

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

O CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL
A CESSAÇÃO E A INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

Dissertação de Mestrado em Direito

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

CARLOS LEANDRO DE OLIVEIRA AZEVEDO

PORTO

2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL
A CESSAÇÃO E A INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

Carlos Leandro de Oliveira Azevedo N.º 340103021

Dissertação de Mestrado em Direito

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

PORTO

2012

À inestimável cooperação da ilustre Orientadora.

INDÍCE

INTRODUÇÃO	6
1- ANTECEDENTES E RAZÕES DE EXISTÊNCIA	8
1.1- Contrato com diferentes proveniências	8
1.2- Razões de existência	9
2- REGIME CONTRATUAL	12
2.1- Tipo de relação jurídica entre as partes.....	12
2.2- Contrato atípico em vários ordenamentos.....	13
2.2.1- Ordenamento jurídico espanhol	14
2.2.2- A Lei Belga de 27 de Novembro de 1961	14
2.2.3- O regime contratual francês	15
2.2.4- A Lei Ferrari (ordenamento jurídico brasileiro).....	15
2.2.5- O regime jurídico português	15
3- A CESSAÇÃO DO CONTRATO.....	18
3.1- Mútuo Acordo.....	19
3.2- Caducidade.....	19
3.3- Resolução.....	22
3.4- Denúncia	26
4- INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA.....	32
4.1- Regime Jurídico	32
4.2- Tratamento do problema noutros ordenamentos.....	38
4.3- A resposta ao problema à luz do ordenamento jurídico português	40
CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA.....	46

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. -	Acórdão
Art.-	Artigo
STJ-	Supremo Tribunal de Justiça
TRP-	Tribunal da Relação do Porto
TRC-	Tribunal da Relação de Coimbra

INTRODUÇÃO

O último século ficou marcado, a nível mundial por uma grande revolução industrial. Esta evidência é revelada através de uma vasta gama de produtos. Como forma de colmatar as necessidades que começaram a surgir, principalmente relacionadas com a distribuição e escoamento desses produtos, foram sendo criados diversos instrumentos contratuais e, no que diz respeito ao comércio internacional, o contrato de Concessão Comercial constitui um dos mais importantes.

De forma a acautelar os interesses dos intervenientes, o contrato em análise foi legislado em vários países de diferentes formas, e a averiguação deste facto, bem como as razões das diferenças de legislação, constituem um dos objetivos deste trabalho.

Portugal constitui um dos países em que não há legislação específica para este contrato, o que provoca o aparecimento de imprevistos, no que diz respeito à sua análise e à sua regulamentação.

Sem querer menosprezar o conteúdo do diploma que existe em Portugal para o contrato de agência que, em relação a determinadas normas, pode ser aplicado ao contrato de Concessão Comercial pois, sublinhe-se, merece análise mais detalhada, o presente estudo apresenta um objeto bem mais modesto. Pretende-se tão só olhar para os conflitos existentes em torno da Indemnização de Clientela e para a averiguação de que a mesma existe, independentemente da forma de cessação que a possa provocar.

Para certificar que a Indemnização de Clientela é um direito do concessionário, no momento da extinção do contrato, deparamo-nos com a necessidade de explorar as formas de cessação possíveis para o contrato de Concessão Comercial.

A busca por estas respostas levar-nos-á, como se prevê, à apreciação do regime jurídico vigente em Portugal em relação ao contrato de Concessão Comercial e, portanto, à ponderação da doutrina e jurisprudência que, desde há vários anos, tem criado alguma polémica.

Entretanto, não abdicaremos de cuidar com especial atenção das normas que possam ser aplicadas ao objeto que preside a este estudo, salientando criticamente determinadas alterações que a redação original do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, sofreu com o Decreto – Lei N.º 118/93, de 13 de Abril.

As dificuldades de regulamentação existem em vários países, o que provoca a falta de consenso nos vários ordenamentos jurídicos e explica o interesse que a análise deste objeto nos despertou.

1- ANTECEDENTES E RAZÕES DE EXISTÊNCIA

1.1- Contrato com diferentes proveniências

Os contratos de concessão comercial têm proveniência, segundo pesquisas efetuadas por CHULIÁ VICENT e BELTRÁN ALANDETE¹, na Alemanha, com a venda e distribuição de cervejas, consistindo a relação contratual na venda do fabricante das mesmas a um distribuidor e, deste a um revendedor, que vende ao consumidor final. Nos Estados Unidos estes contratos tiveram o seu apogeu nos anos vinte, com o setor dos concessionários de automóveis. Com efeito, o comércio dos automóveis constituía uma indústria em grande expansão, com a produção em massa a funcionar na sua plenitude.

Contudo, também é usual encontrar-se na doutrina, como seus antecedentes mais próximos, “o contrato de venda exclusiva”²³. Posteriormente, a natural evolução do comércio e da indústria, segundo Pinto Monteiro, “fizeram com que o centro de gravidade se fosse progressivamente deslocando da exclusividade para a cláusula que impõe ao distribuidor não só a obrigação de adquirir bens para revenda mas também a de promover a sua comercialização em conformidade com as indicações do produtor”⁴. Portanto, o cerne do contrato passou a ser, de facto, a distribuição propriamente dita, com todas as suas vertentes, e não o direito exclusivo que o distribuidor usufruía, apesar de poder ser convencionada a manutenção desse direito.

Este tipo de contrato também era utilizado, nos seus primórdios, no direito administrativo. O contrato de concessão de serviços públicos do direito administrativo é

¹ Cfr. CHULIÁ VICENT, Eduardo, BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*, Tomo II, Madrid, J. M. Bosch Editor, S.A., 1994, p. 333.

² *A vendita con esclusiva*, em Itália, a *vente à monopole*, em França, e a *Generalvertretung*, na Alemanha.

³ CLAUDE CHAMPAUD, *La Concession Commerciale*, in *RTDCom*, 1963, pp. 451, ss *apud* PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 106.

⁴ PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, ob. cit., pág. 106.

definido como aquele pelo qual um particular (concessionário) é autorizado pela Administração Pública a desenvolver por certo tempo e por seu risco, salvo convenção em contrário, um serviço público, recebendo dos utentes, como contraprestação económica, o que está previamente determinado⁵. A doutrina portuguesa associa, não raras vezes, o aparecimento deste contrato a figuras medievais como a *comenda*⁶.

O facto de a concessão comercial ter muitas semelhanças com a concessão de serviços públicos, como a situação de o concessionário atuar sempre por sua conta e risco e em seu nome, não impede que a distinção entre ambos seja clara, sendo impossível os dois contratos serem confundidos.

A atuação do Estado, como pessoa de direito público, no contrato administrativo de concessão é, por si só, suficiente para diferenciar conceptual e terminantemente este contrato da figura da concessão privada⁷.

1.2- Razões de existência

No fundo, as razões que motivaram o aparecimento deste contrato são de índole económica. É um facto que o concedente poderia ter uma rede própria de concessionários, sob a forma de trabalhadores subordinados, ou de sociedades pertencentes ao mesmo grupo que se encarregassem da distribuição. Estas situações são lícitas e perfeitamente possíveis pois, tal como afirma OSVALDO J. MARZORATI, “*nada hay de ilícito en que el panadero distribuya por sí mismo el pan que amassa*”⁸. No entanto, as complexidades do mundo contemporâneo fazem com que seja menos custoso, para o produtor, o estabelecimento de contratos com terceiros independentes para a sua rede de distribuição, do que com os seus próprios assalariados, uma vez que

⁵Segundo MARZORATI (MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 116), “*la concésion constituye un contrato y un concepto nuevo proveniente del derecho administrativo, ligado a un privilegio de reventa exclusiva de produtos a favor de un comerciante independiente, en virtud del cual el concessionário, para asegurar su lucro, debe resignar parte de su autonomia jurídica, subordinando e integrando su actividade económica a los recaudos que com carácter uniforme para la red de distribución le requiere la concedente*”.

⁶Cfr. p. ex. MENEZES LEITÃO, Luís, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 13-14.

⁷ Cfr. GASTALDI, “*El contrato de concession privada*”, pp. 147, ss.

⁸ MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, ob. cit., p. 116.

existe, desde logo, uma relevante redução dos custos fixos, questão fundamental para qualquer empresa. Estas dificuldades são superadas, quando se efetuam os contratos de concessão comercial, para a distribuição de mercadorias de qualquer produtor e, por isso, justificam-se cada vez mais. A maior complicação que surge para o produtor é, provavelmente, o facto de os concessionários (sendo independentes), não estarem sujeitos a um dever de obediência como qualquer trabalhador, e naturalmente também procuram maximizar os lucros, reduzindo os preços do produto que compram ao concedente. Acresce ainda o facto de o concedente, em determinados casos, se encontrar sujeito a prazos para entregar determinadas mercadorias a um concessionário, caso tenham acordado dessa forma, situação que não aconteceria se os distribuidores fossem subordinados do mesmo.

Considerando que este tipo de contratação está cada vez mais divulgada, permite concluir que os grandes produtores já destrinçaram que as vantagens do contrato de concessão comercial, são muito superiores aos obstáculos que dele resultam, e além disso, permite-lhes facilidades na gestão dos negócios de maior dimensão.

Os concessionários também têm vantagens, sendo estas ainda mais óbvias, na medida em que diminuem o risco típico das relações comerciais ao vender um produto, em regra, largamente divulgado (estando muitas vezes valorizado por uma marca registada) e com um público-alvo delineado. Acresce ainda a circunstância de o concessionário não se encontrar sujeito aos riscos de problemas na produção típicos do concedente, e ainda conseguindo ter um monopólio em determinada zona geográfica de atuação, o que lhe garante uma certa estabilidade.

O contrato de concessão comercial constitui um instrumento jurídico que permite um método original de distribuição de produtos, do qual ainda resultam vantagens para o consumidor final. Com efeito, o concessionário assegura a reparação e manutenção dos produtos, serviço de garantia e de assistência técnica, bem como não raras vezes se obriga a dispor de um *stock* de produtos, que permite um rápido atendimento ao consumidor final.

Posto isto, o concedente consegue fazer valer a sua política de estratégia comercial e transferir os riscos de distribuição para o concessionário (dessa forma garantindo a satisfação do consumidor final). Ou seja, em relação ao contrato de agência (que tem um regime jurídico em que, por vezes, determinadas normas são aplicadas analogicamente à concessão comercial, através do Decreto- Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, atualizado pelo Decreto – Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, no qual os riscos

continuam por conta do principal, bem como o serviço pós-venda, este tipo de contrato traz vantagens relevantes. Portanto, é notório que os produtores tenham cada vez mais interesse em desenvolverem vínculos contratuais, relativos a fornecimentos de longo prazo, com concedentes estrangeiros, o que potencia de forma importante a expansão do comércio internacional. Enquanto no próprio país, o concedente dispõe de conhecimentos que lhe permitem, não raras vezes, comercializar os seus produtos, controlando os vários estádios do processo, a nível internacional torna-se mais vantajoso o estabelecimento de um contrato de concessão comercial, de forma a transmitir ao concessionário, funções que permitem uma determinada implantação no mercado externo.

2- REGIME CONTRATUAL

2.1- Tipo de relação jurídica entre as partes

A concessão comercial constitui, ao mesmo tempo, um método de organização das relações entre produtor e distribuidor, e uma técnica de distribuição dos produtos no mercado. A operação económica que subjaz a este contrato, intermediando a produção e o consumo, visa precisamente, a comercialização de um produto ou gama de produtos.

O concessionário obriga-se, em regra, a comprar uma quantidade de produtos durante certo período, pelos quais paga um preço, e a revendê-los à sua clientela. Por vezes, estabelecem-se obrigações acessórias, como a obrigação de adquirir e/ou vender uma quantidade mínima de produtos, de não adquirir os mesmos produtos a empresas diferentes, e ainda, a obrigação de publicitar esses mesmos produtos. Entre o concedente e o concessionário, estabelece-se uma relação jurídica duradoura, representando o dever de revenda o núcleo central do contrato, agindo o concessionário em seu nome e por sua conta⁹. Ele é o proprietário dos produtos que distribui, e a sua contrapartida económica traduz-se na diferença entre o preço por que compra os produtos e o preço por que os revende. Na concessão comercial, o concessionário obtém o seu lucro através do preço que os terceiros pagam pela compra dos seus produtos, e subtraindo o preço que o concessionário teve que pagar por obter os produtos do concedente (mais as despesas de qualquer comerciante), partindo do princípio que o concessionário não teve que pagar nenhum montante ao concedente, para ser designado concessionário.

A concessão comercial tem como traço essencial, a necessidade de relações de colaboração, o que provoca a duração normalmente duradoura deste tipo de contrato. A

⁹ Para LÁZARO SÁNCHEZ (LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., “*El desestimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudência al respecto*”, in *La Ley*, n.º 4, 1989, pp. 1206-1213) são “*contratos de colaboración, mercantiles y atípicos, por virtude de los cuales un empresario, persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en la forma cuantitativa y cuantitativamente predeterminada, los productos de outro empresario, ya en nombre y por cuenta próprio...*”.

este propósito, PINTO MONTEIRO refere que, neste tipo de contratos, definem-se “regras de comportamento através das quais se estabelecem laços de colaboração entre as partes e se articula e coordena a actividade de todos no seio da rede de distribuição”¹⁰.

Concluindo, diremos, com o Supremo Tribunal de Justiça, “que o contrato de concessão comercial é um contrato juridicamente inominado que, em traços gerais, se pode descrever como aquele que um comerciante independente (o concessionário) se obriga a comprar a outro (o concedente) determinada quota de bens de marca, para os revender ao público em determinada área territorial e, normalmente (mas nem sempre), com direito de exclusividade”¹¹.

2.2- Contrato atípico em vários ordenamentos

Trata-se de um contrato atípico, isto é, não tem uma formulação expressa na lei, uma vez que não se enquadra em nenhum dos contratos legalmente previstos, nem possui regulamentação legal própria. No entanto, só legalmente é que são contratos atípicos puros pois, socialmente, não revestem essa natureza. Segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹², “estes contratos encontram, quer na prática, quer na literatura da especialidade, abundantíssima matéria para a referência ao tipo social normativo e para o processo de comparação que permite a analogia e, com ela, a qualificação e a concretização da disciplina, na interpretação e na integração”. Com efeito, estamos perante um tipo de contrato misto uma vez que, embora sendo atípico, não dispensa o “concurso dos modelos regulativos típicos na procura da solução das questões suscitadas, designadamente na integração das estipulações das partes”¹³.

A nível internacional, a lista de obras sobre o tema, tanto de países em que o contrato de concessão comercial está tipificado como quando não existe regulamentação específica, é enorme. O facto de no passado, não existirem grandes antecedentes legais

¹⁰PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, ob. cit., p. 106.

¹¹ Ac. do STJ de 05 de Março de 2009 in www.dgsi.pt.

¹² VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, “Teses”, 2ª Edição, s.l., Almedina, 2009, p. 216.

¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de, ob. cit., p.218.

em vários ordenamentos, como Itália, França, Alemanha ou Brasil, obriga o investigador a ser ainda mais cauteloso, na análise desta forma especial de contratação.

2.2.1- Ordenamento jurídico espanhol

Em Espanha, tal como em Portugal, não existe legislação específica e, segundo RODRIGO URÍA¹⁴, os seus antecedentes encontram-se no velho Código de Comércio de 1829, realizado por SAÍZ DE ANDINO. Não obstante a ausência de legislação específica, este tipo de contratação tem sido muito estudada por autores espanhóis, e objeto de numerosa jurisprudência dos Tribunais espanhóis.

2.2.2- A Lei Belga de 27 de Novembro de 1961

Atualmente, em certos ordenamentos já existe regulação específica como por exemplo na Lei Belga de 27 de Novembro de 1961, alterada pela Lei de 13 de Abril de 1971 (e está previsto, por exemplo no presente Código Civil italiano no artigo 1.569¹⁵).

A Lei Belga, na década de 60, era a única que se referia à nomenclatura, esclarecendo na sua legislação que o concessionário de venda exclusiva (referindo-se especificamente aos automóveis) designava um comerciante que possui o direito, de um concedente, a vender, a título exclusivo, os artigos ou produtos que este fabrica, em nome e por conta daquele¹⁶. As diferenças para a definição atual são mínimas, clarificando-se a este respeito que o contrato de concessão comercial, já não precisa de ser exclusivo para ser válido.

¹⁴ Cfr. URÍA, Rodrigo, “*Derecho Mercantil*”, 1ª Ed, Madrid, 1966.

¹⁵ Cfr. CHULIÁ VICENT, Eduardo, BELTRÁN ALANDETE, Teresa, ob. cit., p. 337, ss.

¹⁶ *Ley Henckaerts de 21 de Abril de 1972*, “*Le concessionaire doit-il solliciter la protection du législateur*”, en “*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*”, in Texto oficial Monitor Belga, ano 1971, nº636, apud MARZORATI, Osvaldo J., ob. cit., pp. 120, ss.

2.2.3- O regime contratual francês

A circular francesa, designada por *Fontanet*, também se aproximava da definição atual, mas nota-se que as diferenças ainda são consideráveis, pois esta, caracterizava este contrato como “*una convención que vincula a un proveedor com un número limitado de comerciantes a los cuales él reserva la venta de un producto que él fabrica a condición de que satisfagan ciertas obligaciones*”¹⁷

2.2.4- A Lei Ferrari (ordenamento jurídico brasileiro)

No Brasil, a concessão mercantil é, em regra, um contrato atípico, sendo os direitos e deveres dos intervenientes apenas os que eles próprios estabelecem, de comum acordo, no contrato, não existindo limites legais específicos a este tipo de contrato que possam restringir ou invalidar o que foi acordado pelas partes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual. É pertinente clarificar que o regime brasileiro é bem diferente do nosso, pois existem outras espécies contratuais extremamente parecidas com a concessão mercantil, mas que acabam por se diferenciar desta até na atipicidade que a reveste, podendo as outras formas de contratar serem tipificadas como o mandato mercantil e a comissão mercantil. Salienta-se, a este respeito, que a própria concessão mercantil é tipificada no que respeita aos concessionários de automóveis, sendo regulada pela Lei n.º 6.729/79, conhecida como *Lei Ferrari*¹⁸.

2.2.5- O regime jurídico português

Em Portugal, a regulamentação específica deste tipo de contratos não existe e, como tal, é necessário descobrir soluções, desde logo, através das cláusulas negociais (artigo n.º 405º do Código Civil), não podendo contrariar nenhum tipo de norma legal. Posteriormente, e porque estas nem sempre dispõem sobre todas as incidências

¹⁷ Cfr. CHAMPAUD, Claude, *La concession commerciale*, in “Revue Trimestrielle de Droit Commercial”, XV-1963-470, apud MARZORATI, Osvaldo J., ob. cit. pp.164, ss.

¹⁸ Cfr. COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial, Contratos, Recuperação de Empresas*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 108.

implicadas pelo acordo das partes, analogicamente, pelo regime do contrato nominado com que tem mais afinidades (artigo n.º 10º do Código Civil), e que, neste caso, é o contrato de agência (Decreto- Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, atualizado pelo Decreto – Lei n.º 118/93, de 13 de Abril). Por fim, as soluções devem ser encontradas pelos princípios estabelecidos na lei para a generalidade dos contratos.

No entanto, é necessário esclarecer que o contrato de agência constitui um tipo de mandato, pois o agente, em regra, vende por conta e em nome do concedente, existindo uma clara subordinação a este, ao contrário do que se passa com o concessionário. A doutrina alemã e suíça têm discutido abundantemente o tema, pelo facto de a agência estar legislada na Alemanha, mas não a concessão, tal como acontece em Espanha e no nosso ordenamento jurídico¹⁹.

Importa ainda referir que, ao não existir regulamentação específica para este tipo de contrato, não há, desde logo, nenhuma obrigatoriedade no que diz respeito à forma do mesmo. O Supremo Tribunal de Justiça²⁰ pronunciou-se nesse sentido ao referir que o *“contrato de concessão comercial é um contrato atípico ou inominado, não estando sujeita a sua celebração à forma escrita (...) Assim, fica tal relação contratual ao abrigo da liberdade de forma, pelo que a existência e validade do contrato...não está sujeita à existência ou validade de um documento escrito”*.

Quanto à questão de saber se os usos e costumes serão admissíveis na regulamentação do contrato de Concessão Comercial, o artigo n.º 3º do Código Comercial, não se refere aos usos como fontes do direito mercantil, aliás à semelhança do que sucede com o Direito Civil (artigo n.º 3 do Código Civil). Assim, a sua consagração como regras vinculativas, por via jurisprudencial, não é entre nós admissível, na medida em que ela contraria os comandos legais acerca das fontes de direito. Para os usos e costumes terem relevância é necessário, primeiramente, que exista uma lei expressa que determine a sua aplicação. Mesmo que haja essa lei, esses usos e costumes não podem contrariar o princípio da boa-fé. Na verdade, o n.º3 do artigo 560º do Código Civil reconhece *“as regras ou usos particulares do comércio”*. Todavia, os mesmos só terão autonomia se, por via jurisprudencial, lhe for reconhecida

¹⁹ SCHULTHESS, Viktor, *Der Franchise vertrag nach schweizerischen Recht*, p. 36, apud MARZORATI, Osvaldo J., ob. cit., p. 149.

²⁰ Ac. do STJ de 12 de Setembro de 2008 in www.dgsi.pt.

essa dignidade. Quer dizer, haverá que identificar na jurisprudência em que circunstâncias concretas, os mesmos “*valeram*”²¹.

²¹ CAMPOS, Diogo Leite de, in “*o anatocismo- regras e usos particulares do comércio*”.

3- A CESSAÇÃO DO CONTRATO

Como já foi referido, este contrato não é disciplinado ou regulado expressamente pelo Código Comercial ou legislação avulsa, sendo, contudo, exigido ao intérprete o subsídio de algumas normas do contrato de agência, aprovado pelo Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, atualizado pelo Decreto – Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva N.º 86/653/CEE do Conselho Europeu de 18 de Dezembro de 1986, não só porque existem fortes similitudes de objeto, mas também porque esta forma contratual se assumiu entre nós, como esquema negocial típico das relações de comércio²².

Na verdade, da análise comparada de regimes resulta que ambas as formas contratuais se prestam ao mesmo objeto mediato: promover de forma continuada ou não eventual, os negócios mercantis do proponente, sem dependência hierárquica, em troca de uma *remuneração* à base de comissões para o agente, e margens de lucro para o concessionário, podendo esses direitos estarem limitados a uma zona pré-determinada.

De acordo com a definição que nos é fornecida pelo Decreto- Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, a agência corresponde a um “*contrato em que uma das partes se obriga a promover, por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes*”, sendo este o regime que mais se aproxima do contrato em análise.

Importa, portanto, estabelecer com clareza a diferença entre as duas formas contratuais, de forma a determinar quais os comandos legais, do Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que podem ser aplicados a um determinado contrato de distribuição, e quais aqueles que se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação.

Entre nós, PINTO MONTEIRO, defende que “*o concessionário (ou distribuidor), ao contrário do agente, atua em seu nome e por conta própria, adquire a propriedade da mercadoria, comprando ao fabricante ou ao fornecedor de mercadorias para revender a terceiros...e assume os riscos da comercialização*”²³.

Os contratos de concessão comercial, tal como (também) decorre do estipulado para o contrato de agência (nos termos do artigo 24º do Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho), podem terminar de quatro formas diferentes: Mútuo Acordo; Caducidade;

²² PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência-Anteprojecto*, em “BMJ”, 360.

²³ PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência-Anteprojecto*, ob.cit., p.22.

Resolução e Denúncia. Com efeito, do estipulado no referido diploma, não resultam características específicas para as formas de extinção deste contrato, uma vez que tais formas de cessação são comuns ao regime geral de extinção dos contratos.

3.1- Mútuo Acordo

No caso de haver mútuo acordo, a cessação do contrato acaba por se operar sem divergências, dando-se primazia aos princípios gerais²⁴, como o princípio da liberdade contratual, mesmo no que é referente à cessação.

A circunstância relevante a mencionar na cessação por mútuo acordo consiste na necessidade de forma especial (documento escrito) para a sua validade, por razões de segurança, tal como resulta do disposto no artigo 25º do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho. Assim, apesar do contrato de concessão comercial ser atípico, não necessitando de ser reduzido a escrito, o mesmo não é possível afirmar no que diz respeito ao seu término por mútuo acordo. No caso desta exigência de forma escrita não se verificar no momento da cessação, estamos perante uma nulidade baseada na inobservância de forma, nos termos do estipulado no artigo 220º do Código Civil.

Acresce referir que, não existindo acordo e não existindo prazo estipulado de duração do contrato, este perdura enquanto não cessar por qualquer uma das formas, podendo, em abstrato, ser *ad aeternum*.

3.2- Caducidade

A caducidade do contrato de concessão comercial vem estipulada no artigo 26º²⁵ do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, embora o dispositivo apenas enumere diversas formas de modo não taxativo (como resulta da própria letra).

²⁴ Artigos 405º e 406º do Código Civil.

No que diz respeito a intervenientes que pretendam estabelecer um contrato a título experimental, deve ser convencionado (verbalmente ou por escrito) um determinado prazo pois, se a sua duração não se encontrar estabelecida pelas partes (ou qualquer tipo de condição de existência acordada), não se opera a caducidade (artigo 26º, alínea a) do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho). Ou seja, com a determinação de um prazo de vigência, os possíveis conflitos relacionados com a incerteza da duração do contrato, a título experimental, são ultrapassados bem como a provável instabilidade da relação contratual. O facto de a duração do contrato estar contratualizada por um período breve, tem a vantagem de poder revestir a natureza de um estímulo para o concessionário, que se esforçará no desenrolar da sua atividade mercantil.

No entanto, quando estamos perante um contrato de prazo determinado, a renovação tácita do mesmo acontecerá, pois a incerteza da não renovação da concessão, ao não respeitar, de certa forma, o princípio da igualdade das partes, colocaria inevitavelmente o concessionário numa posição desfavorecida. O Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, refere-se expressamente a esta renovação tácita, acrescentando que se opera uma transformação no contrato, de forma a ser considerado um contrato por tempo indeterminado (artigo 27º, n.º2 do Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho).

O artigo 26º do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho (alínea b)), que dispõe que a caducidade pode operar-se, através de condição resolutiva ou suspensiva, também não constitui nenhuma especificidade do contrato de concessão comercial, uma vez que apenas se encontra estabelecido, o disposto no regime geral da eficácia da condição, previsto no artigo 270º do Código Civil. Desta forma, a decisão de fazer cessar ou suspender determinado contrato, fica sujeita a um acontecimento futuro e incerto.

Em diferentes jurisdições, tem-se questionado a validade de disposições contratuais que limitem, ou proibam a renovação tácita, como por exemplo a *Lei Henckaerts* que, desde 1971, estabelece a conversão de contratos de prazo fixo em contratos de prazo indefinido, quando se tenham renovado duas vezes. Em França²⁶, já não acontece da mesma forma, tendo a jurisprudência francesa defendido firmemente o direito do concedente de não renovar o contrato, fundamentando com posições que

²⁵ O artigo dispõe que “o contrato de agência caduca, especialmente: a) Findo o prazo estipulado; b) Verificando-se a condição a que as partes o subordinaram ou tornando-se certo que não pode verificar-se, conforme a condição seja resolutiva ou suspensiva; c) Por morte do agente ou, tratando-se de pessoa colectiva, pela extinção desta”.

²⁶ CHAMPAUD, Claude, *La concessión commerciale*, en “*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, XV- 1963-475, apud MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, ob. cit., p. 153.

consideram que a não renovação pelo concedente é uma faculdade contratual e não um abuso de direito.

Na grande maioria dos países centro-americanos²⁷, apesar de a lei, em regra, não se referir expressamente à concessão comercial, excetuando o regime da Nicarágua e das Honduras, os direitos de distribuição são irrenunciáveis e, salvo na Guatemala, deve renovar-se ao seu vencimento.

O facto de em Espanha não existir uma tipificação específica na lei para o contrato de concessão comercial, como acontece na Bélgica, não é possível fundamentar legalmente a pretensão de renovação tácita, acontecendo o mesmo em Portugal, Itália, Suíça e Holanda.

O artigo 27º, n.º1 do Decreto – Lei n.º 178/86 de 3 de Julho, dispõe que salvo quando exista uma convenção em contrário, o contrato presume-se celebrado por tempo indeterminado. Esta presunção, nos termos do artigo 350º, n.º2, do Código Civil, configura uma presunção *juris tantum* e, como tal, ilidível mediante prova em contrário.

Estas características do contrato de concessão comercial relacionadas com o prazo de vigência do mesmo, têm originado divergências profundas, fundamentadas com alusões à natureza tendencialmente duradoura deste tipo de contrato e à estabilidade que é característica desta relação contratual, podendo uma das partes encontrar-se em posição desfavorecida em relação a outra, o que põe em causa a segurança característica deste vínculo contratual.

Com efeito, esta discussão tem dado lugar a dois tipos de reação: de um lado estão as posições que pretendem obter por via legislativa ou convencional, um prazo mínimo para a concessão e, do outro, encontra-se quem proponha uma sanção contratual ou legislativa para os casos do prazo indefinido.

Se os contratos têm um prazo de duração, poderão ser renovados tacitamente pelo mesmo prazo no caso de ambas as partes assim o convencionarem. Posto isto, é de concluir que a situação mais benéfica para o concessionário, é a de prazo indefinido pois, caso haja uma relação comercial duradoura, o concedente tem o poder de a fazer cessar de livre e espontânea vontade, mas com a necessidade de um prazo de pré-aviso elevado e com a possibilidade de uma indemnização relevante. Precisamente por isto, o

²⁷ Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, El Salvador, Guatemala (Vd. GAMBA, Juncadella, “*Los contratos de agencia, distribución y representación en Centroamérica y Panama*”, 1973).

artigo 27º, n.º 2 do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho²⁸, aplicando-se analogicamente à Concessão Comercial, estipula que quando o contrato tem o prazo determinado e os vários intervenientes continuam a executá-lo²⁹, após o decurso desse mesmo prazo de vigência, ocorrerá uma “*transformação*”³⁰ para um contrato com prazo indeterminado. Ou seja, mais do que uma renovação tácita pelo mesmo período inicialmente estipulado, se as partes assim o entenderem (ao continuarem a executar o contrato), ocorrerá uma extinção efetiva do contrato inicial para dar lugar a um novo contrato, com conteúdo baseado no primeiro mas com prazo de vigência indefinido. Desta situação, por razões relacionadas com os princípios gerais de Direito, ficam excluídos os contratos em que se prevê a renovação tácita, pelo mesmo período ou por outro³¹, no contrato inicial. É pertinente referir também, que não pode ser abrangido pela expressão “*continue a ser executado pelas partes*”, o caso em que os intervenientes, apenas se encontram a praticar atos relacionados com a liquidação da relação contratual (após o prazo de caducidade), o que não permite destrinçar qualquer tipo de vontade na manutenção do vínculo existente³².

3.3- Resolução

O caso da resolução já reveste maior complexidade, na medida em que é necessária uma situação de incumprimento de facto.

²⁸ Artigo 27º, n.º 2- Considera-se transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado cujo conteúdo continue a ser executado pelas partes, não obstante o decurso do respetivo prazo.

²⁹ No texto do Decreto – Lei N.º 178/86, de 3 de Julho, antes da redação de 93, nesta disposição constava a hipótese de o contrato continuar “*a ser cumprido pelas partes após o decurso do prazo*”. M. JANUÁRIO GOMES (GOMES, M. Januário, “*Apontamentos sobre o Contrato de Agência*”, p.30) chamava a atenção de que um contrato, já caducado, não pode continuar a ser cumprido. E daí, a alteração substancial do legislador em 1993 para a expressão “*continue a ser executado*”. No entanto PINTO MONTEIRO (PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., pp. 89-90) defende uma posição contrária, referindo que a alteração foi desnecessária e pautada por um “*preciosismo legislativo inconsequente*” bem como uma “*postura doutrinal inadequada*”.

³⁰ Segundo CARLOS LACERDA BARATA (BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa, Lex, 1994, p. 69), não se trata de uma transformação, pois esta ocorreria se houvesse uma *prorrogação do vínculo contratual*, o que não é o caso pois acaba por acontecer uma renovação em sentido técnico (extinção de um primeiro contrato e constituição tácita de outro).

³¹ Cfr. PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., p.91.

³² Neste sentido, Vd. p. ex. GOMES, M. Januário, ob. cit., p.30 e PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., p.91.

No respeitante à agência, dispõe o artigo 30º, do referido Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que o contrato só pode ser resolvido por qualquer das partes: “*se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual*” ou “*se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia*”.

De acordo com o estipulado na alínea a), aqui ficam incorporados os deveres legalmente previstos pelos artigos 6º e seguintes, artigos 12º e seguintes e os deveres contratualmente previstos. No entanto, estes articulados teriam de sofrer importantes adaptações para poderem ser aplicados à figura do concessionário, na medida em que, como já foi descrito, trata-se de uma figura independente do concedente (mais do que o agente para com o principal), o que acarreta diferenças relevantes ao nível das obrigações a que se encontra sujeito, comparativamente ao regime do contrato de agência.

Com efeito, o concedente e o concessionário podem resolver o contrato, apenas com base numa situação de incumprimento, particularmente grave e reiterado. Não é um qualquer facto, e muito menos um facto insignificante, que pode fundamentar uma resolução do contrato, mas uma atuação que, pela sua natureza e persistência, seja susceptível de abalar a relação de confiança e cooperação que deve existir entre contraentes, afetando, em suma, a subsistência do vínculo contratual. Ao contrário da denúncia, a resolução encontra-se sujeita a argumentos que, de facto, a legitimem.

Tem que haver como fundamento geral de resolução uma justa causa, ou seja, e nas palavras de Maria Helena Brito³³, “*um facto susceptível de impedir a prossecução do fim de cooperação que o contrato se propõe (...), e de alterar os resultados comerciais que uma das partes pode legitimamente esperar na execução do contrato*”.

Para além disso, podem as partes, efetivamente, convencionar outros fundamentos, para além dos legalmente enumerados, de resolução do contrato mas (e sempre), desde que desses fundamentos resulte uma situação que justifique uma rutura do vínculo contratual, o que revela a imperatividade deste princípio. O princípio da boa-fé³⁴ e o regime geral do abuso do direito³⁵, bem como a doutrina extraída dos artigos

³³ BRITO, MARIA HELENA, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 242.

³⁴ Artigo 762º n.º2 do Código Civil.

³⁵ Artigo 334º do Código Civil.

802º n.º2 e 808º n.º2 do Código Civil, fundamentam essa imperatividade, pois a resolução do contrato, mesmo por convenção das partes, não pode basear-se num incumprimento irrelevante. Segundo BRANDÃO PROENÇA, nestes tipos de casos, em que os argumentos são de escassa importância, “*a fundamentação da perda do interesse do credor na prestação, de forma a permitir-se a admissibilidade da resolução, deve ser apreciada objetivamente*”³⁶.

Para a efetivação da resolução, é necessária declaração escrita, no prazo de um mês do conhecimento dos factos³⁷ e, ao contrário do regime geral da resolução dos contratos (em que a resolução produz efeitos retroativos), no contrato de concessão comercial (e agência), em princípio, a resolução não abrange as prestações já realizadas, de acordo com o disposto no artigo 434º, n.º 2, do Código Civil, na medida em que estamos perante um contrato de execução continuada,

Nos casos em que as circunstâncias que servem de fundamento à resolução sejam de produção imediata, não se encontram problemas com o prazo de um mês de que a parte lesada dispõe, para efetuar a declaração à contraparte. A questão que pode levantar problemas aparece quando o facto que justifica a resolução tem produção continuada, em que o prazo de um mês deve contar-se (em vez da data do conhecimento do facto) a partir do momento da cessação desse facto³⁸.

A declaração de resolução deve identificar os factos que justificam a resolução do contrato, nos termos do artigo 432º, n.º1, do Código Civil. Com efeito, quando a declaração de resolução carece de argumentos para a fundamentar, terá como consequência a manutenção do vínculo contratual e a inerente ineficácia da declaração³⁹. Apesar de PINTO MONTEIRO⁴⁰ não concordar totalmente, reconhece expressamente que “*a resolução sem fundamento traduz um exercício ilícito do respetivo direito*”. PINTO MONTEIRO discorda das posições que defendem que a resolução ineficaz faz com que o vínculo contratual subsista, fundamentando que existe um período que pode ser relevante, entre a declaração de resolução do contrato e o reconhecimento judicial da invalidez dos fundamentos que a originaram, o que provoca

³⁶ BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, *A resolução do contrato no direito civil – do enquadramento e do regime*, separata do suplemento ao “*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*”, vol. XXII, Coimbra, 1982.

³⁷ Artigo 31º estipula que “*a resolução é feita através de declaração escrita, no prazo de um mês após o conhecimento dos factos que a justificam, devendo indicar as razões que a fundamentam*”.

³⁸ Cfr. Artigos 433º e 434º n.º1 do Código Civil.

³⁹ Posição que defendemos com base em CARLOS LACERDA BARATA (Cfr. BARATA, Carlos Lacerda, ob. cit. p. 79).

⁴⁰ Cfr. PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., pp. 114 e 100.

uma paralisação do contrato, por interrupção das prestações e, aí, poderia colocar-se a hipótese da denúncia do contrato sem pré-aviso. A nossa posição é contrária, de certa forma, à referida, uma vez que consideramos que a resolução, sem argumentos válidos constantes na declaração necessária, não pode provocar a extinção do contrato de concessão comercial. Porquanto, consideramos ainda que, da suspensão do contrato, naquele momento entre a declaração de resolução e a decisão judicial, decorre o aparecimento da obrigação do autor indemnizar a contraparte, dos danos daí resultantes. Empregando as palavras de CARLOS LACERDA BARATA⁴¹, “*admitir a produção do efeito “extinção do contrato”, em caso de resolução sem motivo bastante, seria, afinal, permitir que o infractor obtivesse, com violação da lei, aquele resultado que esta (só) quer ver alcançado com a sua observância*”.

O artigo 32º, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho⁴², refere-se expressamente à indemnização resultante da resolução do contrato. No n.º 1 desta disposição, também não existe nenhuma especificidade para este tipo de contrato pois, no regime geral⁴³, encontra-se previsto que o incumprimento contratual acarreta a obrigação de indemnizar a parte lesada, pelos danos daí decorrentes. Tal como no regime regra da resolução dos contratos, o direito de resolver o contrato e o direito à indemnização, que decorre do incumprimento contratual da outra parte, são instrumentos jurídicos independentes.

O n.º 2, do artigo 32º, do Decreto - Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, refere-se a alguns tipos de situações em que existe responsabilidade civil por ato lícito, onde se incluem os casos em que a resolução tem como fundamento, circunstâncias não imputáveis a qualquer um dos contraentes. Neste caso, o montante indemnizatório será calculado recorrendo a critérios de equidade, tal como resulta do estipulado no artigo 32º, do referido diploma, e do disposto no artigo 4º, alínea a), do Código Civil.

No entanto, as disputas mais correntes quando se está na presença deste instrumento contratual, não provêm do incumprimento das obrigações, previstas como condições gerais dos contratos de concessão comercial. Com efeito, os conflitos resultam de certas características que estes instrumentos contratuais possuem, que são (e

⁴¹ BARATA, Carlos Lacerda, ob. cit., p. 79.

⁴² O Artigo 32º, n.º1 estipula que “*independentemente do direito de resolver o contrato, qualquer das partes tem o direito de ser indemnizada, nos termos gerais, pelos danos resultantes do não cumprimento das obrigações da outra*”. Artigo 32º, n.º2- “*A resolução do contrato com base na alínea b) do artigo 30º confere o direito a uma indemnização segundo a equidade*”.

⁴³ Artigos 798º e 801º do Código Civil.

bem) tidas em conta pelos concessionários, como forma de assegurarem a permanência no contrato, pelo que a denúncia constitui a causa mais comum das divergências.

3.4- Denúncia

O n.º 1, do artigo 28º, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho ⁴⁴, elenca os prazos de pré-aviso a que os intervenientes se veem obrigados, consoante a duração dos contratos, na denúncia do contrato de agência, os quais não podem ser aplicados, por analogia, ao contrato de concessão comercial. Com efeito, estes períodos de pré-aviso são manifestamente reduzidos para o contrato de concessão comercial e, como tal, será necessário proceder a adaptações, que alteram de forma drástica o regime previsto no artigo 28º do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, de forma que não é arriscado afirmar que as conclusões da jurisprudência e doutrina maioritária têm pouco em conta o estipulado neste n.º 1.

Esta forma de cessação é típica dos vínculos contratuais com prazo de vigência longo, constituindo, a maioria das vezes, contratos por tempo indeterminado e, por essa mesma razão, o artigo 28º, n.º1, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, refere-se expressamente aos “*contratos celebrados por tempo indeterminado*”. Nesta expressão estão incluídos os contratos celebrados por tempo indeterminado, desde o primeiro momento da sua vigência (contratos por tempo indeterminado celebrados desta forma por vontade das partes, ou através da presunção existente no artigo 27º, n.º 1, do referido diploma), bem como os contratos celebrados com um prazo de duração previamente estipulado, em que se operou a renovação e conseqüente *transformação*⁴⁵ em contratos por tempo indeterminado, tal como resulta do artigo 28º, n.º4, do diploma em apreço. Neste último caso, importa acrescentar que, da junção destes preceitos, segundo as palavras de CARLOS LACERDA BARATA, resulta a regra, que também é

⁴⁴ O artigo 28º, n.º1, refere que “*a Denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte: a) Um mês, se o contrato durar há menos de um ano; b) Dois meses, se o contrato já tiver iniciado o segundo ano de vigência; c) três meses, nos restantes casos*”.

⁴⁵ O artigo 27º, n.º2 dispõe que “*considera-se transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado cujo conteúdo continue a ser executado pelas partes, não obstante o decurso do respectivo prazo*”.

aplicada ao contrato de concessão comercial, de que “*para a determinação do prazo de pré-aviso a observar para a denúncia de um contrato de agência renovado por tempo indeterminado, levar-se-á (também) em conta o tempo decorrido enquanto o contrato vigorou por tempo determinado*”.

A denúncia do contrato de concessão comercial, consiste num negócio jurídico unilateral receptício, pois estamos perante uma declaração unilateral dirigida a certa pessoa, que se torna eficaz quando for levada ao conhecimento dessa pessoa⁴⁶, sendo exigida a forma escrita nessa declaração, tal como resulta do artigo 29º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho. No caso da inobservância da forma escrita, estamos perante uma nulidade nos termos do artigo 220º do Código Civil.

Esta declaração não pode ser sujeita a qualquer espécie de condição. Como tal, os fundamentos deste meio de extinção contratual devem limitar-se à existência do princípio da proibição de vinculação perpétua (pacífico na doutrina), o que permite que qualquer um dos intervenientes possa fazer cessar a relação contratual, sem necessidade de acordo com a outra parte e sem a exigência de uma justa causa.

Na definição de ANTUNES VARELA, trata-se da “*declaração feita por um dos contraentes, em regra com certa antecedência sobre o termo do período negocial em curso, de que não quer a renovação ou a continuação do contrato renovável, ou fixado por tempo indeterminado*”⁴⁷.

Referindo-se à denúncia como modo de extinção dos negócios jurídicos, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS afirma que “*o direito não é favorável a vinculações contratuais eternas, pelo que, embora a lei não o diga em termos gerais, é pacífico na Doutrina que uma ou ambas as partes, ainda que não tenha sido estipulado um termo para a relação contratual, se podem libertar através da sua denúncia*”⁴⁸.

A denúncia opera mediante declaração à parte contrária, mas não tem eficácia retroativa e distingue-se, com clareza, da revogação e da resolução.

Diferentemente da revogação, a denúncia não exige o acordo das partes, sendo unilateral, e pode ser feita, mesmo contra a vontade da outra parte.

Esta forma de cessação, também não se confunde com a resolução, porque não pressupõe um fundamento legal ou contratual, e porque não tem eficácia retroativa. A

⁴⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, João, in “*RLJ*”, 120-87.

⁴⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 2º, Coimbra, Almedina, 2000, p. 246.

⁴⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 609 e 611.

denúncia tem ainda de específico o facto de ser própria das relações contratuais duradouras e sem termo estipulado.

Apesar de a denúncia também não ter, na lei, uma regulamentação típica, goza da possibilidade de ser regulada, de forma mais ou menos completa, pelo contrato.

Como regra geral, deve entender-se que a parte que pretende denunciar, deve fazê-lo de modo a provocar na outra o menor dano possível. É o princípio da boa-fé, com apoio no artigo 762º, n.º 2, do Código Civil.

Na realidade, a denúncia, tal qual vem regulada no artigo 28º, n.º1, alínea c), do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, pode permitir para o contrato de agência (e não para o de concessão comercial) que, com apenas um pré-aviso de três meses, o mesmo possa ser denunciado.

A este propósito, a jurisprudência belga, francesa, italiana, alemã, espanhola e também a nossa, têm entendido que o contrato de concessão não pode ser rescindido intempestivamente, ou seja, sem um pré-aviso adequado, sob pena de a rescisão ser declarada de má-fé, e obrigando o concedente a indemnizar. Segundo o autor OSVALDO J. MARZORATI⁴⁹, *“en el derecho español, rige el principio de que la perpetuidade está renida com la naturaleza misma de la relación obligatoria y por ende, tal pacto, sería contrario al orden pública...”*. E acrescenta que *“...existe sempre implicitamente el derecho de denuncia, lo que no implica que dicho derecho pueda ser ejercido de mala fé o obusivamente por cualquiera de las partes en cuyo caso da lugar a la obligación de indemnizar...”*⁵⁰.

Acontece que, por respeito ao princípio da boa-fé, podemos afirmar que o facto de o período de pré-aviso necessário ser de apenas três meses (para os casos em que o contrato de concessão comercial tem uma vigência igual ou superior a 3 anos), carece de razoabilidade, na medida em que se revela manifestamente curto, por exemplo, para um contrato que já dura há uma década. Nos termos do estipulado no artigo 28º, n.º 1, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, os prazos variam consoante a longevidade do contrato, o que faz todo o sentido mas, estabelecer como limite máximo de prazo de pré-aviso (alínea c)), o período de três meses é extremamente escasso. Aliás, a própria

⁴⁹ MARZORATI, Osvaldo J., ob. cit., pp. 157, ss.

⁵⁰ Em Espanha, a jurisprudência começou cedo a permitir a denúncia do contrato de concessão comercial. O Tribunal Supremo, na Sentença de 21 de Outubro de 1966 sobre a venda de produtos “Kas”, da Sociedade Anónima de Bebidas Carbónicas, admitiu expressamente que a denúncia unilateral do contrato de concessão comercial é válida, tomando esta decisão com base em doutrina estrangeira, que já existia na época e, por analogia, com artigos do Código Civil e do Código de Comércio que, de forma alguma, impõe uma obrigação por tempo indefinido.

Diretiva n.º 86/653/CEE acrescenta que os Estados- Membros⁵¹ podem fixar o prazo de pré-aviso em quatro, cinco ou 6 meses (nos casos em que o contrato vigora respetivamente, há quatro, cinco ou seis anos). Parece-nos mais adequado, uma vez que o período de pré – aviso tem como objetivo acautelar os interesses da contraparte, precavendo situações com gravidade, decorrentes de uma cessação contratual operada bruscamente, e sem que nada o fizesse prever. Atente-se que o denunciante deve causar à contraparte o menor dano possível com a denúncia, executando-a com a observância do princípio da boa-fé pois, caso contrário, poderá ter que indemnizar a parte lesada.

Com efeito, as alterações produzidas pelo Decreto – Lei n.º 118/93 neste ponto, não foram bem-sucedidas, porque na redação originária do Decreto - Lei n.º 178/86 (artigo 28º n.º1 c)) era exigido um prazo de pré-aviso, de três a doze a meses, para os contratos de duração superior a um ano, “*conforme a sua importância, as expectativas das partes e as demais circunstâncias do caso*”, o que refletia uma prevenção superior contra as decisões de extinção tomadas de forma repentina, em especial para os contratos de longa duração, consoante as envolvências de cada caso concreto. A este propósito, acresce sublinhar que a solução que as partes podem encontrar, de forma a proteger melhor os seus interesses, consiste na convenção contratual de prazos de pré-aviso mais alargados do que os estipulados no n.º1 do artigo 28º⁵². O próprio legislador admite expressamente esta possibilidade, no disposto no artigo 28º, n.º 3, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, o que implica que os prazos extremamente reduzidos, que vêm previstos no n.º1 do artigo 28º, e as consequentes debilidades que podem causar às partes, perante a incerteza de uma cessação de forma abrupta podem ser afastados⁵³. Esta disposição, prevista no artigo 28º, n.º3, do referido diploma, confere ainda uma especial tutela para com o agente e, por analogia, com o concessionário, ao não permitir que o concedente, por convenção das partes, possa ter um prazo de pré-aviso inferior ao do concessionário, apesar de o inverso poder acontecer. Justifica-se esta posição do legislador, que não se encontrava prevista na redação original do diploma, uma vez que

⁵¹ Como exemplo temos o §89,1 do H.G.B e o artigo 1750º do Código Civil italiano que têm previsto a possibilidade do prazo de pré-aviso poder ter a duração de seis meses.

⁵² Neste sentido Vd. PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., pp. 93-95.

⁵³ “*Os prazos legalmente estabelecidos só não poderão ser afastados por estipulação que os diminua*” (BARATA, Carlos Lacerda, ob. cit. p. 73).

o agente (e mesmo o concessionário), encontra-se numa posição mais vulnerável, necessitando de maior proteção jurídica⁵⁴.

Quando o pré-aviso não respeita o período de antecedência legalmente exigido, ainda que não deixando de extinguir o contrato, faz incorrer o denunciante na obrigação de indemnizar a outra parte, pois estamos perante um caso de responsabilidade civil por facto ilícito culposos.

Se o denunciante não respeitar o prazo de pré-aviso, constitui-se na obrigação de indemnizar o outro contraente, pelos danos causados com a falta de pré-aviso, em conformidade com o disposto no artigo 29º, n.º1, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho.

Em vez dessa indemnização, o diploma que regula o contrato de agência confere ao agente a possibilidade de exigir uma quantia calculada, com base na remuneração média mensal, auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelo tempo em falta, de acordo com o disposto no n.º 2, do artigo 29º.

Compreende-se que o legislador acautele nestes casos os inconvenientes decorrentes da cessação do contrato, porquanto ela resulta de um ato unilateral e discricionário, e poderá provocar prejuízos elevados para o não denunciante, que não teve tempo de se preparar para uma nova realidade comercial.

A denúncia do contrato não fundamenta, em regra, uma indemnização, por se tratar de um ato lícito. O direito à indemnização, neste tipo de contrato, com base na denúncia está ligado ao não cumprimento dos requisitos do pré-aviso. Não se indemniza porque o denunciante fez cessar o contrato, mas porque não avisou a contraparte com a devida antecedência.

Os danos indemnizáveis, quer os diretamente emergentes quer os lucros cessantes, são, por isso, os que estão relacionados apenas com a obrigação acessória que decorre do direito à denúncia, não podendo ser contabilizados para este efeito os danos que um dos intervenientes venha a ter que comportar a partir do momento da extinção do contrato.

Só na hipótese em que se verificasse a ilicitude do ato de denúncia, é que o agente teria direito, e a esse título, ao ressarcimento dos danos daí decorrentes, nos termos dos artigos 483º e 562º do Código Civil.

⁵⁴Neste sentido Vd. PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., pp. 95-96.

A escolha dos critérios para fixação da indemnização decorrente do incumprimento dos requisitos do pré-aviso é alternativa, e no caso da concessão comercial, devido ao facto de não estar tipificada, a jurisprudência vai ainda mais longe.

Com efeito, o Tribunal da Relação do Porto decidiu que *“no cumprimento dos deveres gerais de lealdade e de boa-fé na execução dos negócios jurídicos, o denunciante deve respeitar prazos de pré-aviso tidos como razoáveis e adequados ao tempo de duração do contrato, sob pena de se constituir na obrigação de indemnizar a contraparte pelos prejuízos resultantes da omissão, a calcular nos termos gerais da lei civil, abrangendo danos emergentes e lucros cessantes”*⁵⁵. Ou seja, ignora o pretenso prazo legal, para ter estabelecido que se deve ter em conta a duração efetiva transcorrida do contrato, para a razoabilidade temporal do pré-aviso.

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁵⁶, se guia por um prazo manifestamente extenso: *“...no contrato de concessão, impõe-se a exigência de um prazo alargado de pré-aviso, em função da necessidade de o concessionário efetuar investimentos de muito maior vulto, em relação ao agente, e de correr riscos de que este último está livre, o que acontece quanto ao escoamento dos bens em “stock”, correspondente ao período do ano económico”*.

Não obstante o artigo 28º, n.º1, alínea c), do dito diploma indicar um prazo de três meses, defendemos que, na esteira dos citados acórdãos e da doutrina maioritária, impõe-se a exigência de um prazo mais alargado de pré-aviso.

A indemnização pelos danos causados, pela falta de pré-aviso atempado da denúncia do contrato de concessão, abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, todos eles de natureza patrimonial, mas não os danos de carácter não patrimonial.

Recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 2010⁵⁷, vai no mesmo sentido, o que revela que a nossa jurisprudência maioritária tem, de facto, um sentido protecionista para com o concessionário.

⁵⁵ Ac. do TRP, de 15 de Setembro de 1994, in www.dgsi.pt.

⁵⁶ Ac. do TRC, de 5 de Novembro de 2002, in www.dgsi.pt.

⁵⁷ In www.dgsi.pt.

4- INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

4.1- Regime Jurídico

Trata-se do tema que cria mais conflito, e sobre o qual existem maiores divergências. Alguns países legislaram o contrato de concessão comercial com um sentido altamente protecionista para com o concessionário⁵⁸, e outros têm deixado aos tribunais o cuidado de estabelecer regras jurisprudenciais de convivência a respeito do tema, relativamente à concessão com prazo fixo e com prazo indeterminado. Esta última, com maiores reservas, pois a sua rescisão antecipada, sem uma causa justificativa, originará um dano acrescido ao concessionário (pela imprevisibilidade do acontecimento), e este tem o direito, na nossa opinião, de ser indenizado.

Com efeito, nos contratos de prazo fixo, a cessação de um negócio que, por vezes, é de grande envergadura não costuma acontecer sem a existência de uma justa causa. O concessionário tem o seu negócio de distribuição à disposição do concedente, e tem investido tempo e esforço em enquadrar-se nos requisitos deste, tendo como expectativa, uma determinada duração para poder amortizar os custos do seu investimento. Neste contexto, parece justo que se o concedente decide extinguir antecipadamente a concessão, sem provar determinada causa grave imputável à contraparte, deva indemnizar o concessionário pelo trabalho já realizado. No entanto, esta indemnização não constitui a indemnização de clientela, mas sim outro tipo de indemnização que as partes envolvidas possam ter direito.

O artigo 33º, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, prevê para o contrato de agência a possibilidade de o agente ser indemnizado por clientela, preceito este, que também defendemos que deva ser aplicado, sempre que a analogia se verifique, ao contrato de concessão comercial⁵⁹.

⁵⁸ Guatemala, Honduras, Porto Rico, Costa Rica (Vd. MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, ob. cit., pp. 116, ss.).

⁵⁹Vd. PINTO MONTEIRO (PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, ob. cit., p. 163). justifica esta aplicação afirmando que “os contratos de concessão e de franquia envolvem, frequentemente, uma actividade e um conjunto de tarefas similares à da agência, estando os contraentes unidos, de modo idêntico, por relações de estabilidade e de colaboração e comungando de um objectivo comum”.

A razão de ser deste direito, segundo a expressão feliz de PINTO MONTEIRO, prende-se no facto de que, com a cessação contratual, o agente (e o concessionário) passa a ser “despojado de um valor que ajudou a criar e em cujas vantagens participava”⁶⁰. A indemnização por clientela visa assim, “compensar o agente pelo enriquecimento que continua a proporcionar ao principal”⁶¹.

Em caso de denúncia ou resolução do contrato, para além dos prejuízos provocados pela eventual omissão do pré-aviso ou falta de causa justificativa de resolução, tem o concessionário direito à denominada indemnização de clientela

Este tipo de indemnização, sendo próprio do contrato de agência, é extensível, por analogia, ao contrato de concessão, uma vez verificados os necessários pressupostos, tal como defende a doutrina e jurisprudência maioritárias.

Nos termos do artigo 33º, n.º1, do diploma que regula o contrato de agência, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que verificados, cumulativamente, os seguintes requisitos: “o agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; a outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato da atividade desenvolvida pelo agente; o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos em a)”⁶².

Reportando-se ao contrato de agência, determinados autores referem-se a um carácter ressarcitório da indemnização, na medida em que visaria ressarcir o agente dos danos inerentes à perda de clientela⁶³, outros aproximam-na à indemnização de antiguidade, típica das relações de contrato subordinado⁶⁴. No que diz respeito ao carácter ressarcitório, a questão também deve ser colocada na concessão comercial, mas comparar às relações de contrato subordinado apenas poderia fazer sentido no que diz respeito ao contrato de agência.

⁶⁰ Cfr. PINTO MONTEIRO, António, in “RLJ”, 133º-274.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*.

⁶² Dispõe ainda o n.º 2 que “em caso de morte do agente, a indemnização de clientela pode ser exigido pelos herdeiros”. O n.º 3 dispõe que “não é devida indemnização de clientela se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente ou se este, por acordo com a outra parte, houver cedido a terceiro a sua posição contratual”. Por fim, o n.º4 estipula que “extingue-se o direito à indemnização se o agente ou seus herdeiros não comunicarem ao principal, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, que pretendem recebê-la, devendo a acção judicial ser proposta dentro do ano subsequente a esta comunicação”.

⁶³ Neste sentido Vd. p. ex., BALDI, Roberto, *Il contratto di Agenzia*, Milão, Giuffrè, 1992, pp. 204, ss.

⁶⁴ Neste sentido Vd. p. ex., FORMIGGINI, *Il Contratto di Agenzia*, in “Novissimo Digesto Italiano”, I, pp. 155-156.

Ente nós, uma parte da doutrina⁶⁵, corrobora a ideia de a natureza desta indemnização estar diretamente relacionada com o direito à retribuição do agente, por resultados advenientes da sua atividade, que só se repercutem no futuro, o que faz com que o agente deva ser compensado pelos ganhos que não receberá com a extinção contratual. Esta posição da doutrina, referindo-se ao regime do contrato de agência, quase faz transparecer uma ideia de remuneração, o que consideramos descabido no que se refere à natureza da concessão comercial. Com efeito, a natureza deste contrato provoca alguns riscos para o concessionário devido às características relacionadas com a independência deste para com o concedente, o que nunca possibilitaria uma indemnização que se fundamentasse numa espécie de aproximação à remuneração (que o agente até poderia ter direito).

Concordamos com a posição de que não estamos perante uma verdadeira indemnização, na medida em que não se visa, em sentido técnico, reparar um dano do qual decorreria responsabilidade civil. No entanto, consideramos que a posição que, em nosso entender, se deve aplicar à concessão comercial é a de PINTO MONTEIRO, que faz referência a uma natureza estritamente “*compensatória*” dos resultados decorrentes da atividade que o concessionário já realizou na vigência do contrato, e que trarão repercussões positivas futuras, para o concedente, após a extinção da relação contratual existente entre os dois intervenientes; ou seja, refere-se a uma natureza estritamente compensatória da indemnização de clientela⁶⁶.

No nosso entendimento, deve aplicar-se analogicamente ao contrato de concessão comercial esta doutrina referente ao contrato de agência, adaptando-a de forma a considerar que o concedente continuará a obter lucros provenientes da atividade do concessionário, após o período de vigência do contrato.

Para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “*quer para a doutrina que vê na indemnização de clientela uma verdadeira indemnização, quer para a doutrina da “compensação” (fundada no instituto do enriquecimento sem causa), a clientela é o centro das atenções, em torno do qual se organizam os argumentos dos partidários de uma e de outra – logo, uma das questões em torno da qual gravita a da atribuição de uma indemnização de clientela é, à partida, a da “propriedade” da própria clientela*

⁶⁵Neste sentido Vd. BARATA, Carlos Lacerda, ob cit., pp. 93, ss.; BRITO, Maria Helena, ob. cit., pp. 131-132 e GOMES, M. Januário, ob. cit., p. 35.

⁶⁶ Assim, MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência – Anteprojecto...*, ob. cit., p.116.

em causa”⁶⁷, apesar de esta posição ser contestada pelos autores que defendem que a clientela, neste aspeto, deve ser entendida como elemento representativo da diminuição do benefício capitalizado devido à cessação do contrato⁶⁸.

Com efeito, se não houvesse a denúncia ou a resolução do contrato, o concessionário receberia a sua percentagem habitual de lucros decorrentes da distribuição de produtos que compra ao concedente, da *clientela* que angariou. Desta forma, a não obtenção de ganhos num período pós-contratual por parte do concessionário pode corresponder a um aumento de proveitos por parte do concedente, o que fundamenta uma compensação pela atividade que permitiu esse resultado.

Parece-nos ainda importante esclarecer que, mesmo nos casos em que a cessação contratual se deve à iniciativa do próprio concessionário, ou por vontade do concedente, mas justificada por facto imputável ao concessionário, o direito à indemnização de clientela, se não fosse o estipulado no artigo 33º, n.º3, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, continuaria a subsistir, no caso de estarem preenchidos os requisitos⁶⁹. Tendo em conta que a natureza da indemnização, para nós, reveste um carácter estritamente compensatório e não sancionatório, somos da opinião de que se justifica esta indemnização de clientela ao concessionário, mesmo nos casos de resolução do contrato por facto imputável a este⁷⁰, ou de denúncia pelo próprio⁷¹, o que também revela o carácter independente deste instrumento, estipulado no artigo 33º do referido diploma. No entanto, no que diz respeito ao contrato de agência, o legislador adotou uma posição menos feliz, face ao silêncio da redação original, ao estipular expressamente no n.º 3 do artigo 33º (na alteração introduzida pelo Decreto – Lei n.º 118/93, de 13 de Abril), a não aplicação desta indemnização, nos casos referidos, e no caso de cessação da posição contratual a terceiro com acordo do principal, nos termos do artigo 424º do Código Civil⁷².

⁶⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia. Franchising. Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001, pp 275 e 276.

⁶⁸ Cfr. ECHEBARRÍA SAENZ, Joseba, *El Contrato de Franquicia. Definición y Conflictos en las Relaciones Internas*, McGraw- Hill, Madrid, 1995 *apud* RIBEIRO, Maria de Fátima *ob. Cit.*, pp275 e 276.

⁶⁹ Assim, GOMES, M Januário, *ob. cit.*, p. 35; PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anteprojecto...*, *ob. cit.*, p. 117; BARATA, Carlos Lacerda, *ob. cit.*, p 85.

⁷⁰ Art. 30º a) do Decreto – Lei N.º 178/86, de 3 de Julho.

⁷¹ Art 28º e 29º do Decreto – Lei N.º 178/86, de 3 de Julho.

⁷² O § 89b H.G.B) do Direito Alemão e o Direito Suiço (art. 418u Código das Obrigações) também estipulavam que nestes casos não havia lugar a indemnização de clientela. O artigo 1751 do Código Civil Italiano não proibia a indemnização de clientela nos casos em que houve vontade ou facto imputável ao concessionário.

Obviamente, não poderá ser qualquer acréscimo de clientela ou benefício mínimo que originará o direito à indemnização de clientela. É necessário um acréscimo “*substancial*” do volume de negócios do concedente, ou um aumento relevante do número de clientes, deixando-se ao cuidado da jurisprudência a correta interpretação dos conceitos abrangentes aplicados pelo legislador. O mesmo acontece com o requisito previsto na alínea b), uma vez que o preceituado estipula que se verifique um benefício relevante na atividade do concedente, causado pela boa execução contratual do concessionário e, nessa medida, é imprescindível que se demonstre, com um elevado grau de probabilidade, que os benefícios (nos casos em que ainda se venham a verificar) serão relevantes e se devem ao comportamento do concessionário, durante o período de vigência do contrato. Ou seja, não é indispensável que os benefícios do concessionário já se tenham verificado, bastando que sejam de provável ocorrência, tal como sustenta PINTO MONTEIRO⁷³, utilizando como fundamento a orientação da jurisprudência alemã.

CAROLINA CUNHA⁷⁴, referindo-se ao contrato de agência, esmiuça o tema, concluindo que o benefício considerável do concedente se basta com a ponderação de toda e qualquer vantagem relevante financeiramente. Portanto, faz alusão a qualquer proveito que, através do aumento da procura originado pela atividade do concessionário, possa fazer beneficiar o concedente. Estes proveitos estão relacionados com a realização de futuras transações, clientes já angariados, aumento do grau de exposição dos bens, constatação de benefícios economicamente relevantes ou com a própria manifestação do alargamento da quota de mercado.

Com efeito, os requisitos têm como fundamento o facto de existir uma transferência de clientela do concessionário para o concedente, em que a execução do contrato de concessão comercial permitiu gerar benefícios que terão repercussões, após a cessação do contrato. Deste modo, justifica-se a atribuição de uma indemnização específica ao concessionário, pelo concedente, de forma a compensar o primeiro pela atividade desenvolvida durante a execução do contrato, que trará mais-valias futuras para o segundo.

Seria de grande injustiça determinado concessionário aumentar drasticamente as vendas de um concedente em determinada área de atuação, fidelizar clientela e, nesse

⁷³ PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência – Anotação...*, ob. cit., pp 104 – 105.

⁷⁴ CUNHA, Carolina, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

momento, acontecer uma extinção do contrato de concessão comercial, sem qualquer contrapartida do concedente, que possibilitaria a atuação deste nesse mercado. É claro que, deste tipo de contrato, decorrem riscos mas, no caso em apreço, se não fosse atribuída a indemnização de clientela, existiria um claro desfavorecimento para com o concessionário, que se encontraria permanentemente sob o risco de estar a desenvolver um mercado que seria proveitoso no futuro, apenas para o concedente. Para este último, o direito de rescindir, sem compensações relacionadas com a clientela, constituiria quase um estímulo, o que poderia prejudicar o desempenho da própria distribuição comercial. Com efeito, o concessionário chegaria à conclusão de que poderia não ser proveitoso angariar um elevado número de clientes ou desenvolver mercado de forma clara, pois o concedente, com o direito de dispor da cessação do contrato nesta circunstância, sem qualquer tipo de indemnização que satisfaça o concessionário pelos clientes angariados, usufruiria obviamente desse direito.

Note-se que vigora o princípio “*actori incumbit probatio; reus in excipiendo fit actor*”. Portanto, não se tratando de ação de simples apreciação negativa⁷⁵, estamos perante um direito (indemnização de clientela), para a existência do qual são necessários os três requisitos cumulativos.

Ou seja, o direito só se constitui se perfiladas essas situações de facto. Com efeito, o ónus da prova destes requisitos incumbe ao concessionário.

Acresce fazer referência ao facto de o concessionário⁷⁶ dispor do prazo de um ano, após a cessação do contrato, para comunicar à contraparte que pretende receber esta indemnização, e um novo prazo de um ano para a provável necessidade da ação judicial, nos termos do artigo 33º n.º 4 do diploma *supra*. A estipulação feita por este articulado aos herdeiros, apenas faz sentido em relação ao contrato de agência, uma vez que o contrato cessa obrigatoriamente com a morte deste, o mesmo não podendo ser dito sobre o contrato de concessão comercial e o concessionário.

Defendemos que, em traços gerais, quando um contrato de concessão termina por razões que não sejam imputáveis ao concessionário, este tem o direito de exigir do concedente uma compensação denominada “*indemnização de clientela*”. Para tanto, tem ainda de demonstrar que, com a atividade que desenvolveu na vigência do contrato, angariou novos clientes para o concedente, ou aumentou substancialmente o volume de

⁷⁵ Artigo 343º do Código Civil.

⁷⁶ Atente-se que nos termos do art. 33º n.º2 do Decreto – Lei N.º 178/86, de 3 de Julho, a indemnização de clientela transmite-se mortis causa no contrato de agência. No entanto a morte do agente é causa de caducidade do contrato de agência (art. 26º alínea c)).

negócios deste com os clientes já existentes, e que a cessação do contrato provocou um benefício considerável no concedente.

4.2- Tratamento do problema noutros ordenamentos

Em França, existe uma grande parte da doutrina, que defende uma posição, em que o concessionário não tem direito à designada indemnização de clientela. GUYÉNOT⁷⁷ estudou profundamente o tema, e concluiu que a clientela de um concessionário pertence à marca, é fiel a ela e, por isso, o concessionário não deveria ter direito a uma indemnização, com a cessação do contrato baseada nessas circunstâncias. Com outras justificações, mas com o mesmo resultado, CHAMPAUD⁷⁸ defende que a clientela não pertence ao concessionário nem ao concedente e, por isso mesmo, nega também a possibilidade de uma indemnização.

A doutrina francesa como forma de contrariar o regime que vigora na Bélgica, defende que a *Lei Henckaerts* foi aceite no parlamento, pela simples razão de os deputados não terem de se preocupar mais com os interesses das concessionárias de automóveis que a inspiraram, uma vez que não existe nenhum construtor de automóveis belga, que poderia ser um entrave⁷⁹ e, como tal, esta legislação nunca poderia ser adotada em França. Neste país, continua a existir grande polémica sobre a necessidade de dar estabilidade às pretensões das concessionárias e, não obstante, se tem defendido que as disposições de direito comum, são suficientes para fazer face às reclamações dos concessionários.

A Lei Belga, quando estatuí sobre a rutura injustificada da concessão, atribui ao concessionário, a título de indemnização, a mais-valia de clientela que, de forma flagrante e notável, o concessionário possa ter gerado ao concedente graças à gestão do primeiro. Acrescenta ainda as indemnizações laborais, e de outros danos que possam ser causados pelo concedente ao concessionário (artigo n.º3º).

Por sua vez, a indemnização que prevê o regime brasileiro, para o caso de não se provar a culpa do concessionário, é de carácter tarifado e, em vez de discutir a clientela

⁷⁷Cfr. GUYÉNOT, Jean, *Les Contrats de concession commerciale*, 16ª, Sirey, Paris., pp. 400-405.

⁷⁸ Cfr. CHAMPAUD, Claude, ob. Cit., 1963-477.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, 1972-558.

ou o valor dos danos emergentes (que não são excluídos, podendo ser convencionados contratualmente), estabelece como compensação de um valor de perdas e danos, uma percentagem fixa relacionada com a média contabilizada nos anos anteriores ao término do contrato, e uma soma variável relativa ao tempo de duração do contrato, para além da obrigação de voltar a comprar as instalações e tudo o que está inventariado (artigo 24º da Lei 6729). A lei brasileira vai ainda mais longe, pois prevê a obrigação de o concedente comprar ferramentas e inventários ao concessionário, na circunstância de não ser renovado o contrato findos cinco anos de vigência⁸⁰. No entanto, os tribunais europeus têm estado reticentes no que se refere à existência desse direito por parte do concessionário, dado que a obrigatoriedade da aquisição destes *itens*, por parte do concedente, constituiria um privilégio para o concessionário, comparando com outros comerciantes autónomos. Esta situação até poderia ser justificada em determinado caso isolado (uma vantagem de não haver tipificação na lei em muitos ordenamentos jurídicos europeus), mas seria descabido sustentar-se uma posição generalista a este respeito⁸¹.

A lei norte-americana sobre o tema é breve, mas foi realizada após largos debates parlamentares e projetos baseados em reclamações efetuadas pelos concessionários, que pretendiam equilibrar legislativamente o poder económico dos fabricantes⁸². Esta lei prevê o direito de um concessionário ser ressarcido por um fabricante, quando este não tenha atuado de boa-fé, no termo do contrato ou na não renovação deste. Para este efeito, a lei norte-americana considera que o termo “*boa-fé*”, deve ser definido como o dever de cada parte de uma concessão atuar de forma imparcial e equitativa face à outra, de forma a garantir que qualquer das partes se encontre livre de qualquer tipo de coerção, intimidação ou ameaças, pelo que se encara que uma recomendação ou mesmo o apoio a determinada posição contrária à outra parte, não será interpretada de forma a constituir um ato de má-fé. É de concluir que foram criadas dificuldades por esta conjuntura, uma vez que, desta forma, não permite indemnizações de vulto para o concessionário. Com efeito, os críticos do regime que regulamenta a concessão comercial, com alguma razão, demonstram preferência em

⁸⁰ No Brasil, A Lei Ferrari, referindo-se ao mercado dos automóveis, disciplina a não renovação ou resolução do contrato de concessão de veículos automotores, garantindo ao concessionário a indemnização pela perda da oportunidade de explorar o mercado que ele ajudou a criar. Por exemplo, o concedente fica obrigado a readquirir o stock de carros novos e componentes do concessionário.

⁸¹ Assim, MUÑOZ, Teresa Puente, *El Contrato de Concesión Mercantil* in “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*”, 1976, p. 226.

⁸² Vd. “*Hearing U.S. Congress*”, Dealer Franchises 84 Congress, 2nd Sess. 1956 *apud* MARZORATI, Osvaldo J., *ob. cit.*, p. 170.

entregar exclusivamente às partes a discussão dos seus próprios problemas, considerando que qualquer legislação, restringindo a liberdade das partes contratantes a ajustar-se a novas condições e ditando as suas condutas privaria ambos, de forma irremediável, da flexibilidade inerente às suas relações contratuais e alimentaria a rigidez dos acordos⁸³.

Entre nós, defendemos⁸⁴ que o regime mais justo é o da Bélgica, uma vez que concordamos que um aumento da profundidade de uma marca em determinado mercado, graças ao desempenho de um concessionário, justifica uma indemnização de clientela. Com efeito, esta constituiria uma compensação pelo trabalho desempenhado que será agora uma mais-valia do concedente ou de outro concessionário no mesmo território, apesar de, em Portugal, este mecanismo não se encontrar tipificado como acontece na Bélgica.

4.3- A resposta ao problema à luz do ordenamento jurídico português

Como vimos, esta indemnização consiste no “*ressarcimento*” de uma mais-valia acrescida colocada ao serviço do concedente, criada ou incrementada pelo esforço do concessionário.

Ao contrário do contrato de agência⁸⁵, no qual não é exigida a indemnização de clientela em algumas formas de cessação, na concessão comercial esta compensação é devida, seja qual for a forma por que se põe termo ao contrato, ou o tempo por que este foi celebrado, e acresce a qualquer outra indemnização a que haja lugar (por exemplo, por falta ou insuficiência de pré-aviso ou por violação do contrato pelo concedente).

Mesmo que o concessionário não sofra um prejuízo específico, justifica-se essa compensação, pelos benefícios que a outra parte venha a conseguir, independentemente de eles já se terem verificado, bastando a possibilidade de eles virem a ocorrer.

No contrato de agência, contrariamente ao que sucede no contrato de concessão comercial, o agente atua por conta do principal, razão pela qual, cessando o contrato, a

⁸³ Vd. KESSLER, Friedrich, Vertical integration through contract, en “Yale Law Journal”, vol. 66, jul. 1957, *apud* MARZORATI, Osvaldo J., ob. cit., p. 171.

⁸⁴ Doutrina maioritária.

⁸⁵ Por força do art. 33º n.º3 do Decreto – Lei N.º 178/86, de 3 de Julho.

clientela fica ao dispor do principal e não do agente, que não tem meios jurídicos de poder vir a aproveitar-se dos mesmos, sendo certo que é a execução do seu próprio trabalho que permite transformar a clientela, meramente potencial, ligada a uma marca do principal, numa clientela real e, juridicamente relevante. Com efeito, na concessão comercial o concessionário é independente, executando a sua atividade em seu nome próprio e por sua conta, o que dificulta mais a prova de que os benefícios de um concedente, num período pós-contratual, se devem à atividade exercida pelo concessionário no período de vigência do contrato, como por exemplo, relacionadas com a manutenção ou aumento das vendas num novo estabelecimento do concedente, na mesma área de atuação e com a mesma marca. Porém, a falta deste pressuposto pode ser suprida se, no decurso do contrato, o concedente tiver acesso aos dados da clientela, em poder do concessionário, através do cumprimento, por este último, de deveres contratuais com este alcance, em termos tais, que a clientela fique acessível ao concedente, quando findar a relação deste com o concessionário.

Importa, finalmente, proceder à quantificação da indemnização de clientela.

Dispõe o artigo 34º, do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que “ *a indemnização de clientela é fixada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual, calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos...*”

O facto de o legislador, praticamente, se ter limitado a fixar um teto máximo, remetendo a decisão para critérios de equidade, de forma a serem atribuídas indemnizações razoáveis e equilibradas dentro do circunstancialismo de cada caso, fez com que a quantificação da indemnização de clientela constituísse uma tarefa ingrata e complexa. As dificuldades provenientes deste tipo de articulado, referente ao critério da equidade⁸⁶, devem ser superadas com o recurso, em última instância, ao “*produto de uma decisão humana que visará ordenar determinados problemas perante um conjunto articulado de proposições objetivas*” como nos elucida MENEZES CORDEIRO⁸⁷. A remessa do legislador para *critérios de equidade* relativamente à quantificação da

⁸⁶ Segundo JOANA VASCONCELOS (VASCONCELOS, Joana, *Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativas ao Dec. Lei n.º 178/86*, em *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I, pp. 243, ss.), baseada em doutrinas dominantes na Alemanha e em Espanha sobre este problema, a equidade desempenha uma função essencialmente racionalizadora que conduz à redução do *quantum* indemnizatório que resultaria da aplicação dos demais requisitos (p. 256).

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, António, “*O julgamento de equidade*”, em *O Direito*, ano 122º, pp.272-273).

indenização, apenas limitada objetivamente por um valor máximo, deixa bem clara a intenção de afastar um critério puramente matemático.

Por sua vez, PINTO MONTEIRO afirma que *“na delimitação e quantificação do direito de indenização de clientela devem ponderar-se os benefícios para o principal (no contrato de agência) ou para o concedente, a par dos prejuízos para o agente ou para o concessionário, de modo a que seja repostos o equilíbrio das prestações”*⁸⁸.

A jurisprudência tem vindo a aplicar esta doutrina, como retiramos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Maio de 2012, que refere que *“a quantificação da indenização de clientela por parte do Tribunal implica a ponderação, segundo critérios e juízos de equidade, da globalidade das circunstâncias e dos fatores de ordem quantitativa (número de clientes, número de anos de duração do contrato, volume de negócios, etc.) e qualitativa, estando limitada à média ponderada do lucro líquido obtido nos últimos 5 anos”*⁸⁹.

Ou seja, conforme jurisprudência e doutrina corrente, o que interessa para o efeito é o lucro líquido, o qual não se confunde com a margem de comercialização⁹⁰.

Uma vez que o concessionário não é remunerado, a compensação de clientela será calculada, equitativamente, em função da média do rendimento anual líquido auferido durante os últimos cinco anos, ou da média do período em que o contrato esteve em vigor, que funciona como o limite quantitativo máximo a considerar.

Atualmente, como é possível extrair, por exemplo, de um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Maio de 2012⁹¹, referente a uma indenização relacionada com um concessionário de automóveis, os Tribunais têm vindo tendencialmente a proteger os interesses dos concessionários, atribuindo indenizações de relevo. No caso em apreço, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça aumentou o montante da indenização devida, que o Tribunal da Relação tinha reduzido do Tribunal da Primeira Instância. O conflito deveu-se ao facto de o concessionário ter continuado a tratar da

⁸⁸ PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, ob. cit., p. 158.

⁸⁹ Também recentemente o Ac. do STJ de 24 de Janeiro de 2012 (www.dgsi.pt), referente a um concessionário de automóveis, para a quantificação da indenização de clientela transmite a consideração de que é necessário ter em conta juízos de equidade para cada caso concreto. O baixo nível de fidelização no mercado automóvel, o especial relevo da marca na escolha do veículo novo, o período de duração do contrato, o incremento da venda de automóveis ou os investimentos da concessionária e os da concedente foram tidos em conta na quantificação.

⁹⁰ Cfr. o Ac. do STJ de 15 de Novembro de 2007, o Ac. do STJ de 13 de Setembro de 2007 e o Ac. de 23 de Novembro de 2006 (www.dgsi.pt).

⁹¹ Cfr. www.dgsi.pt.

assistência do produto após a cessação contratual, pelo que acabaria por estar a ser compensado pela atividade que executou durante a vigência do contrato, o que não justificaria a necessidade de uma indemnização de clientela. No entanto, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça evidenciou o facto de que a continuação do exercício da sua atividade, designadamente de reparação dos veículos do qual era concessionário e venda de peças adquiridas a outros concessionários da mesma marca, não colide com o direito de indemnização de clientela. Teceu ainda considerações no sentido de que não existia uma ligação entre essa atividade e a prevista no contrato de concessão comercial, e mencionou o facto de o concedente continuar a ter acesso aos contactos de clientes angariados pelo concessionário, na vigência do contrato.

É pertinente realçar que a indemnização de clientela tem como objetivo primordial a atribuição ao concessionário de uma compensação pelos ganhos futuros que o concedente venha a auferir e, como vimos, apenas é necessário que haja uma determinada probabilidade para tal acontecer, não sendo essencial a verificação dos proveitos concretos. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Novembro de 2009⁹², também reflete conclusões semelhantes, ao considerar que é suficiente um “juízo de prognose” que permita aferir a possibilidade do concedente obter ganhos, “sem necessidade da prova de que os obteve efetivamente”.

Obviamente, este juízo de prognose acarreta dificuldades substanciais, e CAROLINA CUNHA, para colmatar a característica de que o juízo de prognose possa ser demasiado relativo, refere-se ao “padrão do empresário médio”, colocado no caso concreto, de forma a poderem ser apreciados os efeitos que possam ser imputados à atividade do concessionário que presumivelmente traduzirão um benefício relevante⁹³.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Maio de 2012, concluiu então que o concessionário “*exerce a sua atividade no sector automóvel, de venda de veículos novos e usados, venda de peças ou realização de reparações e fá-lo com total liberdade, não havendo qualquer impedimento a que pela mesma sejam vendidos veículos usados da marca (...) (do concedente) ou sejam realizadas reparações, atento o know how adquirido durante o período de duração do contrato de concessão*”.

Quer dizer, se por um lado os tribunais têm vindo a aplicar à concessão algumas normas do contrato de agência, através do Decreto – Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, por outro têm ido mais longe, admitindo indemnizações que por vezes se têm revelado

⁹² In. www.dgsi.pt (no mesmo sentido, Cfr. o Ac. do STJ, de 13 de Abril de 2010 in www.dgsi.pt)

⁹³ CUNHA, Carolina, ob. cit., pp. 185-190.

muito superiores. Justifica-se, especialmente pelo facto do concessionário atuar em seu nome e por sua conta, o que acarreta riscos elevados, ao contrário do agente.

Entre nós, à indemnização de clientela com a sua natureza estritamente compensatória, é usual a acumulação de outros tipos de indemnização⁹⁴.

De facto, e porque não há regulamentação específica para este tipo de contrato, é necessário aferir caso a caso. Trata-se, portanto, de uma imprescindível necessidade no que toca a todas as características do contrato de concessão comercial, justificadas pela sua falta de regulamentação. PINTO MONTEIRO, referindo-se ao concessionário, considera que, na análise do caso concreto, deve-se ter “*sempre presente o relevo que deve atribuir-se (...) ao grau de intensidade com que se afirmam, em cada situação, as notas que permitem equiparar tais sujeitos ao agente*”⁹⁵.

⁹⁴ Assim, é de considerar por exemplo que a interrupção abrupta de uma concessão pode obrigar à retoma de *stocks*, mesmo que não haja danos não patrimoniais. Concordando com as palavras de MARIA HELENA BRITO (BRITO, Maria Helena, ob. cit., p.242), quando sucede o caso de o concedente comprar os bens que o concessionário mantém em *stock* (justificado pela boa fé contratual), não acarreta um agravamento de dimensão relevante para o concedente, pois este tem a possibilidade de os voltar a vender a um novo concessionário, ou passar a ser ele próprio a cuidar de todos os processos de distribuição, até ao consumidor final.

Por vezes, ainda se impõe uma indemnização por investimentos feitos pelo concessionário com a sua mão-de-obra (formação por exemplo) e que venha a perder interesse. É possível que caiba ainda indemnizar pelas despesas relacionadas com despedimentos coletivos, restituição de subsídios do Estado, eventuais incumprimentos ocasionados junto dos fornecedores, etc.

⁹⁵PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, ob. cit., p. 168.

CONCLUSÃO

Depois de todo este percurso, encontramos-nos com capacidades de afirmar com uma certa segurança que, em Portugal, é, quase de forma unânime, incentivada a aplicação analógica do Decreto – Lei n.º178/86, de 3 de Julho, com as necessárias adaptações.

Como nos foi permitido constatar, as raízes deste contrato são antigas e foram sofrendo alterações ao longo dos tempos, que foram também alterando as características do mesmo.

O próprio diploma que, não raras vezes, é aplicado à concessão comercial, também sofreu uma alteração importante em 1993 que modificou, de forma evidente, muito do legislado na redação original mas, neste momento, foi-nos revelada uma das grandes vantagens da não tipificação, que consiste no facto de o contrato de concessão comercial, por si só, não estar sujeito à aplicação desse diploma.

Uma das premissas mais importantes deste trabalho fundava-se na aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial. Com efeito, pudemos concluir que, no nosso ordenamento, a mesma é aplicada de forma muito protecionista para com o concessionário pela nossa jurisprudência e doutrina maioritária, o que acarreta diferenças relevantes para com outros ordenamentos jurídicos.

Não obstante as diferenças profundas de características entre a agência e a concessão (apesar de ser um contrato com o qual tem algumas semelhanças), afigura-se-nos importante realçar que a aplicação do diploma que tipifica a primeira, em ambas, só é possível com alguma complacência. Com efeito, no que diz respeito às formas de cessação e à indemnização de clientela, a aplicação do diploma que regula o contrato de agência, só é incentivada pela doutrina e jurisprudência atuais, com importantes ajustamentos. Justifica-se esta cautela, pelo facto de os riscos superiores inerentes às funções de concessionário, não poderem ser regulados da mesma forma que a posição menos independente do agente.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 2º, Coimbra, Almedina, 2000.

BALDI, Roberto, *Il contratto di Agenzia*, Milão, Giuffrè, 1992.

BAPTISTA MACHADO, João, in “*RLJ*”, 120-87.

BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa, Lex, 1994.

BRANDAO PROENÇA, José Carlos, *A resolução do contrato no direito civil – do enquadramento e do regime*, separata do suplemento ao “*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*”, vol. XXII, Coimbra, 1982.

BRITO, MARIA HELENA, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990.

CAMPOS, Diogo Leite de, in “*o anatocismo- regras e usos particulares do comércio*”.

CHAMPAUD, Claude, *La concession commerciale*, in “*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*”, XV, 1963.

CHULIÁ VICENT, Eduardo, BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*, Tomo II, Madrid, J. M. Bosch Editor, S.A., 1994.

COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial, Contratos, Recuperação de Empresas*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

CUNHA, Carolina, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

ECHEBARRÍA SAENZ, Joseba, *El Contrato de Franquicia. Definición y Conflictos en las Relaciones Internas*, McGraw- Hill, Madrid, 1995.

FORMIGGINI, *Il Contratto di Agenzia*, in “*Novissimo Digesto Italiano*”, Milão.

GAMBA, Juncadella, “*Los contratos de agencia, distribución y representación en Centroamérica y Panama*”, 1973.

GASTALDI, “*El contrato de concession privada*”, s.l.

GOMES, M. Januário, “*Apontamentos sobre o Contrato de Agencia*”, s.l.

GUYÉNOT, Jean, *Les Contrats de concession commerciale*, 16^a, Sirey, Paris.

Hearing U.S. Congress, *Dealer Franchises 84 Congress*, 2nd Sess, 1956.

KESSLER, Friedrich, *Vertical integration through contract*, en “*Yale Law Journal*”, vol. 66, 1957.

LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., “*El desestimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudência al respecto*”, in *La Ley*, n.º 4, 1989.

MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MENEZES CORDEIRO, António, “*O julgamento de equidade*”, em *O Direito*, ano 122º.

MENEZES LEITÃO, Luís, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006.

MUÑOZ, Teresa Puente, *El Contrato de Concésion Mercantil* in “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*”, 1976.

PINTO MONTEIRO, António, *Contrato de Agência- Anteprojecto*, em “*BMJ*”, 360.

PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra, Almedina, 2004.

PINTO MONTEIRO, António, in “*RLJ*”, 133º, 274.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia. Franchising. Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001.

SCHULTHESS, Viktor, *Der Franchise vertrag nach schweizerischen Recht*, s.l.

URÍA, Rodrigo, “*Derecho Mercantil*”, 1ª Ed, Madrid, 1966.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, “*Teses*”, 2ª Edição, s.l., Almedina, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.

VASCONCELOS, Joana, *Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativas ao Dec. Lei nº 178/86*, em *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I.