

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

CONTRATO DE AGÊNCIA, OS “TEMAS DA PROVA” E A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O DIREITO À RESOLUÇÃO DO CONTRATO E O INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 20 de Dezembro de 2017

Processo n.º 1236/13.0TVLSB.L1 (7.ª Secção)

SUMÁRIO elaborado nos termos do artigo 663º, n.º 7, do Cód. Proc. Civil

I – A denominação “temas da prova” refere-se apenas a simples enunciados gerais, que contém assumidamente matéria de facto e matéria de direito, reportadas a questões centrais no âmbito das quais se desenvolveu a instrução, e cujo objetivo prático consiste precisamente em delimitar e orientar tal atividade processual.

II – Esta nova realidade processual não tem a ver com o quadro fixo e disciplinador em que consistia a figura da base instrutória a que aludiam os artigos 508º-A, n.º 1, alínea e) e 511º, do antecedente CPC, o que significa que, se o juiz abordar todas as questões de fato e de direito que o habilitem a decidir conscienciosamente do mérito da causa, a omissão da referência a um dos ditos temas da prova não constitui, só por si, qualquer vício formal da sentença.

III – De resto, a fixação dos mencionados temas de prova não conduz a formação de caso julgado formal, não sendo sequer tal matéria suscetível de recurso de apelação autónomo, com subida imediata, nos termos do artigo 644º, n.º 2, do Código de Processo Civil, e a própria reclamação contra a fixação dos temas de prova apenas poder ser impugnada através – e no âmbito – do recurso interposto da decisão final (artigo 596º, n.º 3, do Código de Processo Civil).

IV – A parte que exerce o direito de resolução do contrato não pode, em princípio e como regra, pedir cumulativamente o direito indemnizatório pelo interesse contratual positivo, mas apenas pelo interesse contratual negativo, sendo que, de todo modo, será pensável a atribuição de indemnização pelos prejuízos decorrentes da execução do contrato e, em especial, a possibilidade de atribuição de um direito indemnizatório que tenha como expressão o valor correspondente às retribuições que seriam devidas até ao termo do contrato (tal como se o mesmo não fosse extinto pela resolução), em situações perfeitamente excecionais, nas quais seja essa a via indispensável e equitativa para o essencial reequilíbrio das prestações e dos interesses patrimoniais em confronto, num contexto de salvaguarda do princípio da boa-fé e dos basilares princípios da lealdade e lisura negociais.

Acordam os Juízes do Tribunal da Relação de Lisboa (7.ª Secção):

I – RELATÓRIO

Intentou (...) ação declarativa de condenação contra (...) sendo interveniente (...).

Alegou essencialmente:

A autora dedica-se a atividade de comercialização de calçado, seus componentes, marroquinaria e acessórios e prestação de serviços de consultoria comercial e industrial.

A Ré dedica-se a atividade de fabrico, comercialização e distribuição de calçado, marroquinaria e outros produtos, incluindo os respetivos componentes e outros acessórios, podendo a sociedade deter participações noutras sociedades, bem como deter e explorar direitos de propriedade industrial ou intelectual;

A R. e a A. celebraram, em 9 de Maio de 2011, acordo de agência, nos termos do qual a autora estava incumbida de gerar procura, venda, distribuição e promoção dos produtos produzidos pela ré.

Embora a autora tenha cumprido o contrato foi confrontada com dificuldades inesperadas que iam limitando a sua forma de atuação ou o resultado das suas inúmeras diligências.

As linhas orientadoras e termos operacionais estavam definidos entre as partes em Dezembro de 2010 e o contrato foi assinado em 9 de Maio de 2011.

A partir de determinada altura, a ré começou a canalizar todos os seus recursos comerciais, operacionais e financeiros para o desenvolvimento da marca “Aerosoles”, passando a desprezar totalmente o desenvolvimento da marca “Move On” e o acordo comercial com a autora.

Desde Outubro de 2011, a R. não procede ao pagamento das quantias contratualmente definidas entre as partes.

A 6 de Dezembro de 2011, a ré comunicou a autora que era sua intenção abandonar a comercialização da marca “Move On” para passar a dedicar-se apenas a comercialização da marca “Aerosoles”.

Em 14 de Fevereiro de 2012, e em consequência dos sucessivos incumprimentos contratuais da ré, a autora operou a resolução do contrato de agenda celebrado com a ré, invocando, entre outras, a falta de pagamento dos valores acordados, os quais, em Fevereiro de 2012, já ascendiam a € 173.083,99.

Conclui pedindo a condenação da ré no pagamento à autora da quantia de € 1.005.969,50, sendo € 920,00 a título de capital e € 85.969,59 a título de juros de mora vencidos até 1 de Julho de 2013, a que acrescem juros de mora que se vencerem desde esta última data e até efetivo e integral pagamento.

Citada para contestar, veio a ré, a fls. 49/96 dos autos (...).

Alegou, essencialmente:

A atividade da autora e do interveniente no âmbito contratualmente acordado de encontrar oportunidades para a venda de produtos para clientes que irão depois

comercializar esses produtos sob a sua própria marca revelou-se manifestamente fracassada em termos de resultados.

A autora e o interveniente não trouxeram mais-valias ou contributos positivos no que concerne a venda de produtos sob a marca “*Move On*” através de lojas “*Move On*”.

A autora e o interveniente não criaram ou desenvolveram um sistema funcional e organizado que permitisse receber ordens de compra e que permitisse uma adequada coordenação de vendas no que concerne a atividade dos mesmos como consultores – “*Sales Coordination*”.

Os objetivos anuais acordados entre autora e ré para as vendas nunca foram atingidos, o que se traduziu em prejuízos para a ré num total de € 1.452.370,23.

Em 1 de Março de 2012, a ré comunicou à autora a resolução do contrato.

A aposta da ré no grupo “*Privilège*”, indicado e aconselhado pela autora, veio a revelar-se negativa, tendo deixado uma dívida à ré de € 646.447,75, acrescido do valor de € 310.175,71 de prejuízos sofridos pela ré por o identificado grupo não ter vendido a mercadoria encomendada, tendo a ré procedido a tal venda a preços muito baixos.

Durante a execução do contrato celebrado entre autora e ré, aquela recebeu a quantia de € 280.000,00.

No mais, impugnou os factos articulados pela autora.

Conclui pedindo a sua absolvição do pedido por improcedência da presente ação e a procedência do pedido reconvenicional, com a consequente condenação da autora e do interveniente a pagarem à Ré o valor de € 2.688.993,69.

Mais requereu a intervenção principal provocada de (...).

Por despacho proferido a fls. 717/718, foi admitida a intervenção acessória provocada de (...), nos termos do art. 321º do Cód. Proc. Civil.

Citado o interveniente, veio o mesmo apresentar a sua contestação, pedindo a improcedência do pedido reconvenicional formulado pela Ré.

Procedeu-se ao saneamento dos autos conforme fls. (...).

Realizou-se audiência de julgamento.

Foi proferida sentença que julgou a presente ação parcialmente procedente e, em consequência, condenando-se a ré a pagar a autora as remunerações acordadas desde Outubro de 2011 até Fevereiro de 2012, acrescidas das despesas efetuadas pela ré no âmbito do referido contrato de agenda, cujo montante deverá ser a liquidar em incidente posterior, acrescido de juros de mora calculados à taxa legal supletiva aplicável desde a data de 24 de Fevereiro de 2012 e até efetivo pagamento, absolvendo-se a ré do demais peticionado; foi julgado improcedente o pedido reconvenicional, com a consequente absolvição da autora reconvenida e o interveniente do pedido formulado pela reconvinte (cfr. fls. 1189 a 1198).

Tanto a A. como a R. apresentaram recurso desta decisão, os quais foram admitidos como de apelação (cfr. fls. 1674).

Juntas as competentes alegações, a fls.1224 a 1258, formulou a A. apelante as seguintes conclusões:

1) A Sentença é nula, nos termos do disposto no art. 615º, n.º 1, al. d), na parte em que o Tribunal deixou de pronunciar-se sobre os Temas da Prova, tal como enunciados por Despacho de 15 de Fevereiro de 2016, sobre o qual se formou caso julgado formal;

2) A Sentença é nula, nos termos do disposto no art. 615º, n.º 1, al. b), por não ter especificado os fundamentos de facto que justificam a decisão de julgar não provados os factos constantes das alíneas A), B), C), D), E), F) e K);

3) Subsidiariamente, com respeito ao referido em 2., o Tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento nas respostas dadas a matéria constante das alíneas A), B), C), D), E), F) e K), na medida em que os factos destas constantes deveriam ter sido julgados como provados;

4) O Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento, ao não elencar, no rol de factos provados, as obrigações assumidas pela R. no Contrato (acima descritos em II. 3. *Compromissos assumidos pela ré perante a autora no âmbito do Contrato*), devendo ser ordenada a ampliação da matéria de facto em conformidade, dando-se como provados aqueles compromissos (v. pontos 10. e 11. *supra*), aditando-se outros tantos fatos à matéria assente;

5) O Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento, ao não elencar, no rol de factos provados e a par dos incumprimentos que considerou provados (factos 20, 23 e 24), os demais incumprimentos cometidos pela R. (acima descritos em II. 4. *Compromissos não cumpridos pela ré no âmbito do Contrato*), devendo ser ordenada a ampliação da matéria de facto em conformidade, dando-se como provados aqueles incumprimentos (v. pontos 11. a 55., em especial a pág. 54) aditando-se outros tantos factos à matéria assente;

6) O Tribunal recorrido cometeu erro de julgamento no considerar não provado o facto constante da Al. M, pois, em face da prova produzida deveria ter dado como provado que “a R. estava, pelo menos desde 30 de maio de 2011, em negociações com a Aero-group International relativamente a marca Aerosoles” (v. págs. 29 a 31 *supra*);

7) O Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento, ao não elencar, no rol de factos provados, os factos alegados pela A. nos arts. 113º a 120º da PI, por serem da máxima relevância para a decisão da causa (factos acima elencados na pág. 36), devendo ser ordenada a ampliação da matéria de facto para inclusão, como provados, dos factos alegados pela A. nos arts. 113º a 120º da PI;

8) O Tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento na resposta dada ao Facto Provado n.º 31, pois se tivesse analisado criticamente a prova, deveria ter dado como provado que “A M&S manifestou descontentamento com as colegas apresentadas pela R., quer em relação às coleções Move On, quer em relação às amostras Aerosoles” (v. págs. 59-60);

9) O Tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento na resposta dada ao Facto Provado n.º 32, se tivesse analisado criticamente a prova, deveria ter dado

como provado que, “em Dezembro de 2011, A. e a R. estavam em discussão sobre a eventual negociação do Contrato de Agenda e, nesse contexto, a A. aceitou não comparecer a reunido com a Marks & Spencer de dezembro de 2011” (v. págs. 59-60);

10) O Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento, ao não elencar, no rol de factos provados, os factos alegados pela A. nos arts. 175º a 181º da PI, por serem da máxima relevância para a decisão da causa, devendo ser ordenada a ampliação da matéria de facto para inclusão, como provados, dos factos alegados pela A. nos arts. 175º a 181º da PI (v. págs. 63-65 *supra*);

11) O Tribunal recorrido incorreu em erro na aplicação do Direito, tendo interpretado e aplicado erradamente as normas constantes dos arts. 798.º, 801.º e 562.º do Código Civil.

Juntas as competentes alegações, a fls.1209 a 1220, formulou a R. apelante as seguintes conclusões:

I. No que respeita à primeira parte deste recurso, a impugnação da decisão que condena a Ré a pagar as remunerações de Outubro de 2011 a Fevereiro de 2012, importa referir que não é verdade que à data da apresentação da Petição Inicial esse valor ainda estivesse em dívida e, mais do que isso, que esse valor tenha sido peticionado pela Autora.

II. Na verdade, a Autora apenas peticiona o valor de 920.000,00 a título de remuneração fixa devida até ao final do contrato (vide artigo 166º da Petição Inicial aperfeiçoada) e não pede a condenação da Ré no pagamento das remunerações e despesas no período anterior à resolução do contrato em Fevereiro de 2012 (para o que teria de apresentar facturas e relação e prova das despesas).

III. Caso a Autora estivesse a reclamar toda a remuneração fixa anual dos anos de 2012 a 2015, esse valor seria de € 940.000,00 (€ 235.000,00 x 4 anos de 2012 a 2015). E caso estivessem na verdade ainda em dívida as remunerações de Outubro a Dezembro a 2011, esse valor ainda seria superior mas a Autora não o faz e não é isso que é peticionado.

IV. Isto pela simples razão que já após a resolução do contrato, a Ré pagou a quantia devida à data da resolução do contrato. O que leva a que a Autora não peticione, naturalmente, qualquer montante relativo até Fevereiro de 2012 mas só a diferença entre o que a Ré pagou durante a vigência do contrato e o valor total da remuneração fixa para os 5 anos do contrato.

V. Se verificarmos o valor total da remuneração fixa prevista para os cinco anos de contrato é de € 1.175.000,00 (E 235.000,00 de remuneração fixa anual x 5 anos de contrato).

VI. Ora, a Ré pagou € 260.000,00 de remuneração fixa no âmbito desse contrato o que deduzido ao valor de € 1.175.000,00, corresponde a € 915.000,00 (existe uma mera diferença de € 5.000,00 para os € 920.000,00 peticionados pela Autora provavelmente porque só numa fase final de acerto de contas foi pago esse montante de € 5.000,00).

VII. Tudo o que acima se disse é ainda confirmado pelo depoimento da testemunha (...), contabilista e técnico oficial de contas da Ré e o qual teve oportunidade de dizer que em conta corrente ficou apenas um valor de € 4.000,00, nada mais tendo ficado em débito por parte da Ré. Aliás, a testemunha foi sucessivamente questionada para que referisse quais as facturas na presente data em dívida, dizendo então que as facturas foram efectivamente pagas (ainda que tardiamente).

VIII. Quer isto dizer que todas as facturas emitidas pela Autora até ao momento da resolução do contrato (Fevereiro de 2012) foram pagas.

IX. O que se reflecte no facto da Autora não reclamar o pagamento de qualquer factura emitida até à data de resolução do contrato mas tão só a dita de indemnização.

X. A Autora, desta forma nunca reclamou o pagamento dos meses de Outubro de 2011 a Fevereiro de 2012. Nem nunca tal facto foi alegado. Nem nunca tal facto foi objecto de discussão nestes autos. Nem tal facto consta da matéria de facto dada como provada.

XI. Estamos assim perante um caso em que o Tribunal julga em quantidade superior e em objecto diverso do pedido. E estamos assim perante um caso em que os fundamentos estão em oposição com a decisão. Tudo configurando um caso de nulidade de sentença, nos termos do artigo 615º, n.º 1, alíneas d) e d) do Código de Processo Civil.

XII. Daqui resultando necessariamente, a integral absolvição do pedido da Ré por não estarem em dívida valores respeitantes a remuneração fixa para o período compreendido de Outubro de 2011 a Fevereiro de 2012.

XIII. O mesmo acontece com a condenação da Ré nas despesas efectuadas por esta no âmbito contrato e deixadas para liquidação em incidente posterior.

XIV. Também aqui, a Autora nunca peticionou o pagamento de quaisquer despesas, ou seja, o Tribunal julga em quantidade superior e em objecto diverso do pedido, o que é causa de nulidade nos termos expostos.

XV. Sem conceder, e caso assim não se entenda e para efeitos de apuramento da justiça material, deve, nos termos do artigo 662º, n.º 2, alínea c) e n.º 3, alínea c) do Código de Processo Civil, o Tribunal da Relação anular a decisão determinando a ampliação da matéria de facto para se apurar se efectivamente está em dívida algum valor respeitante ao período compreendido de Outubro de 2011 a Fevereiro de 2012 (que é o período temporal que o Tribunal recorrido tem como relevante para efeitos de cálculo da indemnização).

XVI. Bem como para apurar qual o valor efectivamente pago pela Ré a título de remuneração fixa e referente a que períodos de tempo.

XVII. No que respeita à segunda parte do recurso, e à improcedência do pedido reconvenicional, diga-se antes de mais que das testemunhas ouvidas, só verdadeiramente uma, a testemunha Fátima Oliveira teve participação desenvolvida e permanente durante o período de execução do contrato. Tendo sido a interlocutora da Ré junto da Autora em muitas das situações relativas à execução do contrato o que também reforça a sua importância e credibilidade.

XVIII. Entende a Ré que existiu uma errada apreciação da matéria de facto quanto aos seguintes pontos: Facto provado 38) e os factos não provados V), W), X), AG) e AH).

XIX. No que se refere aos pontos AG) e AH), não foi dado como provado que o único interlocutor da Ré fosse (...) e que quem controlasse e representasse a Autora fosse (...).

XX. Atente-se ao depoimento de (...) dizendo claramente que quem verdadeiramente representava a Autora era (...), única pessoa com quem trabalhou, assumindo poderes de representação e decisão em exclusivo quanto à sua representada (a Autora). Também a testemunha (...) confirmou o mesmo entendimento que quem controlava e representava de facto a Autora era o Interveniante (...) (embora o mesmo formalmente não fosse legal representante da sociedade).

XXI. Por outro lado, de uma breve análise aos inúmeros e-mails e cartas juntos pela Autora, nomeadamente na Petição Inicial e Réplica, vemos que numa esmagadora maioria são preparados e com origem no Interveniante.

XXII. Aliás, é natural que assim seja se verificarmos (como foi confirmado pelas testemunhas ...) que a Move On não é mais do que o prolongamento de empresas do grupo Investvar, fundado, liderado e administrado pelo Interveniante antes de entrar numa situação de insolvência.

XXIII. Assim, devem ser dados como provados os pontos AG e AH dos factos não provados.

XXIV. No que respeita ao ponto não provado W (“*as colecções propostas pela autora não revelavam qualidade suficiente para atrair novos clientes ou manter os já existentes, o que levou a um decréscimo de vendas*”), também a testemunha (...) explicita em detalhe como, por exemplo, o cliente *Marks & Spencer* manifestou descontentamento com a colecção cuja concepção cabia precisamente ao interveniente (...).

XXV. Outras reclamações existiram de acordo com o depoimento da testemunha (...) quanto a manifestações de desagrado informais de vários clientes no que respeita às colecções preparadas pelo Interveniante (...).

XXVI. Assim, deve ser dado como provado o ponto W dos factos não provados.

XXVII. O Tribunal não deu como provado que “*Não foram recebidas ordens de compra por via da autora e a coordenação de vendas era efectuada pela ré*” (ponto X dos factos não provados).

XXVIII. Quanto a este ponto, a testemunha Fátima Oliveira explica o que era a coordenação de vendas, refere que era expectável um acompanhamento das vendas pela Autora e pelo Interveniante, o que não foi efectuado. Ou seja, pelo menos no que respeita à segunda parte deste ponto (“*a coordenação de vendas era efectuada pela ré*”), tal deve ser dado como provado (desde logo porque como a testemunha o afirma a Autora não cumpria esta sua obrigação por via do Interveniante).

XXIX. No que respeita ao ponto V dos factos não provados, “*A autora não dava sequência a contactos com clientes que lhe eram comunicados pela ré*”, faça-se referência ao depoimento da testemunha (...) quando a mesma refere que responsáveis da Ré e da

Tata apresentaram à Autora e ao Interveniente diversos contactos e empresas como o El Corte Inglés, a Shop Direct, a Landal, o Tesco e a Zara.

XXX. Tendo sido criada a oportunidade de negócio, dado o contacto ao Interveniente mas que este não deu o devido seguimento.

XXXI. Desta forma, deve dar-se como provado que “A autora não dava sequência a contactos com clientes que lhe eram comunicados pela ré”.

XXXII. Por fim, no que toca ao facto provado n.º 38, “No ano de 2011 e 2012 foram vendidos números de unidades que não foi possível apurar”, volte-se a atentar no depoimento da testemunha (...). A testemunha embora não conseguisse precisar os valores de vendas, claramente referiu que os valores reais “estavam muito abaixo” e “nem de longe nem de perto” por comparação com os objectivos de vendas previstos na cláusula sexta.

XXXIII. Mais referindo a testemunha que os objectivos ficaram entre 30% a 70% do previsto, consoante falássemos do *brand retail*, do *private label* e do *brand*.

XXXIV. Aliás, que os números estavam muito aquém dos objectivos é desde logo evidente face ao descontentamento de Autora, Interveniente e Ré que desembocou na resolução do contrato, quer pela Autora, quer pela Ré.

XXXV. Deste modo, deve-se alterar a redacção do facto provado n.º 38, mencionando-se que “No ano de 2011 e 2012 foram vendidas unidades abaixo dos objectivos previstos na cláusula sexta do contrato de agência”.

XXXVI. Importa dizer que a apreciação da prova, nos termos acima referidos, conjugadamente com outros pontos correctamente considerados provados e não provados pela douda sentença recorrida, deverá dar lugar à conclusão de que existiu um incumprimento contratual por parte da Autora.

XXXVII. Desde logo, é evidente que os objectivos de vendas previstos contractualmente na cláusula 6 não foram alcançados.

XXXVIII. Existem outros factos não provados e provados que também levam à conclusão que existiu incumprimento por parte da Autora. Assim, quanto ao ponto 8 dos factos dados como provados (referente ao documento junto a fls. 906 e que constituí o documento nº 11 junto com a Petição Inicial), a testemunha (...) tem a oportunidade de concretizar de forma muito clara que o mesmo surge na sequência da actividade fracassada e pobre da Autora e do Interveniente (...), o que obrigou a Ré a recorrer a uma pessoa externa (senhor ...) para elaborar um documento estratégico de relançamento da marca *Move On*.

XXXIX. Quanto ao ponto 11 dos factos provados, não se discute que a Autora estabeleceu contactos com potenciais clientes. No entanto, uma coisa é estabelecerem-se contactos, outra bem diferente, é esses contactos produzirem resultados (o que não se considerou provado).

XL. É nessa mesma linha, que devem ser apreciados os pontos 34 a 37 dos factos provados.

XLI. Os casos aí referidos de Itália, Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Polónia, França e Alemanha (grandes e importantes mercados) são um excelen-

te exemplo de como a Autora falhou em encontrar parceiros ou se os encontrou (caso Francês e Alemão) foi apenas uma fonte de novos problemas para a Ré (vide facto provado 37).

XLII. Adicionalmente, e de forma muito certa, o Tribunal recorrido não deu como provado que a “a autora apresentou os produtos da ré em diversos países tais como Portugal, Espanha, Áustria, Suíça, França, Itália, Turquia, Polónia, Noruega, Reino Unido, Índia, Estados Unidos, Canadá e Grécia” (ponto G dos factos não provados) e que a “a autora contactou e recebeu clientes da Rússia, Finlândia, África do Sul, Austrália, Coreia do Sul, Nova Zelândia, Emiratos Árabes Unidos, Ubano, Árabia Saudita e Koweit” (ponto H dos factos não provados).

XLIII. Ora, se é obrigação do agente encontrar novas oportunidades de negócio e encontrar novos parceiros (vide cláusula quinta, acima citada), se ficou provado que das suas diligências pouco ou nada resultou, só se pode concluir pelo efectivo incumprimento.

XLIV. É certo que é referido pela douta sentença recorrida que o insucesso na obtenção de novos negócios, possa ter a ver com problemas na implementação da marca ou pela conjuntura económica. Mas também aqui existe responsabilidade do agente, o qual terá que se adaptar aos diferentes cenários, procurando encontrar as melhores soluções para o caso concreto.

XLV. Mais ainda porque a Autora e o Interveniante que não eram meros agentes mas verdadeiros consultores para a criação e desenvolvimento da marca *Move On* (veja-se por exemplo a cláusula 5ª, ponto iv) b) do contrato celebrado entre as partes).

XLVI. Portanto, a responsabilidade de ambos situa-se a dois níveis, como agente (que, nomeadamente, procura novas oportunidades de negócios e de novos mercados) e como consultor (responsável pelo desenvolvimento da marca e pela criação de uma colecção).

XLVII. Em suma, em consequência da pretendida alteração ao julgamento da matéria de facto quanto ao facto provado 38) e os factos não provados V), W), X), AG) e AH) mais tendo em conta os factos correctamente considerados provados 8), 11), 12), 13), 31), 32), 34), 35), 36), 37) e os factos não provados G), H), I), deve-se concluir pelo incumprimento das obrigações da Autora prevista na cláusula quinta.

XLVIII. Alargando-se esse incumprimento ao Interveniante Artur Duarte, único interlocutor da Ré e quem efectivamente controla e representa a Autora (como vimos acima), daí se justificando o seu chamamento e condenação nestes autos.

XLIX. Daqui se retira que deve ser julgado procedente o pedido reconvenicional na parte em que se requer a restituição à Ré do valor pago à Autora na execução do contrato (€ 260.000,00). Assim como devem a Autora e o Interveniante serem condenados no prejuízo da Ré pelo facto dos objectivos anuais contratualmente previstos não terem sido atingidos, face ao incumprimento da Autora.

L. Embora no entendimento da Ré tenha ficado provado que os objectivos não foram alcançados, reconhece-se que não ficou provado o número exacto de sapatos

vendidos, razão pela qual deve-se remeter para incidente posterior a determinação do número de vendas durante a execução do contrato e correspondente prejuízo.

LI. A sentença recorrida violou o artigo 609º do Código de Processo Civil.

LII. Em suma, deve o presente recurso ser julgado procedente, a sentença recorrida revogada e ser declarada nula a sentença na parte condenatória da Ré e ser esta absolvida do pedido; Caso assim não se entenda, deve o Tribunal da Relação anular a decisão determinando a ampliação da matéria de facto para se apurar se efectivamente está em dívida algum valor respeitante ao período compreendido de Outubro de 2011 a Fevereiro de 2012 (que é o período temporal que o Tribunal recorrido tem como relevante para efeitos de cálculo da indemnização).

Devem ainda a Autora e o Interveniente serem condenados na parte do pedido reconvenicional na parte relativa à restituição das prestações pagas pela Ré na execução do contrato (no valor de € 260.000,00) e no prejuízo da Ré pelo facto dos objectivos anuais contratualmente previstos não terem sido atingidos, em valor a liquidar em incidente posterior.

Ambas as partes contra-alegaram relativamente ao recurso interposto pela parte contrária, pugnando, nessa parte, pela sua improcedência e pela manutenção da decisão recorrida.

II – FACTOS PROVADOS

Foi dado como provado, em 1ª instância, que:

1) A autora dedica-se à actividade de comercialização de calçado, seus componentes, marroquinaria e acessórios e prestação de serviços de consultoria comercial e industrial.

2) A ré dedica-se à actividade de fabrico, comercialização e distribuição de calçado, marroquinaria e outros produtos, incluindo os respectivos componentes e outros acessórios, podendo a sociedade deter participações em outras sociedades, bem como deter e explorar direitos de propriedade industrial ou intelectual.

3) Com data de 9 de Maio de 2011, a ré, na qualidade de primeira outorgante e de Principal, e a autora, na qualidade de segunda outorgante e agente, subscreveram o instrumento particular denominado “*Contrato de Agência*”, cuja cópia consta a fls. 781/789 (tradução a fls. 790/ 796 dos autos), cujo teor se dá por reproduzido, onde consta para além do mais, “(…). *Considerando que: I. O Principal possui os direitos de fabricar, comercializar, distribuir e vender produtos em território como definido no Anexo. II. O Principal abrirá e operará, sempre e durante todo o período deste contrato, pelo menos, 50 lojas comerciais para a venda exclusiva dos produtos no território. III. O Principal pretende nomear o Agente para gerar procura, vendas e distribuição dos Produtos no território e o Agente pretende aceitar tal nomeação, em concordância com os termos e condições deste contrato. IV. O Agente concordou que os serviços a serem fornecidos e as obrigações exigidas por ele serão exclusivamente fornecidos e cumpridos pelo Sr. Artur Duarte, funcionário do agente. Assim sendo,*

as Partes acordam o presente “Contrato de Agência” estabelecido sob as seguintes cláusulas e em concordância com o Anexo I e Anexo II, que são parte integrante do contrato.

Artigo 1.º (Âmbito): 1.1. Sujeito a estes termos e condições, o Principal nomeia o Agente como seu Agente para gerar procura, venda e distribuição de Produtos e para promover os Produtos numa base regular dentro do Território como está descrito no Anexo I e o Agente aceita tal nomeação. 1.2. A execução do presente contrato está sujeita à condição resolutiva de que o Principal se torne subsidiário da Tata International Limited. Se, por qualquer razão, o Principal não se tornar subsidiário da Tata International Limited, o presente contrato pode ser imediatamente resolvido pelo Agente ou Principal. (...). Artigo 2.º (Exclusividade): 2.1. A nomeação do Agente será em regime de exclusividade para vendas dos produtos definidos no Anexo I. (...). Artigo 3.º (Padrão de Cuidado e Boa-fé): 3.1. As partes envidarão os seus melhores esforços para cumprir as suas respectivas obrigações nos termos do presente contrato com um nível de diligência e cuidado esperado neste tipo de negócio. 3.2. As Partes agirão em todos os momentos enquanto cumprem as suas respectivas obrigações nos termos do presente contrato, de boa-fé e abster-se-ão de se envolverem em quaisquer ações e/ou comissões em detrimento dos interesses da outra parte. Artigo 4.º (Obrigações do Principal): O Principal compromete-se com as seguintes obrigações: (i) proporcionar apoio ao Agente conforme o Principal julgar apropriado com respeito aos esforços do Agente de promoção das vendas de Produtos em Território; (ii) manter um centro de desenvolvimento que proporcionará um serviço adequado e atempado, que tem de garantir que todos os aspectos técnicos e de ajuste e instalação são testados antes da produção de produtos. (iii) envidar os seus melhores esforços, no entanto sujeitos a viabilidade financeira e orçamental, para participar em eventos internacionais para o calçado, da seguinte forma: estar presente, em 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015 em todos os eventos seguintes relacionados com o negócio de sapatos: a) GDS; b) Micam; c) Garda; (d) e outros (como FFNY); (iv) contratar o seguinte pessoal, de acordo com propostas do Agente: a) 1 gerente comercial; b) 1 assistente comercial; c) 1 designer; d) 1 designer; e) 2 freelance designers; f) 2 executivos de marketing. Artigo 5.º (Obrigações do Agente): O Agente compromete-se com as seguintes obrigações: (i) cumprir os seus deveres e tarefas como aqui descrito de forma prudente e comprometendo-se, juntamente com os seus empregados, funcionários e agentes, com os termos deste contrato; (ii) trabalhar sempre de forma diligente para proteger e promover os interesses do Principal, agindo, de todas as maneiras, de boa-fé para com o Principal e comprometendo-se com os padrões de marketing internacional e com o marketing do principal, bem como com programas e exigências promocionais no território; (iii) não causar nenhuma publicidade adversa ao principal ou a qualquer um dos seus subsidiários ou empresas associadas ou filiais tanto dentro como fora do território; (iv) Proporcionar os seguintes serviços em relação aos produtos: a) Desenvolvimento de Mercado e encomendas de clientes; b) Desenvolvimento de produto-gamas de fabricação; c) coordenação de vendas; (v) iniciar e promover as acções necessárias com respeito ao desenvolvimento de mercado e encomendas de clientes, desenvolvimento de produtos (gamas de fabricação), coordenação de vendas e melhorar e desenvolver as vendas dos produtos do principal; (vi) aconselhar o principal relativamente à estrutura de vendas para os produtos no território como descrito no Anexo I. Artigo 6.º (Vendas): 6.1. O Agente compromete-se a envidar os seus melhores esforços para promover a venda de quantidade de 75.000

pares de produtos através do canal de marca própria no período entre Outubro, Novembro e Dezembro de 2010. 6.2. O agente compromete-se a envidar os seus melhores esforços para promover a venda das seguintes quantidades de produtos nos anos abaixo referidos: 2011: Marca Própria: 400.000; Venda por Grosso da Marca: 140.000; Venda a Retalho: 350.000; 2012: Marca Própria: 600.000; Venda por Grosso da Marca: 260.000; Venda a Retalho da Marca: 400.000; 2013: Marca Própria: 800.000; Venda por Grosso da Marca: 380.000; Venda a Retalho da Marca: 450.000; 2014: Marca Própria: 900.000; Venda por Grosso da Marca: 500.000; Venda a Retalho da Marca: 500.000; 2015: Marca Própria: 1.000.000; Venda por Grosso da Marca: 600.000; Venda a Retalho da Marca: 550.000. 6.3. As estimativas/objectivos das Vendas a Retalho da Marca estabelecidos nos artigos 6.1. e 6.2 precedentes serão revisitos proporcionalmente conforme as médias de vendas das lojas relevantes no caso do Principal transferir ou fechar, independentemente de qualquer razão, quaisquer uma das cinquenta lojas e também no caso de qualquer uma das lojas começarem a vender outras marcas que não a Move on. 6.4 As partes reconhecem que para atingir estes objectivos é necessário implementar um plano de expansão da venda a retalho. Artigo 7.º (Relatórios de Vendas) 7.1. Dentro dos primeiros 6 dias de cada mês, o Agente enviará ao Principal um relatório na forma acordada entre as Partes, exibindo a quantidade e localização geográfica dos produtos vendidos durante o mês anterior. (...). Artigo 8.º (Pagamentos ao Agente): 8.1. O Agente terá de ser pago pelo principal em concordância com os montantes estabelecidos no Anexo II. Artigo 9.º (Preços): 9.1. O preço de venda máximo de produtos aos clientes no território será sempre determinado pelo principal e notificado ao agente, por escrito. 9.2. O agente pode aconselhar o principal em relação a objectivos de preços para os produtos baseado no seu conhecimento da aceitabilidade por parte de cada mercado dentro do território: se o principal não aceitar os preços objetivo sugeridos pelo agente, ambas as partes discutirão e decidirão mutuamente preços alternativos aceitáveis e os mesmos serão submetidos à aprovação dos clientes. 9.3. A decisão do principal será definitiva na matéria. (...). Artigo 12.º (Material de Marketing e Publicidade): 12.1. Todos os materiais de marketing e publicidade propostos/sugeridos pelo agente relativamente à Marca do Principal serão sujeitos à aprovação do CEO do principal. Artigo 13.º (Encomendas dos Clientes): 13.1. A encomenda de produtos por parte dos clientes será transmitida pelo agente ao principal, por escrito, no prazo de 5 dias a partir da receção da mesma pelo agente. (...). Artigo 16.º (Vigência e Cessação): 16.1. Pelo presente, o principal contrata o agente como seu representante e o agente aceita cumprir as ações necessárias, de acordo com as melhores práticas e relevante quadro legal aplicável do mercado/comércio e dentro do âmbito do actual contrato, por um período de 5 anos, com início a 19.11.2010. 16.2. O presente contrato pode ser renovado dentro de tais termos e condições e para tais termos deve ser acordado mutuamente pelas partes. Este contrato será revisto em conjunto pelas partes no mês de Dezembro, anualmente, podendo ser revisto por mútuo acordo. Em Dezembro de 2013 deverá ser discutida a revisão das condições para um compromisso futuro após 2013. 16.3. Este contrato pode não ser renovado, sem justa causa, por qualquer uma das partes, desde que avise por escrito a outra parte com três meses de antecedência. 16.4. Em caso de cessação do contrato sem justa causa, devido a não renovação, o principal e o agente nomearão, cada um deles, um representante que ficará à frente da coordenação, em boa fé, de todos os aspectos práticos relacionados com a cessação. 16.5. As partes acordarão em quaisquer

eventuais indemnizações e compensações entre elas, a serem efectuadas após a cessação. No caso de cessação, as partes acordarão mutuamente na compensação a pagar ao agente pelo volume de negócios com os clientes introduzidos por ele ao principal. (...). Artigo 18.º (Cessação imediata): 18.1. Ambas as partes podem resolver este contrato imediatamente, sem prejuízo de quaisquer outros direitos, em caso de: (i) incumprimento deste contrato devido ao incumprimento de obrigações materiais decorrentes deste contrato, pela outra parte. Para não haver dúvidas, entende-se por incumprimento de obrigações materiais a falha por uma parte em cumprir todas ou parte das suas obrigações nos termos do presente contrato, incluindo os seus anexos, que resulta na privação da outra parte do que é de direito esperar no âmbito deste contrato; (ii) O incumprimento deste contrato devido ao não cumprimento repetido de qualquer uma das obrigações não materiais que não tenha sido sanado pela parte em incumprimento, mesmo que tenha havido notificação escrita pela parte afectada fornecendo um período para sanar o dito incumprimento; ocorrência de um acontecimento de força maior que afecte qualquer uma das partes, desde que os efeitos de tal acontecimento durem por mais de 2 meses consecutivos após este ter sido notificado à outra parte em conformidade com a disposição do artigo 12. 18.2. No caso de resolução deste contrato, em conformidade com as disposições dos artigos 18.1 (i) e 18.1 (ii), a parte afectada tem o direito de recuperar da parte em incumprimento quaisquer perdas ou danos, como é permitido por lei. (...).”

4) No Anexo II do acordo escrito descrito em 3), cuja cópia consta a fls. 795vº./796 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido, consta, para além do mais, “O presente Anexo contém todos os pagamentos fixos e variáveis e as suas condições, entre os anos 2011 a 2015. Ano de 2011: no ano de 2011, o principal pagará ao agente os custos fixos e variáveis seguintes: Pagamento Fixos: – o montante de € 235.000,00 ou 1,5% dos ganhos mais elevados através das encomendas geradas pelo agente e aceites e fornecidas pela Move On; – para além do supramencionado, o principal reembolsará todas as despesas de viagem e outras eventuais despesas correntes incorridas pelo agente até ao limite de € 20.000,00 sem necessidade de qualquer aprovação prévia por parte do principal. As faturas das mesmas despesas devem ser entregues ao principal pelo agente, assim como qualquer outro documento relevante que comprove as despesas. Quaisquer despesas que excedam os € 20.000,00 estabelecidos nesta secção, requererão confirmação prévia por escrito por parte do principal. Ano de 2012 e ano de 2013: Nos anos de 2012 e 2013, o principal pagará ao agente os custos fixos e variáveis seguintes: Pagamentos Fixos: – o montante de E 235.000,00 para desenvolvimento de mercado; Pagamentos variáveis: – o montante correspondente a 1,5% das vendas através da venda por grosso ou a retalho e 1 % das vendas da Marca Própria geradas pelo agente; – para além do supra referido, o principal reembolsará todas as despesas de viagem e outras eventuais despesas incorridas pelo agente até ao limite de € 20.000,00 sem necessidade de qualquer aprovação anterior por parte do principal. As facturas das mesmas despesas devem ser entregues ao principal pelo agente, assim como qualquer outro documento relevante que comprove as despesas. Quaisquer despesas que excedam os € 20.000,00 estabelecidos nesta secção requererão confirmação prévia por escrito por parte do principal. (...).”

5) Em Fevereiro de 2011, a autora comunicou à ré a estratégia que estava a ser preparada para a implementação da marca “Move On”.

6) Em 27 de Abril de 2011, a autora enviou à ré um balanço da actividade desenvolvida nos primeiros seis meses da sua colaboração com a ré, fazendo menção das dificuldades encontradas para a implementação da marca “*Move On*”.

7) A autora aconselhou a ré a, em 14 de Junho de 2011, tentar adquirir as lojas que pertenciam ao “*Grupo Privilège*” por entender que as lojas em França eram importantes para a concretização dos objectivos de vendas da ré.

8) Autora e ré elaboraram um documento estratégico designado por “*Move On-Marketing Strategy*”.

9) A autora esteve presente com a ré nas feiras de Milão, Dusseldorf e Garda.

10) A autora esteve presente na apresentação das colecções da ré em Janeiro e em Junho de 2012 e procedeu a preparativos para a apresentação da colecção em Dezembro de 2012.

11) A autora estabeleceu contactos com potenciais clientes da ré, nomeadamente em Itália, na Grécia, na Alemanha, no Reino Unido, nos Estados Unidos da América e Canadá.

12) A autora apresentou à ré sugestões de preços para os produtos nos diversos mercados.

13) A autora apresentou à ré análises de mercado e relatórios com actividades que havia efectuado e as que pretendia levar a efeito.

14) A autora apresentou à ré sugestões no que concerne a custos de desenvolvimento e de marketing.

15) Na preparação das colecções, autora e ré identificavam os produtos que deveriam continuar na colecção, as linhas que iriam ter novos produtos, aquelas que iriam ter apenas alterações de cor e materiais e as novas linhas de produtos solicitadas pelos clientes que tinham que ser desenvolvidas.

16) A autora contactou novos *designers* e fornecedores para os produtos da ré.

17) Em consequência das dificuldades financeiras da ré, esta solicitava à autora contenção nos orçamentos de publicidade.

18) As linhas orientadoras que se encontram plasmadas em 3) já haviam sido definidas pela autora e ré em finais de 2010.

19) Em 30 de Julho de 2011, a autora elaborou relatório com o balanço da actividade exercida no primeiro semestre, fazendo menção dos principais problemas para a implementação da marca.

20) Em Dezembro de 2011, a ré comunicou à autora que pretendia abandonar a comercialização da marca “*Move On*” para passar a dedicar-se apenas à comercialização da marca “*Aerosoles*”.

21) O “*Acordo de Agência*” descrito em 3) obrigou a autora a preparar a estrutura destinada a permitir a execução do referido acordo, nomeadamente o estabelecimento da relação contratual com Artur Duarte.

22) A autora, por conta do “*Acordo de Agência*” celebrado com a ré suportou, no ano civil de 2011, valor que não foi possível apurar com despesas de deslocação, estadias e viagens.

23) Houve atrasos por parte da ré na entrega de encomendas que gerava problemas com os clientes da ré.

24) A autora enviou à ré, e esta recebeu, a carta datada de 14 de Fevereiro de 2012, cuja cópia consta a fls. 330/331 dos autos de procedimento cautelar (tradução a fls. 332/333 dos mesmos autos), onde consta, para além do mais, “(...). *No seguimento das nossas conversas formais mantidas de Julho de 2011 e fevereiro de 2012, a Kantalan Portugal, S.A. tem vindo a expressar a sua preocupação e frustração com a situação de incumprimento da Move On-Componentes e Calçado, S.A. no que respeita às suas obrigações resultantes do Acordo de Agência executado a 09.05.2011 entre a Kantalan e a Move On e ainda mais com a reorganização proposta da operação de negócio da Move On, conduzida pela Tata International Limited (já iniciada) que tem frustrado o previsto no Acordo de Agência e continuará a fazê-lo. (...). No entanto, chegados a este ponto, a Kantalan está a sofrer na sua totalidade as consequências das acções fora da lei executadas pela Move On, incluindo mas não limitadas ao incumprimento das suas obrigações de pagamento previstas na Cláusula 8 e Anexo II do Acordo de Agência, ascendendo em 10.02.2012 à quantia de € 173.083,99. (...). Assim sendo, em concordância com o previsto no cláusula 18 do Acordo de Agência, a Kantalan declara aqui o fim do Acordo de Agência devido a incumprimentos contratuais conduzidos pela Move On das suas obrigações estipuladas da cláusula 4 à 10 do Acordo de Agência. (...)*”.

25) A autora enviou à ré, e esta recebeu, a carta datada de 24 de Fevereiro de 2012, cuja cópia consta a fls. 333/334 dos autos de procedimento cautelar (tradução a fls. 335/336 dos mesmos autos), onde consta, para além do mais, “(...). *No seguimento da nossa carta datada de 14.02.2012, onde terminaríamos, devido a incumprimento, o Acordo de Agência executado a 09.05.2011 entre a Kantalan Portugal, S.A. e a Move On Componentes e Calçado, S.A. procedemos a uma resolução preliminar dos danos sofridos pela Kantalan devido aos incumprimentos contratuais da Move On que, como sabem, forçaram o término do dito Acordo. (...) Portanto, a Kantalan tem direito a ser compensada pela Move On com os seguintes montantes: – € 920.000,00, mais Iva, que corresponde aos montantes fixos que a Move On deve até ao término normal do acordo se o mesmo não tivesse sido violado pela Move On; – € 1.398.768,53, mais TVA, comissões devidas à Kantalan até à data do término do Acordo de Agência em 2015, baseadas na quantidade de vendas previstas pelo acordo e na média do histórico dos preços de venda da Move On a clientes da marca e da marca própria, considerando uma taxa de inflação de 2,5%. Com vista a uma resolução amigável desta situação, gostaríamos que, num período de 15 dias, apresentassem uma proposta para a compensação dos danos descritos sofridos pela Kantalan. Após o fim deste período, se não recebermos nenhuma proposta de pagamento em nome da Move On, seremos forçados a adotar medidas judiciais para buscar a compensação dos danos acima mencionados*”.

26) O director da autora era (...) quem procedia à gestão das actividades da autora.

27) A ré é uma empresa detida em 51% pelo Grupo Tata, grupo empresarial e industrial indiano, com presença em cerca de 100 países e que se dedica a diversos ramos de negócio, e em 49% pela “ECS”, instituição detida por bancos portugueses e pela Direção-Geral do Tesouro.

28) A ré subscreveu o “Acordo de Agência” descrito em 3) por conhecer a experiência de Artur Duarte no sector do calçado.

29) A ré subscreveu o “Acordo de Agência” descrito em 3) por pretender desenvolver a marca “Move On”, estabelecendo-a no mercado e aumentando o número de vendas.

30) A actividade da ré em Portugal centra-se em três áreas de mercado: a) a venda de produtos para clientes que irão depois comercializar esses produtos sob a sua própria marca (“Private Label” ou “Marca Própria”); b) a venda de produtos sob a marca Move On através de seus clientes como distribuidores e agentes (*Brand Wholesale* ou “Venda a Grosso da Marca”); c) a venda de produtos sob a marca Move On através de lojas Move On (*Brand Retail* ou “Venda a Retalho da Marca”).

31) A “Marks & Spencer”, cliente da ré, manifestou o seu descontentamento com as colecções apresentadas alegando falta de inovação.

32) Em Dezembro de 2011, Artur Duarte faltou a uma reunião entre a ré e a “Marks & Spencer”.

33) Na apresentação dos produtos da ré em Portugal e nas feiras internacionais, esta apresentou a autora como seu agente.

34) Apesar de terem sido efectuadas parcerias com empresa local em Itália, em poucos meses tal parceria foi terminada pela empresa local.

35) No Reino Unido, Canada e Estados Unidos não foram celebrados quaisquer acordos de parcerias.

36) Na Polónia a parceria efectuada com empresa local foi cancelada.

37) Em França e na Alemanha as parcerias efectuadas acarretaram problemas financeiros à ré.

38) No ano de 2011 e 2012 foram vendidos número de unidades que não foi possível apurar.

39) A autora, à data da subscrição do acordo descrito em 3), tinha conhecimento das restrições económicas e orçamentais da ré, da conjuntura económica e do mercado do calçado.

40) A ré enviou à autora, e esta recebeu, a carta datada de 1 de Março de 2012, cuja cópia consta a fls. 161/164 (tradução a fls. 236/238), cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, “*Em virtude dos factos sumariamente descritos na nossa carta de novembro e toda a correspondência subsequentemente trocada, e tendo em consideração os factos supra, consideramos que a Kantalan tem de forma reiterada incumprido as suas obrigações e sido incapaz de atingir os seus objetivos previstos no Acordo de Agência, encontrando-se por isso em violação do referido acordo, não obstante todos os nossos avisos a solicitar a reparação dos incumprimentos. Assim, vimos pelo presente fazer cessar o Acordo de Agência nos termos da respetiva cláusula 18. Iremos realizar uma avaliação detalhada de todas as perdas e lucros cessantes provocados pela vossa violação do contrato, e iremos atempadamente apresentar a correspondente reclamação à Kantalan, que esperamos que esta venha a honrar. (...)*”.

41) As relações entre autora e ré iniciaram-se no 2º semestre de 2010.

42) Em 2010 e em 2011, a ré colaborou com o “Grupo Privilège”, fornecendo para uma rede de retalho que teve acima de 50 lojas.

43) O “*Grupo Privilège*” não procedeu a pagamentos acordados com a ré, em montante que não foi possível apurar.

44) A “*Tata*”, acionista da ré, adquiriu a rede de retalho do “*Grupo Privilège*”, em Portugal e Espanha, por valor que não foi possível apurar.

II – FACTOS NÃO PROVADOS

A) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por a autora não ter sido publicamente introduzida pela ré como seu agente oficial nos territórios previstos no acordo;

B) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por a ré ter contactado directamente clientes sem disso dar nota à autora e ter desenvolvido acções com potenciais clientes sem assegurar a total coordenação de vendas e sistema de encomendas com a autora;

C) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por a ré não ter tido em conta as recomendações da autora quanto à fixação de preços e definições de aspectos materiais dos produtos;

D) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por terem existido atrasos na entrega dos produtos;

E) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por problemas existentes na coordenação das vendas decorrentes do facto do departamento comercial funcionar nas instalações da autora;

F) O desenvolvimento da actividade da autora ficou dificultado por falta de marketing e publicidade de suporte à marca;

G) A autora apresentou os produtos da ré em diversos países tais como Portugal, Espanha, Áustria, Suíça, França, Itália, Turquia, Polónia, Noruega, Reino Unido, Índia, Estados Unidos, Canadá e Grécia;

H) A autora contactou e recebeu clientes da Rússia, Finlândia, África do Sul, Austrália, Coreia do Sul, Nova Zelândia, Emiratos Árabes, Líbano, Arábia Saudita, Koweit;

I) Os preços decididos pela ré estavam desajustados com a realidade do mercado e com a necessidade da empresa competir no preço para obter encomendas;

J) A autora esteve presente em todas as feiras de matérias-primas que se realizam em Bolonha;

K) A actuação da autora ficou limitada com o atraso na definição da estrutura accionista da ré;

L) Durante o período de Dezembro de 2010 a Maio de 2011 a autora e os seus colaboradores não tinham acesso às instalações da ré;

M) As negociações formais entre a ré e a “*Aerogroup International*” relativamente à marca “*Aerosoles*” iniciaram-se na 1ª semana de Junho de 2011;

N) A autora pagava a (...), de acordo com o contrato de avença com o mesmo celebrado, uma remuneração fixa de € 120.000,00 anuais;

- O) A autora subcontratou uma empresa externa para apoio à prospecção de novos materiais, informação sobre tendências de moda, estudos de mercado, informação de clientes e visitas a algumas capitais europeias da moda;
- P) A autora contratou assessoria que cuidava da qualidade e segurança dos produtos, matérias-primas e produto final;
- Q) No ano civil de 2011, a autora pagou a quantia global de € 92.525,52 a “..., S.A.” por serviços prestados à autora para a ré;
- R) No ano civil de 2011, a autora pagou a Artur Duarte o valor de € 88.500,00 por serviços prestados à autora para a ré;
- S) A autora por conta do “Acordo de Agência” celebrado com a ré suportou, no ano civil de 2011, o valor de € 30.761,08 com despesas de deslocação, estadias e viagens;
- I) A industrialização da colecção de Outono-Inverno 2011 foi prejudicada por falta de pessoal qualificado no centro de desenvolvimento.
- U) A “*Marks & Spencer*” diminuiu de forma gradual e significativa as compras à ré;
- V) A autora não dava sequência a contactos com clientes que lhe eram comunicados pela ré;
- W) As colecções propostas pela autora não revelavam qualidade suficiente para atrair novos clientes ou manter os já existentes, o que levou a um decréscimo de vendas;
- X) Não foram recebidas ordens de compra por via da autora e a coordenação de vendas era efectuada pela ré;
- Y) Existiu acordo entre a ré, autora e (...) para que fosse operada uma compensação entre o valor que existia em dívida à autora relativa ao acordo descrito em 3) e o valor da dívida da (...) para com a ré;
- Z) O “*Grupo Privilège*” está em dívida para com a ré no montante de € 3.646.447,75;
- AA) A “*Tata*” adquiriu a rede de retalho do “*Grupo Privilège*”, em Portugal e Espanha, por 2 milhões de euros;
- AB) O “*Grupo Privilège*” pagou o valor de €1.646.447,75;
- AC) O “*Grupo Privilège*” tinha encomendado à ré o fornecimento de 34.177 pares de sapatos que tiveram que ser vendidos a preços baixos provocando um prejuízo de €310.175,71;
- AD) A autora e (...) Artur Duarte sabiam que o “*Grupo Privilège*” não se encontrava em situação de cumprir as suas obrigações para com a ré;
- AI) No ano de 2011 e no primeiro quadrimestre de 2012 o prejuízo total da ré traduziu-se no valor de € 1.452.370,23;
- AF) Toda a correspondência enviada pela autora é preparada e assinada por (...);
- AG) O único interlocutor da ré foi (...);
- AH) Quem controla e representa a autora é (...);
- AI) Após a apresentação à ré feita pela autora da “*Shoe Mark*” como potencial parceiro em França, a ré não mais envolveu a autora nas negociações, tendo encetado

contactos directos e agendado reuniões com o potencial parceiro sem dar notícia à autora ou a (...);

AI) As estratégias apresentadas relativamente aos Estados Unidos e Canadá não mereceram acolhimento da ré por já estar em curso a negociação com a “Aerosoles”.

III – QUESTÕES JURÍDICAS ESSENCIAIS

São as seguintes as *questões jurídicas* que importa dilucidar:

1. Arguições de nulidade da sentença, ao abrigo do disposto no artigo 615º, nº 1, do Código de Processo Civil, tanto por parte da A. como por parte da Ré

1.1. Arguição de nulidade da sentença, invocada pela A., com base no vício previsto no artigo 615º, nº 1, alínea d), do Código de Processo Civil, relativo à omissão de pronúncia de questões que deveriam ser apreciadas

1.2. Arguição de nulidade da sentença, invocada pela A., pelo vício previsto no artigo 615º, nº 1, alínea b), do Código de Processo Civil, referente a ausência de especificação dos fundamentos de facto que justifiquem a decisão

1.3. Arguição de nulidade da sentença por parte da Ré, invocando o vício previsto no artigo 615º, nº 1, alínea e), do Código de Processo Civil, referente a condenação em montante superior ou em objecto diverso do pedido

2. Impugnação da decisão de facto, apresentada, tanto pela A. como pela Ré, no âmbito das respectivas apelações independentes

2.1. Impugnação de facto apresentada pela A

2.2. Impugnação de facto apresentada pela Ré

3. Do mérito do pedido formulado pelo A. Possibilidade de cumulação do direito à resolução do negócio com o pedido indemnizatório pelo interesse contratual positivo (e não pelo interesse contratual negativo, que não foi invocado)

4. Mérito do pedido reconvenicional. Ausência de prova dos pressupostos indemnizatórios.

Passemos à sua análise:

1. Arguições de nulidade da sentença ao abrigo do disposto no artigo 615º, nº 1, do Código de Processo Civil, tanto por parte da A. como por parte da Ré

Ambas as partes, por razões diversas, vieram arguir a nulidade formal da sentença recorrida por padecer, na sua óptica, de vícios enquadráveis nas diferentes alíneas do artigo 615º, nº 1, do Código de Processo Civil.

Vejamos:

1.1. Arguição de nulidade da sentença, invocada pela A., com base no vício previsto no artigo 615º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Civil, relativo à omissão de pronúncia de questões que deveriam ser apreciadas

Alega a A. que a sentença é nula, nos termos do disposto no art. 615º, n.º 1, al. d), na parte em que o Tribunal deixou de pronunciar-se sobre os Temas da Prova, tal como enunciados no despacho de 15 de Fevereiro de 2016, sobre o qual se teria formado caso julgado formal.

Apreciando:

Não assiste claramente razão à arguente da nulidade.

Nos termos do artigo 615º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Civil, “é nula a sentença quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar (...)”.

Ora, a denominação “*temas da prova*” refere-se apenas a simples enunciados gerais, que contem assumidamente matéria de facto e matéria de direito, reportadas as questões centrais no âmbito das quais se desenvolve a instrução e cujo objetivo prático consiste precisamente em delimitar e orientar tal atividade processual.

Deverão ser elaborados e indicados, portanto, os temas de prova que os diversos elementos integradores dos tipos legais em causa justifiquem.

Esta nova realidade processual não tem a ver com o quadro fixo e disciplinador em que consistia a figura da base instrutória a que aludiam os artigos 508º-A, n.º 1, alínea e) e 511º do antecedente CPC.

O que significa que, se o juiz abordar todas as questões de facto e de direito que o habilitem a decidir conscienciosamente do mérito da causa, a omissão da referência a um dos ditos temas da prova não constitui, só por si, qualquer vício formal da sentença.

De resto, e contrariamente ao alegado pela apelante, a fixação dos mencionados temas de prova não conduz à formação de caso julgado formal, não sendo sequer tal matéria suscetível de recurso de apelação autónomo, com subida imediata, nos termos do artigo 644º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Note-se que a própria reclamação contra a fixação dos temas de prova apenas poderia ser impugnada através – e no âmbito – do recurso interposto da decisão final (artigo 596º, n.º 3, do Código de Processo Civil).

Por outro lado, a discordância da A. relativamente ao conteúdo global da decisão recorrida será tomada em consideração no âmbito do conhecimento do mérito da causa e não da regularidade formal da sentença, cujo vício apontado não ocorre manifestamente.

Improcede, sem necessidade de outras considerações ou desenvolvimentos, a nulidade invocada.

(...)

3. Do mérito do pedido formulado pelo A. Possibilidade de cumulação do direito à resolução do negócio com o pedido indemnizatório pelo interesse contratual positivo (e não pelo interesse contratual negativo que não foi invocado)

A questão jurídica suscitada na pretensão da A. prende-se com a possibilidade de o contraente fiel que decide resolver o contrato que mantinha com a contraparte, poder, não obstante ter praticado o ato resolutivo, pedir a condenação desta última no pagamento das prestações que seriam devidas até ao final do contrato se este não fosse, por si, resolvido.

Ou seja, cumpre discutir que se lhe assistira, nestas circunstâncias, um direito indemnizatório pelo interesse contratual positivo.

Como é sabido, a atribuição de um direito indemnizatório ao contraente fiel, por via do inadimplemento da contraparte, destina-se a colocá-lo na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse contratual positivo).

Já o interesse contratual negativo, também denominado dano de confiança visa colocar o lesado na situação em que hipoteticamente estaria se o contrato não tivesse sido celebrado.

Tal como a jurisprudência maioritária, entendemos que, em regra e como princípio, a parte que exerce o direito de resolução do contrato não pode cumulativamente pedir o direito indemnizatório pelo interesse contratual positivo, mas apenas pelo interesse contratual negativo.

Abordando esta temática, vide entre outros:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2009 (relator João Bernardo), publicado in *www.dgsi.pt*;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2011 (relator Álvaro Rodrigues), publicado in *www.dgsi.pt*;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março 2013 (relator Alves Velho), publicado in *www.dgsi.pt*;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2011 (relator Garcia Calejo), publicado in *www.dgsi.pt*;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2015 (relator António Gonçalves), publicado in *www.dgsi.pt*;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Janeiro de 2007 (relator Sebastião Póvoas), publicado in *www.dgsi.pt*.

De todo modo, será pensável, nestas circunstâncias, a atribuição de indemnização pelos prejuízos decorrentes da execução do contrato e, em especial, a possibilidade de atribuição de um direito indemnizatório que tenha por exata expressão o valor correspondente às retribuições que seriam devidas até ao termo do contrato (tal como se o mesmo não fosse extinto pela resolução), em situações perfeitamente excepcionais, nas quais seja essa a via indispensável e equitativa para o essencial reequilíbrio das prestações e dos interesses patrimoniais em confronto, num contexto de salvaguarda do princípio da boa-fé e dos basilares princípios da lealdade e lisura negociais.

Adiantamos já que tal solução não se justifica, seguramente, na situação *sub judice*.

Vejam os:

A sociedade A. resolveu o contrato de agência que firmou com a Ré, nos termos gerais do artigo 432º, n.º 1, do Código Civil, em virtude da falta de pagamento das contrapartidas contratualmente previstas. Tratou-se de um fundamento de resolução plenamente justificado, tendo a principal reconhecido o incumprimento dessa obrigação que tiveram a ver com as graves dificuldades financeiras que sempre dificultaram o exercício da sua atividade comercial.

Entretanto, a principal, ora Ré (...), procedeu voluntariamente ao pagamento ao seu agente, sociedade A., após a extinção do contrato, de todas as contrapartidas em dívida e ao reembolso de todas as despesas efetuadas e contratualmente previstas.

Resulta ainda dos autos que a sociedade A., bem como o interveniente que a controlava no plano concreto da sua atuação comercial, sabiam perfeitamente das dificuldades financeiras e comerciais da sociedade Ré, à qual o mesmo interveniente esteve aliás pessoalmente ligado e com a qual sempre colaborou numa relação próxima (que nada tinha concretamente com as *vestes de agente* que agora veio assumir).

Não podiam ignorar, portanto, a A. (...) e o interveniente, que a faturação da Ré estava – e sempre esteve – totalmente comprometida e que, muito dificilmente, os objetivos traçados poderiam alguma vez vir a ser alcançados.

Tal consciência era inevitável conforme resultou claramente da prova produzida neste processo.

Através do exercício do direito de resolução – cujo fundamento, isto é, o não pagamento da remuneração acordada com o agente, se deveu outrossim a essas dificuldades financeiras e comerciais que ambas as partes bem conheciam –, a A. deixou de suportar os gastos que o desenvolvimento da sua atividade de agente implicaria.

Ou seja, não só a A. e o interveniente tinham consciência da enorme dificuldade em virem a obter os ganhos decorrentes da atividade comercial da Ré, como deixaram de lhe dedicar o seu tempo, aproveitando para o canalizar para outras áreas de negócio.

Não se vislumbra, assim, qualquer outro tipo de prejuízo que a sociedade A. tenha suportado com a cessação do contrato a que entendeu, legitimamente, dar causa.

Nestas circunstâncias, não havendo sido ademais alegada a perda do interesse contratual negativo – isto é, a situação em que a A. se encontraria se não houvesse firmado o contrato de agenda – não se vê a menor réstia de razão válida para acolher, nestas circunstâncias, a invocada perda do interesse contratual positivo. Não se justifica, minimamente, como é absolutamente evidente.

Concorda-se, neste tocante, com o juiz *a quo* quando a mesma afirma que não se provaram prejuízos sofridos pela A. que justifiquem qualquer tipo de indemnização com fundamento em previsões de ganhos frustrados – que bem sabiam que não seriam, naquela concreta conjuntura, alcançáveis.

Bem sabia esta e o interveniente que os objetivos traçados para a faturação da Ré dificilmente seriam conseguidos, sendo profundamente ilusória e fictícia a afirmação de que a A. – se não tivesse (convenientemente) resolvido o contrato de agenda – lograria obter os lucros que refere haver deixado de ganhar.

Pelo que a pretensão deduzida pela A. não pode deixar de soçobrar, inevitavelmente, como se nos afigura evidente e totalmente insofismável.

(...)

IV – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes desta Relação em declarar a nulidade da sentença por condenação em objeto diverso do pedido, nos termos da alínea e), do n.º 1, do artigo 615º, do Código de Processo Civil, mas conhecer do objeto do recurso em obediência ao disposto no artigo 665º, n.º 1, do Código de Processo Civil; julgar parcialmente procedente a apelação apresentada pela Ré (...) e, em consequência, improcedente o pedido formulado pela A. (...), com a consequente absolvição daquela do mesmo; julgar improcedente a apelação na parte respeitante à Ré reconvinte, mantendo-se a improcedência do pedido reconvenicional e a absolvição do reconvinido; julgar improcedente a apelação interposta pela A.

Custas pela A. e pela Ré na proporção do decaimento.

Lisboa, 20 de Dezembro de 2017.

Luís Espírito Santo – Conceição Saavedra – Cristina Coelho.

GONÇALO MALHEIRO*

I. Introdução

O Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão datado de 20 de Dezembro de 2017, no processo judicial n.º 1236/13.0TVLSB.L1, abordou, entre outras questões, duas matérias especialmente relevantes e que vão merecer uma abordagem no presente comentário.

Em primeiro lugar, a questão dos *temas da prova*, introduzidos na última reforma do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei n.º 41/2013, de modo a saber-se em que termos os mesmos condicionam a produção de prova e o posterior julgamento sobre a matéria de fato.

Em segundo lugar, a questão sempre pertinente e atual de saber se a parte que exerce o direito de resolução do contrato pode pedir cumulativamente o direito indemnizatório pelo interesse contratual positivo ou se está limitado a pedir uma indemnização por referência ao interesse contratual negativo.

O litígio em causa reportava-se a um acordo de agência, nos termos do qual o agente estava incumbido de gerar procura, venda, distribuição e promoção dos produtos produzidos pela empresa que se dedicava, no essencial, ao fabrico, comercialização e distribuição de calçado. O agente, fruto de alegados incumprimentos contratuais da empresa, operou a resolução do contrato de agência. Tendo então apresentado a respetiva ação judicial no qual pediu uma indemnização correspondente aos montantes que seriam devidos caso o contrato viesse a ser cumprido até ao seu termo. A petição inicial foi objeto de contestação, na qual era também apresentado um pedido reconvenicional.

O Tribunal de 1.ª Instância não veio a conceder a indemnização pedida, desde logo porque considerou não estarem provados quaisquer danos e prejuízos por parte do agente (como nota paralela, diga-se que o Tribunal de 1.ª instância veio a condenar a Ré no pagamento de valores que estariam eventualmente em dívida durante a execução do contrato; decisão essa que veio a ser declarada nula pelo Tribunal da Relação na medida em que nunca a Autora havia reclamado o pagamento desses valores, logo, estaríamos perante um caso em que o Tribunal julgou em quantidade superior e em objeto diverso do pedido).

* LL.M. – *Master of Law* em Arbitragem pela *Queen Mary University of London*
Advogado Principal AB

Após esta introdução ao litígio, abordemos as duas questões acima referidas e que surgiram do recurso interposto pela Autora, dirigido ao Tribunal da Relação de Lisboa.

II. Da questão dos temas da prova

Inconformada com a sentença judicial, a sociedade Autora (como agente no contrato) interpôs o respetivo recurso, no qual invocava que o Tribunal não se tinha pronunciado sobre os temas da prova tal como haviam sido enunciados, previamente, por despacho judicial em sede de audiência prévia, e sobre o qual, alegadamente, se tinha formado caso julgado formal.

O Tribunal da Relação de Lisboa – de forma que pensamos muito acertada – entendeu julgar improcedente esta parte do recurso por entender que, e passamos a citar, *“a denominação temas da prova refere-se apenas a simples enunciados gerais, que contêm assumidamente matéria de facto e matéria de direito, reportadas às questões centrais no âmbito das quais se desenvolverá a instrução e cujo objetivo prático consiste precisamente em delimitar e orientar tal atividade processual”*.

Mais referiu o Tribunal da Relação que *“Esta nova realidade processual não tem a ver com o quadro fixo e disciplinador em que consistia a figura da base instrutória a que aludiam os artigos 508º-A, n.º 1, alínea e) e 511º do antecedente CPC. O que significa que, se o juiz abordar todas as questões de facto e de direito que o habilitem a decidir conscienciosamente do mérito da causa, a omissão da referência a um dos ditos temas da prova não constitui, só por si, qualquer vício formal da sentença”*.

Na verdade, como bem refere o Tribunal da Relação, há uma significativa diferença entre o anterior regime do Código de Processo Civil e o atual, numa das modificações mais significativas que resultaram da reforma do Código de Processo Civil operada em 2013. Estamos lembrados que no anterior regime legal, existia a denominada base instrutória que resultava dos factos articulados pelas partes e que delimitava fortemente o julgamento da matéria de fato que o Tribunal haveria de efetuar. Então, a base instrutória elaborada deveria conter, consoante previa a alínea e) do n.º 1 do artigo 508º-A e do artigo 511º do Código de Processo Civil, a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias situações plausíveis da questão de direito e sobre a qual iriam incidir as diligências instrutórias.

Veio a nova versão do Código de Processo Civil dispor no atual artigo 410º que a *“instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os fatos necessitados de prova”*. Sendo que a enunciação dos temas de prova tem lugar ou no despacho saneador proferido em sede de audiência prévia ou, quando não haja lugar a audiência prévia, no prazo de 20 dias após os termos dos articulados. Estamos assim perante um modelo, por

um lado, mais flexível na medida em que o Tribunal pode adotar uma forma muito genérica de definição dos temas controvertidos sem necessidade (mas também, na verdade, sem que nada o impeça) de fazer uma detalhada e exaustiva base instrutória, com seleção fato a fato. Por outro lado, admite-se, com um maior pendor subjetivo e de discricionariedade atribuídos ao Juiz.

Em todo o caso, há algo que permanece: na fundamentação da sentença o Tribunal tem o dever de declarar os fatos provados e não provados, nos termos do artigo 607º, n.º 4, do Código de Processo Civil, querendo isto dizer que o Tribunal não dá como provados temas da prova mas sim factos. Aliás, o mesmo se diga quanto aos diferentes meios de prova legalmente previstos, os quais têm por objeto factos e não temas da prova (*vide*, para ilustrar, a confissão, nos termos dos artigos 452º, 454º e 460º do CPC; as declarações de parte, nos termos do artigo 466º, n.º 1, CPC; a perícia, nos termos do artigo 475º; e a prova testemunhal, nos termos dos artigos 495º, n.º 1, 499º, 503º, n.º 3, 505º, n.º 2, 518º, n.º 1, 520º, n.º 1, 523º e 526º, n.º 1, CPC).

Feita esta introdução, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa sob análise vai no sentido da jurisprudência dominante, que entretanto se formou para avaliar até que medida a seleção dos temas da prova era determinante para o momento do julgamento da matéria de facto.

A mero título de exemplo, o mesmo Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão datado de 23-04-2015, no processo n.º 185/14.9TBGR.L1-2, veio entender que: *“É hoje admissível que a enunciação dos Temas da Prova prevista no n.º 1 do artigo 596º do CPC assumam um carácter genérico e por vezes aparentemente conclusivo – ao invés do que sucedia com a Base Instrutória elaborada, nos termos do artigo 511º do CPC –, encontrando-se apenas balizada pelos limites decorrentes da causa de pedir e das exceções invocadas na lide. / A decisão da matéria de facto não deverá, todavia, conter formulações genéricas, de direito ou conclusivas, impondo o artigo 607º do CPC, no seu n.º 4, que na sentença o julgador declare provados ou não provados os factos e não os temas da prova. / Perante uma enunciação conclusiva dos temas da prova, cabe ao julgador, na fase de julgamento, considerar provada ou não a concreta matéria de facto a que eles se reportam”*. Refere inclusive este acórdão algo que a prática dos Tribunais tem vindo a confirmar: *“Será, pois, admissível que a enunciação dos temas da prova, atualmente prevista no n.º 1 do artigo 596º do CPC, assumam um carácter genérico e até, por vezes, aparentemente conclusivo, apenas devendo ser balizada pelos limites que decorrem da causa de pedir e das exceções invocadas, nos exatos termos que a lide justifique”*.

No entanto, este mesmo acórdão não deixa de reafirmar o que também já se disse acima, ou seja, que, aquando do julgamento da matéria de facto, o Tribunal deve discriminar os factos e declarar os mesmos provados ou não (e não ter como referência os temas da prova).

O Tribunal reafirma também que o princípio do dispositivo continua a ser uma regra basilar do Código de Processo Civil, ou seja, têm as partes liberdade total de decisão quanto aos termos da apresentação da ação, quanto aos limites do seu objeto, causa de pedir e pedido. Daqui conclui o Tribunal que a sentença não é nula por excesso de pronúncia, nos termos do artigo 615º, n.º 1, alínea d), se o Tribunal dá como provado determinado facto que o recorrente considera não ter sido alegado ou não constar dos temas da prova.

E de tal forma os temas da prova podem apresentar uma relevante variedade de conteúdos que, por exemplo, também o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão datado de 29.05.2014, no processo n.º 444/12.5TVLSB.L1.6, veio admitir que eles possam ser constituídos não por factos mas por conclusões fatuais e inclusivamente jurídicas.

Como vemos nestes acórdãos, há uma manifesta desvalorização dos ditos temas da prova por parte dos Tribunais, que desconsideram os seus termos quando é altura de elaborarem o respetivo julgamento da matéria de facto ou apreciar a revisão deste em sede de recurso.

Mas se esta é a jurisprudência dominante, existem, ainda assim, situações de fronteira ou entendimentos jurisprudenciais que fazem tornar mais complexa a apreciação da relevância dos temas da prova.

Assim, o Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão datado de 17.12.2014, no âmbito do processo n.º 2777/12.ITBBRG.G1, veio a entender que *“a não abrangência pelos temas da prova enunciados de factos essenciais ou nucleares de um das pretensões deduzidas, acarreta a anulação da decisão, uma vez que se não pode considerar que, realmente, sobre uma tal factualidade, por decorrência de um incumprimento ou do não exercício do contraditório, de um modo direto, incisivo e intencional tenha sido arrolado e produzido todo o substrato probatório que, efetivamente, o poderia ter sido, se resultasse inequívoco, linear e claro que e as partes tiveram a plena consciência de que esse facto fazia parte de um dos temas de prova enunciados”*. Na verdade, através deste acórdão, o Tribunal da Relação de Guimarães não aceita que a reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 2013, tenha trazido alterações de relevo neste âmbito e às obrigações dos Tribunais aquando da delimitação da matéria de facto (embora admita que, face às novas regras de processo civil, o método a empregar na enunciação dos temas da prova *“é fluído, não sendo suscetível de se submeter a regras tão precisas e formais quanto as relativas ao questionário e mesmo à base instrutória”*).

Nomeadamente, entende este Tribunal da Relação que, embora seja admissível uma maior flexibilidade e fluidez por parte do Tribunal, ainda existem limites que devem ser respeitados aquando da enunciação dos temas da prova, como vemos de seguida: *“Destarte, se a formulação de quesitos, no regime da base instrutória, se destinava a impedir a consideração de quaisquer pontos que não tivessem correspondência*

atomística ou naturalística com as questões previamente formuladas, e sendo certo que o conceito de temas da prova contém em si mesmo uma maior flexibilidade, permitindo que a sua a respetiva enunciação seja efetuada de modo mais vago ou difuso, ora mais concreto ou preciso, em razão das necessidades de uma instrução adequada ao proporcionar de uma justa composição do litígio, nem por isso deixou de conter os seus próprios limites, sendo por isso evidente que, em abstrato, não pode ser objeto de produção probatória qualquer factualidade que nele manifestamente se não contenha, a não ser nos moldes e respeitadas as formalidades concretamente previstos na lei processual – artigo 5º do C.P.C.”.

Deste modo, entende o Tribunal que, apesar da dita maior fluidez que a nova legislação trouxe consigo, a instrução terá forçosamente de ter como objeto os factos relevantes para o exame e a decisão da causa (que se considerem naturalmente controvertidos ou a necessitar de prova).

Sendo conseqüente com esta orientação, o Tribunal da Relação de Guimarães conclui (no caso que esteve sob sua apreciação) que: *“ou se omitiu temas de prova incidentes sobre materialidade cujo apuramento se revelava necessária ao conhecimento de uma questão suscitada e a decidir, ou, pelo menos, não se procedeu a uma enunciação de temas da prova em termos tão abrangentes como o impunha o conhecimento integral ou pleno do objeto do litígio. Ora, se como se deixou dito, e é incontroverso, a enunciação dos temas de prova visa delimitar o âmbito da instrução, para que ela se efetue dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, assegurando uma livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa, incontornável igualmente daí resulta que a instrução continua a ter por objeto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova, que constituem, impedem, modificam ou extinguem o direito controvertido, tal como plasmados nos articulado”.*

Neste caso, o Tribunal da Relação de Guimarães anulou a decisão proferida em 1ª instância, na medida em que um facto tido como relevante ou essencial não estaria abrangido pelos temas da prova selecionados pelo Tribunal (resultando uma insanável dúvida sobre se terão sido apresentados todos os meios de prova necessários sobre a dita factualidade).

Este acórdão (embora manifestamente minoritário quanto ao entendimento que apresenta) mostra uma interpretação curiosa e pouco comum da relevância dos temas da prova. Na verdade, como vimos acima, a tendência dos Tribunais é hoje de desvalorização daquilo que são os temas da prova. Sendo essa desvalorização presente em dois momentos: quer quando fazem uma seleção muito genérica e vaga dos mesmos que, na verdade, permitem incluir e abranger praticamente toda a matéria de facto previamente articulada (existindo inclusive casos onde os temas da prova são puramente conclusivos e sobre pura matéria de Direito); quer quando os Tribunais da Relação são obrigados a pronunciar-se sobre eventuais

casos de nulidade da sentença, dizendo que é irrelevante que os Tribunais se circunscrevam aos temas da prova aquando da decisão, sendo que a omissão da referência a um deles nem sequer é considerada causa de vício formal da sentença.

Perante este quadro, o Tribunal da Relação de Guimarães veio ser uma voz dissonante ao entender que devem constar necessariamente dos temas da prova factos essenciais e nucleares das pretensões deduzidas, face ao impacto que tal poderá, inclusive, ter aquando da produção de prova.

Este acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães pode ser eventualmente inspirador para quem queira colocar em causa e questionar (perante os Tribunais superiores) os termos em que são elaborados os temas de prova (na certeza de que as partes podem reclamar do despacho que enuncia os temas da prova e que o despacho proferido sobre as reclamações apenas pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final, tudo nos termos do artigo 596º do Código de Processo Civil).

Em todo o caso, diz-nos a experiência e a prática adotada nos Tribunais que continuará a ser desvalorizada a seleção dos temas da prova e que estarão condenadas ao insucesso, na maior parte dos casos, eventuais arguições de nulidade.

Inclusive, e em jeito final de comentário, não deixamos de questionar se a decisão do legislador ao afastar-se do regime mais rígido da base instrutória não deveria pura e simplesmente ter abolido qualquer tentativa ou ensaio de uma tímida seleção da matéria de facto, em vez de ter optado por uma solução que se deixa ficar a meio caminho, que quantas vezes não é irrelevante e que nada acresce para uma boa decisão da causa.

III. Da compatibilização do direito à resolução do contrato com o pedido de indemnização pelo denominado interesse contratual positivo

O acórdão em análise ainda aborda uma questão que já mereceu ampla apreciação teórica e académica pela doutrina e jurisprudência: saber se a parte que opta pela resolução do contrato pode ainda assim peticionar uma indemnização pelo interesse contratual positivo.

No caso concreto, como vimos, a autora (que havia resolvido o contrato por alegado incumprimento contratual da ré) veio reclamar o pagamento de uma indemnização correspondente a todas as prestações que estariam em falta caso o contrato tivesse sido cumprido (diga-se, ainda, que a autora não apresentou qualquer indemnização baseada no interesse contratual negativo). O Tribunal

da Relação de Lisboa adotou uma decisão que, a nosso ver, se afigura como sendo de grande equilíbrio e ponderação.

Antes de mais, recordemos que o interesse contratual positivo visa colocar o lesado na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Já o interesse contratual negativo visa colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado.

O acórdão alinha com a jurisprudência maioritária e dominante que vai no sentido de quem exerce o direito à resolução do contrato não poder cumulativamente pedir uma indemnização pelo interesse contratual positivo mas apenas pelo interesse contratual negativo (citando, para o efeito, abundante jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça). Apenas excecionalmente, admite-se situação diversa quando essa for a via indispensável e equitativa para o reequilíbrio das prestações e dos interesses patrimoniais em confronto e em respeito de princípios superiores, como é o caso do princípio da boa-fé, da lealdade e lisuras negociais.

Na análise que faz do caso concreto, o Tribunal, embora reconheça o fundamento da resolução como plenamente justificado, considera que não existe qualquer direito a indemnização. Isto porque a autora estaria consciente das dificuldades financeiras que a ré atravessava (e que a levaram a atrasar o pagamento das remunerações devidas no âmbito do contrato de agência), como também levou a que a mesma autora deixasse de suportar gastos com o desenvolvimento da sua qualidade de agente, canalizando a sua atividade para outros negócios. Daqui conclui o Tribunal da Relação (aliás, em consonância com o Tribunal da 1^a Instância) que não se vislumbra qualquer tipo de prejuízo para a autora, nomeadamente com fundamento em previsões de ganhos frustrados que nunca seriam alcançáveis. Ou seja, o Tribunal, reafirmando a posição de princípio de que não existiria nestes casos uma indemnização pelo interesse contratual positivo, faz ainda o exercício de considerar que, mesmo nas situações excecionais em que se poderia admitir uma indemnização daquele tipo, a pretensão da autora não encontra fundamento.

Como se disse acima, esta decisão vem na sequência da discussão vasta e prolongada no tempo sobre este tema em particular. A posição clássica e tradicional era de total rejeição quanto a aceitar que o direito de resolução do contrato fosse compatível com o dito interesse contratual positivo (cfr., entre outros, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 965; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1997, p. 109; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, II, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 259), tendo sido igualmente essa a posição acolhida pela maior parte das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (de que são exemplos os acórdãos

de 26-03-1998, 19-04-1999, 03-09-2004, 02-12-2004, 12-07-2005, 21-03-2006, entre muitos outros).

Esta posição, que defende a incompatibilidade de cumulação entre a resolução do contrato e a indemnização correspondente ao interesse positivo, tornou-se largamente dominante, sobretudo com base nos argumentos dos efeitos retroativos da resolução e na estranheza que é admitir que um lesado que opte pela resolução do contrato, ainda assim, em contradição, peticione uma indemnização como se o contrato visse a ser cumprido. E se assim foi na doutrina, também na jurisprudência (nomeadamente, do Supremo Tribunal de Justiça, como vimos acima) a orientação foi semelhante, no sentido de computar a indemnização exigida pelo credor como correspondendo ao interesse contratual negativo, não lhe permitindo reclamar uma indemnização pelo interesse no cumprimento.

No entanto, a possibilidade de cumulação tem vindo, lentamente, a ser admitida quer pela doutrina quer pela jurisprudência, isto sempre à luz da ponderação do princípio da boa-fé e na medida do adequado à função e ao equilíbrio nos efeitos da liquidação resolutiva das prestações (veja-se, por exemplo, Romano Martinez, *Da cessação do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 208), Ana Prata (*Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 479), Galvão Telles (*Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 463) e Paulo Mota Pinto (*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009).

Particularmente relevante é, na verdade, esta última obra de Paulo Mota Pinto, que vai no sentido da acumulabilidade entre a resolução e a indemnização (calculada nos termos do método da diferença). A este propósito, é particularmente interessante como este autor contesta a tese de que as consequências e alcance da retroatividade não são obstáculo à referida cumulação, conforme a seguinte passagem que se cita (pág. 1644):

“... a verdade é que uma irrestrita retroatividade da resolução poria evidentemente em causa, não só o fundamento de uma indemnização por não cumprimento, como, mesmo, o fundamento da resolução, isto é, a existência de um não cumprimento, já que o parâmetro contratual teria desaparecido ex tunc. É, com efeito, a própria fundamentação do direito de resolução no não cumprimento que já pressupõe uma limitação da retroatividade pelo fundamento da resolução. Ora, uma posição dogmaticamente consistente deve ligar o fundamento à finalidade da resolução. A resolução, como “remédio” sinalagmático para o inadimplemento pelo vendedor, não deve pôr em causa outras consequências do não cumprimento não consumidas por aquele, contrariando-as, nem atribuir uma posição ao resol-

vente que já aparece sem qualquer relação com o fundamento (como uma posição melhor do que aquela em que o lesado estaria com o cumprimento). A contenção da retroatividade da resolução por não cumprimento é, pois justificada porque um efeito retroativo ilimitado iria contrariar o fundamento e própria finalidade da resolução (que é reagir a um inadimplemento, afastando as suas consequências sobre o sinalagma contratual)”. E continua acrescentando que: “Se o argumento da retroatividade nunca poderia, pois, ser levado às últimas consequências, sob pena de contrariar o próprio fundamento da resolução, (...) a verdade é que tal argumentação passa também ao lado da questão, decisiva, do fundamento para a atribuição de uma indemnização ao credor, e a sua relação com a medida desta”.

Mais adiante, numa passagem também significativa, aquele autor ainda acrescenta (pág. 1648):

“... o plano ou programa de efeitos do contrato se projeta em diversas dimensões, juridicamente relevantes, designadamente, como causa de uma certa composição ou conformação qualitativa do património como efeito do cumprimento e como mecanismo que fundamenta certas modificações quantitativas, de valor, também como consequência do adimplemento. Consequentemente, também estas duas dimensões, ou planos, são afetados pelo inadimplemento, portanto, com efeitos qualitativos e quantitativos, contra os quais a resolução e a indemnização constituem a nosso ver, distintos “remédios”: o primeiro, com origem no sinalagma das prestações, permitindo a restituição do prestado; o segundo com fins ressarcitórios, conduzindo ao ressarcimento dos prejuízos (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo por com o cumprimento das obrigações de restituição ficar reduzido o dano)”. Assim: “A resolução possibilita ao credor afastar as consequências, no plano qualitativo, do inadimplemento, obtendo a restituição da sua contraprestação, sem, porém, pôr o credor perante a alternativa de ter de renunciar ao lucro cessante do contrato – sendo certo, aliás, que as referidas dimensões (o lucro económico do contrato e o interesse na prestação que lhe era devida em espécie) não estavam colocadas em alternativa no ‘programa’ do contrato não cumprido, antes este proporcionava às partes a satisfação simultânea de ambas (e que é apenas por causa do não cumprimento que tal satisfação é impossibilitada)”.

Entendemos fazer esta longa citação, porque estão aqui alguns dos fundamentos mais fortes que têm aberto caminho à opinião intermédia e alternativa à tese tradicional de que a cumulação não é possível (sempre, claro está, no pres-

suposto de que a referida cumulação não acarreta um desequilíbrio ou benefício injustificado).

Nesta análise das posições em confronto e da evolução a que se tem assistido, chamamos, também, a atenção para o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.02.2009, processo n.º 08B4052, que refere o seguinte:

“Não podemos, porém, ignorar a corrente que recusa esta construção, admitindo, no caso de resolução contratual, o preenchimento indemnizatório com, ou também com, os danos positivos. Já sustentada por Vaz Serra (BMJ 47, 40), foi detalhadamente defendida, entre outros, por Batista Machado (Pressupostos da Resolução por Incumprimento, 175), Romano Martinez (Da Cessação do Contrato, 208) e Ana Prata (Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual, 479). Brandão Proença admite uma flexibilização da jurisprudência com admissão da indemnização pelos danos positivos “quando assim for exigido pelos interesses em presença” (A Resolução do Contrato no Direito Civil, 199) e Galvão Teles afirma que se concebe todavia “que o julgador, além dos danos negativos, atenda também aos positivos se, no caso concreto, essa solução se afigurar mais equitativa segundo as circunstâncias.” (Direito das Obrigações, 7.ª ed., 463, nota de pé de página).” A abordagem da questão não deixa de estar ligada, forçosamente, com a figura da resolução contratual. Se vista apenas como destruidora da relação contratual, impõe-se a tese tradicional no sentido de incompatibilidade com o interesse contratual positivo. Se, pelo contrário, a resolução do contrato é analisada como reintegradora dos interesses em jogo, passa a admitir-se a possibilidade de ressarcimento pelos danos positivos.

A este propósito, atente-se o que refere o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.03.2013, processo n.º 1097/09.3 TBVCT.G1.S1 (o qual também não acolhe a tese clássica nos seus termos mais estritos):

“À partida, a nossa lei encara-a apenas no primeiro sentido, distinguindo, nos artigos 432.º e seguintes do Código Civil, a figura, dos seus efeitos. Logo nestes, todavia, está uma destruição contratual mitigada. Remete-se para o regime da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico que encerra algumas exceções à senda destrutiva prevista, à cabeça, na lei (cfr. os artigos 289.º e seguintes). Depois, no próprio regime dos efeitos, a lei refere que a retroatividade não opera, além do mais, se contrariar a “vontade das partes” ou “finalidade da resolução”, estabelecendo mesmo um regime próprio quanto aos contratos de execução

continuada ou periódica. Retiramos, então, daqui a falência da primeira das premissas da tese clássica, qual seja a da destruição da relação contratual. Em muitos casos, esta relação, ainda que atingida, continua a ter-se como subsistente, produzindo efeitos próprios da subsistência. Sendo assim, está aberto o caminho à abertura da indemnização pelos danos positivos. Se, por exemplo, a lei refere que, por regra, nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, desenha uma situação em que, claramente, se justifica que, em certos casos, a indemnização possa consistir na efetivação das prestações em falta. Principalmente, quando falta uma pequena parte das prestações, o interesse contratual negativo surge-nos obnubilado face à tutela do dano positivo. Este corresponderá à composição justa do litígio contratual, quer a contraparte tenha optado, quer não pela resolução contratual. Mas, não podemos perder de vista que estes são casos de exceção, sob pena de vir a perder relevância uma figura como a resolução que a lei tem como proeminente em toda a relação contratual. Se se considerasse que o que resolve o contrato tem sempre direito a indemnização correspondente ao interesse que tinha com o cumprimento deste, estaríamos a, em termos práticos, ignorar tal figura no que a uma das partes respeita, gerando um desequilíbrio entre as partes inadmissível, ou usando a expressão de Menezes Leitão (ob. e loc. citados) transformando “o contrato de sinalagmático em unilateral, uma vez que determinaria uma sua liquidação num só sentido. Há, pois, que ponderar os interesses em jogo no caso concreto e, perante eles, conceder ou denegar o caminho, particularmente estreito, da indemnização pelo interesse contratual positivo. Nesta ponderação, tem, a nosso ver, uma palavra a dizer o princípio de boa-fé. Deve ele ser tido em conta na liquidação do negócio jurídico em caso de nulidade ou anulabilidade (cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, I, 659, e os Acs. deste Tribunal de 30.10.1997 (BMJ 470, 565) e de 25.1.2007 (este no referido sítio da Internet) e para estas figuras remete o artigo 433.º do referido código”.

Este acórdão é especialmente importante porque na verdade sublinha aquela que é hoje a perspetiva que vai ganhando mais importância entre a jurisprudência, ou seja, a que, por princípio, entende que o direito a resolver o contrato não é compatível com a indemnização pelo interesse contratual positivo mas que vai abrindo a porta a exceções nomeadamente quando o princípio da boa-fé e do equilíbrio entre as prestações e os interesses patrimoniais em confronto assim o exigirem. A evolução da jurisprudência e da doutrina – que se tentou resumir muito brevemente acima – vai manifestamente neste sentido e deve servir de orientação para quem litiga sobre esta matéria em particular.

Em suma, e voltando ao acórdão que é objeto do presente comentário, o Tribunal da Relação de Lisboa, tal como na questão inicialmente apreciada dos temas da prova, toma uma decisão equilibrada, ponderada e cuidadosa no que toca à forma como as duas questões são hoje objeto de apreciação na doutrina e jurisprudência nacional, indo de encontro à posição dominante.

Por outro lado, e no que toca à apreciação do caso concreto, o Tribunal faz um correto ajuizamento, nomeadamente na apreciação da segunda questão. Face aos factos provados e à posição das partes, era absolutamente injustificado atribuir uma indemnização pelo referido interesse contratual positivo (ou seja, correspondente às remunerações que seriam devidas caso o contrato tivesse vindo a ser cumprido), quando a parte lesada quis resolver o contrato e não tinha a mínima expectativa de que o mesmo alguma vez pudesse ser cumprido até ao seu termo. Aliás, a invocação por parte da sociedade agente, autora da ação, de que a ré passava por grandes dificuldades financeiras que inclusive faziam atrasar o pagamento das remunerações, era absolutamente contraditória com o pedido indemnizatório de vir a ser paga das prestações devidas até ao fim do contrato (entretanto, não é demais sublinhar, resolvido pela sociedade lesada).

Vemos assim que o acórdão da Relação de Lisboa deu mais um contributo valioso no sentido de solidificar a jurisprudência quanto à matéria processual dos temas da prova e quanto à matéria substantiva da cumulação do direito de resolução com a indemnização pelo interesse contratual positivo.