquiado, integrado numa rede de distribuição devidamente organizada, exerce uma actividade que, na maior parte dos casos, se resume à utilização, sob apertado controlo, daqueles factores de atracção que lhe são proporcionados pelo franquiador, de tal modo que, aos

---

<sup>87</sup> Elsa Vaz de Sequeira, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, pág., 222.

<sup>88</sup> *Idem*, pág., 229.

olhos do público, o estabelecimento que explora surge, por norma, como que uma filial do franquizador.

E que, portanto, não interferindo o franquiado, com a sua acção, na criação ou desenvolvimento de qualquer clientela, não haverá lugar à dita indemnização.

Há também quem, não obstante não comungue da tese de que a angariação da clientela se opera exclusivamente através da marca, entenda que a clara diferença existente entre os contratos de agência e de franquia, relativamente à respectiva natureza jurídica, impede a aplicação analógica das normas que atribuem ao agente o direito à indemnização de clientela<sup>89</sup>.

Outra posição a adoptar, ou uma outra orientação, que se considera mais correcto é de que são de aplicação obrigatória ao contrato de franquia, embora dependendo do tipo de franquia, as regras respeitantes à cessação e indemnização de clientela no contrato de agência. De considerar ainda, que as profundas diferenças que existem entre os contratos de agência e de franquia não aconselham, em definitivo, uma irreflectida aplicação das normas reguladoras do primeiro ao sistema da franquia.

A opinião que nos parece maioritária, dando concretização, afinal, à tendência à qual atrás se fez menção, é de sentido favorável à extensão daquela compensação ao franquiado, embora seja afastada pela quase generalidade dos Autores a possibilidade da sua aplicação de plano.

Os argumentos esgrimidos pelos defensores desta corrente consistem na aceitação de que, não obstante seja reconhecido o papel essencial dos sinais distintivos na atracção da clientela e, por via disso, se torne muito difícil justificar a atribuição ao franquiado da indemnização prevista para o agente não é de afastar liminarmente tal possibilidade, antes devendo proceder-se a uma apreciação casuística, no sentido de verificar se, no caso concreto, o franquiado, designadamente pelos serviços que prestou, tarefas que cumpriu e funções que exerceu, pode ser considerado como relevante factor de atracção de clientela ainda que não o único à qual o franquizador tenha efectivo acesso após o termo do contrato.

---

<sup>89</sup> Elsa Vaz de Sequeira, *Ob. Cit*, pág. 225.

No que respeita à jurisprudência moçambicana, praticamente não encontramos decisões que abordem a questão da atribuição da indemnização de clientela ao franquiado. O que se verifica é que, não obstante aceite que a clientela pode ser essencialmente atraída pelos bens proporcionados pelo franquiador, um nome, uma marca, etc., salienta a possibilidade de que outros factores como a localização do estabelecimento, sobretudo no franchising de distribuição e de serviços e as qualidades pessoais e profissionais do comerciante, sejam de grande importância. Acrescentando que é o franquiado que, às suas custas, ergue ou cria o conjunto organizado de meios e o põe a funcionar, assim possibilitando o surgimento de efectiva clientela, própria do novo estabelecimento, plano que justifica uma indemnização de clientela ao franquiado<sup>90</sup>.

Admite-se contudo, justificar-se aquela atribuição, mas apenas em certos casos de franquia de distribuição de produtos, em que o franquiado é obrigado a adquirir os produtos ao franquiador, e pode conquistar para eles uma clientela própria e desde que se verifique a aquisição dessa clientela pelo franquiador.

Ainda, defende-se igualmente a atribuição desta compensação ao franquiado, quando este, através do papel essencial que pode desempenhar nas franquias de serviços e nas franquias de distribuição que abrangem a prestação de serviços pós-venda, crie uma clientela ligada à sua pessoa e/ou aos seus serviços a clientela subjectiva, à qual fique impedido de aceder por força de cláusula contratual de não concorrência.

Assim, a solução mais correcta passa pela aplicação ao franquiado das normas da agência, uma vez que a atipicidade do contrato de franquia sobre a compensação da clientela, reclama a regulação do mesmo pelas normas dos contratos em geral e também pelas que, não sendo excepcionais, vigoram para os contratos relativamente aos quais este apresente mais forte analogia.

### **3.3. Das Fragilidades**

Diminuição nas responsabilidades e nos problemas de ordem trabalhista, isto implica que, apesar do auxílio, a orientação e a administração dos pontos de vendas ficara a cargo dos franqueados.

---

<sup>90</sup> Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, in, Luís Menezes Leitão, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Atlas Editora, Lisboa, 2002, pág. 425.

Sendo franqueados juridicamente independente do franqueador a responsabilidade com relação aos empregados em cada ponto de varejo franqueado que actua neste ponto.

O recurso a analogia pode também implicar o uso do prazo de prescrição do contrato de agência, do direito de recorrer ao tribunal para exigir a compensação da clientela que é menos longo, um ano, nos termos do n.º 3, do artigo 553 do Código Comercial de 2005, comparado com o prazo de prescrição constante no código civil, que nos termos do artigo 310 é de 5 (cinco) anos.

Assim, o franqueado notando que já passam o um ano para compensação da clientela no contrato de agência, não deve recorrer a analogia, mas sim ao instituto de enriquecimento sem justa causa por estabelecer um prazo de prescrição mais longo, neste caso 5 anos.

O recurso a analogia implica o recurso a contrato de agência que se mostra mais exigente no que concerne aos requisitos para a compensação da clientela relativamente ao instituto de enriquecimento sem causa que o requisito essencial consubstancia em demonstrar que a outra pessoa teve proveitos à custa do outro.

### **3.4. Das Vantagens**

O aumento da redução do custo, isto significa que o franqueador beneficia-se dos recursos financeiros do seu franqueado para expandir a sua rede. Com objectivo de aumentar a sua rentabilidade, o franqueador busca também auxiliar no controle das despesas. Ficando evidentes as vantagens obtidas com as economias e de distribuição do franqueador, já que as compras aumentarão de qualidade, reduzindo os seus custos.

Rapidez na expansão, isto é, contando com o capital e a força de trabalho de cada franqueado para instalação e operação das respectivas unidades de ponto de venda, tornar-se possível a ampliação da rede de varejo, em um ritmo muito mais veloz do que o franqueador poderia alcançar caso dependesse apenas de recursos próprios.

O recurso a analogia para o contrato de agência, mostra-se vantajosa devido a sua previsibilidade do resultado por ser uma matéria já regulada para a compensação da clientela, sendo que basta se reunir os requisitos surgir uma garantia sobre a existência da compensação por parte do franqueado.

Ademais, o artigo 554 do Código Comercial de 2005, que versa sobre o cálculo da compensação de clientela, estabelece no seu n.º 1, que a compensação de clientela é calculada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual, calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos, sendo que nos termos do n.º 2, do mesmo dispositivo legal, está patente que se o contrato tiver durado menos tempo, atender-se-á à média do período em que esteve em vigor, o que difere quando se recorre a figura de enriquecimento sem causa, pois nesta figura a pessoa que se locupletou a custa alheia, deve devolver aquilo que se locupletou que seria difícil de calcular na compensação da clientela, daí a vantagem do uso da analogia por via do contrato de agência.

#### **4. Do Recurso ao Instituto do Enriquecimento Sem Justa Causa para Compensação da Clientela no Contrato de Franquia**

##### **4.1. Da Exposição**

O juiz não pode deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida (proibição de juízos de *non liquet*). O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Este dispositivo impede que o magistrado se esquive de julgar uma causa sob a alegação de que não há comando legal a reger a situação concreta que lhe foi submetida ou porque tem dúvidas a respeito de quem deve sair vitorioso da demanda, daí o surgimento de vários institutos jurídicos que tem como escopo recompensar a falta de legislação para certos casos, como sucede com a figura de enriquecimento sem justa causa.

##### **4.2. Das Fragilidades**

O recurso ao instituto de enriquecimento sem justa causa, não dá garantia sobre a compensação da clientela, pois no seu conteúdo não versa sobre a compensação, mas da questão de enriquecimento indevido ou sem justificação, o que pode fazer depender do intérprete, o aceitar ou não o uso desta figura na compensação da clientela.

Ademais, o recurso a figura de enriquecimento sem causa não permite com que se tenha noção do quantitativo que o fraqueado tem direito de receber como compensação, levando deste modo ao

livre-arbítrio por parte do juiz, o que não garante a um dos fins últimos de direito que consubstancia na segurança jurídica.

### **4.3. Das Vantagens**

O recurso ao enriquecimento sem justa causa para a compensação da clientela que o franqueado angariou a favor do franqueador, que continua adquirindo proveitos mesmo depois da cessação do contrato, mostra-se vantajoso no que concerne ao período para a reclamação desse direito, pois não havendo prazo, usa-se os prazos de prescrição constantes do Código Civil, que em regra são mais alargados do que os prazos constantes em legislação especial, como é o caso do Código Comercial de 2005.

O prazo de prescrição do contrato de agência, do direito de recorrer ao tribunal para exigir a compensação da clientela é menos longo, um ano, nos termos do n.º 3, do artigo 553 do Código Comercial de 2005, enquanto o prazo de prescrição constante no Código Civil, é nos termos do artigo 310 é de 5 (cinco) anos.

Ademais. o recurso a enriquecimento sem justa causa mostra-se vantajoso, pois basta provar a existência de um enriquecimento alheio a custa do seu sacrifício para pedir, aquilo que se locupletou, não havendo mais exigências ou requisitos de proveito substancial que consta dos requisitos no âmbito do contrato de agência.

Ainda, o valor da compensação que pode ser pedido pelo franqueado pode vir a ser superior comparando nos casos em que se usa o contrato de agência por via da analogia, pois o mecanismo ou o processo de cálculo dessa compensação já foi fixado nos termos do artigo 554 do Código Comercial de 2005.

## **5. Do Ensaio Legislativo**

O recurso à analogia pressupõe a existência de uma lacuna na lei, ou seja, de que uma concreta situação não está abrangida nem pela letra nem pelo espírito da lei. Dando como assente que a ‘ratio’ da compensação de clientela pode abranger o contrato de franquia, na medida em que não é de afastar em absoluto a possibilidade de, em determinadas situações, designadamente no

momento da extinção do contrato, serem idênticas as posições relativas entre principal e agente e franquidor e franquiado, poderá concluir-se, então, pela existência de uma lacuna, daí o presente ensaio legislativo.

Artigo .....

### **(Compensação de Clientela)**

1. Sem prejuízo de qualquer indemnização a que haja lugar, nos termos de outras disposições, o franqueado tem direito, após a cessação do contrato de franquia, a uma compensação de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes:
  - a) O franqueado tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente;
  - b) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato de franquia, da actividade desenvolvida pelo franqueado;
  - c) O franqueado deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou celebrados, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a).
2. Em caso de morte do franqueado, a compensação de clientela pode ser exigida pelos herdeiros.
3. Extingue-se o direito à compensação de clientela se o franqueado ou os seus herdeiros não comunicarem ao franqueador, no prazo de dois anos a contar da cessação do contrato de franquia, que pretendem recebê-la, devendo a acção judicial ser proposta dentro do ano subsequente a esta comunicação.

Artigo ....

### **(Cálculo da Compensação de Clientela)**

1. A compensação de clientela é calculada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual, calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo franqueado durante os últimos cinco anos.
2. Tendo o contrato durado menos tempo, atender-se-á à média do período em que esteve em vigo.

## CONCLUSÃO

Antes de mais, importa salientar que o presente trabalho, tem a ver com a análise de contrato de franquia, no que tange a compensação da clientela. Sendo que o contrato de franquia empresarial é o sistema pelo qual um franquizador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e eventualmente de implementação e administração de negócio ou sistemas operacionais desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração directa ou indirecta.

Assim sendo, a questão de partida consistiu em procurar saber até que ponto poderá o contrato de franquia provocar, no momento da sua extinção, uma situação similar à que se verifica no contrato de agência e, desse modo, justificar a atribuição ao franquiado da compensação de clientela prevista para o agente, bem como o franqueado recorrer ao instituto de enriquecimento sem justa causa para ser compensado pelo franqueador por clientes angariados na vigência do contrato.

Na base deste problema, foi possível levantar duas hipóteses, sendo que a primeira advoga que apesar do contrato de franquia ser típico, não há direito nem mecanismos para a compensação de clientela, a favor do antigo franquiado, por extinção do contrato de franquia e a outra defende que o facto de contrato de franquia estar tipificado, há direito e mecanismos para a compensação de clientela, a favor do antigo franquiado, por extinção do contrato de franquia, sendo que alinhamos com a segunda hipótese.

Havendo a reiteração social da celebração desta forma contratual, forçou o legislador a tipificá-lo, como é o caso do *leasing*, do *factoring* ou hospedagem. Mas de salientar que, mesmo antes da tipificação, este contrato era celebrado na base do princípio da liberdade contratual ou da autonomia privada.

Sucedem porem, que apesar da sua tipificação, matéria importante como da compensação da clientela, não encontrou a sua regulamentação havendo deste modo uma lacuna legal. A sua celebração apesar da não tipificação da matéria da compensação da clientela, não implica que os tribunais devam se abster de julgar litígios que surgem da celebração deste contrato, pois os tribunais têm obrigação de julgar apesar da ausência da lei ou obscuridade.

Havendo esta obrigatoriedade apesar da lacuna legal, o julgador vai recorrer a analogia para o efeito, na base do contrato de agência, bem como ao instituto de enriquecimento sem causa, sendo que para o franqueado o recurso a um ou outro instituto pode trazer certas vantagens ou desvantagens que necessitam de ser analisados, mas estando claro que o franqueado tem direito de exigir ao franqueador a compensação da clientela reunido os requisitos, para que haja justiça e a segurança jurídica e para o efeito recomenda-se a regulamentação da figura da compensação da clientela no contrato de franquia a par do contrato de agência.

## BIBLIOGRAFIA

### Manuais

1. Almeida, Constâncio, *Dos Contratos Comerciais em Especial*, Rio de Janeiro, Universidade São Paulo, USSP, Almedina, 1988.
2. Andrade, Marco, *O Instituto de Compensação da Clientela. Seus Contornos no Regime Jurídico Português*, Universidade de Évora, Atlas Editora, Évora, 2008.
3. Silva, Augusto Santos, *Direito dos Contratos Internacionais e o Comércio, Dos Contratos*, Rio de Janeiro, São Paulo, Livraria Almedina, 2009.
4. Borres, Dércio dos Santos, *Direito das Obrigações: Dos Contratos – Formação, Modificação, Transmissão e Extinção*, Universidade de Évora, Évora, 2016.
5. Castro, Dickson, *Metodologia de Trabalho Científico*, Universidade Federal de São Paulo, Jus Editora, São Paulo, 1988.
6. Cordeiro, António Menezes, *Direito das Obrigações*. 1.<sup>a</sup> Edição, Lisboa, 1986;
7. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 4.<sup>a</sup> Edição (Remodelada), Coimbra, Coimbra Editora, 1984.
8. Costa, Sancho, *Direito do Comércio Internacional, Dos Contratos Comercial*, Almedina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.
9. Costa, Vaz de Carvalho, *Direito das Obrigações, Das Fontes das Obrigações*, 3.<sup>a</sup> Edição, Livraria Delta, Aveiro, 2005.
10. Delegado, José Paulo, *Da Figura Jurídica da Compensação da Clientela no Contrato de Agência – Pressupostos ou Requisitos*, Jus Editora, Rio de Janeiro, 2020.
11. Dias, João, *Dos Contratos Comerciais em Especial – Do Contrato de Agência*, Livraria Almedina, Porto, 2020.

12. Sequeira, Elsa Vaz de, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, in Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa.
13. Ferro, Diogo, *Direito das Obrigações – Das Fontes das Obrigações no Geral*, Almedina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.
14. Fonseca, Mário, *Introdução ao Estudo do Direito, dos Institutos e Instituições de Direito*, Almedina, Rio de Janeiro, 2000.
15. Gil, Antônio Carlos, *Metodologia de Pesquisa Científica*, 3.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, São Paulo, 2008.
16. Gomes, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
17. Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro III*. São Paulo: Saraiva, sobre os elementos que compõem o contrato de agência, 2014.
18. Leitão, Menezes, *Direito das Obrigações, Constituição, Modificação, Transmissão e Extinção das Obrigações*, Almedina, Lisboa, 2013.
19. Marconi & Lakatos, *Metodologia de Trabalho Científico nas Ciências Sociais*, Atlas Editora, 4.<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro, 2002.
20. Martinez, Pedro Romano, *Contratos em Especial*, Lisboa: Universidade Católica, 1997.
21. Martinez, Pedro Romano, *Contratos Comerciais – Apontamentos*, 2.<sup>a</sup> Edição, Cascais, Principia, 2003.
22. Cordeiro, Menezes, *Manual de Direito Comercial*, I.º vol., Livraria Almedina, Coimbra, 2001.
23. Menezes Leitão, Luís, Manuel Teles de, *Direito das Obrigações: Introdução; Da Constituição das Obrigações*, Volumes I e II, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998.

24. Morgado, Danilo, *Pressupostos e Requisitos Para a Compensação da Clientela no Contrato de Agencia, Tese de Doutorado*, Especialidade do Direito Comercial, Brasília, 2012.
25. Papa, João Paulo Andrade, *Dos Contratos em Especial: Os Novos Modelos Contratuais*, Atlas Editora, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2007.
26. Pinto, F. Ferreira, *Contratos de Distribuição*, 2013.
27. Monteiro, Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, in, Luís Menezes Leitão, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Atlas Editora, Lisboa, 2002.
28. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Os Contratos Cíveis e Comerciais no Ordenamento Brasileiro*, Atlas Editora, 2.<sup>a</sup> Edição, São Paulo, 2012.
29. Ribeiro, Mário, *O Contrato de Franquia Internacional e Seu Enquadramento nos Sistemas Jurídicos de Portugal e de Espanha*, 2.<sup>a</sup> Edição, Jus Editora, Coimbra, 2001.
30. Ribeiro, M. Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising)* 2001.
31. Ribeiro, M. Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *Direito e Justiça*, Vol. 19, tomo I, 2005.
32. Silva Pereira, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2014.
33. Silva Pereira, Caio Mário da, *Direito Comercial, Do Contrato de Agencia*, Atlas Editora, 3.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2014
34. Vasconcelos, P. Pais de, *Contratos Atípicos, Sobre a Ausência de Uma Regulamentação Unitária e Exhaustiva dos Contratos de Distribuição*, 2009.

## Legislação

1. Código Comercial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro e foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 2/2009 e pelo Decreto-Lei n.º 1/2018, BR, n.º 51. Série. I.
2. Código Comercial Novo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/ 2022 de 25 de Maio, BR, n.º 99. Série. I.
3. Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966, tornado extensivo às províncias ultramarinas pela Portaria n.º 22.869, 4 de Setembro de 1967.
4. Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, estendido para Ultramar Português pela Portaria n.º 23090, de 26 de Dezembro de 1967.
5. Lei da Organização Judicial, aprovada pela Lei n.º 24/ 2007, de 20 de Agosto, BR, n.º 33. Série. I.
6. Lei n.º 3/ 93, de 24 de Junho, Lei de Investimento, BR, n.º 25, Série. I.
7. Decreto-Lei n.º 3/ 2022, de 25 Maio, BR, n.º 99, Série. I.