

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

ANTÓNIO SARMENTO DE SOUSA MACHADO FONTES

A DENÚNCIA DO CONTRATO DE AGÊNCIA

– O PRÉ-AVISO À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS –

Dissertação elaborada no âmbito
do Mestrado de Direito e Gestão,
sob orientação do Mestre
Fernando Ferreira Pinto.

FEVEREIRO 2012

ÍNDICE

Agradecimentos.....	3
Abreviaturas e Siglas.....	4

1ª PARTE

§ 1.º Introdução

1. Sequência.....	5
2. A agência.....	5

§ 2.º Teoria dos Jogos

1. Generalidades.....	8
2. Jogos de Soma Nula, Soma Não Nula e Ponto de Equilíbrio.....	9
3. Cooperação e competição.....	10
4. Funções de Utilidade.....	13
5. «Behavioral Decision Theory».....	15
6. Conclusões.....	16

2ª PARTE

§ 3.º Denúncia

1. Formas de cessação do contrato – em especial, a denúncia.....	18
2. Fundamento da Denúncia.....	19
3. Tempo Mínimo?.....	23

§ 4.º Pré-Aviso

1. Definição, função e adequação.....	26
2. Até quando quer um agente trabalhar?.....	28
3. Pré-aviso – motivação, cooperação e risco.....	32
4. O Denunciante.....	34
5. Tempo ideal de pré-aviso.....	35

§ 5.º Epílogo

Conclusões.....	37
-----------------	----

Anexos.....	39
Bibliografia.....	51

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe e aos meus irmãos os conselhos que deram e a preciosa ajuda na revisão das várias versões deste trabalho.

Agradeço muito à Sra. Professora Fátima Barros, por todos os livros emprestados, pelos seus sábios conselhos e por me introduzir no fascinante mundo da Teoria dos Jogos.

Agradeço muito especialmente ao Mestre Fernando Ferreira Pinto, pela orientação, pela sua ajuda fundamental, pelas empolgantes discussões e por me pôr a procurar uma visão mais crítica e construtiva do Direito.

ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>ad libitum</i>	—	À vontade
art.(s)	—	Artigo(s)
ac.(s)	—	Acórdão(s)
BDT	—	Behavioral Decision Theory
BMJ	—	Boletim do Ministério da Justiça
CC	—	Código Civil
CCG	—	Cláusulas Contratuais Gerais
cf.	—	Conferir
cit.	—	Obra citada
CJ	—	Colectânea de Jurisprudência
CSC	—	Código das Sociedades Comerciais
Dir.	—	Diretiva
DL	—	Decreto-Lei
ed.	—	Edição
<i>et al.</i>	—	e outros
L	—	Lei
LCA	—	Lei do Contrato de Agência (DL nº 178/86, de 3 de Junho, com alterações introduzidas pelo DL nº 118/93 de 13 de Abril
nº(s)	—	Número(s)
p. (pp.)	—	Página(s)
p. ex.	—	Por exemplo
proc.	—	Processo
RLJ	—	Revista de Legislação e de Jurisprudência
s. (s)	—	Seguinte(s)
STJ	—	Supremo Tribunal de Justiça
v.	—	Ver
vol.	—	Volume

1ª PARTE

§ 1.º Introdução

1. Sequência

No presente trabalho pretende-se estudar a figura do pré-aviso na denúncia do contrato de agência. Esse estudo é feito numa perspectiva de compreender o pré-aviso à luz da Teoria dos Jogos.

Para tal, na 1ª Parte, após uma breve referência ao instituto da agência, proceder-se-á à exposição de vários tópicos de Teoria dos Jogos, tentando descortinar que efeitos têm as regras e o comportamento das partes na execução de um «jogo».

Na 2ª Parte, depois de uma abordagem sumária sobre a denúncia, seguir-se-á para a análise dos prazos de pré-aviso, o tema central da dissertação. Aí observar-se-á o pré-aviso tanto numa perspectiva económica, de acordo com os conceitos abordados na 1ª Parte, como jurídica, confrontando as conclusões dali retiradas com o regime legal atualmente em vigor.

2. A agência

I – O contrato de agência surgiu no século XIX, fruto da evolução económica e industrial¹. Com o passar do tempo, a figura do agente foi conquistando uma importância económica e social na Europa cada vez maior, de tal forma que o contrato de agência rapidamente passou de contrato socialmente típico para contrato tipificado na lei. Para além desta tipicidade, a agência alcançou também um papel de grande relevo enquanto paradigma dos contratos de distribuição²⁻³.

¹ V. MERCADAL VIDAL, *El Contrato de Agencia Mercantil*, pp. 37 ss.; BALDI, *Il Contratto di Agenzia*, pp. 1 ss.; MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Agência*, pp. 109 ss.; LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, p. 13 e ss.; JANUÁRIO GOMES, *Da Qualidade de Comerciante do Agente Comercial*, p. 9; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial* p. 657 ss.; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 79.

² Pese embora no contrato de agência, ao contrário dos restantes contratos de distribuição (como por exemplo os de concessão ou de franquia), não haja transmissão de propriedade.

³ Sobre o paradigma da agência, v. por todos PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 28, 29 e 64 ss.

II – O DL nº 178/86⁴, comumente conhecido como Lei do Contrato de Agência (LCA), define a agência no seu artigo 1º, nº 1, como sendo “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição”. O agente atua, portanto, por conta do principal⁵, o que significa que os efeitos dos atos que aquele pratica destinam-se e repercutem-se na esfera jurídica deste último⁶⁻⁷.

III – Um contrato, seja de agência ou não, é sempre “constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto mas convergente”⁸. É precisamente esta «oposição convergente» que conduz as partes à negociação contratual. Os outorgantes, que se movem por motivos e objetivos distintos, conseguem, através do contrato, alinhar os seus incentivos.

O contrato de agência é um exemplo paradigmático de procura de alinhamento de incentivos. Embora o agente tenha interesses distintos dos do principal⁹⁻¹⁰, os ganhos que aquele obtém estão íntima e diretamente relacionados com os ganhos deste, o que permite eliminar comportamentos competitivos.

No entanto, tal não significa que não possa haver oportunismo. É que, note-se, «alinhar os incentivos» não é idêntico a ter «objetivos comuns»; os contraentes pretendem alcançar metas diferentes. Por isso mesmo, se os incentivos não estiverem bem alinhados é possível que uma ou ambas as partes atuem oportunisticamente, procurando atingir os seus objetivos aproveitando e abusando da posição em que a outra parte (por virtude da sua racionalidade limitada e da inevitável incompletude dos contratos) se encontra. O Direito, que tem óbvia

⁴ Com as alterações introduzidas pelo DL nº 118/93, de 13 de Abril, que transpôs a Dir. 86/653/CEE, do Conselho, de 18/12/1986.

⁵ Para críticas à designação de «principal» e quais os termos utilizados noutras legislações (igualmente alvo de críticas) v. LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 31 e ss.

⁶ V. PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, p. 51.

⁷ Refira-se que, em sentido económico a agência tem um significado muito mais amplo do que o descrito acima; a agência é aqui uma relação que existe entre alguém (o principal) que delega responsabilidades noutrem (o agente) para que este atue por conta do primeiro (V. BESANKO, DRANOVE, SHANLEY & SCHAEFER, *Economics of Strategy*, p. 477). Assim, pode-se dizer que há relações de agência entre acionista e gestor, entre patrão e trabalhador, etc. Agência não representa um tipo de contrato – representa uma relação. Esta é uma visão orgânica, não jurídica.

⁸ JANUÁRIO GOMES, *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, p. 9.

⁹ V. BESANKO *et al.*, cit., p. 477; JOSÉ MATA, *Economia da Empresa* p. 185.

¹⁰ Daí que só traga confusão afirmar que o agente atua «no interesse» do principal. No mesmo sentido v. JANUÁRIO GOMES, *Em tema de Revogação do Contrato Civil*, p. 95.

Ainda assim, Carvalho Fernandes, considera que na representação a atuação no interesse de outrem é um elemento essencial – V. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, p. 169. Na mesma linha, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, p. 296. Em sentido contrário, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 535.

aversão ao oportunismo, tenta então, através da LCA, eliminar os comportamentos oportunistas que podem surgir numa relação de agência.

IV – Mas se o Direito tenta repelir o oportunismo, não menos tenta também eliminar as ineficiências que podem surgir no Direito Comercial (área onde se integra o contrato de agência), inclusivamente causadas pela própria lei.

No entanto, a ciência jurídica não dispõe, por si só, de armas suficientemente capazes de detetar todas as formas de ineficiência. E se a Análise Económica do Direito, enquanto tentativa de compreender o universo jurídico à luz de pressupostos económicos¹¹, surge já como preciosa ajuda, é sobretudo no domínio da Teoria dos Jogos que se encontra as ferramentas necessárias para antever o comportamento das partes e, assim, impedir situações que seriam, simultaneamente, ineficientes e injustas.

¹¹ V. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 142.

§ 2.º Teoria dos Jogos

1. Generalidades

I – “*A Teoria dos Jogos é a teoria de tomada de decisões*”¹². Não que a Teoria dos Jogos se debruce sobre *todas* as decisões da nossa vida; ela estuda, sim, aquelas ações/decisões que, de alguma forma, influenciam ou afetam as ações/decisões dos outros. Se uma loja pratica determinados preços, o que deve a loja concorrente fazer? Se um candidato político faz campanha na cidade em determinado dia, que deve o candidato concorrente fazer? Se é expectável que um exército ataque a determinada altura, que deve o outro exército fazer?

A Teoria dos Jogos é um ramo da matemática aplicada que surgiu em força nos anos 30 do século XX com a publicação de uma série de artigos de John von Neumann e Oskar Morgenstern. Embora a Teoria dos Jogos tenha sido aplicada primeiramente em situações militares, rapidamente alastrou para comportamentos económicos¹³, tendo hoje em dia aplicações também na psicologia, política, ética, filosofia, jornalismo e direito¹⁴.

Para o presente trabalho só os comportamentos económicos são relevantes. Nesta ótica, a Teoria dos Jogos foca-se na “*análise das decisões ótimas, presumindo que todos os jogadores são racionais e que cada um tenta antecipar as ações e reações dos adversários*”¹⁵. Esta racionalidade é um pressuposto elementar da Teoria dos Jogos. Assume-se que os jogadores optam sempre pelo que é melhor para si, isto é, escolhem de acordo com os seus objectivos e de forma a minimizar os custos¹⁶. A racionalidade, por sua vez, tem implícito o conceito de *egoísmo*, que se traduz numa maximização dos proveitos independentemente de isso trazer (ou não) perdas para as outras pessoas¹⁷.

II – Num jogo tem de haver sempre dois ou mais jogadores. Cada jogador escolhe uma estratégia (isto é, toma uma decisão). Das estratégias escolhidas pelos jogadores chega-se a um resultado¹⁸ (que pode trazer ganhos, perdas ou um empate).

¹² Cf. DAVIS, *Game Theory*, p. 3 (tradução minha).

¹³ V. MCMILLAN, *Games, Strategies & Managers*, p. 5.

¹⁴ V. ERIC TALLEY, *Interdisciplinary Gap Filling: a Review of Game Theory and the Law*, p. 1055.

¹⁵ Cf. BESANKO *et al.*, cit., p. 36 (tradução minha). V. tb. MCMILLAN, cit., pp. 5 e 6.

¹⁶ V. CÉSAR DAS NEVES, *Introdução à Economia*, p. 20, *O Estranho Caso do Livro de Economia*, p. 22 e tb. VASCO RODRIGUES, *Análise Económica do Direito*, p. 12 ss.

¹⁷ Egoísmo deve aqui ser entendido no sentido *amoral* do termo. Não é que se deseje que os outros percam, simplesmente as perdas dos outros não são tidas em conta.

¹⁸ «Payoff», em inglês.

O contrato de agência é um jogo em que intervêm apenas dois jogadores e em que o resultado do jogo é sempre diferente de zero. Vai-se, por isso, estudar com mais atenção jogos com estas características. Sempre na perspectiva de tentar compreender de que forma é que as regras do jogo e o comportamento das partes conduzem ou não à cooperação entre jogadores.

2. Jogos de Soma Nula, Soma Não Nula e Ponto de Equilíbrio

I – Jogos há em que quando um jogador ganha, o outro perde na mesma quantidade. É o caso do xadrez, do póquer, do braço-de-ferro, etc. Quem diz xeque-mate ganha – o outro perde. Se um jogador ganha 5€ no póquer, o outro jogador perde 5€¹⁹. Como a soma dos resultados individuais dá sempre zero, estes jogos são chamados «jogos de soma nula»²⁰.

II – É evidente que o contrato de agência não é um jogo de soma nula. Ainda assim, este tipo de jogos é muito útil para ilustrar o conceito de ponto de equilíbrio²¹. Vejamos o exemplo seguinte: Luís tem de escolher uma linha e Frederico tem de, simultaneamente, escolher uma coluna. O número onde a linha e a coluna se intersectam é a quantidade de euros que Frederico deve entregar a Luís²².

QUADRO 1

		Frederico	
		<i>I</i>	<i>II</i>
Luís	<i>A</i>	3	-2
	<i>B</i>	5	1

Este jogo é muito básico e rapidamente se encontra o seu resultado. Para Luís, a estratégia *B* é sempre melhor do que a estratégia *A*, independentemente do que Frederico jogar. A estratégia *A* é, então, dominada pela estratégia *B*. Para Frederico, a estratégia *II* é sempre melhor do que a estratégia *I*. Assim sendo, o par de estratégias que os jogadores escolherão será então *B/II* e o resultado será 1€ que Frederico pagará a Luís.

Neste exemplo, sendo os jogadores racionais e tentando maximizar os ganhos (ou minimizar as perdas), há estratégias que são excluídas de tal forma que encontramos um

¹⁹ Ignorando possíveis vantagens ou ganhos da mesa.

²⁰ «Zero-Sum Games», em inglês. Estes jogos são puramente competitivos.

²¹ Mas note-se que muitos jogos não têm ponto de equilíbrio, sejam ou não de soma nula.

²² Como um jogador perde sempre na mesma quantidade em que o outro ganha, o jogo é de soma nula.

ponto de equilíbrio – *B/II*. O ponto de equilíbrio, chamado «equilíbrio de Nash», é precisamente o par de estratégias que maximiza os ganhos dos jogadores, tendo em conta a jogada do adversário; o mesmo é dizer que nenhum jogador tem nada a ganhar em mudar, unilateralmente, de estratégia²³.

III – Alguns jogos, como se viu, são puramente competitivos²⁴. Outros são puramente cooperativos, como um par a dançar, por exemplo. Mas a maioria dos jogos são cooperativos e competitivos – há pontos em que as vontades convergem, outros em que divergem. Por exemplo, num contrato de compra e venda há interesses convergentes: o vendedor pretende vender, o comprador quer comprar. Mas há também interesses divergentes: o primeiro quer vender tão caro quanto conseguir, o segundo comprar tão barato quanto for possível. Quando fecham o contrato, é certo que ambas as partes saem a ganhar. A questão que cada jogador coloca é: “qual é o máximo que consigo ganhar neste jogo?”.

Estes são «jogos de soma não nula»²⁵, pois a soma dos resultados é maior ou menor do que zero. Os jogos de soma não nula são difíceis de analisar e muito raramente se chega a uma solução que seja universalmente aceite. São jogos que traduzem situações complexas e onde há muitas variáveis relevantes (como por exemplo: poder ou não comunicar, conhecer ou não as preferências dos jogadores²⁶, haver ou não informação perfeita²⁷, qual a ordem das jogadas, etc.). As regras do jogo têm um peso enorme nas opções estratégicas dos jogadores e no resultado do jogo. Alterar uma regra, por muito pequena que seja, pode levar a uma mudança radical na escolha de estratégias. Pode até levar a que os jogadores deixem de cooperar e passem a competir – ou vice-versa.

3. Cooperação e competição

I – Ainda que os jogos de soma não nula sejam simultaneamente competitivos e cooperativos, é normal haver um maior pendor para um lado ou outro. Mas o que leva as partes a cooperarem ou a lutarem uma contra a outra?

²³ V. BESANKO *et al.*, cit., p. 37.

²⁴ V. *supra*, p. 9 e nota de rodapé 20.

²⁵ «Non-zero Sum Games», em inglês.

²⁶ V. *infra*, p. 10.

²⁷ Ilustrando: num jogo de xadrez há informação perfeita; num contrato de agência não.

Repare-se, a propósito, no Quadro 2, que representa um caso típico de «dilema do prisioneiro»²⁸.

QUADRO 2

		Ricardo	
		<i>I</i>	<i>II</i>
Igor	<i>A</i>	3, 3	0, 5
	<i>B</i>	5, 0	1, 1

Caso Igor escolha *A* e Ricardo escolha *II*, o primeiro recebe 0 e segundo 5.

Se se considerar que este jogo só pode ser jogado uma vez, sem comunicação entre jogadores e que as jogadas são feitas simultaneamente, então é provável que o resultado seja 1,1. Isto porque a estratégia *B* domina *A* ($5 > 3$ e $1 > 0$). De igual forma, *II* domina *I*. Ou seja, *B/II* é um ponto de equilíbrio – é a escolha ótima e racional.

O problema deste resultado é que ele não é eficiente²⁹. Se as partes escolhessem *A/I*, ambas teriam melhores resultados³⁰.

Ainda que os jogadores pudessem comunicar entre si e acordassem escolher *A/I*, o resultado não seria necessariamente esse. Bastaria um jogador não confiar no outro, ou haver desconfiança mútua para não haver cooperação e o resultado ser diferente³¹.

II – Veja-se agora o que sucede caso o mesmo jogo seja jogado múltiplas vezes. Não havendo fim à vista (não sabendo os jogadores quando será a última jogada) é possível – e até provável – que haja cooperação (isto é, o resultado ser *A/I*). Havendo múltiplas jogadas os jogadores podem escolher estratégias diferentes em cada jogada. Assim, têm hipótese de experimentar cooperar inicialmente (procurando alcançar um resultado eficiente) e caso um dos jogadores opte por não cooperar, então imediatamente o outro jogador deixará também

²⁸ Para a enunciação completa do dilema do prisioneiro, v. Anexo I.

²⁹ Certo resultado é eficiente, utilizando a definição de Pareto, se não for possível alterar esse resultado sem prejudicar alguma das partes.

³⁰ *A/I* é, das 4 hipóteses, aquela em que o resultado global é maior – 6. Em *B/I* e *A/II* o resultado é 5 e em *B/II* – que, ironicamente, é o ponto de equilíbrio – o resultado é somente 2. *A/I* é o resultado eficiente.

³¹ Aqui fala-se somente em possibilidades e não em resultados certos. Como se referiu, em jogos soma diferente de zero muito raramente se obtém um resultado universalmente aceite.

de cooperar³². O não cooperante será, assim, penalizado pela mudança de estratégia³³. Como nenhum dos jogadores deseja ser penalizado, eles tenderão a cooperar sempre³⁴.

III – Considere-se agora que Igor e Ricardo sabem que o jogo acaba ao fim de 20 jogadas. À primeira vista, pode-se pensar que faz sentido cooperar nas primeiras 19, mas na 20ª jogada voltamos ao problema inicial: se não há possibilidade de penalização, que incentivo têm os jogadores para cooperar? Nenhum. A 20ª jogada é em tudo semelhante a um jogo de uma só jogada. Ora, este raciocínio abre uma porta perigosa: se o resultado da última jogada é já tido como certo, que razão há para cooperar na 19ª? Ou na 18ª? Ou... na primeira³⁵? Utilizando este método de indução retroativa somos levados a afirmar que este jogo leva à não cooperação³⁶.

IV – Torne-se a mudar as regras do jogo. O jogo é de novo jogado indefinidamente mas cada jogador tem agora o poder para, a todo o momento e unilateralmente, pôr fim ao jogo. Esta nova regra traz um incentivo adicional muito forte à cooperação. É que, agora, a cooperação é não só uma forma de obter ganhos no presente, mas também uma forma de tentar assegurar que haja ganhos no futuro. Ao cooperar, um jogador está a dar sinais de credibilidade perante o outro jogador³⁷. Ao cooperar hoje, um jogador espera ter a cooperação do outro jogador amanhã. A cooperação é portanto um investimento – na sua credibilidade, na manutenção do contrato e nos ganhos futuros que daí advêm.

Porém, se um jogador avisa que vai pôr fim ao jogo, então o investimento adicional que a contraparte estava a realizar deixa de fazer sentido. A contraparte deixará de investir no jogo, não terá incentivos para cuidar da sua reputação e credibilidade, podendo deixar de colaborar e passar a competir.

³² Este tipo de estratégia combinada – em que um jogador começa por cooperar e a partir daí joga sempre o que o adversário houver jogado na jogada anterior – é conhecida pela expressão anglo-saxónica «tit for tat».

³³ “*Repeated interaction may enable cooperation, because of the potential for a current deviation to be punished in the future.*” – MORTEN HVIID, *Long-term contracts and relational contracts*, p. 55.

³⁴ V. BAIRD, GERTNER & PICKER, *Game Theory and the Law*, p. 169.

³⁵ Repare-se: se na 20ª jogada já se prevê que não vai haver cooperação, então na 19ª não há incentivos para a cooperação, pois não há possibilidade de punição futura. Assim, dando como certo o resultado da 20ª jogada, a 19ª apresenta-se, de certa forma, como sendo a última jogada.

A partir daqui entra-se num ciclo vicioso: se a 19ª jogada tem também um resultado tido como certo, a 18ª é vista como a última jogada. E assim sucessivamente. De tal maneira que os jogadores podem nunca chegar a colaborar ao longo de 20 jogadas.

Note-se que não é inevitável entrar neste ciclo – os jogadores podem, claro, optar por colaborar durante todas as jogadas, inclusive a última. Simplesmente não há incentivos fortes para que isso aconteça.

³⁶ V. BAIRD *et al.*, cit., p. 167; DAVIS, cit., p. 112; JOSÉ MATA, cit., pp. 402 ss.

³⁷ V. DIXIT & NALEBUFF, *Thinking Strategically*, pp. 144 ss.

V – Este é então o ponto chave do dilema do prisioneiro: havendo fim à vista, não parece haver motivações para a cooperação. Só haverá lugar à cooperação jogando por um período indefinido (indeterminado), em que seja possível detectar uma eventual não cooperação e punir devidamente essa não cooperação³⁸. A partir do momento em que se define o fim do jogo surge o chamado problema do «*endgame*», onde não há incentivos à cooperação.

O contrato de agência não é uma situação de dilema de prisioneiro, como se verá mais adiante³⁹. Ainda assim, a denúncia levanta também problemas de «*endgame*», onde os incentivos à cooperação ficam, no mínimo, fragilizados.

4. Funções de Utilidade

I – Tem-se estado, até agora, a dissecar o efeito que as regras têm no resultado de um jogo. No entanto, para uma análise completa de um jogo é preciso também analisar os jogadores, visto que a maneira como cada pessoa encara determinado conjunto de regras é determinante para a escolha da sua estratégia e, logo, para resultado do jogo.

Volte-se então um pouco atrás. Já se observou que a Teoria dos Jogos pressupõe racionalidade e egoísmo (na acepção amoral do termo)⁴⁰. Nesse sentido, tudo indica que os jogadores tentam maximizar os seus ganhos médios. Mas há certas situações que parecem não encaixar nos ditos pressupostos. Jogos há em que se prefere jogar pelo seguro celebrando contratos de seguros de vida, de imóveis, etc. Noutros jogos arrisca-se muito, como acontece nos casinos. Para baralhar mais as coisas, há quem prefira não investir em seguros e há quem não ponha um pé dentro dum casino.

As escolhas diferentes não acontecem só ao nível do risco. Uns preferem o conforto à estética. Outros preferem o tempo à saúde. Há pessoas que dão centenas de euros por um velhinho vinil de um álbum do José Cid, outras não dariam um euro por ele. “*De facto, não podemos fazer qualquer suposição sobre o que as pessoas querem, porque pessoas diferentes querem coisas diferentes. O que é preciso é um mecanismo que relacione os*

³⁸ V. DIXIT & NALEBUFF, cit., pp. 95 ss. Observe-se que em jogos com mais de dois jogadores não basta que seja possível detectar uma eventual não cooperação; é necessário também ser possível detectar qual o jogador que não coopera.

³⁹ V. *infra*, p. 32.

⁴⁰ V. *supra*, p. 8.

*objectivos de um jogador, sejam eles quais forem, com o comportamento que está inerente a esses mesmos objectivos. Isto é, em poucas palavras, a Teoria da Utilidade*⁴¹.

Não é irracional, portanto, dar centenas de euros por um vinil antigo e riscado. Só o é se não se gostar de José Cid (ou se não se quiser fazer negócio com ele).

II – A partir daqui é possível construir funções de utilidade⁴²⁻⁴³. As funções de utilidade obtêm-se somente observando e quantificando as preferências que os jogadores fazem. O conhecimento destas funções são muito importantes porque podem afetar o resultado do jogo.

A consistência é essencial numa função de utilidade. Dizer que se prefere gomas a batatas fritas e se prefere batatas fritas a peixe grelhado leva a que não se possa dizer que se prefere peixe grelhado a gomas. Ao preferir peixe grelhado em relação às gomas, ou se está a ser inconsistente⁴⁴ ou se está a alterar a função de utilidade.

A inconsistência torna vã toda e qualquer tentativa de análise de determinada situação. Se um jogador não consegue ordenar consistentemente as suas preferências é impossível prever qual será a sua estratégia e qual o resultado do jogo.

Já a alteração das preferências ao longo do tempo é uma inevitabilidade – e a Teoria dos Jogos deve ter em conta essas eventuais alterações. Uma pessoa com 4 anos prefere gomas a peixe grelhado, mas é natural que essa mesma pessoa, aos 24 anos, prefira peixe grelhado a gomas. O intervalo não precisa sequer de ser tão grande: ao longo de um simples jogo de póquer as preferências vão-se alterando, de tal forma que é normal as apostas no princípio do jogo serem claramente inferiores às apostas na fase final do jogo⁴⁵. As preferências alteram-se tanto por causas intrínsecas (o paladar altera-se) como por causas extrínsecas (as apostas dos restantes jogadores de póquer).

Num jogo com múltiplas jogadas a possibilidade de alterações de preferências não pode ser negligenciada. Os jogadores têm que estar cientes dos factos que podem levar a alterações de preferências e antecipar as novas ações/reações que daí podem advir.

⁴¹ Cf. DAVIS, cit., p. 61 (tradução minha).

⁴² «Utility functions», em inglês.

⁴³ DAVIS define «função de utilidade» como sendo “*simplesmente uma ‘quantificação’ das preferências de uma pessoa*” (cit., p. 62, tradução minha). Do ponto de vista matemático, dificilmente se pode considerar que se trata de uma *função*, no sentido em que não há nenhum elemento (y) que esteja relacionado com uma variável (x). Na verdade, a função de utilidade mais não é do que uma ordenação das preferências. Muito embora a expressão careça de rigor matemático, ela é comumente utilizada em Teoria dos Jogos; daí eu optar por empregá-la.

⁴⁴ E a função passa a ser, perdoem-me o trocadilho, uma inutilidade.

⁴⁵ V. DAVIS, cit., pp. 69 e 70.

5. «Behavioral Decision Theory»

I – A Teoria dos Jogos é uma disciplina *prescritiva*, isto é, preocupa-se em identificar o que se deve fazer para atingir o máximo de ganhos médios possíveis. No entanto, as pessoas nem sempre fazem aquilo que devem. Não porque alteram ou não estão cientes da sua função de utilidade, mas porque a natureza humana é demasiado complexa e porque nem sempre se pode olhar para os postulados da Teoria dos Jogos (racionalidade e egoísmo) de forma absoluta nas decisões que são tomadas.

Assim, e complementar à Teoria de Jogos, a «Behavioral Decision Theory» (BDT) surge nos anos 50 do século passado como uma disciplina *descritiva*, ligada não só à economia e à matemática, mas também à psicologia, expondo de forma sistemática qual o comportamento expectável das pessoas perante determinadas situações.

Dois assuntos sobre os quais a BDT se debruça têm todo o cabimento em serem abordados aqui, pois, como se verá, há íntima ligação com a problemática do «*endgame*»⁴⁶.

II – O primeiro assunto é o altruísmo ou sentido de justiça. Em muitas situações, as escolhas não são ordenadas meramente por critérios maximizadores, mas são-no também por uma busca de um resultado ética e emocionalmente satisfatório⁴⁷.

Várias experiências têm sido feitas a esse propósito⁴⁸. O americano Herbert Gintis, depois de analisar o resultado das suas experiências chegou à conclusão de que este sentido de justiça é explicado por dois mecanismos psicológicos. O primeiro é o conjunto de emoções ou sentimentos ditos «pró-sociais» que o homem tem em si, como a empatia, simpatia, vergonha, orgulho e despeito e que o levam a optar por não maximizar os ganhos em determinadas situações⁴⁹. O segundo mecanismo é a internalização de normas (sociais e culturais) que levam a formar determinados valores e preferências que vão no sentido de um sentido de justiça distributiva⁵⁰.

O sentido de justiça não é necessariamente irracional; é antes uma valoração a ter em conta em todas as funções de utilidade, embora seja difícil de quantificá-la. É, sim, um

⁴⁶ V. *infra*, p. 32.

⁴⁷ V. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, pp. 322 e ss. Sobre a problemática do sentido de justiça ser inato ou adquirido, v. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, pp. 345 ss.

⁴⁸ V., por todos, GINTIS, *Behavioral Game Theory And Contemporary Economic Theory*.

⁴⁹ V. *idem*, p. 21.

⁵⁰ Trata-se, digamos assim, de funções de utilidade enraizadas socialmente. V. tb. EINHORN & HOGARTH, *Behavioral Decision Theory: Processes Of Judgment And Choice*, p. 61.

desvio ao postulado do egoísmo, pois a função de utilidade passa a ter em conta as outras pessoas⁵¹.

III – O segundo assunto é o comportamento perante situações de risco. Os Israelitas Tversky e Kahneman realizaram um estudo⁵² onde chegaram a uma conclusão deveras interessante: as pessoas têm tendência para a aversão ao risco em caso de ganhos potenciais; no entanto, em caso de perdas potenciais, a aversão ao risco diminui drasticamente (podendo mesmo falar-se em atração ao risco)⁵³.

Esta observação é muito importante, pois vai de encontro às preocupações referentes à colaboração/competição em jogos. Isto porque se estiver em causa o fim de um contrato («*endgame*»), as partes têm esta *sensação de perda*⁵⁴. Tal sensação pode levá-las a arriscar no sentido da não colaboração, pois sentem que não têm muito mais a perder. Os jogadores devem então antever as atitudes um do outro perante o risco e escolher uma estratégia que se adequa a essas previsões.

6. Conclusões

I – Todas as situações da vida em que participam duas ou mais pessoas podem ser vistas como um «jogo». Um casamento, a compra e venda de uma casa, uma reunião de trabalho ou ir ao cinema, são tudo jogos – jogos de soma não nula.

Nestes jogos, as ações/reações de um jogador deve ter em conta dois factores: 1 – as regras do jogo; 2 – as ações/reações do outro jogador⁵⁵. É a conjugação destes dois factores que leva a que haja ou não colaboração entre as partes.

Em relação às regras do jogo, dois aspetos parecem levar à colaboração: os incentivos a que as partes tenham objectivos convergentes (uma dança); a relação prolongar-se no tempo, por um período indefinido (um contrato de trabalho)⁵⁶.

⁵¹ Para o sentido de justiça em relações de agência v. FERNANDO ARAÚJO, cit., p. 605.

⁵² V. TVERSKY & KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*.

⁵³ V. Anexo II.

⁵⁴ É mais importante a *sensação* (ou *quantificação subjetiva*) de perda do que a *quantificação objetiva* dessa perda, como explicado no Anexo II.

⁵⁵ Que por sua vez tem em conta também as regras do jogo e as ações/decisões do primeiro jogador.

⁵⁶ Estes dois aspetos podem (mas não têm de) aparecer cumulativamente, exceto em casos de dilema de prisioneiro, onde não só têm de se verificar cumulativamente como tem ainda de ser possível observar e punir os casos de não cooperação.

Para além das regras do jogo, é necessário observar também os jogadores. É preciso ver quais as funções de utilidade de cada pessoa e ter noção de que essas funções podem alterar-se ao longo do tempo. É preciso também ter noção de que há desvios ao postulado do egoísmo – há também altruísmo, há sentido de justiça – e de que há reações que à primeira vista parecem irracionais, como a aversão/atração ao risco, mas com as quais é necessário contar.

II – Assim, há jogos tipicamente colaborativos mas em que, com o passar do tempo, pelo conjunto de ações/reações dos jogadores, a colaboração pode já não ser desejada.

A agência é um contrato tipicamente colaborativo. No entanto, mais tarde ou mais cedo, esse contrato terá um fim. Se esse fim for determinado unilateralmente por uma das partes, quais as reações da contraparte? Como antecipar essas reações? De que forma é que a lei promove ou evita a competição? São estas questões que se tentará aprofundar na 2ª Parte do trabalho.

2ª PARTE

§ 3.º Denúncia

1. Formas de cessação do contrato – em especial, a denúncia

I – A LCA prevê, no art. 24º, quatro formas de cessação do contrato de agência: acordo das partes, caducidade, resolução e denúncia. De todas elas, a mais fascinante é, sem dúvida, a última, pois tem esta característica distintiva: é um direito potestativo que pode ser exercido sem justificação e sem acordo da outra parte. Ou, dito de outra forma, cada jogador tem o poder de decidir, unilateralmente, quando ocorrerá a última jogada.

Esta desvinculação unilateral e *ad libitum* levanta questões interessantíssimas para a Teoria de Jogos, como “de que forma é que a contraparte reage à denúncia?” e “de que forma é que – antecipando a reação da contraparte – o denunciante age?”. Aprofundar-se-á estas questões no § seguinte⁵⁷; para já, importa examinar melhor o instituto da denúncia.

II – A denúncia consiste “*numa declaração unilateral receptícia [...], através da qual uma das partes põe termo à relação jurídica*”⁵⁸. Enquanto tal, a denúncia “*representa o exercício de um poder livre e discricionário do sujeito*”⁵⁹.

Dentro do contrato de agência, a denúncia tem algumas regras particulares. De acordo com o art. 28º, a denúncia no contrato de agência aplica-se somente aos contratos por tempo indeterminado⁶⁰; para além disso, a sua comunicação reveste forma escrita e terá de respeitar os tempos mínimos de pré-aviso.

⁵⁷ V. *infra*, p. 26.

⁵⁸ Cf. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência* cit., p. 124. V. tb. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 322; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, p. 281; MOTA PINTO, cit., p. 622; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, tomo IV, p. 341; LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 85; MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Agência*, cit., p. 129; BALDI, cit., p. 235.

⁵⁹ Cf. PAULO HENRIQUES, *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e de mandato*, p. 16.

⁶⁰ Mas note-se que noutra tipo de contratos (como é o caso do contrato de locação – art. 1055º CC) a denúncia é exercida de forma a não renovar contratos celebrados por tempo determinado, mas com renovação automática. Para ROMANO MARTINEZ, a definição de denúncia mantém-se, ainda assim, inalterada – v. *Direito das Obrigações – Contratos*, p. 223 (embora MENEZES CORDEIRO prefira a denominação «oposição à renovação», cf. *Tratado...*, cit., p. 342).

III – Não é demais salientar que o objetivo do presente trabalho não é analisar a figura da denúncia em todos os seus quadrantes. É, sim, analisar os prazos de pré-aviso da denúncia, numa ótica não só jurídica mas também económica. Assim, analisar-se-á apenas o fundamento da denúncia, abordando brevemente a problemática da duração mínima dos contratos de agência.

2. Fundamento da Denúncia

I – Qual a razão para a lei tutelar uma figura que permite às partes desvincularem-se unilateralmente e *ad libitum*? Qual o fundamento da denúncia? A teoria mais invocada para fundamentar a denúncia é a Teoria da Proibição dos Vínculos Perpétuos⁶¹. Mas muitas mais teorias existem. Não parece útil, no entanto, analisar aqui todas essas teorias⁶².

É útil, sim, salientar que uma coisa será o fundamento para as partes quererem introduzir a denúncia nos contratos, outra será o fundamento para o Direito impor que essa ferramenta possa sempre ser utilizada nos contratos de duração indeterminada (muito embora estejam intrinsecamente ligados). Porque esta subtil diferença permite eliminar várias dessas teorias, joguemos um pequeno jogo que ilustra a diferença explicitada e que, sem dúvida, ajuda a mostrar a minha posição relativamente ao fundamento da denúncia.

II – Neste jogo, o objectivo é que Amadeu e José cheguem a acordo e formulem um contrato de agência em que José é agente de Amadeu, principal. A regra do jogo é só uma: não há leis – não há LCA, não há figuras de desvinculação conhecidas, há apenas autonomia contratual.

Dispostos a atingir o objectivo do jogo, Amadeu e José rapidamente delimitam o âmbito do contrato; combinam qual o papel de ambas as partes; acordam numa série de direitos e deveres para cada uma delas; definem qual a remuneração de José.

Quando chega o momento de definir a duração do contrato, Amadeu e José apercebem-se de que ambos querem manter o contrato “tanto tempo quanto lhes for proveitoso” – isto se nenhuma das partes incumprir as suas obrigações, claro (*e aí criam a resolução*).

Amadeu começa então por propor que o contrato dure, por hipótese, 1 ano, findo o qual ele cessa imediatamente (*e assim cria a caducidade*). Mas José considera que isso pode ser

⁶¹ V. LILIANA PACHECO, cit., p. 35 e respetivas referências bibliográficas (notas de rodapé 77, 78 e 79).

⁶² Aliás, esse trabalho já foi feito – v. PAULO HENRIQUES, cit., pp. 193 ss.

pouco tempo (ou eventualmente tempo a mais) e que ambos terão interesse em que o contrato possa ter uma duração diferente. Amadeu propõe então 10 anos. José mantém o mesmo tom – pode fazer sentido o contrato durar mais, pode fazer sentido durar menos. Amadeu responde que, nesse caso, não sabe o que fazer, pois tem plena noção de que chegará a hora em que já não convirá manter o contrato. José, concordando, aproveita para discorrer sobre como o mercado é volátil, como está em constante evolução e como os contratos de agência não são imunes a essa evolução, mas pelo contrário, têm que se adaptar a ela. Os *riscos de mercado* são inalienáveis – e é bom que o contrato de agência, nas suas formas de desvinculação, conte com esses riscos.

Amadeu tem, então, uma ideia inovadora e que vai de encontro às preocupações de ambos: não definir prazo – pelo menos, não o definir naquele momento. José fica encantado com a ideia. Assim, e ao fim de mais algumas negociações, acordam que o contrato cessa:

1- ou porque ambas as partes o desejam (*criam o acordo das partes*) ou porque uma das partes incumpriu suas obrigações (*a já criada resolução*) – os efeitos em ambos os casos produzem-se imediatamente;

2- por vontade de umas das partes, desde que anunciada com um prazo de x meses (em que x é igual a metade dos anos de duração do contrato)⁶³. E assim criam a *denúncia*.

Os jogadores alcançam, deste modo, o objectivo do jogo, de uma forma eficaz e eficiente.

O desenrolar deste jogo não parece inverosímil. E nele as partes criaram, sem recurso à lei, as 4 formas de cessação do contrato de agência que a LCA consagra e disciplina.

III – Há que notar que durante o jogo as partes nunca pensaram que o contrato fosse perpétuo. Essa ideia nem lhes ocorreu – ou melhor, nunca o desejaram. Então, de onde surgiu a ideia da denúncia?

A ideia surgiu da necessidade de adiar a decisão de determinar o tempo do contrato, por haver demasiadas variáveis imprevisíveis ou fora do controlo das partes. Este adiamento levou a que:

1- na formação do contrato, as partes não definissem a duração do contrato;

⁶³ Não interessa aqui comparar o prazo de pré-aviso aqui acordado entre as partes – que, aliás, é meramente ilustrativo – com o regime do artigo 28º da LCA. O importante é que as partes encontraram a solução que consideraram a mais adequada e que não levanta qualquer problema durante a execução e término do dito contrato – logo, encontraram um ponto de equilíbrio eficiente.

2- tenham criado, com o contrato, uma ferramenta que está nas mãos de cada uma das partes e que permite a qualquer uma delas, potestativamente, pôr fim ao o contrato – e nesse momento se determina também a duração do contrato.

IV – Voltemos ao jogo. Os objectivos e as regras são as mesmas, mas agora os jogadores são Cláudio (principal) e Maurício (agente). Acordam em tudo igual a Amadeu e José, com a diferença de que este novo par de jogadores deseja, na sua inocência, que o contrato de agência dure perpetuamente, isto é, dure até que um deles morra (podendo aí falar-se de caducidade por morte).

Existindo também as hipóteses de terminar o contrato por acordo das partes ou por resolução unilateral por incumprimento, Cláudio e Maurício só não chegam a “criar” a denúncia.

Nesse caso, o resultado do jogo poderá ser uma de três hipóteses:

1- Cláudio e Maurício são felizes até ao fim dos dias de um deles, executando *perpetuamente* o contrato – nesse caso, não se levanta qualquer problema e o resultado é eficiente e considerado justo por ambos;

2- Maurício, ao fim de uns anos, já não deseja continuar a relação de agência estabelecida com Cláudio⁶⁴. Incumprindo as suas obrigações, leva Cláudio a resolver o contrato. Maurício paga a devida indemnização ao seu ex-principal;

3- Maurício, ao fim de uns anos, já não deseja continuar a relação de agência estabelecida com Cláudio⁶⁵. No entanto, considerando que não pode descuidar as suas obrigações, mantém o vínculo negocial até ao fim dos seus dias⁶⁶.

Parece evidente que o resultado da hipótese 3 não é eficiente. No entanto, Maurício tem sempre a hipótese de jogar a hipótese 2 – e nesse caso, pode argumentar-se que a indemnização é tão só o preço justo que Maurício paga pela insensatez de ter acordado um contrato de duração ilimitada.

Mas dois problemas se levantam com este argumento. O primeiro é evidente: não convence que a indemnização deva ter funções punitivas⁶⁷. Por outro lado, choca à

⁶⁴ Seja porque razão for: porque não gosta de trabalhar com Cláudio, porque ganharia mais em trabalhar com outra pessoa, porque gastaria menos em trabalhar com outra pessoa, porque não quer trabalhar mais, porque quer mudar de ramo de atividade, porque já amealhou o suficiente para ter uma boa reforma...

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ As hipóteses 2 e 3 podem formular-se como sendo Cláudio a querer desvincular-se; os resultados serão, *mutatis mutandis*, os mesmos.

⁶⁷ A indemnização tem, sim, funções reparatórias – v. ALMEIDA COSTA, cit. p. 759, ANTUNES VARELA, cit., vol. I, p. 878; PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 135.

sensibilidade comum que uma pessoa disponha de toda a sua liberdade futura por um único ato (o contrato) onde se expõe aos riscos de mercado e aos riscos de comportamento da outra parte⁶⁸ e que a única forma de se libertar unilateralmente seja pagar um preço que pode ser demasiado alto.

Este «jogo», tal como está, pode, então, conduzir a resultados ineficientes (e tidos como injustos para o Direito).

V – Como alterar as regras do jogo de forma a que o resultado seja sempre justo e eficiente (do ponto de vista das formas de término do contrato)⁶⁹? A resposta será: introduzindo a denúncia como regra obrigatória do jogo⁷⁰. Com que fundamento? Com fundamento nos riscos subjacentes ao próprio contrato de agência e na excessiva limitação da liberdade que daí pode advir⁷¹. Esta obrigatoriedade retira a ineficiência observada no jogo acima.

Mas atenção: é obrigatório que nos contratos por tempo indeterminado se possa usar a denúncia como ferramenta de exoneração dos contratos; não é obrigatório, de facto, usá-la.

Com a denúncia como regra, tanto faz que as partes pretendam ou não que o contrato seja perpétuo. Aliás, ao Direito nada obsta que Cláudio e Maurício mantenham o contrato até um dos dois morrer. Por isso mesmo é de rejeitar⁷² a famosa Teoria da Proibição dos Vínculos Perpétuos⁷³.

⁶⁸ Estes riscos de comportamento não abrangem o incumprimento do contrato, pois a resolução já lida com estes casos. Abrangem, sim, casos em que uma das partes cumpre os mínimos indispensáveis de forma a que o contrato não possa ser resolvido, mas não trabalha tanto quanto o principal desejaria.

Numa lógica de mercado, a eficiência distributiva depende da elasticidade dos contratos, “isto é, da prontidão com que se adapta às mutáveis necessidades do mercado” (Cf. MARIA HELENA BRITO *O contrato de concessão comercial*, p. 236). Nesta lógica, é justificável que, por exemplo, se dispense um agente que trabalha razoavelmente bem para poder contratar um agente que trabalhar excepcionalmente bem. V. tb. LILIANA PACHECO, cit., pp. 44 ss. e respetivas referências bibliográficas sobre tutela da livre concorrência.

⁶⁹ Isto é, sem ter ainda em conta os aspectos de duração mínima dos contratos ou os prazos de pré-aviso, dos quais se tratará adiante.

⁷⁰ Somente para contratos por tempo indeterminado.

⁷¹ De certa forma, estou de acordo com PAULO HENRIQUES, que considera que o fundamento da denúncia é a tutela da liberdade dos sujeitos – v. cit., pp. 213 ss. (v. tb. MOTA PINTO, cit., p. 623). Divergimos é neste ponto: Henriques considera que a liberdade fica ameaçada somente quando o contrato atinge uma duração excessiva e que isso só acontece depois de cumprido determinado tempo mínimo do contrato (v. cit., pp. 230 ss.). Eu rejeito totalmente a ideia de tempo mínimo e de duração excessiva (enquanto requisitos que se têm de observar para que se possa recorrer à figura de denúncia); considero antes que a liberdade do sujeito pode ficar ameaçada por um contrato que está – desde o primeiro momento – exposto a grandes riscos de mercado. A denúncia permite ao sujeito circular no mercado sem ficar preso a um contrato que rapidamente se pode tornar obsoleto, ineficaz e injusto para quem é obrigado a suportá-lo sem qualquer hipótese de desvinculação.

⁷² E neste ponto estou em sintonia com PAULO HENRIQUES, cit., pp. 210 ss.

⁷³ Quando muito, seria razoável aceitar o princípio da «proibição-de-vínculos-perpétuos-que-não-prevejam-formas-de-exoneração-livre-das-partes».

A partir do momento em que a denúncia faz «parte das regras», os jogadores já nem sequer têm de pensar se pretendem que o contrato dure ou não perpetuamente – apenas têm de se preocupar em acordar se querem que a duração do contrato seja determinada ou indeterminada. Caso seja determinada, a denúncia não pode ser utilizada⁷⁴. Caso seja indeterminada, a denúncia pode (mas não tem de) ser utilizada.

VI – Concluindo, importa deixar claro que contrato por tempo indeterminado não significa necessariamente perpetuidade. As partes podem ter muito clara a ideia de que o contrato terá um fim (como o caso de Amadeus e José), mas simplesmente não sabem exatamente qual a altura ideal para tal e, por isso, adiam a decisão⁷⁵. Podem também não ter predefinida uma ideia de fim de contrato (como Cláudio e Maurício), mas não é por não terem pensado nisso que não se lhes dá a hipótese de desvinculação⁷⁶.

Ou seja, o Direito tutela, explícita e positiva a figura da denúncia nos contratos de agência, não para impedir a perpetuidade, mas para garantir mecanismos de adaptação aos riscos a que as partes, na vinculação e cumprimento do contrato de agência, estão sujeitas (assegurando assim a tutela da liberdade dos sujeitos).

3. Tempo Mínimo?

I – Em certos contratos por tempo indeterminado o ordenamento jurídico exige que se deixe correr certo lapso de tempo até ser possível recorrer ao direito de exoneração desses contratos⁷⁷.

Haverá também a exigência de tempo mínimo nos contratos de agência? A resposta é clara: a LCA não exige tempo mínimo de duração de contrato. Existem, sim, regras gerais

⁷⁴ O facto de a denúncia não ser admitida em contratos de agência por tempo determinado em nada obsta à minha argumentação. O que ocorre nestes casos é que as partes aceitam expor-se a estes riscos, sabendo já à partida quando cessará essa exposição a que a eles estão sujeitos. Como já se viu (e ainda se aprofundará), o facto de se saber quando é o fim do «jogo» leva a que as partes possam tomar as devidas medidas para lidar seja com o risco de mercado, seja com o risco do comportamento da outra parte. Nesse sentido, o Direito não necessita de assegurar mecanismos adicionais de «proteção» contra esses riscos.

Já se o contrato determinar um tempo excessivo de duração, aí a liberdade dos sujeitos poderá ficar ameaçada, pelo que é lícito o recurso à denúncia. O ordenamento jurídico português parece considerar que mais de 30 anos será já um tempo excessivo (cf., por exemplo, art. 185º nº1 a) do CSC).

⁷⁵ Não posso, por isso, concordar com PAULO HENRIQUES quando afirma que a denúncia é, necessariamente, uma exceção ao *pacta sunt servanda* – v. cit., p. 194. – pois Amadeu e José *quiseram* a denúncia no seu contrato.

⁷⁶ De certa forma, pode-se dizer que é por haver a hipótese de não se pensar nisso que o Direito tutela a figura da denúncia.

⁷⁷ Cf. arts. 229º, 231º, 185º nº1 e 506º nº 4 do CSC; art. 12º do DL nº 430/73 de 25 de Agosto.

de Direito que balizam comportamentos das partes – como a boa fé⁷⁸ (e seus corolários abuso de direito e *culpa in contraendo*)⁷⁹, cláusulas contratuais gerais⁸⁰ e defesa da concorrência⁸¹. Estas figuras balizam, não no sentido de permitir ao juiz definir durações mínimas ou razoáveis de certo contrato, mas de provar que o fim deste foi manifestamente antecipado, imprevisível ou abusivo e tentar medir os danos que devem ser ressarcidos através de indemnização. Daí a exigir⁸² que haja um período razoável de vigência do contrato e que antes de decorrido não se possa recorrer ao direito de denúncia vai um salto muito grande, que aliás não tem qualquer fundamento na lei.

II – Pode haver casos em que, num contrato de agência por tempo indeterminado, uma das partes (tendencialmente o agente) tenha de fazer investimentos avultados para bem cumprir o contrato e que pretenda, por isso, ver assegurado um lapso de tempo de manutenção do contrato de tal forma que lhe permita amortizar esses custos. Que pode ele fazer?

Unilateralmente, nada pode fazer. Pode, por exemplo, tentar acordar com a outra parte que o prazo de pré-aviso da denúncia seja maior do que o legalmente exigido. Aliás, a própria LCA prevê essa possibilidade (art. 28º nº3)⁸³. Mas esta solução pode não ser muito prática. Imagine-se que o investimento demora dois anos a amortizar. Se as partes estabelecem que o prazo de pré-aviso é de dois anos, esse prazo vai ter sempre que ser aplicado mesmo que o contrato já tenha entrado no terceiro ano e o agente tenha amortizado todos os investimentos. Denunciar um contrato com um pré-aviso de dois anos é manifestamente pouco prático⁸⁴.

A outra possibilidade é os contraentes acordarem em prazos mínimos de vigência. Se a lei por um lado não o exige, por outro também não o impede⁸⁵. Assim, podem as partes

⁷⁸ Arts. 6º e 12º da LCA; art. 762 nº2 do CC.

⁷⁹ Respetivamente, arts. 334º e 227º nº1 do CC.

⁸⁰ DL 446/85, com alterações do DL 249/99 de 7 de Julho.

⁸¹ L 18/2003 de 11 de Junho.

⁸² Como o faz PAULO HENRIQUES, cit., pp. 230 ss. (e tb. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 124, embora o primeiro considere ser um pressuposto de legitimação da denúncia e o segundo uma exigência que decorre da boa fé).

⁸³ PINTO MONTEIRO afirma que “as partes terão interesse, aliás, em estabelecer prazos superiores, sempre que, por exemplo, o contrato implique investimentos elevados” – cf. *Contrato de Agência*, cit., p. 126.

⁸⁴ O exemplo é hiperbólico – é muito pouco provável que um agente tenha de efetuar investimentos de tal forma elevados que demore 2 anos a amortizar (já em relação a um concessionário ou a um franquiado será mais provável). Mas mesmo que só se demore 5 meses, isso pode ser muito tempo para servir de prazo de pré-aviso.

⁸⁵ E o Direito Comercial, no qual se integra a LCA, rege-se pela autonomia privada – v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 459.

acordar que até correrem dois anos não é possível a qualquer delas denunciar o contrato. Depois desse tempo, a denúncia decorre nos termos e com os prazos previstos pelo artigo 28^o⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸⁶ Neste caso, pode perguntar-se se é possível denunciar o contrato ao fim de 1 ano e 10 meses, sendo que, como o prazo de pré-aviso é de 2 meses, a denúncia só terá efeito no dia em que o contrato completar 2 anos. Parece que esta hipótese tem todo o cabimento e nada a ela obsta, no sentido em que o contrato será mantido pelo tempo mínimo acordado entre as partes.

⁸⁷ Sobre redação dos artigos 28^o e 29^o, v. Anexo III.

§ 4.º Pré-Aviso

1. Definição, função e adequação

I – Como já se teve oportunidade de observar, o art. 28º exige que se respeitem certos prazos de pré-aviso ao denunciar um contrato de agência. O pré-aviso consiste precisamente no intervalo de tempo que se tem de observar “*entre o momento da perfeição da declaração unilateral receptícia e o momento da produção dos efeitos extintivos nela visados*”⁸⁸.

O pré-aviso é considerado um “*elemento natural na denúncia*”⁸⁹⁻⁹⁰, mas o seu não respeito não torna a denúncia ineficaz, apenas a torna ilícita (dando lugar a devida indemnização)⁹¹.

II – Para que serve o pré-aviso? A razão mais invocada é a de “*atenuar os prejuízos decorrentes da extinção do contrato*”⁹² que recaem sobre a contraparte. De facto assim é: visa-se proteger a contraparte, minimizando certos prejuízos – mais concretamente, os que resultam da não realocação de recursos⁹³.

O prazo de pré-aviso serve, pois, para dar tempo à contraparte para que esta consiga devidamente *relocar* os seus recursos e a sua atividade⁹⁴. Se o denunciante for o principal, então o agente pretenderá procurar novo contrato de agência (ou outro contrato) com um terceiro. Se o denunciante for o agente, o principal tencionará encontrar, ou novo agente, ou nova forma de distribuição.

Relembre-se que os contratos de agência por tempo indeterminado são muito instáveis, pois qualquer parte pode, a qualquer momento, pôr termo ao contrato, denunciando-o. Ora, o pré-aviso é a forma que o Direito encontra de dar (não estabilidade mas) alguma segurança às partes, no sentido em que dá margem para que estas encontrem nova atividade ou

⁸⁸ Cf. PAULO HENRIQUES, cit., p. 237.

⁸⁹ Cf. MOTA PINTO, cit., p. 623 e PAULO HENRIQUES, cit., p. 236. V. tb. ALMEIDA COSTA, cit., p. 322; ANTUNES VARELA, cit., vol. II, p. 281; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 342; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição...*, cit., p. 137; MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 238.

⁹⁰ Seja dentro ou fora do âmbito dos contratos de agência – para pré-aviso no contrato de locação v. arts. 1100º e 1101º CC; nas CCG v. art. 22º nº1 i) do DL 446/85, com alterações do DL 249/99 de 7 de Julho.

⁹¹ V. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição...*, cit., pp. 141 e 142; BALDI, cit., pp. 196 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., p. 669 e Ac. STJ 10-05-2001 (*CJ – Acs. STJ*, ano IX, tomo II, 2001, pp. 62 ss.).

⁹² Cf. PAULO HENRIQUES, cit., 236. V. tb. ALMEIDA COSTA, cit., p. 322; PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, cit., p. 126.

⁹³ Mas não os que resultam da não amortização dos investimentos feitos – neste sentido (embora relativo a contrato de concessão), v. Ac. STJ 15-11-2007, proc. 07B3933 in *www.dgsi.pt*.

⁹⁴ Neste sentido, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 241.

contrato. Seria não só injusto como até ineficiente não haver pré-aviso⁹⁵, pois isso levaria a que a contraparte ficasse, necessariamente, sem trabalho⁹⁶. Feita a denúncia com certa antecedência, é possível que quando esta produzir os seus efeitos extintivos, a contraparte já tenha realocado os seus recursos (ou esteja bem encaminhado nessa realocação).

III – O Direito não pode ser cego à crescente confiança e segurança que surge e se reforça com o passar do tempo, numa relação contratual. Uma relação de agência que dura apenas há 6 meses é seguramente diferente de uma relação com mais de 30 anos. Daí que seja unanimemente aceite que o período de pré-aviso deva ter em conta a antiguidade da relação contratual⁹⁷.

Mas não é por o contrato ter longa duração que, em caso de denúncia, a realocação de recursos demora mais tempo do que a de um contrato de curta duração. Um agente que durante 1 ano trabalhou com certo principal pode demorar tanto tempo a realocar a sua atividade quanto um agente que trabalhou 30 anos com o mesmo principal. É necessário então não confundir a *tutela da confiança* (que o Direito acolhe e tem em conta nos prazos de pré-aviso) com a função primordial do pré-aviso (realocação de recursos)⁹⁸.

IV – Coloca-se então a questão de saber qual o prazo de pré-aviso adequado para cada relação de agência. Mas para encontrar uma resposta apropriada é necessário perguntar primeiro: o que sucede quando uma das partes, cumprindo o prazo de pré-aviso, denuncia o contrato?

Juridicamente nada acontece. Ou melhor, com a denúncia os direitos e deveres das partes permanecem inalterados; de tal forma que Paulo Henriques afirma que “*no plano jurídico, o próprio denunciante não ficará, provavelmente, em situação menos favorável aos seus interesses observando um prazo razoável de pré-aviso, do que ficaria se a denúncia tivesse efeitos imediatos*”⁹⁹.

⁹⁵ Parece injusto que uma pessoa não tenha tempo de procurar nova ocupação profissional; é ineficiente para a sociedade que haja alguém sem ocupação profissional.

⁹⁶ Trabalho deve ser entendido aqui, não como a relação estabelecida por um contrato de trabalho, mas sim como «atividade profissional», no seu sentido mais lato (a agência é vista, para este efeito, como «trabalho»).

⁹⁷ V. PAULO HENRIQUES, cit., p. 241; PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 123; LILIANA PACHECO, cit., pp. 76 ss.; LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, p. 72.

⁹⁸ A distinção é importante: a primeira conduz à proporcionalidade entre tempo do contrato e prazo de pré-aviso; a segunda afasta essa proporcionalidade. Esta distinção é relevante para a discussão feita mais à frente – v. *infra*, p. 34.

⁹⁹ Cf. PAULO HENRIQUES, cit., p. 240.

Mas esta frase pode ser traiçoeira. É que se os direitos e deveres não se alteram, o mesmo não pode dizer-se da *relação fáctica* que existe entre principal e agente. A interação entre as partes será, seguramente, diferente. Repare-se que, se uma das partes pretende denunciar o contrato, é porque, à partida, deseja que essa relação cesse logo nesse momento. O pré-aviso será, tendencialmente, indesejado pelo denunciante¹⁰⁰, pois ele pretende terminar a relação contratual que até ao momento se mantinha. A recepção de que o denunciante pretende terminar a relação contratual não deixará indiferente a contraparte. É então certo que a denúncia altera o comportamento de ambas as partes.

Para melhor entender estas alterações, veja-se então o que sucede com a denúncia à luz da Teoria dos Jogos.

2. Até quando quer um agente trabalhar?

I – António é agente de Pedro, principal¹⁰¹. Considere-se que o esforço de António se representa por e e que cada unidade de e se traduz num ganho de 100€¹⁰². Por simplificação, uma unidade de e equivale a uma hora de trabalho de António – ou seja, por cada hora de trabalho do agente, há um ganho de 100€ que se repercute no principal¹⁰³.

Quanto mais unidades de e , maiores os ganhos, logo, Pedro quer que António trabalhe o máximo de tempo possível. Mas quantas horas por semana está António disposto a trabalhar? Até onde vai o esforço do agente? Depende – do custo que esse e tem para ele e do benefício que daí advém. Ou dito de outra forma, António trabalha até o custo marginal ser igual ou superior ao benefício marginal¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Não será necessariamente sempre assim; o denunciante pode ter todo o interesse em que haja um prazo de pré-aviso (embora esta não seja uma situação normal).

¹⁰¹ A análise que aqui se inicia só cabe nos casos em que o denunciante é o principal (e não o contrário). Note-se também que a análise aqui feita é simplista; na realidade, as funções de benefício e de custo nunca serão assim tão lineares. Ainda assim, considero que a presente apresentação pode ser útil para intuir como a percepção de custo se altera com a recepção da denúncia (feita com o devido pré-aviso). Por fim, embora se esteja a usar como exemplo duas pessoas singulares, tudo se aplica – salvo indicação – a pessoas coletivas.

¹⁰² Inspirado em BESANKO *et al.*, cit., pp. 480 ss.

¹⁰³ Pois o trabalho do agente – a promoção de contratos – é feita por conta do principal (art. 1º da LCA).

¹⁰⁴ Derivando as funções do custo/benefício total obtém-se a função do custo/benefício marginal. O cálculo das derivadas está explicitado no Anexo IV.

II – Suponha-se que António recebe de Pedro, garantidamente, 500€ semanais¹⁰⁵. Recebe, para além disso, uma comissão equivalente a 10% dos ganhos que realiza (isto é, 10€ por cada unidade de e). O benefício total aumenta por cada hora adicional de trabalho, mas o *benefício marginal*¹⁰⁶ é sempre o mesmo: 10€.

III – Assuma-se que o custo de exercer e pode ser descrito em termos monetários¹⁰⁷ e que o *custo total* é dado pela função seguinte, representada na figura abaixo:

$$c(e) = \begin{cases} 0 & \text{se } e \leq 40 \\ 0,5(e - 40)^2 & \text{se } e > 40 \end{cases}$$

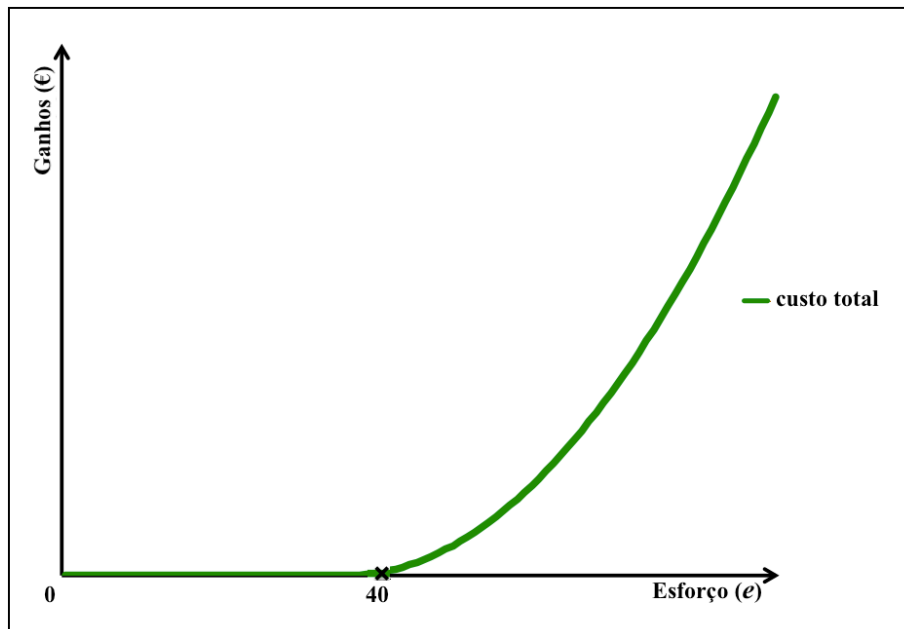


FIGURA 1

Com esta função é possível encontrar o *custo marginal* de cada e . Como se pode observar, as primeiras 40 horas de trabalho não têm qualquer custo para António¹⁰⁸. O custo total de 40 e 's é igual a zero (e o *custo marginal* de cada uma dessas horas será igualmente zero, claro). A partir da 41ª hora aumenta não só o custo total como o custo marginal (e

¹⁰⁵ Embora a comissão seja a forma típica de retribuição, nada impede que haja, cumulativamente, uma remuneração fixa – v. LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, cit., pp. 63 e s.

¹⁰⁶ I. e., o benefício que advém somente dessa hora adicional de esforço.

¹⁰⁷ Ou, dito de outra forma, esse e tem, para António, uma determinada *utilidade* que para efeitos práticos é mensurada monetariamente.

¹⁰⁸ Estas 40 horas são aquilo que o agente considera como «obrigação mínima» – os 500€ que recebe compensam essas 40 horas de esforço, tornando-as assim irrelevantes para os cálculos de custo e benefício marginal.

aumenta de hora para hora). Usando as regras básicas de derivação¹⁰⁹, observa-se que se e for maior do que 40, o custo marginal será igual a $(e - 40)$.

IV – Conhecendo as funções de benefício e custo marginal, António, sendo um agente racional, vai então deixar de trabalhar quando o custo de mais uma hora de trabalho for igual a 10€ (benefício marginal), o que acontece quando $e = 50$; logo, dado este plano de remuneração, António não trabalhará mais de 50 horas por semana¹¹⁰⁻¹¹¹.

V – Ora, mas o que acontece se Pedro denunciar o contrato? Será que as funções se mantêm inalteradas? Será que António trabalhará o mesmo número de horas? Evidentemente que não.

Repare-se: antes de Pedro denunciar o contrato, António tem uma vida estável – tem uma atividade profissional fixa e regular, na qual se esforça por trabalhar bem (gastando 50 horas por semana a fazê-lo com afínco) e nem se considera mal remunerado. Mas também gosta de descansar e quando não está a trabalhar faz isso mesmo: descansa.

Mas se Pedro se encontra com António e lhe diz que dentro de x meses o contrato termina, António passa a ter em mãos uma questão importante: como arranjar novo trabalho? Como conseguir realocar os seus investimentos? Existem muitas maneiras de o conseguir mas todas elas implicam, com certeza, gastar *tempo*. Isso significa que agora o seu tempo livre passa a ter um peso muito maior – uma hora livre vale agora mais do que valia antes de Pedro lhe dar a notícia. Se assim é, então cada hora adicional de trabalho representa para António um esforço muito maior – pois é mais uma hora em que ele não está a procurar trabalho alternativo.

O mesmo é dizer que, com a recepção da denúncia, a função de utilidade do tempo de António é alterada. As preferências modificam-se¹¹². António passa agora a valorizar mais o tempo em que não está a angariar clientes para Pedro¹¹³. Sendo assim, a função do custo total sofre alterações. Considere-se que a função passa, então, a ser a seguinte:

$$c(e) = \begin{cases} 0 & \text{se } e \leq 30 \\ 0,6(e - 30)^2 & \text{se } e > 30 \end{cases}$$

¹⁰⁹ Cf. Anexo IV.

¹¹⁰ Cf. Anexo IV.

¹¹¹ Tecnicamente é indiferente para António trabalhar ou não na 50ª hora. Mas trabalhar a 51ª hora não compensa – não é uma atitude racional.

¹¹² V. *supra*, p. 14.

¹¹³ Pois há um potencial benefício que daí advém, que é o encontrar novo contrato.

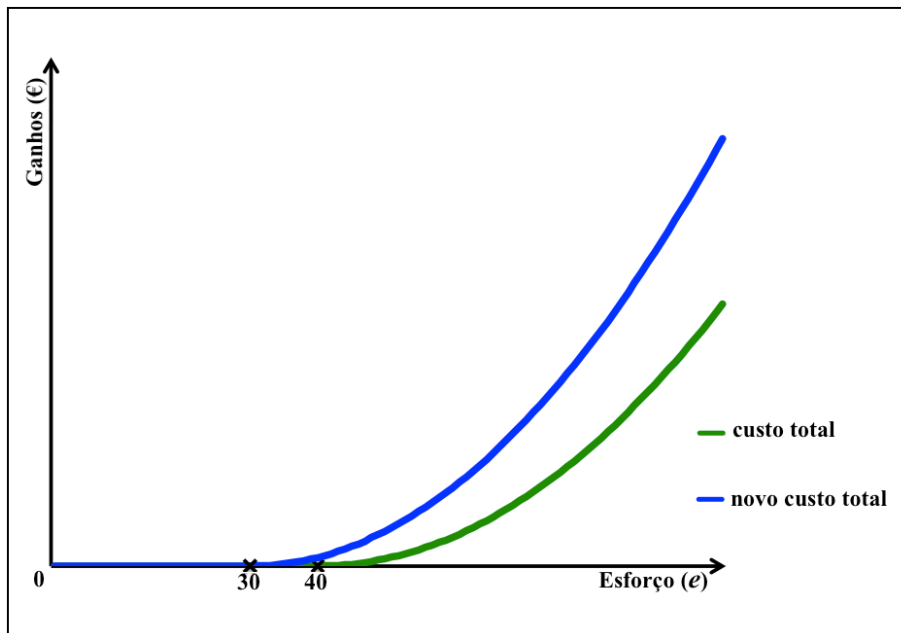


FIGURA 2

Como se vê na Figura 2, a nova função cresce muito mais rapidamente do que a antiga, ou seja, o custo total (e marginal) de e é agora maior. Com estas alterações, e tendo em conta que o benefício marginal não se modifica (porque Pedro continua a pagar-lhe o mesmo)¹¹⁴, o agente vai passar a trabalhar menos horas. Feitas as contas¹¹⁵, António trabalhará não mais de 40 horas.

VI – Da análise feita se conclui que, com a recepção da denúncia, a função de utilidade do tempo altera-se, de tal forma que, para António, não compensa trabalhar tanto tempo quanto trabalhava antes da denúncia. E quanto maior for o prazo de pré-aviso, maior também o intervalo de tempo em que António trabalha menos horas por semana. O que não é vantajoso para Pedro.

Mas uma questão final se impõe. Imaginemos que Pedro denuncia o contrato dando um pré-aviso de 3 meses. Se António em apenas uma semana conseguir encontrar novo trabalho, o que faz nas restantes 11 semanas em que ainda é agente de Pedro? Vai voltar a querer trabalhar 50 horas? Pela análise aqui efetuada, tudo indicaria que sim. Mas responder a esta questão abordando apenas a função de utilidade é insuficiente. Há então que analisar o caso de outras perspectivas.

¹¹⁴ E, por simplificação, considera-se que a função de utilidade desse benefício não sofre alterações.

¹¹⁵ Cf. Anexo IV.

3. Pré-aviso – motivação, cooperação e risco

I – O contrato de agência é, à partida, cooperativo. Senão veja-se:

António e Pedro podem ou cooperar (C) ou não cooperar (NC). Os resultados (semanais) estão apresentados no Quadro 3¹¹⁶.

QUADRO 3

		Pedro	
		C	NC
António	C	500 , 90e +10e - 500	500 , - 500
	NC	500 , - 500	0 , 0

Como é fácil observar, convém às partes cooperar – o *ponto de equilíbrio* é precisamente aquele em que ambos os jogadores cooperam. Aliás, a cooperação mútua é não só o ponto de equilíbrio como é também o ponto eficiente¹¹⁷.

Mas o que acontece com a recepção de denúncia? Acontece que a contraparte apercebe-se de que o jogo – até então sem fim à vista – irá, dentro de x meses, terminar. António já não terá incentivos para trabalhar tanto tempo como até a esse momento, visto que a função de utilidade do tempo se altera¹¹⁸. Claro que isso, só por si, não leva à não-cooperação¹¹⁹ – o agente continua a ter razões para jogar o jogo até ao fim, pois ainda retira proveitos dele¹²⁰. Mas sem dúvida que os incentivos à cooperação enfraquecem.

II – É, no entanto, necessário ir para lá da análise das funções de utilidade. Veja-se: se o contrato de agência por tempo indeterminado é um contrato frágil, instável (na medida em que pode terminar a qualquer momento), então é normal que haja, de cada uma das partes, um esforço para mostrar à outra parte que vale a pena manter o contrato; há uma atitude de aposta, de investimento numa relação de continuidade, numa parceria com futuro¹²¹. Mas a partir do momento em que esse futuro é cortado por uma das partes, o esforço que a

¹¹⁶ O retângulo superior esquerdo (C/C) evidencia o plano de remuneração já enunciado na p. 28. O superior direito (C/NC) supõe que caso Pedro não colabore; nesse caso António não consegue promover qualquer contrato, mas resolve colaborar ao ponto de não resolver o contrato de agência (e recebe portanto os 500€ semanais). O inferior esquerdo (NC/C) retrata a mesma situação, sendo que aqui é António quem não colabora. No retângulo inferior direito (NC/NC) nenhuma das partes colabora, pelo que o contrato nem sequer subsiste.

¹¹⁷ Ao contrário do dilema do prisioneiro, onde o ponto de equilíbrio não coincide com o ponto eficiente.

¹¹⁸ V. *supra*, p. 14.

¹¹⁹ Conduz sim a uma cooperação enfraquecida, em que António trabalha menos horas por semana.

¹²⁰ Excepto se entretanto António encontrar um novo jogo (leia-se, novo contrato) onde o resultado lhe seja mais benéfico – aí mais lhe vale não cooperar com Pedro.

¹²¹ V. FERNANDO ARAÚJO, cit., pp. 606 e s.

contraparte faz para manter essa relação irá igualmente ser cortado¹²². Assim, e respondendo à questão de saber se o agente, arranjando novo contrato em 7 dias voltará a trabalhar 50 horas por semana o resto do tempo, é pouco provável que o agente, de facto, o faça. Pode ser que isso aconteça (caso pretenda uma remuneração final tão elevada quanto possível), mas a disposição de António não será certamente a de «dar o litro» nesses últimos tempos¹²³.

III – A recepção da denúncia por parte de António será sempre vista como uma *perda*. Enquanto tal, é bem possível que António passe a ter maior atração ao risco, o que se traduz no seguinte: onde António tinha receio de arriscar gastar tempo «de trabalho» para procurar empregos mais atrativos, tem agora António todo o incentivo para o fazer. E fá-lo-á. Pode mesmo chegar ao ponto de considerar que é mais vantajoso não jogar o jogo com Pedro até ao fim e dedicar todo o tempo a outras atividades.

A atração ao risco pode, então, levar à não-cooperação¹²⁴.

IV – Por fim, é também preciso ter em conta os valores e sentimentos que as partes trazem consigo. Pode acontecer que António considere ser seu dever profissional trabalhar 50 horas por semana até o contrato terminar. Mas pode acontecer o oposto¹²⁵ – considerar que não deve nada a Pedro, de tal modo que nem chega a cumprir as suas obrigações mínimas¹²⁶.

V – A agência é um jogo de soma não nula, onde raramente há resultados aceites universalmente. Curiosamente, antes da denúncia há um resultado que pode ser dado como certo (pois há incentivos para ambas as partes cooperarem, existindo um ponto de equilíbrio); mas com a denúncia o equilíbrio é destruído e os resultados que daí advêm podem ser os mais variados. António tanto pode continuar a trabalhar 50 horas, como pode passar a não trabalhar nenhuma, como pode ainda optar por qualquer estratégia intermédia.

¹²² V. *supra*, p. 12.

¹²³ Até porque é preciso ter consciência de que quando Pedro denuncia o contrato, isso é visto como uma vontade imediata de não-cooperação, que só não produz imediatamente esses efeitos porque a lei não o permite. Se Pedro não pretende cooperar, então António pouca vontade terá também em cooperar.

¹²⁴ v. *supra*, p. 16.

¹²⁵ Quando os sentimentos entram em jogo (isto para os casos em que o agente é uma pessoa singular), é muito difícil prever qual o resultado do jogo. Se António se sente de alguma forma traído, magoado ou sentido com a denúncia, isso pode levar a que aquele queira cortar, de imediato, todas as relações que tinha com Pedro ou que se queira aproveitar. Outra reação expectável será o surgimento de comportamentos oportunistas – v. FERNANDO ARAÚJO, cit., pp. 391 e ss. e pp. 655 e s.

¹²⁶ O que pode levar Pedro a resolver o contrato, o que lhe dará direito a uma indemnização nos termos do art. 32º (e pode levar a que António deixe de receber indemnização de clientela – cf. art. 33º nº3).

Mas de tudo o que foi exposto até agora, fica-se com a certeza de que, com o anúncio do «*endgame*», os incentivos para a cooperação ficam fragilizados e António dificilmente terá a mesma motivação para trabalhar.

4. O Denunciante

I – A exposição feita nas últimas páginas tenta responder à pergunta “qual o prazo de pré-aviso adequado para cada relação de agência?”.

De toda a análise efetuada conclui-se que, sendo Pedro a denunciar o contrato, o pré-aviso é-lhe sempre desvantajoso, pois o agente passará a estar menos motivado e a trabalhar menos (ou, no limite, a não trabalhar). Para o principal, quanto menores forem os prazos de pré-aviso, melhor.

Mas qual será o prazo de pré-aviso adequado para o agente? Poder-se-á utilizar o critério oposto, isto é, será que quanto maiores os prazos, melhor? Não necessariamente. Por um lado, com a denúncia o próprio agente desmotiva-se, o que faz com que trabalhe menos e, portanto, ganhe menos. Por outro, o agente não tem de fazer investimentos muito avultados para a prossecução da sua atividade. Ao contrário dos contratos de concessão ou de franquia, no contrato de agência não há aquisição de propriedade para revenda; o agente simplesmente promove contratos¹²⁷. Além de que os investimentos que faz raramente serão específicos¹²⁸. É-lhe, pois, relativamente fácil e rápido realocar recursos, de tal forma que os prazos de pré-aviso nunca necessitam de ser muito extensos.

Assim, no limite, prazos demasiado extensos não só não são úteis para o agente como podem até ser desvantajosos. Nenhuma das partes necessita nem deseja, portanto, prazos de pré-aviso muito grandes.

II – E se o denunciante for o agente? Quanto a António, à partida não deseja que haja pré-aviso, pois pretende que o contrato cesse.

Quanto ao principal, o pré-aviso é-lhe favorável, no sentido em que lhe permite encontrar novo contrato de agência (ou outro contrato). Mas também aqui não se encontram vantagens para prazos muito extensos: o principal tem apenas que encontrar novo agente, o que

¹²⁷ Ele nunca chega a ser proprietário daquilo que promove.

¹²⁸ Consideram-se investimentos específicos os que têm caráter afundado (irrecuperável) e custos fixos (independentemente da produção).

consegue com relativa facilidade. Por outro lado, não convém ter consigo um agente que não pretende trabalhar mais. Logo, também neste caso não é necessário nem útil haver prazos extensos.

III – Tudo aponta, então, para que prazos relativamente curtos favoreça as partes e a livre circulação de pessoas, bens e serviços, acautelando ainda assim os interesses que o Direito se propõe proteger. Resta então observar a letra da lei e confrontá-la com as conclusões aqui apresentadas.

5. Tempo ideal de pré-aviso

I – A redação inicial do art. 28º consagrava prazos de pré-aviso bastante generosos¹²⁹. Se o contrato de agência durasse há mais de um ano, o prazo seria de três a doze meses, conforme a sua importância, as expectativas das partes e as demais circunstâncias do caso. Para Pinto Monteiro esta solução tinha duas vantagens: por um lado considerava que acautelava “*devidamente os interesses dos contraentes contra uma imprevista e súbita cessação do contrato*”¹³⁰, pois os prazos eram bastante extensos; por outro, tinha a vantagem de os prazos serem flexíveis, porquanto “*pode justificar-se perfeitamente que contratos com o mesmo tempo de vigência devam ter prazos de pré-aviso diferentes*”¹³¹. Ainda assim, o autor reconhece que a lei tinha “*o inconveniente de não permitir a quem decide denunciar o contrato saber, com segurança, qual a antecedência mínima a observar*”¹³².

O DL 118/93 transpôs a Diretiva 86/653/CEE, alterando a LCA. Um dos vários artigos alterados foi o 28º, adequando-se às exigências de prazos mais curtos impostos pelo nº 2 do art. 15º da Diretiva. Este número decreta que o prazo de pré-aviso é de um mês para o primeiro ano de contrato, de dois meses para o segundo ano iniciado e de três meses para o terceiro ano iniciado e anos seguintes¹³³.

II – O nº 3 do art. 15º da Dir. abre a possibilidade do prazo de pré-aviso se estender até seis meses (mantendo a lógica de um mês por cada ano completado, até ao máximo de seis),

¹²⁹ Adjetivação utilizada por PINTO MONTEIRO em *Contrato de Agência*, cit., p. 123.

¹³⁰ Cf. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., p. 139.

¹³¹ Cf. *idem*, p. 138.

¹³² Cf. *idem*, p. 138. V. tb. críticas de JANUÁRIO GOMES em *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 31.

¹³³ Redação, aliás, mais feliz do que a do art. 28º da LCA – v. Anexo III

mas o legislador português resolveu não aproveitar esta oportunidade. Esse não aproveitamento foi alvo de fortes críticas¹³⁴, alegando-se que três meses parece ser um tempo demasiado curto para um contrato que dure há 20, 30 ou mais anos.

Não posso concordar com estas críticas¹³⁵. Nas últimas páginas tenho vindo a demonstrar como não é conveniente que os prazos de pré-aviso nos contratos de agência sejam longos¹³⁶. Num contrato em que os investimentos específicos são pouco avultados e a realocação se pode fazer com bastante brevidade, como acontece nos contratos de agência, nada aponta para que seja necessário e útil que haja prazos de pré-aviso superiores a três meses¹³⁷.

III – O legislador parece ter tomado a melhor decisão ao não acolher a possibilidade concedida pelo art. 15º, nº 3 da Diretiva. A redação atual do art. 28º, nº 1 da LCA tutela a confiança das partes, acolhendo um critério de proporcionalidade entre a duração do contrato e o prazo de pré-aviso. E se essa proporcionalidade termina aos 3 anos é porque se considera que um prazo de pré-aviso de 3 meses é mais do que suficiente para realocar os recursos afectos à atividade prosseguida pela contraparte, independentemente da duração do contrato.

Claro que “*existirá sempre algo de aleatório, ao concretizar, através de prazos fixos, a antecedência com que a denúncia deve ser exercida*”¹³⁸. Mas, por um lado, a redação atual tem a vantagem de retirar toda a incerteza que a original redação causava. Por outro lado, esta aleatoriedade existe apenas no momento em que o legislador fixa esses mesmos prazos¹³⁹. A partir do momento em que eles estão fixados, as partes apreendem as novas regras do jogo – e é a partir delas que jogam os seus jogos. Jogos estes que, com a redação atual do 28º, podem ser jogados com segurança (jurídica) e com eficiência.

¹³⁴ V., principalmente, PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 123; LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, p. 73.

¹³⁵ Não concordância em parte já expressa *supra*, p. 27.

¹³⁶ Já o mesmo não poderei dizer quanto aos contratos de concessão ou de franquia, onde a realocação de recursos pode ser mais morosa, por estarem em causa recursos materiais de maior montante, por haver investimentos específicos e por a «máquina» do concessionário e do franquiado ser, em geral, bem mais pesada que a do agente. Neste sentido, PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 124; MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, cit., p. 241 e tb. Ac. STJ 13-05-2004, proc. 04A381 e Ac. STJ 21-04-2005, proc. 05B603. Em sentido contrário v. Ac. STJ 13-04-2010, proc. 673/2002.E1.S1 (todos *in* www.dgsi.pt).

¹³⁷ Neste sentido, e criticando o legislador belga por ter aproveitado a possibilidade concedida pelo nº3 do art. 15º da Dir., ALEX DE THEUX, *La fin du contrat d'agence commerciale. Articles 18 à 24 de la loi du 13 avril 1995*, pp. 9 ss.

¹³⁸ Cf. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., p. 138.

¹³⁹ E, ao determinar prazos fixos, o legislador retira a aleatoriedade que até então estava nas mãos dos juízes.

§ 5.º Epílogo

Conclusões

I – Numa tentativa de relacionar a Teoria dos Jogos com o pré-aviso da denúncia do contrato de agência, as limitações ao aprofundamento de várias figuras é evidente. Nenhum dos institutos – agência, denúncia, pré-aviso – foi examinado em toda a sua extensão. Muito menos se explanou a Teoria dos Jogos em toda a sua transversalidade.

Mas se a maioria das manifestas limitações são consequência direta do âmbito do tema escolhido, certos aspetos beneficiariam de maior estudo e exame, permitindo maior entrosamento entre Direito e Teoria dos Jogos. A falta desse estudo mais aprofundado deve-se, sim, a condicionantes da natureza da dissertação de mestrado e seus limites próprios de extensão, escritos e temporais.

Em relação aos contratos de distribuição em geral, fica por analisar de que forma é que as regras da LCA se devem aplicar às figuras da concessão e da franquia. São jogos parecidos com a agência, com regras ligeiramente diferentes – mas diferenças que são substanciais e que podem conduzir a resultados muito distintos dos resultados de contratos de agência.

Quanto à denúncia, não se abordou as figuras denúncia-modificação e denúncia-revogação, importantes estratégias alternativas na desvinculação *ad libitum* e que trazem interessantes questões de contagem de prazos.

Ficam por examinar também os jogos com mais de dois jogadores (cuja abordagem é substancialmente diferente da que é feita aos jogos com apenas dois jogadores) e fazer a ligação destes jogos com os casos em que:

- um principal tem contrato com vários agentes;
- um agente trabalha para vários principais;
- o fim de contrato de agência tem implicações em terceiros.

Mas o que fica, essencialmente, por fazer é a análise do mercado português de agência. As teorias económicas e jurídicas têm indiscutível importância, mas nem o Direito nem a Economia se podem alhear da realidade. Não basta inventariar soluções que se consideram abstratamente eficientes ou justas. É necessário analisar o que de facto acontece nas relações de agência, quantos contratos existem, quanto tempo duram, de que forma terminam e quais as ações e reações das partes relativamente a esse fim.

II – A enumeração dos muitos passos que o Direito (e mais concretamente a LCA) ainda pode dar no sentido de aproveitar os muitos contributos da Teoria dos Jogos em nada desvalorizam a reflexão feita ao longo do presente trabalho. A análise do efeito que a denúncia do contrato de agência provoca nas partes permite concluir que a emissão e recepção da denúncia destrói o ponto de equilíbrio que intrinsecamente existe num contrato de agência, ameaçando a colaboração até então mantida.

Esta colaboração fragilizada tem ainda de ser mantida por mais um tempo, em cumprimento dos prazos de pré-aviso. Tendencialmente indesejado pelo denunciante, o pré-aviso permite à contraparte realocar os seus investimentos. Não sendo previsível haver investimentos elevados, a realocação não tomará muito tempo, sendo claro que um intervalo excessivo de pré-aviso pode acarretar desvantagens para ambas as partes. O prazo de pré-aviso deve, portanto, ter a duração mínima necessária para assegurar somente a realocação dos investimentos.

A redação inicial do art. 28º da LCA causava alguma incerteza quanto aos prazos a aplicar; permitia ainda que houvesse prazos de pré-aviso bastante dilatados – demasiado dilatados para um contrato desta natureza. Se a Dir. surgiu como forma de uniformizar a legislação comunitária, a transposição da Dir. e alteração da LCA permitiram eliminar a referida incerteza e – ao não adoptar a possibilidade dada pelo nº3 do art. 15º da Dir. – atingir um maior nível de eficiência na denúncia dos contratos de agência, sem pôr em causa os princípios e interesses que o Direito pretende acautelar.

ANEXOS

ANEXO I
DILEMA DO PRISIONEIRO

O Dilema do Prisioneiro é um problema clássico de Teoria dos Jogos e foi enunciado pela primeira vez em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher e mais tarde reformulado por A. Tucker, que o batizou de «prisoner's dilemma»¹⁴⁰.

Dois homens, suspeitos de terem cometido determinado crime, são presos pela polícia e colocados cada um em sua sala. Não existe qualquer forma de os suspeitos comunicarem entre si.

Cada prisioneiro pode optar por manter-se em silêncio ou por confessar o crime de que é acusado. Os policiais explicam-lhes as consequências das suas escolhas (ver Quadro 4):

- Se um suspeito confessar e o outro não, quem confessar sai em liberdade e o outro é punido com 20 anos de cadeia;
- Se ambos confessarem, cada um é punido com 5 anos;
- Se nenhum confessar, são ambos punidos apenas com 1 ano.

QUADRO 4

		Suspeito II	
		<i>Não Confessa</i>	<i>Confessa</i>
Suspeito I	<i>Não Confessa</i>	1 , 1	20 , 0
	<i>Confessa</i>	0 , 20	5 , 5

Considerando que os suspeitos apenas pensam no seu próprio interesse, que devem eles fazer?

¹⁴⁰ V. DAVIS, cit., p. 109.

Veja-se as coisas do ponto de vista do Sujeito I. Como ele não sabe o que vai o Sujeito II fazer, ele deve considerar as duas alternativas que o Sujeito II tem e tentar antecipar o efeito que elas têm para si. Se o Sujeito II confessar, mais vale o I também confessar, para só apanhar 5 anos em vez de 20. Se o II não confessar, ainda assim convém também ao I confessar, pois em vez de um ano pode sair em liberdade. Assim, a melhor opção para o Sujeito I é confessar. O mesmo se aplica ao Sujeito II.

Chega-se, então, ao seguinte paradoxo: confessar é a melhor opção para ambos os jogadores, embora o resultado não seja o melhor possível, que seria apenas de um ano de prisão para cada em vez dos cinco anos com que, de facto, são punidos.

O Dilema do Prisioneiro tem inúmeras aplicações.

- Numa corrida às armas entre 2 países, estes sairiam melhor se nenhum deles entrasse na corrida, pois não havia custos e ambos teriam a mesma força relativa que têm entrando na corrida.

- Todos os países beneficiariam se reduzissem as emissões de CO₂, mas não compensa um país por si só reduzir as emissões se os restantes países não os acompanharem.

- Numa disputa de preços entre duas gasolinhas, ambas ganham mais se cooperarem e puserem os preços mais altos (embora esse oligopólio seja ilegal).

O ponto central de todos estes exemplos é sempre o mesmo: agindo competitivamente, as partes alcançam um resultado menos satisfatório do que agindo cooperativamente.

ANEXO II

AVERSÃO AO RISCO

No trabalho “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”¹⁴¹, de 1981, Tversky e Kahneman realizaram diversas experiências com alunos da Stanford University e da University of British Columbia. A partir desses testes, Tversky e Kahneman elaboraram a seguinte função hipotética para a valoração que as pessoas dão a ganhos e perdas:

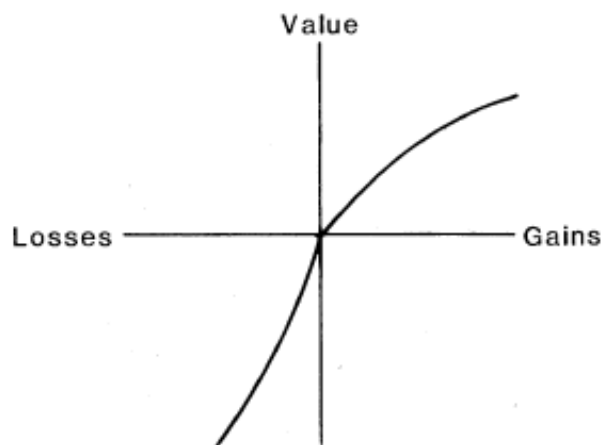


FIGURA 3

Esta função altera-se de pessoa para pessoa (de acordo com as funções de utilidade), mas os autores afirmam que, regra geral, a função terá a forma de um ‘S’ e que será côncava para valores positivos e convexa para valores negativos, como se pode observar na Figura 3¹⁴². Isso significa, não só, que há aversão ao risco para ganhos e atração ao risco para perdas, mas também que para determinado intervalo x , quanto maiores os ganhos (ou perdas), menor a diferença de valor.

Por exemplo, a diferença de valor subjetivo entre 10€ e 20€ é maior do que a diferença de valor subjetivo entre 110€ e 120€ (sejam valores positivos ou negativos). Ou, dito de outra forma, passar a ganhar 20€ em vez de ganhar 10€ tem um impacto relativamente grande; ganhar 120€ em vez de 110€ não tem um impacto tão grande; ganhar 100.020€ em vez de 100.010€ quase não tem impacto. O mesmo acontece para as

¹⁴¹ Trabalho que, entre outros, valeu a Kahneman um prémio Nobel em 2002.

¹⁴² Note-se que o eixo das abcissas representa a quantificação objetiva dos ganhos ou perdas. O eixo das ordenadas representa a valoração subjetiva desses ganhos ou perdas.

perdas, mas de forma ainda mais drástica, como se observa pela inclinação da curva (ou pela derivada no ponto).

Para melhor se perceber como a sensação de perda ou ganho influencia a decisão das pessoas, veja-se duas das experiências feitas por Tversky e Kahneman.

1. Pediram a 150 alunos para olhar para os dois casos abaixo e escolher uma hipótese em cada:

Decisão I – Escolher entre:

A. um ganho certo de \$240;

B. 25% de hipóteses de ganhar \$1000, e 75% de hipóteses de não ganhar nada.

Decisão II – Escolher entre:

C. uma perda certa de \$750;

D. 75% de hipóteses de perder \$1000, e 25% de hipóteses de não ganhar nada.

Curiosamente, quanto à primeira decisão a maioria das pessoas (84 por cento) escolheu a opção **A** e só 16 por cento arriscou a hipótese **B**. Em relação a ganhos, há bastante aversão ao risco.

Já na decisão II, só 13 por cento optou por escolher a perda certa (**C**) e 87 por cento arriscou a opção **D**. Em relação a perdas, há atração ao risco. Já diz o ditado português, “perdido por cem, perdido por mil”.

2. Imagine-se que se espera que certo surto viral venha a matar 600 pessoas. Foram propostos dois programas alternativos para combater a doença.

Se o Programa **E** for adotado, 200 pessoas serão salvas. Se o programa **F** for adotado, há 1/3 de possibilidades de salvar as 600 pessoas e 2/3 de não salvar ninguém. Considerando que as estimativas feitas são exatas, que programa escolher?

Imagine-se agora outra situação. Sabe-se que se se adoptar determinada medida **G**, 400 pessoas irão morrer. Por outro lado, se se adoptar a medida **H**, há 1/3 de probabilidades de matar 600 pessoas e 1/3 de probabilidades de que ninguém morra. Tendo que optar, qual a medida a adoptar?

Os casos parecem bizarros. Mas têm um pormenor importante: ambos têm o mesmo resultado. Tanto **E** como **G** levam a que 400 pessoas morram e 200 vivam. Tanto **F** como **H** levam a que haja 1/3 de probabilidades de ninguém morrer e 2/3 de que 600 pessoas não sobrevivam.

Curiosamente, no primeiro caso, 72 por cento dos alunos inquiridos optaram por **E** e 28 por cento escolheram **F**. No segundo caso 22 por cento optaram por **G** e 78 por cento por **H**.

De certa forma, os resultados da 2ª experiência mostram inconsistências na escolha. O resultado é o mesmo, mas as escolhas são diferentes. Porquê? Porque a maneira como se coloca o problema é muito importante. Quando se fala em salvar, prefere-se não tomar riscos. Já quanto a mortes, prefere-se arriscar a hipótese de não matar ninguém¹⁴³. A maneira como certa situação é apresentada pode, então, mudar a escolha dos jogadores e o resultado final.

Mas não são as inconsistências que pretendo realçar aqui. O importante é perceber como a sensação de perda ou de ganho leva a atitudes muito diferentes face ao risco e essas atitudes devem ser tomadas em consideração na análise de um jogo.

Pense-se, por exemplo, num empregador que comunica ao seu trabalhador que ele pode ganhar um bónus no fim do ano se cumprir os objectivos que lhe são impostos. O trabalhador tem também em mãos uma hipótese (não certa) de mudar de trabalho para uma empresa onde lhe pagam mais. O processo de recrutamento leva a que o trabalhador gaste tanto tempo que não conseguirá de maneira nenhuma cumprir os objectivos e ganhar o bónus. Arriscará então mudar de emprego? Provavelmente, não.

Já se o empregador diz ao seu trabalhador que dentro de um mês deixará de trabalhar naquela empresa, qual será a reacção expectável do trabalhador? Vendo-se numa situação de perda, ele certamente arriscará ter uma má prestação a nível profissional no seu último mês de trabalho de forma a conseguir ter tempo e concentração para procurar um novo trabalho.

Que convém então ao empregador fazer? Avisar o mais tarde possível o trabalhador de que este será dispensado.

¹⁴³ No primeiro caso, o ponto de partida é haver 600 mortes; é aí a origem da função (ponto 0,0). Salvar pessoas é sempre visto como um ganho. No segundo caso, salvar toda a gente é a origem da função, logo, qualquer morte é vista como uma perda.

ANEXO III
SOBRE A REDAÇÃO DOS ARTS. 28º E 29º

I – Os artigos 28º e 29º da LCA têm atualmente a seguinte redação:

Artigo 28.º (Denúncia)

1 - 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 2º ano de vigência;*
- c) Três meses, nos restantes casos.*

2 - Salvo convenção em contrário, o termo do prazo a que se refere o número anterior deve coincidir com o último dia do mês.

3 - Se as partes estipularem prazos mais longos do que os consagrados no nº 1, o prazo a observar pelo principal não pode ser inferior ao do agente.

4 - No caso previsto no nº 2 do artigo 27.º ter-se-á igualmente em conta, para determinar a antecedência com que a denúncia deve ser comunicada, o tempo anterior ao decurso do prazo.

Artigo 29.º (Falta de pré-aviso)

1 - Quem denunciar o contrato sem respeitar os prazos referidos no artigo anterior é obrigado a indemnizar o outro contraente pelos danos causados pela falta de pré-aviso.

2 - O agente poderá exigir, em vez desta indemnização, uma quantia calculada com base na remuneração média mensal auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelo tempo em falta; se o contrato durar há menos de um ano, atender-se-á à remuneração média auferida na vigência do contrato.

II – Observemos com atenção alguns aspetos da sua redação. A formulação das três alíneas do nº1 do 28º levanta algumas dúvidas. A primeira prende-se com o que aparenta ser uma lacuna: qual o prazo de pré-aviso no caso de o contrato ter, exatamente, 1 ano? Se o contrato durar há menos de um ano cabe na *a)*, se durar há mais cabe na alínea *b)*. Mas se tiver precisamente 1 ano parece não encaixar em nenhuma das alíneas.

Esta dúvida tem que ver com a forma um tanto ou quanto heterogênea como estão redigidas as três alíneas¹⁴⁴, mas na verdade não há qualquer lacuna, pois o completar de um ano *coincide* com o início de vigência do ano seguinte¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Mas se por um lado não existe qualquer lacuna, por outro parece haver regulação vazia. Senão repare-se: um contrato que dura há um ano e meio já iniciou o 2º ano de vigência, logo, cai no âmbito da alínea *b*). Ora, um contrato que dura há já 15 anos também já iniciou o 2º ano de vigência; logo, por interpretação literal das alíneas do nº 1, também deve caber na alínea *b*); aliás, todos os contratos que não tenham menos de um ano cabem na alínea *b*). Assim sendo, não há contrato que caiba na alínea *c*) – não há “restantes casos”.

A interpretação teleológica é outra (cf. art. 15º Dir.). Na verdade o que se pretende é que os contratos no 1º ano de vigência tenham um prazo de pré-aviso de 1 mês; os que estão no 2º ano tenham um prazo de 2 meses e os que estão no 3º ano ou seguintes tenham então um prazo de 3 meses (art. 15º nº 2 Dir.). Fica aquém, a redação do artigo.

III – Em relação ao art. 29º há três críticas a fazer. No nº 1 não está claro se a indemnização aí prevista diz respeito aos prazos referidos expressamente no nº1 do art. 28º ou se abrange também os prazos acordados pelas partes. Parece-me que a inclusão dos prazos acordados pelas partes será a melhor solução e provavelmente seria essa a intenção do legislador¹⁴⁷ – e era-lhe muito fácil evitar a incerteza.

¹⁴⁴ Na alínea *a*) fala-se em “menos de um ano”. Na *b*) fala-se em “iniciado o 2º ano de vigência”. Na *c*) fala-se em “restantes casos”.

¹⁴⁵ Ficam dúvidas quanto ao momento em que se completa um ano de contrato (e, logo, também o início do ano seguinte).

Se um contrato foi celebrado, por hipótese, no primeiro segundo do dia 1 de Janeiro de 2011 (e nesse segundo ele começa o 1º ano de vigência), ele à partida completaria 1 ano no preciso momento em que se entra no ano de 2012. Às 23h59 de 31 de Dezembro o contrato teria menos de um ano. Às 00h00 de 1 de Janeiro de 2012 o contrato faz um ano – e nesse exato momento que ele começaria o 2º ano de vigência.

Esta exposição não se coaduna, no entanto, com a redação do art. 279º CC. De acordo com a alínea *c*) deste artigo, o contrato só completaria 1 ano no fim do dia 1 de Janeiro de 2012. Supõe-se então que o 2º ano de vigência comece somente nesse momento.

¹⁴⁶ Esta lacuna existia, sim, na primeira redação do artigo, antes das alterações impostas pelo DL nº 118/93, de 13 de Abril (a alínea *b*) empregava a expressão “menos de um ano”, a alínea *c*) “mais de um ano” – omitia-se a possibilidade de o contrato ter precisamente um ano). Já LACERDA BARATA (v. *Sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 86) e JANUÁRIO GOMES (v. *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 31) chamavam a atenção para esta lacuna.

¹⁴⁷ Assim se entendeu também na Sentença de 10 Fevereiro de 1997 do Juízo do 17º Juízo Cível da Comarca de Lisboa (CJ, ano XXII, tomo II, 1997, pp. 291 ss.). Já LILIANA PACHECO (v. *A denúncia do contrato de agência*, cit., p.130) considera (mas sem dar justificação) que se o denunciante não cumpre o prazo acordado, há lugar a indemnização mas no âmbito da responsabilidade civil contratual, não se aplicando art. 29º. Não concordo com esta posição. O artigo 29º visa dar proteger a contraparte pelos danos sofridos decorrentes da falta de pré-aviso. Essa proteção não é tanto dada pelo nº 1 (que, aliás, nada acrescenta à proteção dada no âmbito da responsabilidade civil contratual – v. arts. 798º ss. CC) mas sim pelo nº2 – ainda que só ao agente. Este nº2 é uma forma de proteção mais vantajosa do que o regime de responsabilidade civil

Fica também a dúvida: só é obrigado a indemnizar quem seja totalmente faltoso (denúncia sem qualquer prazo de pré-aviso) – como se parece inferir pelo fim do nº1 – ou também quem denuncia com um prazo mais curto do que o devido – hipótese que parece caber na expressão “sem respeitar os prazos”? A resposta mais acertada parece ser que a denúncia feita com um prazo menor do que o devido dará direito a indemnização¹⁴⁸, mas a lei não é clara.

Por fim, no nº2 refere-se que a indemnização é calculada com base na remuneração média mensal, multiplicada pelo tempo em falta, o que levanta um problema sério: que tempo é este? Como se pode multiplicar o que quer que seja sem unidade de medida? O legislador pretende que se meça o tempo em anos? Meses? Dias, horas, minutos¹⁴⁹? Embora seja relativamente evidente que a medida a ter em conta é o mês¹⁵⁰ (pois a remuneração média que se tem em conta é, também, medida ao mês), tal não é explícito na lei.

IV – Fica então uma sugestão de redação de forma a tentar evitar os problemas acima enunciados (alterações sublinhadas).

Artigo 28.º (Denúncia)

1 - (...):

- a) Um mês, no primeiro ano de vigência do contrato;
- b) Dois meses, no segundo ano de vigência do contrato;
- c) Três meses, no terceiro ano e seguintes de vigência do contrato.

2 - (...)

3 - (...)

4 - (...)

Artigo 29.º (Falta de pré-aviso)

1 - Quem denunciar o contrato sem respeitar os prazos mínimos legais ou contratualmente acordados, nos termos do artigo anterior, é obrigado a indemnizar o outro contraente pelos danos causados pela falta, total ou parcial, de pré-aviso.

contratual geral; como tal, considero que se deve aplicar também aos casos em que o denunciante não cumpre os prazos acordados.

¹⁴⁸ De forma a proteger a contraparte pelos danos causados pela falta (parcial) de pré-aviso. Na mesma linha v. LACERDA BARATA *Sobre o Contrato de Agência*, cit., p. 88.

¹⁴⁹ Imagine-se que a remuneração média mensal auferida pelo agente no ano anterior foi 1000€ e que o tempo em falta são 30 dias. Se a unidade de tempo for o mês, o sujeito recebe 1.000€ x 1 = 1.000€. Mas se a unidade for o dia, recebe 1.000€ x 30 = 30.000€. Se for o segundo recebe 1.000€ x 2.592.000 = 2.592.000.000€.

¹⁵⁰ Assim o considera também o STJ, v. Ac. STJ 13-04-2010, proc. 673/2002.E1.S1 in *www.dgsi.pt*.

2 - O agente poderá exigir, em vez desta indemnização, uma quantia calculada com base na remuneração média mensal auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelos meses em falta; se o contrato durar há menos de um ano, atender-se-á à remuneração média auferida na vigência do contrato.

3 - O número de meses em falta é calculado a partir do número de dias em falta a dividir por trinta, arredondado para baixo¹⁵¹.

¹⁵¹ Este critério foi escolhido por mim, mas outros poderiam ser escolhidos. Poder-se-ia arredondar para cima, ou usar o critério da aproximação (menos de 15 dias arredonda pra baixo, 15 ou mais dias arredonda para cima). Ou podia-se simplesmente não se arredondar (se o tempo em falta fossem 45 dias, multiplicava-se por 1,5).

ANEXO IV DERIVADAS

A derivada representa a taxa de variação instantânea de uma função, ou, dito de outra forma, a derivada é a inclinação de cada ponto de uma função. Se uma função nos dá o custo total (CT), então a derivada dessa função dá-nos, em cada ponto, a variação instantânea desse custo, isto é, dá-nos o custo marginal (CM). O mesmo se aplica para benefício total (BT) e marginal (BM), claro.

Ora, o que se pretende é encontrar o ponto em que o custo marginal iguala o benefício marginal, isto é:

$$CM = BM$$

A função do benefício total é a seguinte:

$$BT = 500 + 10\% (100 x) \quad (=) \quad BT = 500 + 10 x$$

A derivada numa função do tipo $a + bx$ é dada por b , logo:

$$BM = (500 + 10 x)' \quad (=) \quad \mathbf{BM = 10}$$

A função do custo total é a seguinte:

$$CT = \begin{cases} 0 & \text{se } x \leq 40 \\ 0,5(x - 40)^2 & \text{se } x > 40 \end{cases}$$

Considerando apenas a 2ª parte da função¹⁵² e usando a regra de derivação $(u^n)' = n \cdot u^{n-1} \cdot u'$ vemos que:

$$CM = (0,5(x - 40)^2)' \quad (=) \quad CM = 2 \times 0,5(x - 40)^{2-1} \times (x - 40)' \quad (=)$$

$$(=) \quad CM = (x - 40) \times 1 \quad (=) \quad \mathbf{CM = x - 40}$$

Ora, se queremos que $CM = BM$, então:

$$x - 40 = 10 \quad (=) \quad x = 10 + 40 \quad (=) \quad \mathbf{x = 50}$$

¹⁵² Porque, como para $x \leq 40$ o valor é sempre zero, esta secção da função é, para o caso, desprezável.

Ou seja, é no ponto 50 (quingüagésima hora) que o custo marginal iguala o benefício marginal. A partir desse ponto já não compensa ao agente trabalhar.

Pode-se fazer duas representações do que acabou de se demonstrar. A primeira figura representa os custos e benefícios totais. O ponto em que ambas as funções têm a mesma inclinação é o ponto 50 (ver Figura 4).

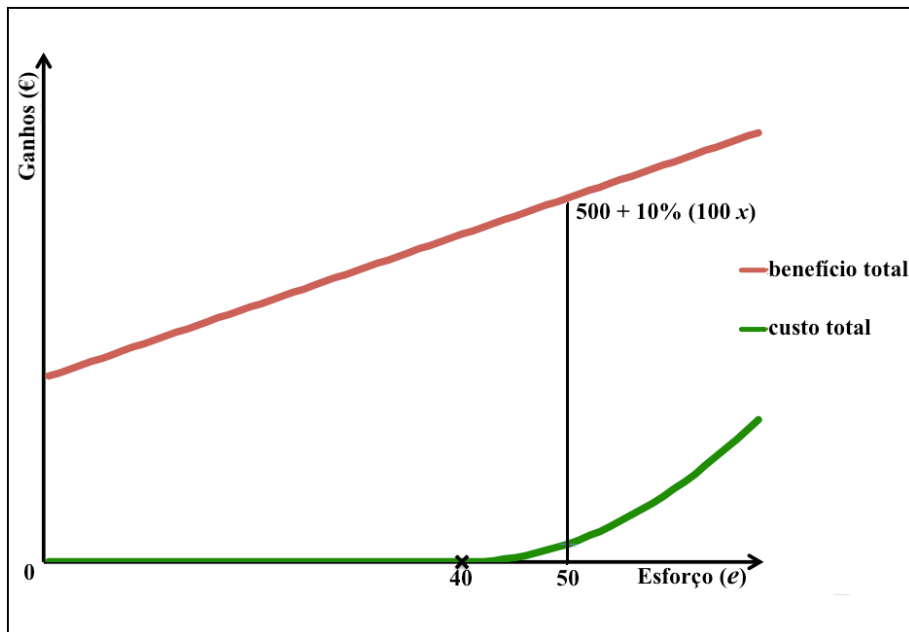


FIGURA 4

A segunda (Figura 5) representa os custos marginais (para $x < 40$, $CM = 0$ e para $x > 40$, $CM = x - 40$) e benefícios marginais ($BM = 10$). O ponto onde as linhas se intersectam (isto é, onde $CM = BM$) é também o 50.

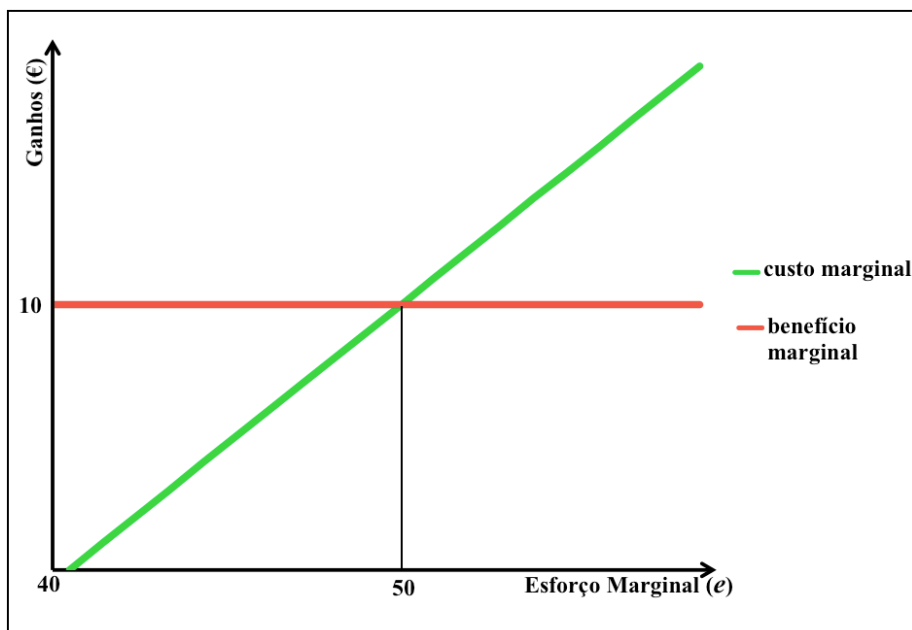


FIGURA 5

Por fim, se a função dos custos totais passar a ser:

$$CT = \begin{cases} 0 & \text{se } x \leq 30 \\ 0,6(x - 30)^2 & \text{se } x > 30 \end{cases}$$

então rapidamente se conclui que a derivada será $CM = x - 30$, pelo que (se o BM se mantém inalterado), então $CM = BM$ quando $x = 40$.

BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *Teoria Geral do Direito Civil – Acções e Factos Jurídicos*, vol. III, Lisboa, 1992.
- ARAÚJO, FERNANDO – *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007.
– *Análise Económica do Direito, Programa e Guia de Estudo*, Almedina, Coimbra, 2008.
- BAIRD, DOUGLAS G.; GERTNER, ROBERT H.; PICKER, RANDAL C. – *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, London, 1994.
- BALDI, ROBERTO – *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, 7ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
- BARATA, CARLOS LACERDA – *Sobre o Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 1991.
– *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, Lisboa, 1994.
- BESANKO, D.; DRANOVE, D.; SHANLEY, M.; SCHAEFER, S. – *Economics of Strategy*, 3rd edition, Wiley International Edition, USA, 2003.
- BOTELHO, JOÃO – *Contrato de Agência, Notas de Jurisprudência*, Livraria Petrony, Lisboa, 2010.
- BRITO, MARIA HELENA – *O Contrato de Agência*, In *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988.
– *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Tratado de Direito Civil Português, vol. II - Direito das Obrigações TOMO IV*, Almedina, Coimbra, 2010.
– *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- DAVIS, MORTON D. – *Game Theory, A nontechnical introduction*, Dover, USA, 1997.
- DIXIT, K. AVINASH; BARRY, J. NALEBUFF – *Thinking Strategically, The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, Norton, New York, 1993.
- EINHORN, HILLEL J.; HOGARTH, ROBIN M. – *Behavioral Decision Theory: Processes of Judgment and Choice*, Annual Reviews, Chicago, 1981.

- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2ª ed., Lex, Lisboa, 1996.
- GINTIS, HERBERT – *Behavioral Game Theory and Contemporary Economic Theory*, Analyse & Kritik, Stuttgart, 2005.
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA – *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- *Da Qualidade de Comerciante do Agente Comercial*, Separata do BMJ nº 313, Lisboa, 1982.
- *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, In *Tribuna da Justiça* nº 3, Abril-Maio 1990.
- HENRIQUES, PAULO ALBERTO VIDEIRA – *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- HVIID, MORTEN – *Long-Term Contracts and Relational Contracts*, Encyclopedia of Law and Economics, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>, 1999.
- MACHADO, J. BAPTISTA – *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001.
- MATA, JOSÉ – *Economia da Empresa*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000.
- MCMILLAN, JOHN – *Games, Strategies & Managers*, Oxford University Press, USA, 1996.
- MERCADAL VIDAL, FRANCISCO – *El Contrato de Agencia Mercantil*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1998.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial, anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Junho de 1995*, Separata da RLJ, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- *Contrato de Agência – anotação ao Decreto-Lei nº 176/86, de 3 de Julho*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009.
- NEUMANN, JONH VON – *On the Theory of Games of Strategy*, In *Game Theory – Critical Concepts in the social sciences*, vol. I, Routledge, 2001.
- NEVES, JOÃO LUÍS CÉSAR DAS – *Introdução à Economia*, Verbo, Lisboa, 1992.
- *O Estranho Caso do Livro de Economia – Uma investigação económico-criminal de Dick Shade*, Verbo, Lisboa, 1995.

- PACHECO, LILIANA MARIA FERREIRA – *A Denúncia do Contrato de Agência*,
Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA – *Teoria Geral do direito civil*, 3ª ed. atualizada,
Coimbra Editora, 1989.
- RODRIGUES, VASCO – *Análise Económica do Direito, Uma Introdução*, Almedina,
Coimbra, 2007.
- TALLEY, ERIC L. – *Interdisciplinary Gap Filling: a Review of Game Theory and the Law*,
Law & Social Inquiry, vol. 22 Issue 4, pp. 1055-1085, Oct. 1997.
- THEUX, ALEX DE – *La fin du contrat d’agence commerciale. Articles 18 à 24 de la loi du
13 avril 1995*, Bruxelles, 1997.
- TVERSKY, AMOS; KAHNEMAN, DANIEL – *The Framing Of Decisions and the Psychology
of Choice*, *Science, New Series*, vol. 211, nº 4481, pp. 453-458, Jan. 1981.
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, vol. I&II, 10ª ed.,
Almedina, Coimbra, 2000.