

# A Transmissão da Posição Contratual nos Contratos de Distribuição



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

Mestrado de Direito Empresarial

Orientador: Professor Fernando Ferreira Pinto

Ulrica dos Reis Gaspar Salvado Alves

10 De Novembro de 2014

## Índice

	Agradecimentos	3
I.	Introdução	4
II.	Contextualização do Problema	6
	2.1 A legislação europeia	7
	2.2 A interpretação do artigo 33.º n.º 3 do Decreto – Lei 178/86	8
	2.3 A <i>ratio</i> do artigo 33.º n.º 3 do Decreto – Lei 178/86	10
III.	A problemática da transmissão dos contratos	12
	3.1 A relevância da questão	12
	3.2 O obstáculo do carácter <i>intuitu personae</i>	14
IV.	Da transmissão dos contratos no âmbito da empresa	15
	4.1 Apresentação do problema	15
	4.2 Breve nota sobre as formas de transmissão da empresa: <i>Share deals vs. AssetDeals</i>	17
	4.3 Determinação do regime aplicável	18
	4.3.1 Limites à aplicação analógica	22
	4.3.2 Posição adoptada	23
	4.4 A transposição do obstáculo do carácter <i>intuitu personae</i>	25
	4.5 O Cedido	26
	4.5.1 Oposição do Cedido	26
	4.5.2 Resolução com junta causa objectiva	27
	4.6 Dever de Comunicação	28
V.	A transmissão dos contratos num contexto isolado	29
VI.	O regime da transmissão dos contratos de distribuição	30

6.1 O consentimento	30
6.1.1 Limites à recusa do consentimento	30
6.1.2 Inexistência de limites à recusa do consentimento – recusa injustificada	32
6.1.3 O tempo do consentimento	34
6.2 Modificação ao conteúdo do contrato	35
6.3 Da transmissão do direito à indemnização de clientela	36
6.4 Da exigência de direitos de entrada	38
6.5 Do dever de informação	39
6.6 Direito de preferência	40
VII. Conclusão	42
Bibliografia	44

## **AGRADECIMENTOS**

À Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, na pessoa do Professor Fernando Ferreira Pinto, de quem fui aluna na disciplina de Contratos de Distribuição e Empresa e Negócios sobre a Empresa do Mestrado de Direito Empresarial, por ter aceitado a orientação desta dissertação, pela disponibilidade demonstrada, pelos conselhos e esclarecimentos, contribuindo em muito para a feitura desta investigação.

Aos meus amigos pelo incentivo, e pela compreensão e apoio, em especial à minha amiga Filipa e ao João.

E por último, mas não menos importante, à minha família, agradecendo de forma especial aos meus pais, pelo apoio demonstrado desde sempre, e especialmente ao longo do meu percurso académico, que sem eles não seria possível.

## **I. Introdução**

Nos sistemas económicos e jurídicos contemporâneos e numa era em que os produtores deixaram de assegurar a distribuição dos seus produtos, recorrendo a distribuidores para atingir o mesmo fim, é possível encontrar um desenvolvimento, cada vez mais acentuado da categoria dos contratos de distribuição. Os tipos contratuais que se inserem na categoria, foram alvo de uma massificação nos últimos anos do séc. XX e no séc. XXI, derivado em especial do consumo de massas, da globalização e da necessidade de aproximação ao cliente final, proporcionando também uma uniformização de serviços, de modos de atendimento e possibilitando a todos o acesso a marcas e serviços que têm as suas origens em diferentes locais.

Estes tipos contratuais e estes modos de negociação chegaram a nós muito antes de qualquer regulação por parte dos ordenamentos jurídicos. Assim, afigura-se agora essencial proceder a uma regulação dessas novas realidades, bem como uma apreciação tendo sempre em conta que estes institutos se desenvolverão mais rapidamente que os ordenamentos jurídicos que os regulam.

Recentemente, o legislador europeu, bem como o legislador de cada um dos estados membros individualmente considerados, assim como o legislador dos Estados Unidos da América, têm vindo a tentar acompanhar esta mudança. No caso da União Europeia, esse fenómeno iniciou-se com a regulação do contrato de agência através da directiva 86/653, relativa à coordenação do direito dos Estados Membros, permitindo a harmonização desses direitos, consubstanciando um passo importante para a simplificação das relações contratuais no contexto europeu.

A directiva permitiu essencialmente proceder a uma eliminação de discrepâncias que se faziam sentir na regulação do contrato de agência por toda a Europa. Alguns dos países não tinham ainda qualquer legislação no âmbito do contrato de agência, enquanto outros tinham já uma grande tradição legislativa nesta matéria. Tal situação resultou numa grande disparidade legislativa a nível europeu, originando choques entre as legislações dos vários Estados Membros e pondo em risco a criação de um mercado único tendente à livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas.

A directiva do Conselho, que veio assim tentar uniformizar alguns dos elementos base, limitou-se no entanto a fazê-lo apenas em relação ao contrato de agência. É verdade que no momento da elaboração da directiva este era o contrato de distribuição com maior tradição na Europa, bem como o mais desenvolvido a nível legislativo. No entanto, essa ideia já não corresponde totalmente à verdade, uma vez que os restantes contratos de distribuição têm vindo a ganhar terreno.

Posteriormente à elaboração da directiva, em 1986, os Estados Membros foram incumbidos de adaptar as suas legislações nacionais ao texto comunitário. Paralelamente à harmonização dos ordenamentos jurídicos europeus, no que toca a esta matéria, é possível encontrar uma imensa legislação dos contratos de franquia nos Estados Unidos, onde o legislador tem optado por regular esta matéria - não fosse este o berço deste tipo de contratos. Os contratos de franquia têm tido uma grande adesão nas últimas décadas. Como tal, afigura-se urgente a elaboração de uma legislação nesta matéria por parte dos Estados Membros e da União Europeia.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico europeu, os Estados Membros têm optado por deixar num vazio legal os contratos de concessão e de franquia aplicando analogicamente normas constantes do regime do contrato de agência a estes, levando a que *“muitas das regras próprias da agência operem como princípios gerais que enformam todos os contratos de distribuição”*<sup>1</sup>. Devemos no entanto olhar para esta aplicação analógica com precaução, atendendo-se antes de mais à vontade das partes. Embora exista uma proximidade entre o contrato de agência e os restantes contratos de distribuição, deverá atender-se sempre a cada norma e a cada caso concreto, de forma a não cair num uso indiscriminado desta analogia, que nem sempre corresponde à vontade dos contraentes e nem sempre representará o fim pretendido pelo contrato, ou nem fará mesmo sentido tendo em conta as especificidades de cada um dos contratos pertencentes à categoria dos contratos de distribuição.

Pretende-se com este trabalho abordar o regime da transmissão dos contratos de distribuição. Para tal, começaremos por analisar as origens da transmissão do contrato de agência, a legislação europeia sobre a matéria, fazendo breves referências às legislações

---

<sup>1</sup>Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial Português*, vol. I, p. 658

dos Estados Membros. De seguida, abordaremos o problema do ponto de vista do direito interno.

Será necessário distinguir a transmissão destes contratos num contexto isolado e num contexto de transmissão da empresa. No primeiro caso, analisaremos a questão do lado do art.º 33/3 da lei da agência e da cessão da posição contratual. No segundo caso, tentaremos encontrar uma solução para a falta de uma regra no nosso ordenamento jurídico, que permita a livre circulação destes contratos aquando da transmissão da empresa. Tanto num caso como no outro, abordaremos carácter *intuitu personae* desta categoria de contratos, que representa, sem dúvida, um obstáculo à sua transmissão.

Posteriormente, apresentaremos o regime da transmissão dos contratos de distribuição focando pontos essenciais como o consentimento, os limites à recusa do consentimento, as mudanças contratuais, a indemnização de clientela, o direito de preferência e os efeitos contratuais da transmissão. Para esta análise será fundamental recorrer a outros ordenamentos jurídicos onde esta matéria se encontra mais desenvolvida e estudada, mas não mais simplificada.

O objectivo deste estudo é reflectir sobre as figuras e casos que vimos enunciando, não só de um ponto de vista teórico mas também prático, recortando os diferentes problemas que surgem da ideia da cessão contratual e tentando analisá-los e dar-lhes uma solução. Pretende-se também identificar questões que se devam colocar aquando da elaboração de um contrato de distribuição, alertando e instigando os contraentes a regular as condições e modalidades da sua transferência.

## **II. Contextualização do problema**

O artigo nº 33 nº3 do Decreto – Lei nº 178/86 de 3 de Julho, decorre do artigo 18.º c) da Directiva 86/653/CEE e este por sua vez terá as suas origens no direito francês. O artigo 18.º c) da referida Directiva terá ido buscar a sua inspiração ao direito francês, segundo o qual, o agente cedia a outro profissional a sua “carteira de clientes”<sup>2</sup> por um determinado valor. Esta prática levou à criação de um verdadeiro “*droit de présentation*”

---

<sup>2</sup>Sobre as origens do art.º18 c) da Directiva 86/653/CEE, analisando em especial o direito francês, Carolina Cunha, *Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, p. 316 e ss., e Martínez Sanz, *La Indemnización por Clientela*, p. 266

– um direito do agente de apresentar ao principal um colega de profissão como seu sucessor. No caso de recusa deste acordo, o contrato dar-se-ia por terminado e o principal teria ainda de pagar ao agente o valor da sua “carteira de clientes”. Era do interesse do principal manter a relação com o agente ou com o seu sucessor – “ (...) a “*maison*” é que gostaria de ver salvaguardado no contrato originário um “*droit de présentation*” em favor do representante! Gozando à partida de semelhante faculdade, estaria este último menos inclinado a ceder a sua “*carte*” a um terceiro que arrastasse a clientela para uma “*maison*” concorrente.”<sup>3</sup>

Este direito do agente a apresentar um sucessor encontrava-se já tão enraizado no direito francês que passou a ter um lugar na legislação deste país em 1945, com o decreto de 5 de Novembro, o qual possibilitava a cessão da carteira de clientes com o consentimento do principal. Este direito de apresentação de um sucessor foi erradicado do direito francês com o decreto de 23 de dezembro 1958, que não lhe faz nenhuma menção.

Muito sucintamente, parece ter sido esta particularidade do direito francês que levou à divulgação da possibilidade de transmissão do contrato de agência, embora hoje com contornos diferentes, como iremos de seguinte atestar.

## 2.1 A legislação europeia

A nível europeu, o contrato de agência parece ser, dentro dos contratos de distribuição, aquele que mais interesse tem despertado a nível normativo. Este contrato tem sido objecto de regulação por parte dos Estados Membros, regulação esta que foi harmonizada durante o final da década de oitenta e início da década de 90, após aprovação, a 18 de Dezembro de 1986, da Directiva de 86/653 do Conselho. Desde então os Estados Membros têm tido a seu cargo a tarefa de adaptar as suas legislações nacionais ao texto europeu. Esta tarefa não foi fácil, nem imediata - alguns Estados tiveram que elaborar um texto inteiramente novo, como é o caso de Portugal. Assim a Directiva data de 1986 e os

---

<sup>3</sup>Carolina Cunha, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial* p. 319

textos nacionais datam, na sua maioria, dos anos 90, alguns deles tendo ainda sido alvo de modificações posteriores.<sup>4</sup>

A transmissão da posição contratual no contrato de agência encontra-se regulada no art.º 18 c) da Directiva 86/653/CEE, cuja preocupação parece ter sido, apenas, a de regular a transmissão do contrato por parte do agente deixando de fora a referência a uma transmissão do contrato por parte do principal. Prevê esta disposição que a indemnização de clientela não é devida se o contrato for cedido pelo agente com o consentimento do principal. Assim sendo, a Directiva optou por não impor nenhuma obrigação específica aos Estados Membros na regulação da transmissão da posição contratual<sup>5</sup>.

Note-se que os Estados limitaram-se, salvo raras excepções, a seguir o disposto na directiva, não desenvolvendo a questão da transmissão da posição de agente nos seus ordenamentos jurídicos.

## 2.2 A interpretação do artigo 33.º n.º 3 do Decreto – Lei 178/86

A figura da cessão da posição contratual foi debatida no direito português em algumas ocasiões<sup>6</sup>. Agora, aparece-nos mais uma vez, como resultado da transposição da directiva 86/653/CEE, para o artigo 33.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º178/86, que regula o contrato de agência. Este artigo, referente ao direito de indemnização de clientela, apresenta requisitos necessários para que esta seja devida e enumera casos em que não deverá ser atribuída. O seu n.º 3 estipula que não é devida indemnização de clientela se o agente "*por acordo com a outra parte, houver cedido a terceiro a sua posição contratual*". O legislador português limitou a referência à cessão da posição contratual no contrato de agência, como causa de exclusão da indemnização de clientela.

Analisando a cessão da posição contratual no caso do contrato de agência, é necessário, em primeiro lugar, identificar os intervenientes na mesma e só depois podemos proceder a uma análise deste instituto. Ora, podemos retirar do artigo 33.º do

---

<sup>4</sup>Sobre as legislações dos vários países europeus ver *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, p. 640 e ss.

<sup>5</sup>No mesmo sentido, Steinmann, Thomas/Kenel, Philippe/Billotte, *Le contrat d'agence commerciale en Europe* p. 640 : "*Elle n'impose toutefois aucune obligation particulière aux Etats membres à ce sujet*".

<sup>6</sup> Sobre a cessão da posição contratual ver Carlos Alberto Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, 1982.

Decreto – Lei n.º 118/93 que a indemnização de clientela deverá ser negada quando o agente cede a sua posição a um terceiro (o cessionário).

Para que exista uma cessão da posição contratual é necessário que exista uma relação entre o principal (cedido) e o agente (cedente), bem como outra relação entre o cedente e o cessionário. Estas três partes podem, ou não, estar ligadas contratualmente. Ora, existe um contrato entre o principal e o agente e outro contrato entre o agente e o terceiro, todavia nada nos diz que o principal não poderá interferir neste último contrato, como parte <sup>7</sup>.

Embora por vezes exista um envolvimento do principal na cessão da posição contratual, não deixa de ser estranho que no artigo 33.º da Lei da Agência nos apareça a expressão "*por acordo com a outra parte*".

Este não é um problema apenas do nosso ordenamento jurídico. O mesmo acontece com várias transposições da Directiva 86/653/CEE para os direitos dos Estados Membros. Aliás, a própria Directiva, no seu artigo 18º nº1 c), diz-nos que não é devida a indemnização de clientela ao agente "*quando, por acordo com o comitente, o agente comercial ceder a terceiros os direitos e obrigações que para ele decorrem do contrato de agência*".

Se atentarmos nos ordenamentos jurídicos dos restantes Estados Membros, o erro repete-se; veja-se, a título de exemplo, o caso da Alemanha<sup>8</sup> e da Áustria.

O que poderia parecer uma pequena questão de forma não o é e tem um interesse especialmente relevante. Numa leitura desatenta do artigo 18.º n.º 1 c) da Directiva, bem como do artigo 33.º n.º 3 da Lei da Agência poderíamos concluir que a transmissão se dá simplesmente por acordo entre o principal e o agente. Esta leitura não é correcta. Na verdade, o que se pretende na transmissão é um acordo entre o agente (cedente) e o novo agente (cessionário).

No mesmo sentido aqui propugnado, temos o exemplo do legislador espanhol, que ao transpor a directiva teve em conta esta pequena grande diferença, ao preceituar no

---

<sup>7</sup> O entendimento de que a cessão da posição contratual comporta dois contratos não é unânime, podendo haver uma interferência do cedido. A título de exemplo, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II.

<sup>8</sup> Assim, no direito alemão o legislador determinou no artigo 89b al.3 HGB a exclusão do direito de clientela quando, em virtude de um acordo entre empresário e o agente, este último ceda a sua posição a um terceiro.

artigo 30º c) da LCA a exclusão da indemnização de clientela "*cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agência*". Esta opção foi aplaudida pela doutrina deste país<sup>9</sup>.

Assim sendo, o artigo 33º nº 3 da nossa Lei da Agência, bem como a Directiva, transmitem uma imagem distorcida, dando a ideia de que a transmissão da posição contratual se dá por acordo entre o principal e o agente e não por acordo entre o agente e o futuro agente.

### 2.3 A Ratio do artigo 33.º n.º 3 2ª parte do Decreto – Lei nº 178/86

De qualquer modo, retira-se das normas referidas que a indemnização de clientela não é devida em casos em que se dá uma cessão da posição contratual. No entanto, isto não implica que não existam dúvidas sobre a *ratio* deste preceito e foram vários os autores que apresentaram soluções no sentido de esclarecer estas dúvidas.

Mas antes de apresentar algumas destas soluções, devemos deixar claro que o legislador europeu, assim como o português, pretenderam reportar-se a uma modificação subjectiva do contrato e não a uma cessação do mesmo. Ou seja, a relação contratual permanece no tempo, uma vez que, apenas uma das partes é substituída por um terceiro que irá ocupar o lugar deixado pelo cedente, assim como os direitos e obrigações que derivam da sua relação contratual com o cedido.

Posto isto, cabe analisar vários motivos para a existência desta norma contida no artigo 33.º n.º 3 da Lei da agência:

a) Em primeiro lugar, alguns autores, entre os quais podemos encontrar Carolina Cunha<sup>10</sup>, referem que não se encontra verificado um dos pressupostos gerais da figura da indemnização de clientela - a cessação do contrato. Ora, realmente o contrato, como já

---

<sup>9</sup> E.g., Martínez Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesion* p. 269 : "*La divergencia, a nuestro juicio, no puede considerarse meramente formal o de estilo. Antes al contrario, reviste importancia desde una perspectiva dogmática y afectaría a la exacta calificación de los pactos de presentación de sucesor. En este sentido, no puede por menos aplaudir-se la redacción dada por el legislador español al artículo 30 c)*".

<sup>10</sup> Carolina Cunha, *A indemnização de Clientela do Agente Comercial*.

foi referido, perdura no tempo, existindo apenas uma modificação subjectiva. Quando muito, poderíamos dizer que o contrato cessou para uma das partes, que por ter transferido a sua posição é substituída por um terceiro. E, de facto, parece que sendo um dos pressupostos gerais da indemnização de clientela a cessação do vínculo, este não se encontra verificado.

b) Em segundo lugar, aponta-se o duplo benefício com o qual o agente sairia desta relação<sup>11</sup>. Por um lado, iria receber um pagamento do preço pela cessão da sua posição; por outro, beneficiaria da indemnização de clientela. Pode no entanto acontecer que esta cessão de posição não seja onerosa; valerá a mesma regra? Parece que sim; a opção de ceder onerosa ou gratuitamente cabe ao cedente. Se este abdica do pagamento, não deverá ser o cedido penalizado por tal facto<sup>12</sup>.

c) Podemos também analisar a questão do lado do principal. De acordo com o artigo 33º nº1 b), para haver direito à indemnização de clientela, deve a outra parte beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente. Obviamente que, havendo a transmissão da posição contratual do agente para um terceiro, todos os direitos e obrigações e, naturalmente, a clientela serão concomitantemente transmitidos. Se a clientela é transmitida do agente para um terceiro, o principal fica sem qualquer benefício - a clientela não ficará à sua disposição, pelo menos não mais que anteriormente. Logo, também não se encontra preenchido outro dos pressupostos da indemnização.

d) Para Ferreira Pinto<sup>13</sup>, a explicação embora interessante é insuficiente. Para o autor, esta norma torna-se inútil para os países que prevejam a circulação da relação contratual. Na opinião do autor, através desta norma "*o legislador comunitário terá pretendido desfazer as dúvidas que pudessem suscitar-se nos ordenamentos que não consagrem expressis verbis o tipo negocial em apreço, ou em que, simplesmente, se revele controvertida a ordenação jurídica da figura*"<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup>Neste sentido Martínez Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesion* p. 267: "*Com esta regulación se tendería, en definitiva, a evitar duplicar el pago por un mismo concepto.*"

<sup>12</sup> No mesmo sentido Martínez Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesion*, p. 266 e ss.

<sup>13</sup>Fernando Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, 2013, Almedina p. 652 e ss.

<sup>14</sup>Fernando Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, 2013, Almedina, p. 65

Pela nossa parte, qualquer um dos argumentos parece convincente. Por um lado a hipótese do duplo benefício parece um bom argumento, que peca pela possibilidade de a transmissão ser de carácter gratuito. Todavia, para contrabalançar essa possibilidade, temos também que ter em conta que a escolha entre uma transmissão onerosa ou gratuita encontra-se nas mãos do agente. Bastando assim que exista a possibilidade do benefício duplo e não a sua efectivação.

Concordamos também, que seria incongruente atribuir uma indemnização de clientela não havendo uma cessação do contrato ou um benefício para o principal; tanto um como outro são requisitos para a atribuição da referida compensação, que se retiram claramente do texto jurídico.

Por último, parece também de aceitar a opinião de Ferreira Pinto uma vez que de facto a "*norma em questão terá, pois, a virtualidade de esclarecer que o que importa, para efeitos da indemnização de clientela, é a extinção objectiva do vínculo e não a mera cessação relativamente a um dos contraentes originais*"<sup>15</sup>. Esta é uma explicação interessante, na medida em que o que releva para efeitos daquela norma, é a harmonização dos vários ordenamentos jurídicos. A título de exemplo, no direito alemão a cessão extingue o vínculo contratual; assim sendo, ao extinguir o vínculo, haveria lugar à atribuição de indemnização de clientela. Com o artigo 18.º n.º 1 c) da Directiva estas divergências deixam de se existir, ou seja, havendo cessão da posição contratual, ao agente não é devida a indemnização de clientela, uma vez que não se verifica uma extinção objectiva do vínculo.

Em suma, nenhum dos argumentos supra apresentados é de rejeitar, estando a *ratio* da norma indiscutivelmente conexas com todos eles, passando pelo objectivo de esclarecer os Estados Membros sobre a aplicação da indemnização a casos de transmissão da posição contratual.

### **III. A Problemática da Transmissão dos Contratos de Distribuição**

#### **3.1 Relevância**

---

<sup>15</sup>Fernando Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, 2013, Almedina, p. 653

Já foi referido que o Decreto – Lei 178/86 não faz referência ao regime aplicável à cessão da posição contratual de forma individual, assim como também não faz referência à transmissão do contrato no âmbito de uma transferência da empresa. A lei portuguesa limita-se a reconhecer que podem existir casos em que o agente ceda o seu contrato a terceiro, não tendo, em consequência, direito a uma indemnização de clientela. O legislador português, bem como o europeu, deveria ter sido mais preciso e mais dinâmico na regulação desta matéria, em especial pela relevância do instituto da cessão da posição contratual.

A verdade é que a transmissão dos contratos de distribuição levanta várias questões, mas proporciona também inúmeras vantagens. Tendo em atenção, por exemplo, o caso da transferência do contrato por parte do distribuidor, podemos encontrar vantagens para os três intervenientes desta deslocação do contrato.

Em primeiro lugar, proporciona ao cedente a sua libertação do contrato e da rede de distribuição. Por sua vez, ao cessionário, a transmissão convém, na medida em que terá acesso a um contrato já em vigor e a uma rede de distribuição. Note-se que até é possível que, de outra forma, este terceiro não tivesse a possibilidade de entrar na rede e, acima de tudo, a sua principal vantagem seria, como bem refere Martin Oudin, “*le cessionnaire, qui s’engage dans une activité de commerce moins aléatoire et sans avoir à se constituer ex nihilo une clientèle*”<sup>16</sup>. Por último, o cedido encontra a sua vantagem na manutenção da distribuição dos seus produtos, sem que tenha que dispor de tempo e capital na procura e na negociação com um novo distribuidor. Desta maneira o cedido evita incómodos financeiros incluindo aqueles que poderiam resultar de uma possível indemnização a título de cessação do contrato.

Se muitas vezes a deslocação do contrato é vantajosa para as partes, outras vezes, pode apresentar desvantagens e até mesmo ser indesejável para algum dos contraentes.

Ora, é bem possível que o cedido não tenha interesse em integrar aquele terceiro, o cessionário, na sua rede. Seja devido às suas qualidades pessoais, seja porque pretende integrar na sua rede um distribuidor mais eficaz, ou ainda, por simplesmente não ter

---

<sup>16</sup>Martin Oudin, *La transmission des contrats de distribution*, p. 447

interesse na continuação daquele vínculo, ou por o interesse naquele vínculo estar ligado às características pessoais do contraente original.

É nestas divergências entre a vontade das partes que se colocam as questões essenciais da transmissão da posição nesta categoria contratual. Para uma melhor análise do tema, será necessário distinguir entre três possíveis tipos de transmissão de contratos de distribuição: a transmissão do contrato no âmbito da transferência da sociedade; a transmissão do contrato com a transmissão da empresa não constituída sob forma societária; e a transmissão do contrato num contexto isolado. A transmissão dos contratos opera de forma muito distinta em cada um destes três tipos. No entanto, qualquer um deles encontra como obstáculo o carácter *intuitu personae* dos contratos de distribuição.

### 3.2 O obstáculo do carácter *intuitu personae*

Considera-se que um negócio jurídico é celebrado *intuitu personae*, quando a sua celebração teve lugar em razão das qualidades e características específicas e pessoais das partes.

Esta qualidade dos contratos pode pôr em causa a sua transmissão, na medida em que o cumprimento das obrigações assumidas pelos contraentes é, em regra, infungível, não podendo as partes fazer-se substituir no seu cumprimento. Tal acontece quando no momento da contratação a parte teve em conta a pessoa do outro contraente. Havendo uma substituição, as características pessoais certamente não serão idênticas, o que impossibilita uma continuação do contrato nos termos acordados.

A acrescentar a isto, temos a circunstância de o contraente ter tido inicialmente a possibilidade de escolha sobre aquele com quem poderia contratar. Retirar-lhe posteriormente esta possibilidade, não seria mais do que desvalorizar a sua escolha inicial.

Os contratos de distribuição foram desde cedo apontados como sendo celebrados *intuitu personae* e para alguns esta característica é inquestionável<sup>17</sup>. Devemos, no entanto, ser cautelosos nesta afirmação; se em tempos ela era absoluta, hoje deve ser analisada à luz da vontade das partes e da recente e marcada evolução destes tipos contratuais.

---

<sup>17</sup>“Il est incontestable que les contrats de distribution, sans doute davantage que les autres contrats, son profondément marqués du sceau de l’intuitus personae” in Les contrats de la distribution p. 287

Aparentemente, a questão não levanta qualquer dificuldade se as partes definiram, no contrato, em que modos foi o mesmo concluído e em que medida a consideração da pessoa do contraente teve influência na sua celebração.

A principal fonte do carácter *intuitu personae* é a vontade das partes; cabe a elas definir os termos em que pretendem contratar, as qualidades da pessoa da contraparte que consideram essenciais ou não. Assim sendo, embora muitas vezes os contratos de distribuição sejam apresentados como típicos contratos *intuitus personae*, não se deve generalizar. Pelo contrário, esta característica deve ser analisada casuisticamente, visto que as características que são relevantes para a celebração de um negócio, não o serão obrigatoriamente para a realização de outro.

Acrescente-se ainda que o carácter pessoal pode ser afastado. Estamos aqui no âmbito da autonomia privada e como tal a pessoalidade do contrato é voluntária. Além disso veja-se que, como bem ensina Ferreira Pinto<sup>18</sup>, na decisão de celebrar um contrato de distribuição pesam, muitas vezes, mais as características organizativas e funcionais das empresas que contratam do que as qualidades pessoais da pessoa que a detém e isso é cada vez mais verdade num mundo globalizado em que este tipo de contratos aparece no campo de acção da empresa.

#### **IV. Da transmissão dos contratos no âmbito da transferência da empresa**

##### 4.1 Apresentação do problema

Em Portugal, foram vários os autores que se pronunciaram sobre a transmissão da empresa, bem como do complexo de direitos que nela estão inseridos, onde se incluem os contratos. Recentemente, esta questão estendeu-se também aos contratos de distribuição que, por força do art.º 2 do Código Comercial, são considerados comerciais, embora se encontrem em legislação extravagante. A questão passa por saber se é possível a transmissão do contrato aquando da transmissão da empresa sem ser necessária uma autorização do outro contraente, o cedido.

---

<sup>18</sup> Professor Ferreira Pinto, Apontamentos de Contratos de Distribuição, inéditos, facultados aos alunos do Mestrado de Direito Empresarial, ano de 2013.

Aparentemente esta ideia pode apresentar-se absurda, mas podemos encontrar casos em que tal acontece no nosso ordenamento jurídico: é o caso do contrato de arrendamento, que se transmite com a transmissão da empresa, sem necessidade de consentimento do senhorio, nos termos e para os efeitos do artigo 1112.º n.º 1 do Código Civil.

Levando a questão para o campo do direito da distribuição, e tendo em atenção os interesses em jogo, a problemática afigura-se delicada. Se por um lado é crucial para o produtor proteger os direitos sobre a sua empresa, podendo dispor livremente sobre os seus activos, por outro, há que ter em atenção os interesses do distribuidor que pretende atribuir um valor ao seu contrato, e aos investimentos feitos em função do mesmo, beneficiando assim de um pagamento pela transferência da sua posição. Por outro lado, caso seja o produtor a transmitir a sua posição, uma modificação deste tipo poderá ter um tremendo impacto na actividade do distribuidor, que se vê inserido numa cadeia que já não pertence ao produtor com o qual contratou inicialmente.

A opção de não permitir a transmissão do contrato sem o consentimento da contraparte pode parecer chocante em determinados casos. Veja-se a título de exemplo, o contrato de *franchising*. Havendo uma transmissão da empresa por parte do franquizador, se o franquiado não consentir na transmissão do seu contrato, que utilidade passará a ter o seu contrato de franquia? A resposta é clara: nenhuma. Se o franquizador já não tem a posse da empresa, dos sinais distintivos e do *know-how*, o contrato com aquele franquiado fica vazio, sem qualquer utilidade comercial e até jurídica; assim, na prática, aquela relação extingue-se. Do lado do adquirente da empresa, o negócio sem a transmissão dos contratos que incorporam a empresa também não se mostra vantajoso. O adquirente terá interesse em adquirir os contratos que vigoram ao tempo da alienação da empresa; são estes contratos que dão um especial valor à empresa, “*os contratos constituem um dos mais relevantes instrumentos jurídicos da actividade empresarial*”<sup>19</sup>. Sem a transmissão dos mesmos, o valor da empresa cairia abruptamente, podendo até mesmo afastar um possível adquirente do negócio. A verdade é que os contratos de duração continuada são indispensáveis à subsistência da empresa.

---

<sup>19</sup>José de Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, 2009, p. 296

Por vezes, as partes estipulam contratualmente a possibilidade de transmissão dos contratos no âmbito da transmissão da empresa. Quando tal aconteça, o problema encontra-se resolvido – as partes ditaram a sua vontade. No entanto, a inexistir tal estipulação, a situação pode revelar-se complexa.

#### 4.2. Breve nota sobre as formas de transmissão da empresa: *Share Deals vs. Asset Deals*

Os negócios de transmissão da empresa<sup>20</sup> podem dividir-se em negócios directos (*asset deals*) e negócios indirectos (*share deals*).

Nos negócios directos, dos quais o mais conhecido é o *trespasse*, o objecto directo é a negociação da empresa no seu todo. Diferentemente, nos negócios de transmissão indirecta da empresa o objecto directo é a negociação de participações sociais e indirectamente a negociação da empresa, na medida em que o adquirente adquire o controlo da empresa -aquisição esta que decorre da aquisição de um controlo do capital social e não da sua aquisição material.

Com as transformações verificadas durante o séc. XX, as relações comerciais modificaram-se de tal forma que as transmissões directas da empresa têm vindo a perder terreno para as transmissões indirectas. A grande diferença do *trespasse* para os modos de transmissão indirecta é que, no primeiro caso, não é possível encontrar um regime de circulação unitária de todos os elementos: é certo que o que se pretende com o *trespasse* é a negociação unitária da empresa.

Destarte, o regime do *trespasse*, ao pretender a circulação unitária da empresa, peca por estar obrigado a obedecer às diferentes regras de circulação previstas para cada um dos elementos da empresa. A título de exemplo, a transmissão dos bens imóveis da empresa está sujeita a escrita pública; a transmissão de dívidas e créditos necessita de consentimento e ratificações por parte de terceiros, nos termos do Código Civil. Quanto às posições contratuais, onde se inclui a temática do presente trabalho, para a sua transmissão será necessário seguir a regra geral do artigo 424º C.C., exigindo-se o consentimento da contraparte do negócio. Assim, o *trespasse*, embora pretenda a

---

<sup>20</sup> Sobre este tema Engrácia Antunes, *A empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 715 – 793.

negociação unitária da empresa, encontra-se limitado pelas especificidades de circulação de cada um dos elementos daquela.

Contrariamente, na transmissão indirecta da empresa o que acontece é que o objecto imediato da negociação é a transmissão das participações sociais, deixando a personalidade jurídica da sociedade intacta e havendo uma simples mudança de controlo. Na verdade, quando esta aquisição de participações é tendente a um domínio total, na prática, chegamos ao mesmo efeito: a empresa muda de mãos. Como refere Engrácia Antunes<sup>21</sup>, estamos perante uma verdadeira contradição no seio do direito comercial português, uma vez que, na falta de uma regra de transmissão universal dos activos e passivos, no trespasse é necessário recorrer a uma negociação individual destes elementos, diferentemente do que acontece nas transmissões indirectas da empresa.

#### 4.3 Determinação do regime jurídico aplicável

Não nos vamos ocupar neste trabalho da temática da transmissão das posições contratuais no âmbito da transmissão indirecta da empresa. Fica no entanto a nota de que uma vez que apenas se transmite a participação no capital social da sociedade, e dado que os contratos se mantêm na titularidade da mesma pessoa jurídica – a sociedade – a transmissão da posição, na prática, não estará sujeita ao consentimento da contraparte.

Quanto às transmissões directas da empresa, alguns autores<sup>22</sup> têm vindo a discutir se essa circulação poderá não se sujeitar à regra geral do artigo 424º do Código Civil e se será possível encontrar um regime jurídico de circulação unitária de todos os elementos da empresa.

A preocupação decorre da diferença entre os modos de circulação dos elementos da empresa em caso de transmissão directa e em caso de transmissão indirecta e, ainda, da preocupação do direito comercial com a continuidade da empresa, para a qual os contratos e as posições jurídicas a eles associados são essenciais. Contrariamente ao direito civil, o direito comercial não se ocupa do exclusivo interesse de um indivíduo.

---

<sup>21</sup>José de Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 300

<sup>22</sup> Nos quais se inclui Engrácia Antunes, *A empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 715 – 793, e Fátima Gomes – *Manual de Direito Comercial*, p.173 e ss.

Mas como evitar cair no regime geral do artigo 424º do Código Civil, quando, aparentemente, não existe uma regra que aponte em sentido contrário? Ao aplicar o regime do Código Civil, a solução seria a necessidade de consentimento da contraparte para a transmissão da posição contratual, mesmo nos casos em que se dê uma transmissão da empresa *in totum*.

A solução apontada deverá ser ponderada. É certo que o artigo 3.º do Código Comercial manda aplicar subsidiariamente às obrigações comerciais o direito civil. No entanto, na primeira parte do preceito atende-se, antes de mais, ao texto da lei comercial e à analogia com casos semelhantes. Ora, se se considerar que a relação entre as duas partes do negócio é uma relação comercial, então o primeiro passo é tentar enquadrá-la na regulação mercantil e apenas devemos recorrer ao direito civil em último caso. Não deverá ser feito um uso indiscriminado do direito civil no que diz respeito às relações consideradas comerciais *ab initio*.

No direito comercial português, não é possível encontrar qualquer norma de carácter geral relativa a cessão da posição contratual ou à circulação unitária dos elementos da empresa, mas quererá isto dizer que deveremos aplicar imediatamente a regra geral do regime civil? Claramente, o regime civilista não foi pensado para a cessão de contratos em sede de transmissão da empresa, mas antes para a transmissão isolada por parte de não-comerciantes<sup>23</sup>.

Devemos ter sempre presentes as grandes diferenças entre o direito civil e o direito comercial. Contrariamente ao que acontece com o direito civil, em que a obrigação é marcada por uma concepção subjectivista, o direito comercial português está assente numa concepção objectivista<sup>24</sup>, na medida em que o interesse superior em causa nas suas relações é a subsistência da empresa e consequentemente dos seus contratos. Como bem refere Engrácia Antunes “*a actividade empresarial é, por definição, uma actividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários singulares ou colectivos*”. Assim, parece que a intervenção do direito civil, pensado apenas para relações pessoais entre credor e devedor,

---

<sup>23</sup>Na mesma linha Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 296 e ss.

<sup>24</sup> Sobre a objectivação como característica principal do direito comercial e dos contratos comerciais, ver Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 77 e 78

não será de aceitar na transmissão dos contratos comerciais, como é o caso dos contratos de distribuição, por não ser apto à defesa dos bens comerciais.

Em segundo lugar, temos que ter em conta o carácter económico das relações comerciais: todos os contratos celebrados no âmbito da empresa têm como objectivo primordial a obtenção do lucro. Mais do que isso, a própria empresa, e os contratos que a incorporam, geram riqueza não só para os titulares da mesma, mas para trabalhadores, para terceiros que se relacionem com a empresa e até mesmo para o próprio país.

A doutrina, tanto em Portugal como noutros ordenamentos jurídicos europeus, toma posições distintas no que diz respeito à incorporação automática dos contratos comerciais na transmissão da empresa. Já mostrámos como a situação pode cair no absurdo em alguns casos, mas ainda nos falta afastar o regime civil encontrando normas comerciais aplicáveis. É certo que o nosso ordenamento jurídico não concretizou expressamente uma regra de transmissão universal dos contratos, mas é possível encontrar alguns casos de normas especiais de transmissão de contratos aquando da transmissão da empresa.

Havendo trespasse, o legislador estipulou que se transmitem automaticamente para o adquirente da empresa os seguintes contratos: contratos de locação financeira artigo 11º do Decreto - Lei 149/95; contrato de arrendamento (artigo 1112º nº 1 a) do Código Civil); contrato de seguro (artigo 95.º n.º 5 do regime jurídico do seguro); os contratos de trabalho (artigo 285.º do Código de Trabalho); entre outros. Assim, com base na existência de normas que permitem a transmissão dos contratos com a empresa sem o consentimento da contraparte, na opinião de Cassiano dos Santos<sup>25</sup> deve ser ponderada a possibilidade de aplicação analógica destas normas que permitem a transmissão da posição contratual quando esta opera por via da transmissão directa da empresa.

Cassiano dos Santos procura encontrar uma norma que permita uma aplicação analógica às restantes relações comerciais. Embora para este autor o caso do arrendamento seja o caso mais flagrante da opção do legislador pela desnecessidade de consentimento na transmissão dos contratos nas hipóteses de transmissão directa, este autor opta por aplicar analogicamente o regime da locação financeira. Para este autor, uma vez que a locação financeira (em que o locatário é comerciante) implica a celebração

---

<sup>25</sup>Filipe Cassiano dos Santos, “*Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais*”, in *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais*, p. 283 – 304.

de um contrato entre dois comerciantes, então é este o caso que mais se integra na ideia de obtenção de um regime de circulação unitária da empresa.

Adoptando a tese de Cassiano dos Santos, parece que o regime mais adequado para transmissão de contratos de distribuição seria o da locação financeira<sup>26</sup>, uma vez que contrariamente ao caso do arrendamento, em que uma parte é comerciante e outra não o será necessariamente, o regime da locação financeira (em especial o referente a bens de equipamento) foi construído para casos em que ambas as partes são comerciantes, assim como acontece nos contratos de distribuição.

Todavia, o autor, ao aplicar analogicamente o regime do contrato de locação financeira, aos restantes contratos comerciais, não desmonta o artigo 11º do referido Decreto-Lei. De acordo com o n.º 1 deste preceito, *“tratando-se de bens de equipamento, é permitida a transmissão entre vivos, da posição do locatário, nas condições previstas pelo artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro”*. No n.º 2 da mesma norma, o legislador toma uma opção distinta, ao discriminar que, *“não se tratando de bens de equipamento, a posição do locatário pode ser transmitida nos termos previstos para a locação”*.

Da interpretação conjugada destas duas normas, podemos retirar que o legislador entendeu que nem todos os bens que se incluem no estabelecimento, assim como todos os contratos que dizem respeito a estes bens, se devem transmitir automaticamente<sup>27</sup>. Ou seja, o legislador concluiu que existem bens que, embora sejam parte integrante do estabelecimento, não se transmitem com este. Para perceber quais os bens que se transmitem com estabelecimento, será necessário interpretar o conceito de bens de equipamento, para qual não é possível encontrar uma definição legal. Deverão ser considerados bens de equipamento, os imprescindíveis à actividade exercida no estabelecimento. Na esteira do Supremo Tribunal de Justiça *“todos os bens necessários ao exercício das actividades produtivas da empresa; quando esses bens se apresentem como imprescindíveis à actividade desenvolvida na organização mercantil”*<sup>28</sup>. Para elucidar esta questão, o Supremo analisa um caso de um imóvel, expondo que, muitas

---

<sup>26</sup>Afasta-se aqui a aplicação do regime do contrato de arrendamento, uma vez que este é aplicável quando uma das partes não é empresário ou não actua como tal – o senhorio.

<sup>27</sup> No mesmo sentido vai o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 – 05 – 2009.

<sup>28</sup> Acórdão STJ de 21 – 05 - 2009

vezes, este não será um bem essencial à actividade produtiva da empresa mas um elemento aglutinador dos elementos da mesma; de outro modo, poderá o imóvel representar um elemento essencial, como ocorre, por exemplo, na exploração de um campo de golf, em que o imóvel é um bem imprescindível.

Em suma, não nos podemos esquecer que esta norma, que permite a transmissão sem o consentimento da contraparte, se encontra limitada aos bens essenciais para a actividade da empresa e não a meros bens aglutinadores.

De qualquer modo, a aplicação analógica desta norma aos restantes contratos comerciais parece duvidosa, não só pelos motivos que iremos enumerar no ponto seguinte, mas também porque no caso dos contratos de distribuição não existe qualquer semelhança entre o objecto dos contratos. Vejamos, no caso da locação financeira o objectivo final do locador é o pagamento e portanto, para ele, o essencial da relação é a capacidade financeira do locatário. No caso do contrato de agência, o objectivo do principal é a distribuição do produto, muitas vezes independentemente da capacidade financeira do agente. Assim, estamos perante dois casos diferentes e a analogia apenas é possível quando se verifique uma semelhança tal entre casos que os torne quase idênticos.

#### 4.3.1 Limites da aplicação analógica

O uso da analogia está assente na ideia do tratamento igual de casos semelhantes. Verificando-se uma lacuna no direito, para a sua eficaz integração, o legislador permite ao intérprete proceder a uma análise dos casos que se entendem por semelhantes. Nas palavras do legislador há analogia *“sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.”*<sup>29</sup>.

A tese supra explanada, encontra uma solução para o problema da inexistência de uma norma jurídica que possibilite a cessão da posição contratual em contratos comerciais com a transferência da empresa. Ainda assim, poderá colocar-se a questão de as normas enunciadas serem consideradas normas excepcionais. Caso tal aconteça, o recurso à analogia encontra-se vedado pelo artigo 11.º do Código Civil: *“As normas excepcionais não comportam aplicação analógica”*.

---

<sup>29</sup>Cfr. Artigo 10.º n.º 2 Código Civil

A limitação do artigo 11º apenas opera no caso da analogia *juris*, permitindo no entanto a analogia *legis*<sup>30</sup>. Assim, não deixa de ser permitido aplicar analogicamente a norma que se destina a regular um caso especial e excepcional a outro caso particular semelhante. O que se proíbe é a interpretação analógica dessa norma, de forma a daí retirar um princípio geral – “*o que é proibido é transformar a exceção em regra*”<sup>31</sup>. Ou seja, no caso de se considerar que as normas enunciadas, seja o artigo 1112 nº 1 a) do Código Civil, seja o artigo 11.º do Decreto – Lei n.º 149/95, são normas excepcionais, então a aplicação analógica apenas será possível através do caso particular, não sendo nem suficiente, nem aceitável, o uso destas normas para chegar a um regime geral de circulação das relações contratuais com a transmissão da empresa.

No caso do artigo 1112 n.º 1 do Código Civil parece difícil fugir do conceito de norma excepcional e conseqüentemente da impossibilidade de aplicação analógica, de forma a criar um regime geral. A dispensa do consentimento do senhorio é claramente uma regra excepcional em relação à regra da transmissão da posição do locatário do artigo 1059.º do Código Civil, que remete para o regime do artigo 424.º do Código Civil, que por sua vez exige o consentimento da contraparte do negócio para a transmissão da posição contratual.

#### 4.3.2 Posição adoptada

Mesmo considerando o regime do 1112 n.º 1 a) do Código Civil como uma regra excepcional, não podemos deixar de notar que estamos perante uma norma enformadora do direito comercial. O legislador, com esta norma, veio demonstrar que o seu objectivo não foi a tutela absoluta dos direitos do senhorio perante o locatário, mas, pelo contrário, deu prevalência à estabilidade e à continuidade da empresa, ao tráfego comercial, e à riqueza gerada pelo estabelecimento, em prejuízo da tutela do direito de propriedade do senhorio e com ela a exigência de consentimento.

Desta forma, o legislador foi claro, sobrepondo a continuidade da empresa à vontade individual do senhorio. Note-se, o legislador, perante uma posição restritivamente civil - a posição do senhorio, que possui um direito de propriedade que, salvo raras excepções,

---

<sup>30</sup> No mesmo sentido, Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso do legitimador*, 1983, p. 327

<sup>31</sup> Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 2013, p. 25.

não pode ser ofendido - optou por sobrepor a riqueza gerada pelo estabelecimento, o carácter comercial, o tráfego das relações comerciais e por aí em diante, às limitações tipicamente determinadas pelo art.º 424.º do Código Civil.

É-nos lícito pensar que o legislador pretenderia limitar a transmissão dos contratos de distribuição - contratos esses sempre comerciais, nos quais os comerciantes, informados e consciencializados para a prevalência do estabelecimento, para a rápida evolução dos contratos e primordialmente para a transferência de bens, serviços e relações contratuais com vista à obtenção de lucro? A resposta terá que ser necessariamente negativa.

Dito isto, podemos concluir que a circulação dos contratos com a transmissão da empresa é a regra geral no direito comercial, tamanha é a importância da circulação unitária da empresa, englobando os elementos que a compõem. Mesmo que não seja possível chegar à regra da circulação dos contratos pela analogia, poderemos chegar à mesma conclusão através do espírito da lei comercial.

Nos termos do artigo 3º do código comercial, as questões de direito comercial deverão ser resolvidas primeiramente pelo texto da lei comercial, pelo seu espírito e pelos casos análogos. Do texto comercial e do seu espírito resulta que os contratos devem acompanhar o estabelecimento aquando da transmissão. Repare-se, o legislador não dispensa o consentimento do cedido havendo transmissão da empresa, apenas no caso do trespasse ou da locação financeira, mas também no caso do contrato de seguro, de acordo com o artigo 95 nº 5 do Decreto – Lei 72/2008, dos contratos de trabalhos nos termos do artigo 285º CT, na transmissão de direitos de autor e na transmissão de direitos do produtor, artigo 100º e 145º respectivamente, do código de direito de autor e de direitos conexos. Ou seja, havendo transmissão do estabelecimento, o legislador comercial definiu, que caso aquela posição jurídica seja transmitida com a empresa, e seja essencial ao funcionamento desta, então não será necessário o consentimento do cedido.

Em suma, a circulação de contratos necessários à organização unitária da empresa beneficia de um regime de isenção de consentimento do cedido. Esta realidade decorre claramente da vontade do legislador comercial e, para além de estar expressa no texto legal comercial, conseguiu impor-se, em determinados casos, em legislação que regula as relações de titulares que não são comerciantes, designadamente relações tuteladas pelo Código Civil.

#### 4.4 A transposição do obstáculo do carácter *intuitu personae* dos contratos de distribuição

Como foi anteriormente referido, um contrato celebrado *intuitu personae* terá em conta as características de uma das partes. Cabe às partes conformarem a sua vontade no modo como pretendem prosseguir a sua relação contratual no futuro e a relevância que estas características terão, ou não, para o objectivo visado pelo contrato. É verdade que a doutrina tem caracterizado os contratos de distribuição como contratos *intuitus personae*; no entanto, embora na generalidade dos casos assim seja, devemos ter sempre em conta o caso concreto. Nada impede que as partes dispensem esta característica. O carácter pessoal é aqui puramente voluntário, assim como também nada impede que a intensidade desta característica seja distinta de contrato para contrato. Por último, mas não menos importante, admitimos que o carácter pessoal não seja simétrico: este poderá ser mais intenso para uma parte do que para outra e, no limite, poderá até ser inexistente para uma das partes.

Uma das excepções levantadas pelos autores que defendem a transmissão dos contratos com a empresa, sem necessidade de consentimento, é o caso dos contratos terem sido celebrados em consideração da pessoa<sup>32</sup>. Na opinião destes autores, se o contrato inicial teve como requisito as qualidades das partes, não é aceitável que uma das partes seja substituída sem o consentimento da outra. Seguindo este entendimento, ao caracterizar todos os contratos de distribuição como concluídos *intuitu personae*, *a priori*, não será nunca possível transmitir os contratos sem o consentimento da contraparte.

Todavia, discordamos em parte desta teoria, na medida em que, nem sempre os contratos de distribuição devem ser caracterizados como contratos *intuitus personae*. Nos contratos de distribuição, acontece frequentemente, as qualidades da organização e estrutura da rede ou da empresa pesarem mais na decisão de contratar do que as qualidades da pessoa. Ou seja, nesta categoria de contratos, muitas vezes o carácter pessoal é deixado para segundo plano, sendo substituído pela relevância das empresas e das suas capacidades organizativas. Nestes casos, não será possível negar a transmissão do contrato com a transmissão da empresa, uma vez que, se o contrato foi concluído com

---

<sup>32</sup>Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 303 e 304, que impõe como um dos limites à regra da transmissão universal e automática dos contratos empresariais o facto de os contratos serem de natureza pessoal, ou seja *intuitus personae*.

a empresa, então as características que foram essenciais para a escolha da parte, foram as características daquela empresa e não do titular da mesma.

#### 4.5 O cedido

##### 4.5.1 Oposição do cedido – inexistência de garantias

Vimos até agora que, havendo uma cessão da posição contratual, verifica-se uma alteração subjectiva no contrato de distribuição. Todavia, deverá colocar-se a possibilidade de o contraente cedido impedir, de algum modo, a cessão da posição, ou seja, poderá o cedido impedir que o cedente ceda a sua posição no contrato? A título de exemplo, num contrato de agência em que o principal transfere toda a sua empresa para terceiro, poderá o agente impedir que o principal ceda a sua posição?

Se tal acontecer, o contrato deixa de ter utilidade, se o contratante inicial já não é titular da empresa de nada serve ao agente a continuação do contrato. Mas poderá ele opor-se a esta transferência de algum modo? Na locação financeira, artigo 11.º n.º 3, do Decreto – Lei n.º 149/95, o legislador atribui ao locador o direito de se opor à cessão da posição se provar que o cessionário não oferece garantias bastantes de boa e cabal execução do contrato. Se optarmos por uma aplicação analógica deste preceito aos contratos comerciais, poderíamos concluir que o distribuidor também se poderia opor licitamente à cessão nos casos em que os benefícios, legitimamente esperados pelo contrato, diminuam consideravelmente<sup>33</sup>, ou seja, nos casos em que o contrato não seria executado da maneira acordada. No âmbito deste tipo de contratos podem ainda invocar-se outros argumentos para esta oposição: imagine-se que o adquirente da empresa é um concorrente, a falta de garantias financeiras, aumento dos custos do negócio. Todos estes motivos podem, consoante o caso concreto, ser motivo de oposição à transferência do contrato. Uma nota: a existir uma possibilidade de oposição a esta transferência, em certos contratos, como é exemplo o contrato de franchising, a posição do cedido ficaria, no seu todo, vazia. Ou seja, mesmo que o seu contrato não fosse transmitido, o cedente já não seria titular dos direitos necessários à prossecução daquele contrato de franquia, em

---

<sup>33</sup>Sobre os motivos de oposição do franquiado a uma transferência por parte do Franquiador, ver *Franchise Transfer Sucession and Renewal Issues*.

consequência disso todo o suporte que em condições normais é fornecido pelo franquiador ao franquiado desaparece.

#### 4.5.2 Resolução com Justa Causa Objectiva

Como forma de dissolução do vínculo contratual, é possível apontar a resolução com justa causa objectiva. A resolução com justa causa objectiva distingue-se da denúncia, na medida em que “*constitui, assim, requisito essencial da resolução a existência de um motivo que, aos olhos da lei ou do negócio em curso, seja considerado razão suficiente para justificar a atribuição de um poder exoneratório a quem a profere*”<sup>34</sup>. Ou seja, contrariamente à denúncia, que poderá operar em função do decurso do prazo e por mera vontade da parte, na resolução com justa causa objectiva o que se pretende tutelar é a posição da parte a quem se torna inexigível a manutenção do vínculo contratual e das obrigações que dele advêm, independentemente do decurso do prazo.

Alguns autores<sup>35</sup> têm vindo a defender a resolução com justa causa, como forma de oposição à transmissão do contrato, na medida em que se torna inexigível à contraparte a manutenção do vínculo contratual. Assim, sempre que a contraparte não quisesse ver o seu contraente ser substituído, poderia invocar a resolução de acordo com o artigo 30º da Lei da Agência. Para estes autores, a resolução poderia ser invocada pelo agente, amparada em circunstâncias imputáveis ao empresário; assim, o agente não perderia o seu direito à indemnização de clientela uma vez que estaria também cumprido o requisito dos benefícios após a cessão do contrato. Estes benefícios pela actividade realizada pelo agente materializar-se-iam no preço da operação de venda da empresa. Como afirma Martínez Sanz, “*esas ventajas son precibidas por el empresario de modo global y de una sola vez*”. No preço da venda da empresa estaria, obviamente contabilizado o valor da clientela. Essa ideia pode retirar-se do contrato seja pela entrega de listas de clientes, comunicando à clientela a transferência efectuada e impondo ao cedente uma obrigação de não concorrência<sup>36</sup>. Também não seria relevante o facto de o adquirente da empresa

---

<sup>34</sup>Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, p. 393

<sup>35</sup> Martínez Sanz e Lara Gonzalez.

<sup>36</sup>Martínez Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, p. 192

não fazer uso da clientela; basta que ele tenha ao seu dispor essa mesma clientela e a possibilidade de desfrutar da mesma.

Todavia, a possibilidade de resolução com justa causa objectiva terá sempre de ser aferida em função do caso concreto, através de uma ponderação da inexigibilidade ou não, da manutenção do vínculo. No mesmo sentido “*A pretensão do resolvente só deverá, pois, ser atendida quando, de acordo com os parâmetros da boa fé, se torne insustentável ou não seja razoavelmente exigível, no caso concreto e em função do impacto daquele preciso evento, mantê-lo obrigado a cumprir o programa negocial inicialmente acordado*”<sup>37</sup>

#### 4.6 Dever de comunicação

Como foi supra sustentado, em determinados casos, não será necessário o consentimento do cedido para a cessão da posição contratual. Todavia, o facto de o consentimento ser dispensável, não implica que o cedente não esteja incumbido de um dever de comunicar a cessão.

Este dever de comunicação é uma consequência do contrato de cessão da posição contratual que o cedente celebrou – uma vez que cabe a este informar o cedido da cessão.

Negar o dever de comunicar à contraparte a cessão, implica negar a esta a possibilidade de conhecer o seu novo contraente, proteger-se em caso de simulação de contratos, ou mesmo negar-lhe a possibilidade de perceber se o seu consentimento seria ou não necessário àquela cessão.<sup>38</sup> No caso específico do contrato de agência, o dever de comunicação decorre do dever de boa – fé a que se encontram vinculados, tanto o agente como o principal, por força dos artigos 6.º e 12.º do Decreto – Lei 178/86, respectivamente. A obrigação de comunicação deriva também dos deveres de informação a que estão sujeitas as partes no decorrer daquele contrato.

O contrato de agência não será o único contrato, envolvendo comerciantes, que exige a comunicação da cessão. Veja-se, a título de exemplo, o contrato de locação

---

<sup>37</sup> Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, p. 397

<sup>38</sup> Por exemplo, se o cedido não tiver qualquer conhecimento de quem é o cessionário e se houve ou não transmissão de um estabelecimento, então não terá como avaliar se o seu consentimento era essencial ou não à cessão da sua posição.

financeira, em que o legislador permite a transmissão da posição do locatário nas mesmas condições previstas para transmissão da posição de arrendatário em caso de trespasse<sup>39</sup>. Ou seja, a posição do locatário poderá ser transmitida, sem necessidade de consentimento da contraparte, devendo no entanto ser-lhe comunicada. Também no caso do contrato de seguro, é exigida a comunicação à parte cedida, tal decorre da leitura combinada do n.º 5 e do n.º 2 do artigo 95.º do Decreto – Lei 72/2008.

Em suma, a transmissão da empresa deve ser comunicada ao cedido previamente, tomando este conhecimento da mesma e da pessoa do cessionário.

## **V. A transmissão dos contratos num contexto isolado**

Como foi referido, a cessão da posição contratual em contratos de distribuição, sem necessidade de consentimento da parte cedida, pode ser sustentada através da aplicação analógica de normas como a do artigo 1112.º n.º1 do Código Civil ou do artigo 11.º n.º 1 do Decreto – Lei n.º 149/95, ou através da solução supra defendida.

Ora, um dos limites à desnecessidade de consentimento para a transmissão dos contratos de distribuição é o caso de a transmissão deste operar fora da transmissão da empresa, ou seja, a transmissão do contrato isoladamente. Ou seja, quando a cessão do contrato não opera no âmbito da transmissão da empresa, não se verificam as circunstâncias singulares que exigem a cessão da posição dos contratos a favor do adquirente da empresa. Assim, o consentimento do cedido é indispensável.

A regra geral do artigo 424.º do Código Civil não deverá aplicar-se sem mais, aos contratos de distribuição, uma vez que, como já vimos, cabe primeiramente ao espírito e à lei comercial regular a cessão da posição destes contratos, operem eles dentro ou fora da transmissão da empresa. Assim, será primeiramente aplicável aos contratos de distribuição o regime do contrato de agência. Embora o artigo 33.º n.º 3 do Decreto – Lei n.º 178/86 se refira à indemnização de clientela, também se refere à cessão da posição contratual do agente. Repare-se que o legislador mercantil, ao permitir a cessão de contratos comerciais sem consentimento do cedido, fá-lo sempre no âmbito da empresa.

---

<sup>39</sup> Artigo 11.º n.º 1 do Decreto – Lei nº 149/95 “*Tratando-se de bens de equipamento, é permitida a transmissão entre vivos, da posição do locatário, nas condições previstas pelo artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro (...)*”

Daqui retira-se que o legislador excluiu o consentimento apenas para casos em que tal exclusão fosse benéfica para a continuidade da empresa.

Fazemos novamente uma ressalva no que diz respeito à vontade das partes: estas podem, de livre vontade, estipular contratualmente os modos em que esse consentimento opera.

## **VI. O regime da transmissão dos contratos de distribuição**

### **6.1 O consentimento**

Não é raro encontrar no nosso ordenamento jurídico a exigência de um consentimento ou autorização para tornar determinados actos eficazes. Assim sendo, cabe agora analisar o âmbito deste consentimento, a possibilidade da sua delimitação e o tempo do mesmo.

#### **6.1.1 Limites à recusa do consentimento**

Pode acontecer que as partes estipulem contratualmente, ao abrigo da sua autonomia contratual, limites à recusa do consentimento por parte do empresário, exigindo, nomeadamente que o consentimento não seja injustificadamente recusado. Se, por um lado, esta pode ser uma excelente solução para atribuir alguma estabilidade ao distribuidor e ainda fugir a muitos litígios, por outro lado, a solução pode também colocar o cedido numa situação de incerteza.

Estas cláusulas limitadoras do consentimento fazem-no à partida consoante critérios objectivos e de forma a evitar casos de discriminação. Variam consoante o contrato em questão. No entanto, é comum incluírem: a solvência do cessionário, a existência de instalações adequadas, a frequência de um determinado programa de formação, a ponderação do cessionário de acordo com os mesmos critérios utilizados para classificar um potencial distribuidor, a recusa da transferência a concorrentes e, ainda, critérios gerais objectivos, como a capitalização, a experiência, entre outros. Na presença destas

cláusulas, limitadoras ou condicionantes do direito de consentimento, o fornecedor, ao recusar a transmissão, deverá sempre justificar a sua decisão<sup>40</sup>.

Nos Estados Unidos esta matéria encontra-se extremamente desenvolvida nos contratos de franchising<sup>41</sup>, não sendo de estranhar dada a quantidade de contratos deste tipo que é possível encontrar neste ordenamento. Note-se que nos EUA a regulação sobre esta matéria, contrariamente ao que acontece no território europeu, é muito extensa.

Vários casos de limites à recusa do consentimento do franquizador foram já analisados pelos tribunais deste país. No caso *Perez vs. McDonald's Corp.*<sup>42</sup> o contrato de franquia dava à McDonald's o direito de exigir, para atribuição do consentimento, a frequência de um programa de formação preliminar. O tribunal deu razão à McDonald's quando esta não consentiu em quatro transmissões propostas, por falta de frequência deste programa. Na mesma esteira, no caso *Chu vs. Dunkin' Donuts*<sup>43</sup>, o tribunal considerou lícita a recusa pela Dunkin numa transmissão, uma vez que a Sra. Chu, a cessionária, falhou no teste que estava previsto no contrato e que analisava a candidatura como a de um qualquer potencial franquiado.

No caso *Bishay vs. Foreign Motors, Inc.*<sup>44</sup> o tribunal considerou lícita a recusa de consentimento por parte da Mercedes-Benz na transmissão da posição. O candidato a distribuidor tinha ilicitamente utilizado a marca Mercedes, no passado, para promover o seu negócio, como tal as preocupações da Mercedes em incorporar este distribuidor seriam legítimas.

No direito francês, podemos também encontrar decisões neste sentido; é o caso de um contrato de concessão que estipulava que o concedente, havendo transmissão da posição contratual, tinha o direito de aprovação do cessionário. Este direito estava limitado pela obrigação de examinar a proposta de transmissão equitativamente e em seguida de

---

<sup>40</sup>No mesmo sentido Martin Oudin, *La transmission des Contrats de Distribution* p. 460 “Certainement qu'en présence d'une clause encadrant et conditionnant le droit d'agrément du cédé, celui-ci doit motiver un éventuel refus d'agrément”.

<sup>41</sup>Sobre a transmissão dos contratos de franquia nos EUA, ver *Franchise Transfer Succession and Renewal Issues*.

<sup>42</sup> *Franchise Transfer Succession and Renewal Issues*, p. 2 e ss.

<sup>43</sup> *Franchise Transfer Succession and Renewal Issues*, p. 3 e ss.

<sup>44</sup> *Franchise Transfer Succession and Renewal Issues*, p. 7 e ss.

comunicar a sua decisão ao concessionário. Após recusa de aprovação, o concessionário recorreu aos tribunais. A Cour d'Appel de Lyon concluiu que tal cláusula obrigava o concedente a enunciar um motivo em caso de recusa da aprovação<sup>45</sup>.

Qualquer um destes exemplos demonstra os efeitos de uma cláusula limitadora da recusa do consentimento e a possibilidade destas cláusulas serem do interesse de ambas as partes, mas nem sempre tal acontecerá. Em *Les contrats de distribution*<sup>46</sup>, os autores do mesmo, mostraram-se preocupados com os casos em que, já tendo decorrido um longo prazo entre a conclusão do contrato e a sua transmissão, as limitações ao consentimento clausuladas sejam insuficientes para proteger o produtor. Ou seja, poderá acontecer que face às circunstâncias económicas de determinado momento ou à evolução da rede, o produtor já não pretenda limitar o seu consentimento com os fundamentos enunciados no clausulado, mas com outros que fazem frente às dificuldades no momento da transmissão. Assim, os autores da referida obra concebem a possibilidade de o produtor adaptar os limites do seu consentimento, consoante a evolução económica e a evolução dos contratos de distribuição. Esta parece uma solução aceitável. No entanto, à luz do nosso direito, tal alteração não poderá ser feita sem o consentimento da contraparte, nos termos do artigo 406.º do Código Civil. Ou seja, será sempre possível às partes a alteração destes limites desde que se verifique o consentimento da contraparte, alertando-se no entanto, para a evolução comercial e económica deste tipo de contratos, podendo qualquer uma destas cláusulas mostrar-se rapidamente desactualizada face às exigências de determinado momento.

#### 6.1.2 Inexistência de limites à recusa do consentimento – recusa injustificada

Já vimos que os contratos podem incluir cláusulas de limitação de recusa deste consentimento, mas caso tal não aconteça, poderá a recusa do consentimento ser arbitrária? Se, por um lado, devemos defender o produtor, a quem se atribui o direito de escolher aqueles com quem pretende contratar, por outro lado, devemos ter em conta a posição do distribuidor.

---

<sup>45</sup>Sobre a apreciação desta decisão Martin Oudin, *La transmission des Contrats de Distribution*, p. 460

<sup>46</sup>*Les Contrats de la Distribution*, Paris: L.G.D.J, 1999

A questão passa por determinar se o distribuidor tem um verdadeiro direito à transmissão do contrato, ou, pelo menos, um direito a uma decisão coerente por parte do produtor, ou se, por outro lado, o direito deste último na escolha da sua contraparte é um direito absoluto.

Poderíamos defender que a recusa do fornecedor em aceitar o cessionário deveria ser justificada segundo critérios objectivos. A avaliação do cessionário seria feita de acordo com os mesmos critérios utilizados para a selecção inicial dos distribuidores, sejam eles critérios de experiência, solvabilidade, instalações necessárias, frequência de programas, testes, entre outros. Caso tal não acontecesse, a recusa de consentimento deveria ser considerada abusiva. Esta seria uma forma de proteger, tanto o cessionário que pretende ingressar na relação jurídica, como do distribuidor, que pretende desvincular-se daquela, retirando como benefício o preço da cessão.

No entanto, esta solução não se afigura muito vantajosa para o cedido, aliás não parece ter qualquer utilidade para ele. Em primeiro lugar, se o outro contraente tivesse intenções de limitar o seu consentimento, aplicando a um cessionário os mesmos critérios aplicados a um distribuidor inicial, tê-lo-ia estipulado contratualmente. Segundo e mais importante: de que serve ao contraente escolher inicialmente um distribuidor, com as características que lhe convêm, se a qualquer momento da relação este pode ser substituído por outro contraente? Tal esvaziaria o significado da sua possibilidade de escolha inicial. Não nos podemos esquecer do carácter *intuitus personae* no que se refere à relação gerada entre o produtor e o distribuidor; as qualidades pessoais deste último podem não ser aferíveis em termos objectivos e podem ter sido essas qualidades que o levaram a contratar com aquela pessoa e não com outra. E atenção, neste caso, não é possível recorrer a uma qualquer prevalência do direito comercial e da continuidade da empresa, uma vez que estamos no âmbito da transmissão da posição do contrato fora da transmissão da empresa.

Dito isto, parece que a recusa apenas poderá ser considerada injustificada em casos de abuso de direito ou de má-fé, recorrendo assim aos institutos gerais.

### 6.1.3 O Tempo do consentimento

Para os casos em que o consentimento para a cessão da posição contratual é exigível, cabe determinar qual o momento em que este deverá ser dado.

Em relação ao consentimento antecipado cabe determinar se as partes podem dar o consentimento antecipado. Ao que parece sim. O próprio artigo 424.º do Código Civil permite o consentimento antecipado.

Se, por um lado, esta solução pode ser benéfica para o cedente, que poderá assim retirar um valor último do seu contrato, o mesmo não se pode dizer em relação ao fornecedor e à sua rede. A falta de controlo pode ser fatal para o bom funcionamento da rede. É verdade que o novo distribuidor estará sujeito aos mesmos deveres e obrigações do seu antecessor. No entanto, pode não estar em condições de o fazer<sup>47</sup>. Além disso não nos podemos esquecer do dever do fornecedor de prover à estabilidade e ao bom funcionamento da sua rede, tal dever decorre de cada um dos contratos de distribuição, com cada um dos elementos da sua rede.

Dito isto, embora, como já referimos, este tipo de autorização possa trazer benefícios para o cedente, a verdade é que o consentimento deve ser sempre dado com conhecimento de causa, analisando cuidadosamente as qualidades do cessionário, e fazendo um controlo efectivo da proposta do cedente; ou seja, o consentimento deveria ser dado antes da celebração do contrato mas com o conhecimento das qualidades essenciais da outra parte.

O consentimento poderá ser dado posteriormente ao contrato de cessão da posição contratual. Só este consentimento dará eficácia ao contrato, caso se exija o consentimento e este não tenha sido dado até ao momento da celebração. O nosso direito civil também prevê este tipo de consentimento no artigo 424.º n.º 2 Código Civil. Não parece que se possam levantar muitas dúvidas quanto à sua admissão.

Já vimos que o consentimento pode ser prévio ou posterior à celebração do contrato. Mas poderá ele ser tácito? Novamente cabe às partes essa decisão. No silêncio destas parece de admitir que o consentimento possa ser tácito<sup>48</sup>. Obviamente e como mandam as boas regras do direito civil, o simples silêncio das partes não vale como consentimento

---

<sup>47</sup>No mesmo sentido, *Les Contrats de la Distribution*, Paris : L.G.D.T, 1999 p. 309 e ss.

<sup>48</sup>No mesmo sentido Martin Oudin, *La transmission des Contrats de Distribution*, p. 459 “*Dans le silence du contrat, on admet en principe que l’agrément puisse être tacite*”

tácito. Pelo contrário, é necessário um acto ou factos que a revelem com toda a probabilidade. No caso dos contratos de distribuição, a prossecução do contrato por parte do cedido com o seu novo distribuidor - o cessionário -, valerá como consentimento tácito. Se a parte quisesse opor-se poderia tê-lo feito em tempo útil, não dando o seu consentimento, ou não negociando com o cessionário. Ao prosseguir com a relação e tendo conhecimento da mudança subjectiva efectuada, o fornecedor demonstra o seu consentimento. Afirmar o contrário seria tutelar um caso de *venire contra factum proprium*.

## 6.2 Modificações ao conteúdo do contrato

Questão pertinente é a de saber se no âmbito de uma cessão consentida poderá ou não haver modificação do conteúdo do contratual. À primeira vista, poderíamos optar por uma resposta negativa, argumentando que se a uma modificação subjectiva se juntar uma modificação objectiva do contrato, estaríamos perante uma nova relação jurídica, deixando assim as partes de beneficiar dos direitos e obrigações assumidos pelos contraentes originários.

Alguns autores, numa interpretação restritiva, entendem que as cláusulas contratuais devem ser idênticas às do contrato inicial, caso contrário, estaríamos diante de um novo contrato dado que tanto os contraentes como as cláusulas seriam alvo de modificação. Outros, numa interpretação lata<sup>49</sup>, admitem uma modificação do conteúdo do contrato sem que não se verifique uma ruptura total da unidade da relação contratual.

Primeiramente, é essencial ter em conta que a transmissão de um contrato não tem, nem deve ter, como efeito último a modificação do mesmo. O seu efeito não deverá ser fazer nascer novas obrigações ou novos direitos ou até mesmo um novo contrato<sup>50</sup>, mas tal não quererá dizer que essas modificações estejam excluídas do campo da cessão.

---

<sup>49</sup> Entre os quais podemos encontrar Rafael Lara Gonzalez, *Las Causas de Extinción del Contrato de Agencia*, Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 431 e ss.

<sup>50</sup> No mesmo sentido *Les contrats de la Distribution*, p. 324 “C’est dire que la cession du contrat n’a pas pour effect de faire maître des obligations nouvelles ou un contrat nouveau qui ferait suite au contrat initial prétendument éteint du fait de la cession, mais elle a un effet translatif au cessionnaire du rapport contractuel initial”

Na verdade a questão não deve ser resolvida *a priori* mas sim casuisticamente. Estamos no âmbito da autonomia das partes e, assim sendo, tudo depende da vontade das mesmas. Em primeiro lugar, no silêncio das partes não deverá existir qualquer modificação do conteúdo contratual, os direitos e obrigações que diziam respeito ao cedente serão transmitidos para o cessionário<sup>51</sup>, sem prejuízo de as partes poderem manifestar-se em sentido contrário.

Se, por outro lado, as partes acordarem mutuamente na modificação de certas cláusulas, mas mantendo sempre a intenção de preservar o vínculo inicial e desde que a modificação do contrato não seja tal que o torne irreconhecível à luz direito, deverá atender-se à vontade dos contraentes. Se, se entender antes que a vontade das partes foi a extinção do vínculo anterior, então não estaremos perante uma cessão de contrato, mas sim perante um caso de extinção do mesmo, em que o distribuidor apenas indica um possível sucessor para uma relação jurídica com a sua contraparte.

Em suma, deverá sempre proceder-se a uma análise casuística, não sendo possível dar uma resposta una e certa, exceptuando os casos em que existe todo um novo esqueleto contratual e em consequência um novo contrato de distribuição, que deverá ser distinguido do primeiro. No entanto, há que ter atenção que aqui a novação não se presume, pelo que as partes devem demonstrar a vontade de substituir aquele vínculo original por outro vínculo.

### 6.3 Da transmissão do direito à indemnização de clientela

Outra questão relevante, ligada à cessão da posição contratual em contratos de agência, consiste em determinar se o sujeito que ingressa na relação jurídica pré-existente, através da cessão contratual, irá beneficiar do direito à indemnização de clientela do antigo agente.

A resposta, tendo em conta, o raciocínio até agora seguido parece de adivinhar. Substituindo-se o cessionário ao cedente, e assumindo os direitos e obrigações

---

<sup>51</sup> No mesmo sentido, *Les contrats de la Distribution*, p. 324 “*Dans le silence du contrat de cession, et puisque c’est le contrat initial de distribution qui est transmis au cessionnaire, il faut semble-t-il en déduire que les obligations qui pesaient sur les parties et les droits dont eles bénéficiaient se retrouveront à l’identique dans le patrimoine du cessionnaire à l’égard du cédé et réciproquement.*”

decorrentes da relação jurídica originária, parece natural que adquira também o direito de indemnização de clientela do antigo agente (o cedente). A própria clientela faz parte do preço convencionado para a transmissão da posição contratual, uma vez que o agente transmite a sua posição *in totum*, incluindo a possibilidade de entrar, como parte, naquela relação contratual, mas também os meios para o sucesso daquela relação e a clientela do agente será sem dúvida um deles.

Assim, não parece admissível excluir o direito do cessionário de se fazer valer da clientela, adquirida pelo cedente, de forma a beneficiar de uma indemnização de clientela. Uma vez que o primeiro, ao contratar com o segundo, atribuiu um valor comercial à clientela, adquirindo o direito de indemnização de clientela.

Esta ideia decorre directamente da operação de cessão da posição contratual e do ingresso do cessionário na relação jurídica já existente, com todos os direitos e obrigações resultantes do contrato.

Se o que acontece é uma mera modificação subjectiva da relação contratual e se essa foi a vontade das partes, então a transferência da posição contratual deve ser feita num todo, englobando todos os seus direitos e obrigações. Na prática, o contrato continua igual e o cessionário sucede na relação jurídica do cedente como se tivesse feito parte da mesma *ab initio*.

No entanto, algumas questões podem ser levantadas em torno da atribuição do direito de clientela, se atendermos à caracterização dos contratos de distribuição como contratos duradouros. A transmissão dos contratos duradouros “*apenas abrangerá, em princípio, as situações jurídicas referentes ao período posterior à transmissão (...) presumindo-se por isso que os créditos e obrigações já vencidos mas que ainda não tenham sido satisfeitos, se mantêm na titularidade do cedente*”<sup>52</sup>. Deverá então negar-se a atribuição da indemnização clientela com base neste argumento, não sendo admitida a sua transmissibilidade e mantendo-se na titularidade do cedente?

A meu ver, esta solução não será aceitável por não estarmos diante um crédito ou uma obrigação vencida. A indemnização de clientela apenas se vence nas condições exigidas pelo artigo 33º do Decreto – Lei n.º 178/86 e sempre verificando-se a cessação do contrato. Ora, como foi referido acima, não existe uma cessação do contrato mas uma

---

<sup>52</sup> Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 91

mera modificação das partes, como tal, a obrigação de indemnização de clientela e os direitos sobre a mesma não se podem considerar vencidos, por não se verificarem os requisitos essenciais.

Dito isto, parece que a indemnização de clientela perdura no tempo caso não se verifiquem os requisitos necessários ao seu vencimento, em especial a cessação do contrato, transmitindo-se, sem necessidade de acordo expresso nesse sentido, para o cessionário, ao momento da cessão da posição contratual.

Aliás, como bem refere Ferreira Pinto<sup>53</sup>, adoptar a posição contrária seria beneficiar o principal proporcionando-lhe um aproveitamento da clientela sem nunca efectuar uma prestação pelos benefícios que teve.

Além de que, em termos práticos, o cessionário dificilmente contrataria com o cedente a cessão da posição contratual sem assegurar que mais tarde poderá fazer seus os clientes do agente para cálculo da indemnização de clientela<sup>54</sup>.

#### 6.4 Da exigência de direitos de entrada

Ainda relacionado com esta matéria encontra-se a problemática da possibilidade de o cedido exigir do cessionário o pagamento de um direito de entrada, ao momento da transmissão da posição contratual do cedente.

Ou seja, aquando da sucessão, ao novo distribuidor poderiam ser exigidos determinados pagamentos, a título de direitos de entrada, seja com o intuito de cobrir custos para o franquizador com a aquisição, selecção e formação do franquizado, seja por representarem uma “jóia”, a qual deverá ser liquidada pelo distribuidor por beneficiar da incorporação numa determinada cadeia, aproveitando as insígnias da mesma e o know-how.

A questão passa por saber se o pagamento destes direitos de entrada é exigível ao cessionário. À primeira vista, faria sentido que o produtor pudesse exigir do cessionário

---

<sup>53</sup> Fernando Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, p. 655.

<sup>54</sup> Na mesma linha Martinez Sanz, *La Indemnizacion por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesion*, p. 272.

um direito de entrada, pois este irá beneficiar de uma cadeia já existente sem que o produtor tivesse oportunidade de negociar os termos e os valores do contrato. No entanto, deve existir alguma precaução neste juízo: a cessão da posição não deu origem a uma nova relação contratual, mas sim a uma continuação da relação originária com a mudança de um dos contraentes. Na verdade não existem motivos para a exigência de uma obrigação de entrada, não se formou uma nova relação jurídica, pelo contrário verifica-se uma continuação de um vínculo contratual já existente. O novo agente irá ingressar nesta relação no exacto ponto em que o cedente dela abdicou, passando a funcionar como parte originária deste contrato, beneficiando tanto dos direitos do ex – agente como estando vinculado às obrigações por aquele anteriormente assumidas<sup>55</sup>, não resultando apenas benefícios para o cessionário mas também para o cedente que continua a ter um distribuidor que assegure a distribuição do seu produto.

Num segundo plano, a exigência de direitos de entrada poderia colidir gravemente com o princípio da proibição de renúncia prévia ao direito de indemnização de clientela<sup>56</sup>: o agente estaria a pagar ao principal um valor que, mais tarde ou mais cedo e verificadas as condições para tal, lhe seria devolvido através de uma compensação pela clientela. O produtor poderia muito facilmente manobrar este valor, para corresponder ao valor devido ao agente a título de indemnização. A violação deste princípio levaria a que a estipulação de um pagamento de um direito de entrada fosse considerada nula.

#### 6.5. Do dever de informação

Existindo uma cessão da posição contratual do agente, este deverá notificar o principal, de forma a obter o seu consentimento para a transmissão, quando este for exigível, e sobre ele recairá ainda um dever de informação, que decorre directamente da Lei da Agência<sup>57</sup>, (vejam-se o artigo 6.º e o artigo 12.º da mesma).

Este dever de informação, incluirá as informações necessárias relativas ao cessionário, que possibilitem uma avaliação do candidato para posteriormente o cedido avaliar a cessão e tomar a sua posição, consentindo ou não. O conteúdo deste dever de

---

<sup>55</sup> Atenção tal não quer dizer que não seja possível uma modificação contratual.

<sup>56</sup> No mesmo sentido Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, p. 657.

<sup>57</sup> Decreto – Lei 178 / 96.

informação pode ser variado mas, ao que parece, deverá conter as informações correspondentes à viabilidade do cessionário, incluindo-se aqui informações financeiras, histórico profissional, experiência, frequência de um determinado programa que lhe permitirá ingressar na relação e ainda informações sobre o momento do ingresso do terceiro no contrato.

O que foi dito para o caso de o cedente ser o distribuidor, também é válido para os casos em que o cedente é o produtor. Assim, este também se encontra obrigado a prestar informação necessária à contraparte, mais que não seja por a tal estar obrigado pelo instituto da boa-fé contratual.

#### 7.6. Direito de preferência

O art.º 414 Código Civil, contém uma definição um pouco pobre de pacto de preferência, definindo como pacto de preferência a convenção pela qual se dá preferência a outro na venda<sup>58</sup>. No nosso ordenamento podemos encontrar várias preferências consagradas na lei, as chamadas preferências legais. Estas contrastam com as preferências convencionais “*resultantes de um pacto livremente celebrado entre os interessados*”<sup>59</sup>. Na disciplina dos contratos de distribuição não é possível encontrar qualquer preferência legal, consagrada quer na lei da agência quer em qualquer outra regulamentação. Como tal, resta-nos, nesta matéria, a preferência convencional. Esta preferência terá aqui uma função de recuperação: “*alguém aliena uma coisa ou um direito, mas quer reservar-se a possibilidade de vir, um dia a recuperá-lo*”<sup>60</sup>.

Na prática, o que acontece é que as partes estipulam no seu contrato um direito de preferência do produtor, em caso de possível transmissão do contrato por parte do distribuidor. Estas cláusulas vão obrigar o distribuidor, que considera transmitir o seu contrato, a propor, nas mesmas condições, a transferência com prioridade ao principal. Assim, o produtor poderá fazer regressar a si aquilo que alienou, e sobre o qual ainda exerce determinado poder, a bem da verdade, seja um contrato de agência, de franquia ou

---

<sup>58</sup> Criticando a definição do legislador, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações II*, Tomo II, p. 61 e ss. O autor faz também um apanhado de todo o instituto desde as suas origens no direito romano até à actualidade.

<sup>59</sup> Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações II*, Tomo II, p.477.

<sup>60</sup> Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações II*, Tomo II, p. 480.

de concessão, o distribuidor deverá sempre seguir certas directrizes do produtor, umas vezes mais vincadas outras menos, consoante o tipo contratual e as próprias cláusulas do contrato.

Na verdade, esta cláusula deveria ser comum à maioria dos contratos de distribuição como forma de proteger a contraparte, em especial o produtor, quando pretende que o negócio a si retorne evitando assim a transmissão do mesmo.

Uma vez que não existe qualquer preferência legal nestes tipos contratuais, então sobrevive a utilização da preferência convencional. Tal cláusula, a existir, ao principal caberia o direito de adquirir para si a franquia, por exemplo, evitando alguns problemas gerados pelo consentimento da transmissão, possibilitando ao franquiador um meio idóneo para afastar terceiros, que não gostaria dever inseridos na sua rede, embora tecnicamente qualificados<sup>61</sup>.

Nos Estados Unidos este direito de preferência encontra-se bastante difundido no que respeita aos contratos de franquia e é normalmente aceite pelos tribunais desde que o franquiador esteja de boa-fé. Ao que parece, as cláusulas de preferência nos contratos de franquia são frequentes do outro lado do Atlântico<sup>62</sup>. É o chamado Right of first refusal, esta é uma excelente forma de se verificar a veracidade e a integridade do preço de venda proposto.

---

<sup>61</sup>“The reason franchisors insert the right of first refusal is to protect them from being forced into a business relationship with a franchisee who (while technically qualified) may not be acceptable to the franchisor for a variety of subjective reasons”, *Franchise Transfer Sucession and Renewal issues* p. 10

<sup>62</sup> A esse respeito *Franchise Transfer Sucession and Renewal Issues*, p.31 e ss.

## **VII. Conclusão**

A transmissão da posição contratual nos contratos de distribuição é uma área muito pouco desenvolvida no nosso ordenamento jurídico.

Como vimos, no mundo dos contratos de distribuição, apenas o contrato de agência se encontra regulado, sendo que apenas é possível encontrar uma breve referência à transmissão da posição contratual. O legislador português, bem como o europeu, deveria ter-se debruçado mais sobre este tema, sendo preciso nos conceitos utilizados e analisando a transmissão da posição não apenas do ponto de vista de uma possível indemnização de clientela.

Vimos também que a transmissão da posição contratual de uma das partes do contrato de distribuição poderá ser analisada de vários pontos de vista: a transmissão da posição num contexto isolado, a transmissão de um contrato com a transmissão da empresa, seja ela directa ou indirecta.

Em qualquer destes casos, a questão essencial passa por saber se é necessário o consentimento da contraparte para a transmissão, como exige o artigo 424.º do Código Civil. No caso de se dar uma transferência apenas do contrato, deverá seguir-se a vontade das partes, no sentido de exigir ou não o consentimento e, na sua falta, aplicar-se-á o regime geral da cessão da posição contratual, ou seja a exigência de consentimento da contraparte.

No entanto o legislador comercial provou inúmeras vezes a sua intenção de dispensar o consentimento do cedido, estipulando regras no direito comercial, que o dispensam quando o contrato seja necessário à organização e produção da empresa – é o caso flagrante do contrato de franquia, em que o estabelecimento apenas funciona por estar assente naquele contrato, logo, para a transmissão do estabelecimento, será sempre necessário transmitir o contrato de franquia.

Optei por demonstrar a intenção do legislador de dispensar o consentimento do cedido aquando da transmissão da empresa, sem no entanto desvalorizar o critério apresentado por alguns autores – a aplicação analógica. Em qualquer dos casos, não foi possível encontrar uma norma que permita a circulação unitária de todos os elementos da empresa, sejam eles dívidas, créditos, contratos de todo o tipo, entre outros. Todavia, foi

possível concluir que os contratos essenciais ao funcionamento da empresa se transmitem automaticamente, sem necessidade de consentimento.

Na segunda parte do presente tema, analisei questões mais específicas da transmissão dos contratos de distribuição, debruçando-me sobre casos em que, ao abrigo da autonomia privada, as partes estipularam limites à recusa de consentimento para a cessão. Alertei o leitor para as modificações contratuais que têm como limite a descaracterização do contrato inicial, que poderá levar à criação de uma nova relação e não à continuação da relação anterior, com todas os seus deveres e obrigações.

Analisei alguns dos efeitos da cessão da posição, como a atribuição de indemnização de clientela, nos contratos em que tal se justifica, optando pela transmissão da indemnização para o adquirente da posição contratual, uma vez não se verificarem os requisitos necessários à permanência da indemnização na pessoa do cedente. Alguns dos possíveis efeitos laterais destes contratos, como os direitos de entrada, deveres de informação e direitos de preferência também foram alvo de exame cuidadoso.

Em suma, concluí pela possibilidade de transmissão de contratos necessários ao funcionamento do estabelecimento, sem necessidade de consentimento, quando opere uma transmissão da empresa e pela necessidade de consentimento aquando da transmissão da posição por si só. No entanto, da minha parte, parece aceitável que o regime da recusa do consentimento, seja consoante a vontade das partes, limitado por critérios objectivos, como a frequência de programas, garantias prestadas pelo cessionário, entre outros. Para um equilíbrio nos contratos comerciais e em benefício do tráfego jurídico e possibilitando uma maior harmonia das posições do cedente e do cedido esta será, no meu entender, a solução mais correcta.

## BIBLIOGRAFIA

- Abreu, Jorge Coutinho – *Da empresarialidade*, Almedina, 1996
- Antunes, José Engrácia – *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, 2009
- Antunes, José Engrácia – *A empresa como objecto de negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals”* in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 2/3 n.º 68 (2008) p. 715 – 793.
- Calihan, Robert/ Emmans, Steven/ Spandorf, Rochelle/ Tractenberg, Craig – *Franchise Transfer Succession and Renewal Issues*; International Franchise Association; 34th anual legal symposium, May 6-8, 2001.
- Carvalho, Orlando – *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, volume I, Coimbra, 1967,
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português*, tomo II direito das obrigações, Almedina 2010
- Cordeiro, António Menezes – *Manual de Direito Comercial Português*, Almedina, 2007.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – *Direito das obrigações*, 1991, 5ª edição, Almedina
- Cunha, Carolina – *A indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Editora 2003.
- Gomes, Fátima – *Manual de Direito Comercial*, Universidade Católica, 2012.
- Gonzalez, Rafael Lara – *Las Causas de Extinción del Contrato de Agencia*, Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- Leitão, Luís Menezes – *Direito das obrigações*, volume I, 8ª edição, Almedina
- Leitão, Luís Menezes - *Direito das obrigações*, volume II, 7ª edição, Almedina
- Machado, J. Baptista – *Introdução ao direito e ao discurso do legitimador*, Almedina 1983

- Malaurie – Vignal, Marie, (com a colab. de Dominique Heintz) - *Droit de la distribution*, Paris: Dalloz/Sirey, 2006.
- Martine Behar-Touchais, Georges J. Virassamy – *Les Contrats de la Distribution*, L.G.D.J 1999.
- Monteiro, António Pinto – *Contrato de agência*, 2010, 7ª edição, Almedina
- Morais, Fernando de Gravato – *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*, 2005, Almedina
- Neto, Abílio – *Código Civil Anotado*, Ediforum, 2013.
- Oudin, Martin - *La transmission des contrats de distribution*, RTDcom., 2011/3
- Pinto, Carlos Alberto, Mota – *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982
- Pinto, Fernando Ferreira – *Contratos de distribuição*, 2013, Universidade Católica editora
- Pinto, Fernando Ferreira, Apontamentos de Contratos de Distribuição, inéditos, facultados aos alunos do Mestrado de Direito Empresarial, ano de 2013.
- Prata, Ana – *Dicionário jurídico* volume I, 5ª edição Almedina
- Santos, Filipe Cassiano – *Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais* in Nos 20 anos do código das sociedades comerciais, Coimbra 2007, Vol. I, p. 283 – 304.
- Sanz, Fernando Martinez – *La Indemnizacion por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesion*, Segunda Edicion Ampliada, 1998, Civitas
- Steinmann, Thomas/Kenel, Philippe/Billotte – *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Zurich/Bâle/Genève/ Paris/Bruxelles: Schultess/L.G.D.J./Bruylant; 2005