

O Contrato de Agência - A Indemnização de Clientela

Nuno Matos

JusJornal, N.º 1143, 29 de Dezembro de 2010, Editora Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora
JusNet 131/2010

1. Introdução

Os contratos de distribuição comercial assumem grande relevo social. Efectivamente, eles visam regular as relações entre o produtor e o distribuidor, isto é, não lhes interessa o acto final de transmissão do bem para o consumidor mas sim aqueles actos que o preparam.

A sociedade de consumo, em que nos dias de hoje nos vemos inseridos, não é um fenómeno recente. Foi a partir da revolução industrial, que teve lugar em Inglaterra em meados do século XVIII, que começaram a surgir as crises de sobreprodução, fruto do *boom* tecnológico e de inovação a que assistimos nessa altura, nomeadamente com a substituição do homem pela máquina e, mais tarde, com o processo de standardização na produção. Naturalmente que, em face desta produção excedentária, sentiu-se que era necessário autonomizar a fase da distribuição, isto é, ela deixou de ser directa (feita directamente do produtor para o consumidor), para ser indirecta (feita através de distribuidores).

É neste contexto que surge o contrato de agência, como forma de aliar a produção em série e o poder de promoção dos produtos, como forma de criar necessidades aos consumidores, para que o seu escoamento fosse facilitado e aumentado.

Assim, é propósito deste trabalho a análise dos elementos essenciais do contrato de agência, tal como surgem no artigo 1.º do Decreto-Lei 178/86 (JusNet 19/1986), versando posteriormente sobre a indemnização de clientela devida ao agente após a cessação do seu contrato. Não deixaremos de analisar a importante questão da aplicação analógica da referida indemnização aos contratos de concessão comercial e ao contrato de franquia. Para finalizar, trataremos da compatibilidade do contrato de agência com o Direito Comunitário da Concorrência, visto que, nos dias de hoje, este assume cada vez maior importância no que diz respeito aos Estados, mas também às empresas.

2. Os elementos essenciais do contrato de agência

O artigo 1.º do Decreto-Lei 178/86 (JusNet 19/1986) (1) , ao consagrar a noção de contrato de agência, fá-lo enunciando os seus elementos essenciais: obrigação de promoção de celebração de contratos, actuação por conta do principal, autonomia, estabilidade e retribuição (2) . Passemos à análise individual de cada um deles.

2.1. Obrigação de o agente promover a celebração de contratos

A obrigação fundamental do agente é a de promover a celebração de contratos, isto é, trata-se de uma obrigação de promoção comercial com a qual o agente antecede e intermedeia a conclusão de contratos (3) (4) . O agente está, por isso, adstrito a uma complexa actividade material que envolve a prospecção de mercado, angariação de clientes, negociação, etc, que antecede a fase da conclusão de contratos mas na qual já não tem de intervir. O agente tem obrigação de, nomeadamente, não só publicitar os produtos e serviços do principal mas também visitar clientes, fornecer-lhes catálogos, amostras, listas de preços, começar e prosseguir as negociações, prestar e receber informações sobre o mercado, dar assistência a clientes, dirigir ao principal as encomendas e propostas negociais realizadas (5) (6) . Ponto é que o agente zeze pelos interesses do principal de modo a que o fim

contratual se realize plenamente (7) (artigo 6.º), o que faz da agência, segundo Pinto Monteiro, um contrato de gestão de interesses alheios (8) . Na maior parte dos casos a compra e venda será o contrato objecto das negociações, mas nada obsta a que se possam pôr outras hipóteses, por exemplo a locação.

Sendo uma das obrigações do agente a transmissão da proposta do terceiro ao principal, podemos afirmar que a sua actuação tem como desfecho principal a *invitatio ad offerendum* (convite a propor). Embora seja esta a regra, nem sempre será assim uma vez que pode suceder que o agente esteja autorizado a celebrar contratos (autorização por escrito), casos em que actuará em nome do principal (artigo 2.º n.º 1 (JusNet 19/1986)). Mesmo assim, não passará de uma actividade complementar e acessória da obrigação nuclear de fomentar a celebração de contratos, nisto se distinguindo do mandato que se destina principalmente à prática de actos jurídicos, apesar de não poderem ser unilateralmente recusados pelo principal (9) .

Um problema que se põe é se o agente poderá, quando lhe tiverem sido conferidos poderes para tal, além de celebrar, moldar o conteúdo contratual. Segundo Pinto Monteiro, tudo depende da amplitude dos poderes conferidos, mas, regra geral, não será de admitir essa hipótese. Acompanhando este autor e Giuseppe Ferri, poderemos afirmar que ao poder de representação do agente nas relações com terceiros (limitada à celebração de contratos), não corresponde um poder de gestão nas relações internas (o poder decisório pertence sempre ao principal) (10) .

Mesmo não gozando de poderes de representação, ao agente podem ser apresentadas reclamações ou outras declarações aos negócios concluídos por seu intermédio (artigo 2.º n.º 2 (JusNet 19/1986)), tendo também legitimidade processual para requerer as providências urgentes que se mostrem indispensáveis em ordem a acautelar os direitos da outra parte (artigo 2.º n.º 3 (JusNet 19/1986)).

O poder de cobrança de créditos depende de uma autorização por escrito por parte do principal, presumindo a lei que o agente está autorizado a fazê-lo, em relação aos créditos resultantes dos contratos por si celebrados, se lhe tiverem sido conferidos poderes de representação (11) (artigo 3.º n.os 1 e 2 (JusNet 19/1986)).

Dependendo os poderes para celebrar contratos, bem como para cobrar créditos, de autorização por escrito, *quid iuris* se o agente actua sem tais poderes praticando tais actos sem ter a autorização necessária? De acordo com o artigo 22.º n.º 1 (JusNet 19/1986), os contratos que o agente celebre, em nome da outra parte, sem poderes de representação tem os efeitos previstos no artigo 268.º n.º 1 do CC (JusNet 1/1966), ou seja, serão ineficaz em relação ao principal, a não ser que sejam por este ratificados. No entanto, há uma ressalva no artigo 22.º n.º 1 para o n.º 2 (JusNet 19/1986) do mesmo artigo. De facto, a lei da agência considera que o negócio se considera ratificado se o principal, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo essencial do mesmo, não manifestar ao terceiro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a sua oposição ao negócio. É uma solução que é adequada e sensata, visto que a relação de confiança e de colaboração que intercede entre o principal e o agente assim o justifica, facilitando a eficácia do negócio para com o principal. Estamos, pois, em face de uma medida de tutela de terceiros em que o silêncio vale como meio declarativo (12) . No que diz respeito à cobrança de créditos sem autorização, aplica-se o artigo 770.º do CC (JusNet 1/1966) *ex vi* artigo 3.º n.º 3, ou seja, este acto, nestas circunstâncias, é visto como uma prestação feita a terceiro que, em regra, não extingue a obrigação em relação ao principal excepto nos casos nele previstos.

No artigo 3.º n.º 3 também encontramos uma remissão, desta feita para o artigo 23.º (JusNet 19/1986), que consagra o instituto da representação aparente, que tanto vale para a celebração de contratos sem poderes como para a cobrança de créditos não autorizada. São casos em que apesar de não ter poderes de representação para a prática destes actos, o agente actuou como se os tivesse, criando a aparência de se estar a negociar com

alguém devidamente encarregue de os praticar. A eficácia do negócio concluído ou a cobrança realizada nestas circunstâncias dependem: da existência de razões ponderosas que, objectivamente apreciadas (de acordo com as circunstâncias concretas), justifiquem a confiança do terceiro; da boa fé do terceiro (boa fé subjectiva, ou seja, impõe-se que o terceiro não conheça nem deva ter conhecimento da falta de poderes de representação) e da contribuição do principal para a formação da confiança do terceiro na legitimidade do agente.

As duas primeiras condições correspondem às exigências implícitas no apelo à teoria da aparência. À primeira vista poder-se-ia dizer que a protecção dispensada aos terceiros e a *ratio* dos artigos 22.º n.º 2 (JusNet 19/1986) e 23.º (JusNet 19/1986), se justifica pela normalidade da existência de poderes representativos quando os agentes se encontram perante terceiros. No entanto, Maria Helena Brito propugna uma outra solução. Com efeito, ao recusar a ideia de “procuração tácita”, propõe que seja a responsabilidade do principal perante terceiros, pela actividade desenvolvida pelo agente, a forma de justificar a protecção. Quando a teoria da aparência se convoca a responsabilidade do principal deve-se fundar na sua própria actuação, uma vez que cria a confiança na legitimidade do agente (13) .

No entendimento de Pinto Monteiro a solução consagrada pelo artigo 23.º será aplicável a todos os contratos de cooperação e colaboração (14) . Oliveira Ascensão e Carneiro da Frada entendem que o alargamento da solução se deve restringir ao direito comercial visto que, de outro modo, colidiria com o artigo 246.º do CC (JusNet 1/1966) o qual obsta à eficácia da declaração nos casos de falta de consciência (15) .

2.2. Actuação por conta do principal

Distinta da relação principal-agente, caracterizando-se por ser duradoura e que surge por força do contrato de agência, é a relação principal-terceiros, nomeadamente as que o principal estabeleça com os clientes angariados pelo agente, culminando o processo de negociação por ele realizado. Esta actividade promocional do agente é sempre desenvolvida não por sua, mas por conta do principal, isto é, os efeitos dos actos que pratica repercutem-se, directa ou indirectamente, na esfera jurídica deste (16) .

Esta característica permite distinguir a agência da concessão e do franchising, pois o concessionário e o franquiado actuam por conta própria, como veremos *infra* (pontos 3.5. e 3.6.).

Dúvidas não existem no que diz respeito à questão de saber se actuar por conta de outrem significa actuar no interesse dessa pessoa. No que respeita ao agente isso mesmo decorre do artigo 6.º (JusNet 19/1986), que exige o zelo pelos interesses do principal no cumprimento das suas obrigações. Com efeito, cabe ao agente não só promover os negócios do principal mas também colaborar na melhoria das condições de distribuição dos produtos (*v.g.* aconselhando o principal em relação às especiais condições de um certo mercado, sugerindo a introdução das melhorias no produto que o mercado exige, etc.) (17) . Na opinião de Pinto Monteiro, esta actuação zelosa resulta da natureza do contrato de agência como contrato de gestão e é o que faz florescer uma relação de confiança entre as partes (18) .

2.3. Autonomia

O agente actua com autonomia. Ao contrário do trabalhador, que se encontra juridicamente vinculado à entidade patronal, ficando sob a autoridade e direcção desta em virtude do contrato de trabalho, o agente é independente.

Esta característica resulta do artigo 1.º n.º 1, estando em harmonia com o artigo 1.º n.º 2 da Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados Membros sobre os agentes comerciais (daqui para a frente Directiva), onde se define o agente comercial como “intermediário independente”. Não se podem considerar, por isso, agentes, certas pessoas que, apesar de ostentarem o título,

não passam de meros empregados ligados ao principal por um contrato de trabalho, ainda que gozem de alguma autonomia e pratiquem, de modo estável, actos de promoção negocial. São exemplos os caixeiros-viajantes, os agentes de seguros e os agentes de vendas. Do mesmo modo as filiais, sucursais ou departamentos da empresa e as agências bancárias não são agências para efeitos do Decreto-Lei em análise (19) .

No entanto, a independência do agente não é absoluta. Ele tem que obedecer às orientações que lhe são dadas, à política comercial prosseguida pela empresa e prestar contas da sua actividade. Mas o dever de obediência devido não deve prejudicar a sua autonomia (20) (artigo 7.º (JusNet 19/1986)), o que significa que qualquer tipo de ordens ou instruções que versem sobre a sua organização e método de trabalho não passarão de simples sugestões (21) . Nas palavras de Vaz Serra, o agente recebe do principal “mandatos e indicações, mas tem...mão livre” (22) .

Assim, podemos concluir, com Pupo Correia, que entre o agente e o cliente existe uma forte autonomia a independência no que diz respeito à forma como este exerce a sua actividade, ao passo que nas relações internas, ou seja na relação agente-principal, aquele está sujeito a um maior ou menor grau de controlo por parte deste (23) .

Corolário deste princípio é a possibilidade de utilizar subagentes (artigo 5.º (JusNet 19/1986)). O agente dispõe de liberdade para conformar o conteúdo, o modo, o tempo da sua actividade e decidir sobre a sua organização, nomeadamente sobre o recurso ou não a subagentes. Nestes casos, porém, as despesas pelo exercício normal da sua actividade serão suportadas pelo agente, o que se compreende por o subagente ser agente do agente (24) .

2.4. Estabilidade

Esta característica típica do contrato de agência quer dizer, essencialmente, que o agente promove a celebração de contratos de modo estável, durante um período mais ou menos longo, e não é afastada pelo facto de as partes terem pré-determinado a duração do vínculo contratual (caso em que o contrato será por prazo determinado). Fundamental é que a actividade do agente não se limite à prática de um acto isolado, ou seja, impõe-se uma relação duradoura não no sentido de o prazo ser longo, visto que o contrato de agência se compagina com prazos curtos, mas sim no sentido de que seja realizada uma pluralidade de actos com continuidade (25) . Este elemento permite distinguir a agência da mediação, a qual se caracteriza fundamentalmente por uma actuação ocasional por parte do mediador, estando dependente de solicitação (26) .

O principal e o agente podem vincular-se por tempo determinado ou então, se nada estipularem, presumir-se-á que o contrato vigora por tempo indeterminado (artigo 27.º n.º 1 (JusNet 19/1986)). Se houver prazo determinado e as partes continuarem a cumpri-lo, a lei estipula que o contrato se transformará em contrato por tempo indeterminado (artigo 27.º n.º 2 (JusNet 19/1986)).

2.5. Retribuição

Segundo o artigo 1.º n.º 1 (JusNet 19/1986), a actividade do agente é exercida mediante retribuição. Significa isto que o contrato de agência tem carácter oneroso, gerando atribuições e sacrifícios patrimoniais para ambas as partes, não sendo admissível, à luz do diploma em apreço, um contrato de agência gratuito. Preceito que se encontra em perfeita harmonia com o artigo 2.º n.º 1 da Directiva, nos termos do qual esta não se aplica aos agentes comerciais cuja actividade não seja remunerada.

Nos termos do artigo 16.º n.º 1 (JusNet 19/1986), a remuneração do agente determina-se com base no volume de negócios alcançado, tendo carácter variável, sob a forma de comissão podendo esta cumular-se com qualquer importância fixa que tenha sido previamente estipulada (27) .

No caso do agente exclusivo a lei salvaguarda determinados direitos. De facto, no artigo 16.º n.º 2 (JusNet 19/1986) o agente tem direito à comissão por actos concluídos durante a vigência do seu contrato na medida em que goze de um direito exclusivo para certa zona geográfica ou círculo de clientes e os mesmos tenham sido concluídos com um cliente pertencente a essa zona ou círculo de clientes.

Na hipótese especial prevista pelo n.º 3 do artigo 16.º (JusNet 19/1986), o agente só tem direito à comissão pelos contratos celebrados após o termo do contrato, se provar ter sido ele a negociá-los ou, tendo-os preparado, a sua conclusão ficar a dever-se, principalmente, à actividade por si desenvolvida, desde que sejam celebrados num prazo razoável subsequentemente ao termo do contrato.

2.6. Possível atribuição de certa zona ou determinada círculo de clientes

A possibilidade de atribuir certa zona ou determinado círculo de clientes está expressamente prevista nos artigos 1.º n.º 1 e 4.º. Na sua redacção originária, o Decreto-Lei 178/86 (JusNet 19/1986) apresentava este requisito como essencial do contrato de agência (28). Porém, com a adopção da Directiva, o Decreto-Lei 118/93 qualificou este elemento como uma mera hipótese, acidental, do tipo negocial (29).

Para proceder a esta delimitação, o legislador adianta dois critérios: territorial e subjectivo. O primeiro confere a possibilidade de determinar o espaço geográfico em que o agente exerce a sua actividade, ao passo que o segundo delimita a actuação do agente através da indicação de determinado círculo de clientes. A estes requisitos substantivos, adiciona-se um de carácter formal: exigência de forma escrita. Se algum dos requisitos substantivos e o formal se verificarem estaremos na presença da figura do agente exclusivo, com a consequência de o principal estar impedido de utilizar, dentro da mesma zona ou do mesmo círculo de clientes, outros agentes para o exercício de actividades que esteja em concorrência com as do agente exclusivo (30) (artigo 4.º).

3. Delimitação. Confronto com outros tipos contratuais

As características acabadas de expor permitem distinguir o contrato de agência de outros tipos contratuais. Não se confunde inclusivamente com o mandato, cujo regime lhe era aplicado por analogia (31) antes da tipificação que o Decreto-Lei 178/86 (JusNet 19/1986) concretizou.

3.1. Contrato de mandato

Ao expormos a obrigação essencial do agente tínhamos aludido à distinção que deveria ser traçada com o contrato de mandato.

Com efeito, o artigo 1157.º do CC (JusNet 1/1966) define o contrato de mandato como "o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra". O que ressalta desta definição é que a característica fundamental do mandatário é a prática de actos jurídicos. Embora a actuação de agente e do mandatário seja por conta de outrem (principal e mandante, respectivamente) essa actuação assume um carácter essencialmente material no que diz respeito ao agente (32).

Como também já referimos (*supra* ponto 2.1.), mesmo quando, excepcionalmente, o agente goze de poderes de representação e se obrigue à prática de actos jurídicos, essa actividade tem uma função complementar ou acessória em relação à obrigação fundamental de promoção de negócios. Na verdade, não são os actos, individualmente considerados, mas a actividade como um todo, que caracteriza o agente comercial e constitui o núcleo essencial do contrato de agência (33).

Para além desta diferença outras se podem descortinar: o agente não tem direito ao reembolso das despesas pelo exercício normal da sua actividade (artigo 20.º (JusNet 19/1986)), ao contrário do mandatário (artigo 1167.º alínea c) do CC (JusNet 1/1966)). No que concerne ao mandato comercial, o mandatário tem sempre direito a retribuição

independentemente do resultado do seu trabalho (artigo 231.º do CCom).

3.2. Contrato de comissão

O contrato de comissão tem grande importância histórica como forma de intermediação comercial. Porém, tem vindo a perder importância fundamentalmente devido à difusão da agência, que constitui um salto qualitativo daquele (34) .

Nos termos do artigo 266.º do CCom, o contrato de comissão dá-se “quando o mandatário executa o mandato mercantil, sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente”. Pelo contrário, estabelece o artigo 231.º do mesmo Código, “dá-se o mandato comercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandado de outrem”. As diferenças entre estes dois contratos são evidentes. O mandatário pratica os actos em nome, no interesse e por conta do mandante (mandatário com representação), enquanto que o comissário pratica-os no interesse e por conta do mandante mas em seu próprio nome (mandatário sem representação) (35) .

Sendo assim, o que separa os contratos de agência e comissão são essencialmente três aspectos: o comissário pratica actos jurídicos, em nome próprio e por conta de outrem ao passo que o agente, quando lhe são atribuídos poderes para celebrar contratos, age também em nome de outrem (o principal); o comissário celebra contratos em nome próprio enquanto que o agente os celebra, nos casos em que tenha poderes para isso, em nome do principal; o contrato de comissão, em regra, não tem carácter duradouro, tendo como objecto a prática de actos isolados, sendo que o contrato de agência é um contrato estável, que pressupõe a prática de múltiplos actos (36) .

3.3. Contrato de mediação

O contrato de mediação apresenta algumas afinidades com o contrato de agência, visto que ambos implicam uma actividade de intermediação para a conclusão de contratos, com direito ao pagamento de uma comissão.

Todavia, duas diferenças essenciais os distinguem. Em primeiro lugar, a estabilidade que se verifica no contrato de agência não é característica do contrato de mediação. Com efeito, o mediador encarrega-se da prática de actos isolados com o intuito de aproximar os contraentes para a conclusão de certo negócio. Em segundo lugar, a actividade do mediador caracteriza-se pela imparcialidade. Na verdade, o mediador actua em nome próprio mas no interesse de ambas as partes, com o intuito de as aproximar. Assim, é a neutralidade e imparcialidade, que caracteriza a actividade do mediador, que faz com que a sua retribuição fique a cargo delas (37) .

3.4. Contrato de trabalho

O contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas (artigo 10.º do CT). O ponto fundamental a focar é o de, para se reconhecer um contrato como de trabalho, ser necessário que o trabalhador esteja juridicamente subordinado (38) à entidade patronal.

Apesar de existir alguma afinidade com o contrato de agência, nomeadamente em relação à estabilidade e à defesa dos interesses da outra parte, a diferença encontra-se justamente no facto de o agente ser juridicamente independente do principal, exercendo a sua actividade com autonomia e assumindo os riscos no plano da retribuição (39) . Como enfatiza Vaz Serra, as instruções dadas ao agente e o dever de as cumprir, não significa que o agente se encontre sob a autoridade do principal, uma vez que a subordinação jurídica compreende muito mais do que o mero dever de cumprir instruções. O agente está, pois, ao lado, não subordinado ao dono do negócio (40) .

3.5. Contrato de concessão comercial

O contrato de concessão é atípico e inominado, não vem regulado em nenhum diploma legal. Porém, nas palavras de Maria Helena Brito é um contrato socialmente típico, dada a frequência com que ocorre (41) .

A agência distingue-se do contrato de concessão comercial, no essencial, porque, apesar de ambos serem contratos de distribuição e de colaboração, o concessionário, ao contrário do agente, actua em seu nome e por conta própria, adquirindo a propriedade da mercadoria, comprando ao fabricante ou ao fornecedor para revender a terceiros assumindo os riscos da comercialização (42) .

Pinto Monteiro entende a concessão como um contrato-quadro, que faz nascer uma relação obrigacional complexa, em que o concessionário se obriga a comprar uma quota mínima de bens, aceitando certas obrigações, nomeadamente sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização (43) . Assim, é acertado afirmar que o contrato de concessão configura uma relação estável, duradoura, cuja execução implica a celebração de contratos futuros (contratos de execução).

Um aspecto importante tem a ver com o facto de, por norma, ser concedido ao concessionário a exclusividade de venda em certa zona. Marino Perassi entende que o concedente pode utilizar uma série de concessões exclusivas, ou na sua expressão "concessões satélites", contratualmente ligadas a si (mantendo uma posição de supremacia) correndo o risco, todavia, por conta dos diferentes concessionários (44) .

No que diz respeito à remuneração, o agente recebe devido ao desenvolvimento de uma actividade no interesse do principal ao passo que no caso do concessionário afigura-se mais adequado falar de lucro (diferença entre o preço de compra e o preço de revenda) (45) .

3.6. Contrato de franquia (*franchising*)

O contrato de franquia é aquele pelo qual uma pessoa (o franquizador) concede a outra (o franquiado) a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas (46) . Pestana de Vasconcelos define-o como sendo " o contrato mediante o qual o produtor de bens e/ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do comércio do primeiro e segundo o plano, método e directrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos tecnológicos e regular assistência" (47) .

Das definições dadas podem-se retirar alguns elementos caracterizadores do *franchising*: concessão de licença de marca e/ou direito de uso de outros sinais distintivos do franquizador; transmissão de *know-how*; prestação de assistência do franquizador ao franquiado; controlo da actividade do franquiado pelo franquizador e a existência de prestações pecuniárias (prestação fixa e periódica) do franquiado para o franquizador (48) .

Apesar de o franquiado ser um colaborador autónomo e estável da empresa, a franquia, tal como a concessão, caracteriza-se por ser um contrato de distribuição ao passo que a agência, apesar de também o ser, caracteriza-se pela promoção de negócios. O agente é retribuído pelo exercício desta função enquanto que no caso do franquiado, ele é que paga ao franquizador pela assistência, transmissão de *know-how*, etc. (49) .

De sublinhar é o facto de, ao contrário do agente, o franquiado actuar em nome e por conta própria, adquirindo a propriedade da mercadoria e assumindo o risco da comercialização (50) , além de que a promoção dos bens e serviços é realizada em grande medida pelo franquizador e não (ou só em parte) pelo franquiado (51) .

Outra nota que acentua a diferença é o grau de fiscalização a que o franquiado é sujeito. Com efeito, ao contrário do agente, o franquiado tem que obedecer a todas as instruções e regras delineadas pelo franquizador, de modo a que se possa preservar a imagem empresarial criada, e tem que aceitar o controlo e fiscalização a que for sujeito

(52) .

4. A indemnização de clientela

4.1. Generalidades

Nos termos do artigo 33.º n.º 1 (JusNet 19/1986) o agente tem direito, após a cessação do contrato, a receber uma indemnização de clientela desde que estejam preenchidos certos pressupostos e sem prejuízo de qualquer outra indemnização que possa ter lugar.

Estamos, pois, na presença de uma figura muito particular do direito comercial. Com efeito, de uma relação jurídica civil extinta da qual resultem benefícios para uma das partes não advém, em regra, uma obrigação de compensar a parte que não os auferiu. Não é, por isso, normal que da cessação do contrato, com a correspondente cessação dos direitos e obrigações que dele dimanavam, surja uma obrigação de compensação baseada nas vantagens e prejuízos restantes e que resultaram desse mesmo contrato (53) .

A indemnização de clientela é uma característica específica do contrato de agência e que surge especificamente regulada no já citado artigo 33.º (JusNet 19/1986) e que passaremos agora a analisar.

4.2. Evolução histórica da indemnização de clientela no Direito Comparado

A indemnização de clientela é uma figura que data do início do século XX sendo, portanto, relativamente nova. Foi introduzida na generalidade dos sistemas jurídicos por via legal, e mesmo naqueles em que a jurisprudência ou a contratação colectiva se anteciparam ao legislador (França e Itália respectivamente) não demorou até que fosse regulamentada (54) .

A primeira manifestação parece ter ocorrido na Áustria, na lei de 24 de Junho de 1921, em que se estabeleceu que se deveria atribuir ao agente, que exclusiva ou predominantemente se tivesse ocupado da angariação de clientela, uma indemnização adequada se o contrato tivesse terminado por denúncia do principal, sem que o agente tivesse dado, por sua culpa, motivos para esta e desde que a duração do contrato não tivesse ultrapassado três anos. A quantidade da indemnização não podia ser, porém, superior a um ano de comissões, calculado com base na média dos três anos anteriores (55) .

Na experiência jurídica francesa encontramos duas respostas para o problema da extinção do vínculo que une principal e agente: indemnização de clientela e indemnização de ruptura. A distinção estabelece-se por serem duas as formas com que um sujeito se pode vincular a promover a celebração de contratos e o escoamento dos produtos de uma empresa: o *voyager, représentant ou placier* (V.R.P.) é definido como um trabalhador dependente enquanto o *agent commercial* é juridicamente autónomo. O ponto fundamental, está, pois, no grau de autonomia que existe, ou dito de outro modo, no grau de ingerência que é permitido (56) .

A *indémnité de clientèle* dos V.R.P. veio a ser consagrada em 1937, no artigo 29.º-O do *Code du Travail* nos termos do qual ela deve ser concedida sempre que o empregador ponha termo ao contrato, sem que tal resulte de violação contratual do V.R.P., ou a extinção resulte de incapacidade total ou parcial para o contrato, sendo essa indemnização considerada autónoma da que resultasse da sua ruptura abusiva. Todavia, a agência continuava a ser um contrato atípico, sujeito às regras do mandato, ainda que a doutrina chegasse ao mesmo resultado através da consideração de uma revogação abusiva em que se poderia incluir a clientela.

É esta doutrina que vai servir de inspiração para o Décret n.º 58-1345, de 23/12/1958 que, no seu artigo 3.º, prescreve que a revogação pelo mandante, não justificada por violação do mandatário, concede a este, ainda que haja sido estipulada cláusula em contrário, o direito a uma indemnização que compense o prejuízo sofrido (57) . A

indemnização de clientela do agente encontra-se, hoje, regulada no *article* L134-12 do *Code de Commerce*.

Em Itália, o reconhecimento de uma indemnização de clientela a favor do agente comercial dá-se a partir de 1938, por via dos acordos económicos colectivos (celebrados entre as associações representativas dos agentes e as entidades representativas dos industriais e dos comerciantes).

É esta experiência jurídica que vai servir de base à instituição da indemnização de clientela no *Codice Civile*, em 1942, que atribui ao agente uma *indemnitá per lo scioglimento del contratto* sempre que o contrato tenha cessado por causa que não lhe seja imputável (58) . Esta norma foi revista em 1971, na sequência de uma grande discussão constitucional sobre a legitimidade de retirar a indemnização de clientela por causa imputáveis ao agente, pela *Legge* 911 de 15/10/1971 que retirou essa exclusão que só viria a ser repostada com a transposição da Directiva. No entanto, os acordos-ponte continuaram a prever a indemnização de clientela nos termos da anterior solução, pelo que a Comissão considerou que a Itália se encontrava em violação da Directiva (59) . Apesar de ter havido uma reforma mais completa em 1999, não impediu que alguns acordos-ponte continuassem a celebrar-se em termos idênticos. Hoje, encontramos o instituto regulado no artigo 1751.º do *Codice Civile* (60) .

Na Alemanha, a indemnização de clientela foi introduzida com a regulação do contrato de agência, levada a cabo pela Lei de 6 de Agosto de 1953, que aditou o artigo 89 b do HGB. Nos termos deste artigo a agente pode exigir do principal, após a extinção do contrato, uma compensação razoável se o principal retirar, após a cessação do mesmo, vantagens consideráveis da relação de negócios com novos clientes angariados pelo agente; se o agente perder, como efeito da cessação do contrato, o direito às comissões que, em caso de continuação da relação de agência, lhe seriam devidas por contratos já celebrados ou a celebrar no futuro por clientes por si angariados, é-lhe devido o pagamento de uma compensação equitativa. A indemnização de clientela é excluída se o contrato tiver sido resolvido por razões imputáveis ao agente (61) .

Fernando Martinez Sanz dá-nos a conhecer as duas doutrinas que influenciaram esta produção legislativa. Para um sector, a indemnização de clientela funda-se no direito reconhecido pelo artigo 87.º do HGB às comissões por pedidos ulteriores, durante a vigência do contrato, mesmo que o agente não intervenha pessoalmente. Uma vez extinto o contrato, a *ratio* do preceito subsiste, desaparecendo, no entanto, o direito do agente às comissões. Para endereçar esta situação o legislador teria de reconhecer a indemnização de clientela. Outro sector opta por, em complemento a esta teoria, incidir na constituição, durante a vigência do contrato, de uma clientela estável que a retribuição de uma simples comissão não pode remunerar. Os benefícios que derivam da criação de clientela, que é comum durante a vigência do contrato, beneficia de forma exclusiva o principal assim que o contrato se extingue (62) .

4.3. A Directiva 86/653, de 18 de Dezembro de 1986 (63)

A Directiva adoptada em 1986 constitui um grande avanço ao nível da harmonização do direito dos Estados Membros no que diz respeito aos agentes comerciais. No entanto, a Directiva não adoptou um modelo unitário no que concerne à indemnização de clientela, uma vez que o seu artigo 17.º confere a faculdade de os Estados Membros optarem entre a indemnização prevista no n.º 2, ou a reparação por danos prevista no n.º 3. Com efeito, a legislador comunitário decidiu enveredar pela escolha ente o modelo germânico da indemnização de clientela (referido no n.º 2 e correspondente à *Ausgleichsanspruch* do artigo 89.º b) do HGB), e o modelo francês (correspondente à *indemnité compensatrice*) (64) .

Este foi, de facto, um dos aspectos mais polémicos da fase de propostas da Directiva. Inicialmente só figurava o modelo alemão, em consonância com a grande influência do seu direito, mas esta circunstância gerou a oposição do Reino Unido e da França. Por um lado, o Reino Unido contestava que, nos termos da *Common Law*, era

discutível que se pudesse atribuir um direito que as partes, no exercício da liberdade contratual, não estipularam no contrato. Por outro lado, a oposição francesa baseava-se mais na forma e nos meios empregues para alcançar tal fim e no facto da sua solução não constar no texto projecto. Consequência de todo este alvoroço foi, pois, a adopção de uma solução intermédia, em que se possibilita a escolha. Todavia, nas palavras de Crahay, a solução (única) clara e coerente da indemnização de clientela prevista no projecto da Directiva foi abandonada em favor de um sistema duplo, estabelecido pelo texto definitivo, que acaba por gerar uma certa confusão. Ainda que a reparação do prejuízo que ocorra em virtude da cessação do contrato tenha um objecto mais amplo que a indemnização de clientela é, ao mesmo tempo, mais ambíguo e impreciso (65) .

Ainda assim, a maioria dos Estados Membros tem feito a sua opção pelo modelo alemão, deixando a França isolada com o seu sistema. Mesmo o Reino Unido, que se mostrou defensor do sistema gaulês, adoptou-o apenas a título supletivo, admitindo, por isso, a possibilidade das partes adoptarem o sistema alemão (66) .

O sistema germânico assenta na ideia de compensação do agente pelos benefícios que o principal adquire definitivamente, em virtude da actividade realizada pelo agente na vigência do contrato e que, posteriormente à sua cessação, passam a ser exclusivamente seus (67) , pelo que se justifica uma indemnização equitativa (68) . O modelo francês funda a indemnização nos danos causados ao agente pela extinção do contrato, que resultam da perda das comissões relativas a contratos (que se transformam em benefícios para o principal) e do não aproveitamento das despesas e custos em que o agente incorreu. No que diz respeito ao cálculo do montante a atribuir pela reparação a Directiva nada diz no artigo 17.º n.º 3. Convém, por isso, recorrer ao direito dos Estados Membros que adoptaram este sistema (69) .

No entanto, estes dois sistemas apresentam disposições comuns. *Primus*, nos termos do artigo 18.º da Directiva, o direito à indemnização e à reparação não existe: se o termo do contrato se dever a incumprimento imputável ao agente comercial e que tal facto, nos termos da legislação nacional, seja fundamento de cessação do contrato sem prazo, e se o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao principal ou à idade, enfermidade ou doença do agente que justifiquem a não exigibilidade de prosseguir as suas actividades, ou quando, por acordo com o principal, o agente ceda a terceiros os direitos e obrigações que para ele decorrem do contrato de agência. *Secundus*, estabelece o artigo 19.º da Directiva que a indemnização ou a reparação tem carácter imperativo, não podendo ser derogadas antes da cessação do contrato. *Tertius*, o agente perde o direito à indemnização ou reparação se, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, não notificar o principal de que pretende receber a indemnização (artigo 17.º n.º 5 da Directiva).

4.4. A indemnização de clientela no Direito Português

A regulação legislativa da agência em Portugal data de 1986, com o Decreto-Lei 178/86 de 3 de Junho, baseando-se no anteprojecto de António Pinto Monteiro (70) , tendo previsto a indemnização de clientela nos seus artigos 33.º e 34.º (JusNet 19/1986). Este diploma, apesar de ter antecedido a Directiva, tomou em devida conta os seus projectos, tendo optado claramente pelo sistema germânico da indemnização de clientela (71) .

4.5. Pressupostos da atribuição da indemnização de clientela

São três os pressupostos, cujo preenchimento é cumulativo, de que depende a atribuição de clientela (os requisitos elencados no artigo 33.º n.º 1) a que se junta a necessidade de cessação do contrato de agência.

4.5.1. Dependência da cessação do contrato

De acordo com o artigo 33.º n.º 1, o direito à indemnização de clientela depende da cessação do contrato, pelo

que o agente não pode fazer valer este direito durante a sua vigência. O contrato pode cessar, nos termos do artigo 24.º, por acordo das partes, por caducidade, por denúncia e por resolução. A estas deve-se juntar a oposição de renovação, quando haja uma cláusula de renovação sucessiva.

Esta questão é relevante, pois na Alemanha duvida-se da relevância a dar à chamada “extinção parcial” do contrato, ou seja, às hipóteses em que se verifiquem modificações na relação contratual (*v.g.* alterações na zona originariamente confiada ao agente, na comissão acordada ou nos bens comercializados). No entanto, estas alterações só terão relevo, para efeitos da indemnização de clientela, no fim do contrato (72) .

Questão muito debatida na doutrina tem a ver com a atribuição à extinção do contrato de agência o valor de pressuposto da aquisição do direito à indemnização de clientela, ou seja, de o qualificar como facto constitutivo do direito (73) ou tão-só um mero momento do seu exercício pelo agente (74) .

Carolina Cunha entende que apesar de ser imprescindível a prévia existência e subsequente cessação do contrato de agência, a existência destas circunstâncias dá-nos apenas o quadro ou a moldura abstracta em que se pode colocar a questão de saber se o agente terá, ou não, direito a uma indemnização de clientela. A cessação do contrato terá, por isso, a função de assinalar o momento em que o preenchimento dos requisitos enunciados nas três alíneas do artigo 33.º n.º 1 conduz à aquisição da indemnização de clientela (75) .

Luís Menezes Leitão defende que além de o elemento literal nos dar a percepção de que a cessação se trata de um facto constitutivo da indemnização de clientela (76) , decisivo é o facto de não se admitir a renúncia deste direito durante a vigência do contrato de agência, o que indicia que a sua constituição ocorre apenas e só aquando da sua cessação. Destarte, a indemnização tem de ser vista como um crédito futuro, não sendo lícito a sua renúncia prévia ou a sua alteração antes da cessação do contrato, em prejuízo do agente, de modo a que este não aceite condições que, como parte mais fraca, o iriam lesar (77) .

Que posição tomar? Apesar do argumento avançado por Menezes Leitão, não parece que a cessação do contrato deva ser considerado um requisito de forma mas tão-só uma condição, necessária para que a indemnização possa ser reclamada. Com efeito, a sistematização do n.º 1 do artigo 33.º aponta para que apenas haja três requisitos (de ordem material) que têm de ser obrigatoriamente preenchidos, sendo a cessação do contrato, embora necessária, de considerar como o momento a partir do qual se passa à análise dos verdadeiros pressupostos. Parece ser este o entendimento mais de acordo com o espírito da lei. Poderemos ainda argumentar que, se o legislador quisesse efectivamente adicionar um requisito de forma o teria feito clara e expressamente, respeitando a lógica e a estrutura do artigo. Com efeito, os requisitos materiais elencados no artigo é que se afiguram fundamentais para a atribuição da indemnização de clientela.

A única forma de considerar a cessação do contrato como requisito de forma seria interpretando extensivamente o artigo, coisa que não consideramos pertinente, uma vez que o legislador disse exactamente aquilo que queria.

4.5.2. A angariação e desenvolvimento da clientela

O primeiro pressuposto da atribuição da indemnização de clientela é a angariação de novos clientes ou o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente. Daqui resulta ser necessário um real incremento do volume de negócios da empresa, já que o agente ou aumenta o número de clientes ou desenvolve de forma substancial o volume de negócios, convencendo os clientes já existentes a celebrar novos contratos sendo esse benefício económico apropriado pelo principal.

Essencial é que exista um nexo de causalidade entre a prestação do agente e a aquisição/desenvolvimento da clientela, não sendo exigível que seja uma prestação exclusiva, isto é, a força atractiva da marca junto dos clientes pode ser considerada (78) .

Estudemos então separadamente estes dois pressupostos alternativos.

4.5.2.1. A angariação de novos clientes

No que concerne à angariação de clientes novos para o principal, a doutrina tem discutido se este conceito integra apenas os clientes duradouros, ou também os clientes ocasionais.

A doutrina alemã, dado que o artigo 89.º b) faz alusão à relação surgida com os novos clientes, tem entendido que apenas os clientes estáveis relevam (79) . Na doutrina portuguesa, Pinto Monteiro tem defendido igualmente que serão apenas os clientes habituais ou fixos que deverão relevar para o preenchimento deste requisito (80) . Por seu turno, Carolina Cunha sustenta que deverá ser deixada ao juiz a tarefa de averiguar, em face das circunstâncias concretas, o que há-de entender-se por cliente principal, tendo como referência o conjunto de sujeitos que adquirem os bens ou serviços que oferece e as concepções prevalecentes no sector em que actua (81) . No entanto, parece-nos ser de adoptar a tese segundo a qual só os clientes que possam garantir alguma estabilidade sejam tidos em conta. Com efeito, só com clientes estáveis se pode argumentar que o principal vai auferir vantagens que deixa de partilhar com o agente, na medida em que, se os clientes forem meramente ocasionais, o próprio agente não teria substanciais vantagens em se relacionar com eles, caso o contrato se tivesse mantido em vigor (82) .

Os clientes, além de habituais ou fixos, deverão ser novos. Clientes novos serão, obviamente, aqueles que nunca tenham tido qualquer relação jurídica com o principal antes da celebração do contrato de agência (83) . Mas não só. Seria redutor se assim fosse, podendo o principal fazer uso de alguns artificios para se esquivar a pagar uma indemnização de clientela ou a pagar uma menos elevada. Assim, os clientes que tenham cessado a sua relação comercial com o principal antes da celebração do contrato de agência mas que posteriormente a tenham retomado, em virtude da actividade de promoção do agente, bem como aqueles clientes que o agente tenha angariado para outro principal, previamente ao seu contrato, tendo-os transferido para o actual principal, ao tempo da sua celebração, deverão ser considerados como novos clientes (84) .

Serão, portanto, clientes novos, todos aqueles que não mantenham qualquer relação comercial com o principal no momento da celebração do contrato de agência, independentemente de terem ou não mantido relações anteriormente. Destarte, não serão novos aqueles clientes que já existissem aquando da celebração do contrato, ainda que, nas palavras de Martinez Sanz, estes se comprometam, em virtude do esforço do agente, a comprar outros produtos do mesmo género ao seu representado. Esta situação apenas poderá ter relevância para efeito do incremento sensível da clientela já existente, a não ser que o agente convença o cliente, que adquiria anteriormente esses produtos a um concorrente, a passar a adquiri-los ao principal (85) . No caso do agente conseguir fazer com que um cliente já existente compre produtos de um género diferente, dever-se-á considerar, pelo contrário, como novo cliente (86) .

Questão importante, em nosso entender, é a de saber se este requisito se encontra preenchido se, pese embora o facto de ter angariado novos clientes, houver perda de alguns deles. Acompanhamos Martinez Sanz a este respeito, quando afirma que a subtracção de clientes nada tem a ver com o facto de ter conseguido captar novos, pelo que este requisito se deve considerar preenchido ainda que essa perda se deva a negligência do agente, por estar mais preocupado a angariar novos clientes do que a preservar os que já tinha. Em situações deste género a indemnização a atribuir deverá ser reduzida equitativamente, recorrendo ao artigo 34.º (87) . Com efeito, trata-se de um risco que o principal tem que assumir, tal como o agente assume o risco de os clientes que contacta poderem não responder à sua abordagem. Todavia, podemos conjecturar casos em que não é próprio nem normal de um determinado mercado a perda de clientes, pelo que, esta hipótese já poderá suscitar dúvidas acerca do

preenchimento deste requisito.

A angariação de clientes por terceiros e não pelo agente, não tem relevância para efeitos do artigo 33.º n.º 1. Efectivamente, eles não são clientes, a não ser que os terceiros estejam em posição de os poder forçar a adquirir o produto (88) .

Ponto importante é o de saber se devemos considerar apenas a quantidade de clientes angariados ou também um critério de ordem qualitativa, isto é, se é de considerar, para efeitos da atribuição da indemnização de clientela, a importância dos negócios que o agente possa realizar. Domínguez Garcia expressa a sua concordância por esta via, defendida pela doutrina e jurisprudência suíças, sustentando que se assim não fosse estar-se-ia a premiar apenas a obtenção de clientes em detrimento da conclusão de importantes negócios (89) . No entanto, não parece que seja esta a interpretação a fazer deste requisito, quanto muito poder-se-á ter este aspecto em conta aquando da fixação equitativa da indemnização.

4.5.2.2. O aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente

No que concerne ao aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente, fácil é de concluir que, não havendo qualquer incremento de clientela, a verificação deste requisito há-de ser feita através da comparação entre o volume de negócios realizados anteriormente e durante o período da vigência do contrato de agência (90) . No entanto, este conceito tem que ser dissecado, sendo preciso analisar o que se quer dizer por “aumento de negócios”, e o que quer dizer o termo “substancial”.

O aumento dos negócios deve ser entendido em sentido amplo, abarcando tanto o aumento quantitativo como qualitativo. Assim, o requisito estará preenchido quando, em consequência da actividade do agente, o cliente preexistente aumente o volume de pedidos de um produto que já adquiria (aumento quantitativo), ou se decidir adquirir outro produto do mesmo género, além daquele que já consumia (aumento qualitativo) (91) (92) .

Relativamente ao termo “substancial”, este consiste num conceito vago e indeterminado. No entanto, a doutrina tem entendido que o incremento deve ser essencial, isto é, deve poder equiparar-se à aquisição de um novo cliente. Segundo Martinez Sanz, esta é a razão pela qual se considera que as situações são equivalentes, tal como dispõe o artigo 89.º b) do HGB (93) . Consideramos ainda que a manutenção da quantia pecuniária deve, em alguns casos, ser suficiente para que se preencha o requisito. Pensamos em situações em que o agente aumente muito o escoamento de unidades, não havendo um aumento a nível pecuniário devido a uma forte baixa dos preços dos produtos (94) .

Diferentes serão os casos em que o agente não aumenta o nível de clientela ou o volume de negócios, mas evita uma grave queda. Nesta hipótese não repugna admitir que, em épocas de grave recessão económica, o empenho do agente somente para manter os clientes preexistentes ou o volume de negócios é equivalente, se não superior, ao de captar clientela ou intensificar as suas relações comerciais com os já existentes em épocas de bonança económica. Parece-nos ser de aceitar que, em casos deste tipo, seja de considerar preenchido este requisito dado o trabalho, nas palavras de Pinto Monteiro, altamente meritório do agente (95) . Efectivamente, o resultado que o agente obtém vai ao encontro dos interesses do principal, que, sem ele, teria perdido clientes e encomendas.

4.5.3. Benefício considerável para a outra parte

O segundo pressuposto da indemnização de clientela, previsto na alínea b) do artigo 33.º n.º 1, é a existência de um benefício considerável para a outra parte, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente. Este é um pressuposto essencial, já que, como dissemos *supra* (ponto 4.1.), o fundamento da indemnização de clientela reside no facto de os benefícios que, aquando da vigência do contrato, eram comuns, ao tempo da sua cessação passam a ser usufruídos apenas pelo principal. *Naturaliter*, se o principal não continuar a

obter estes benefícios nenhuma indemnização de clientela será devida.

O problema que esta norma coloca prende-se com o facto de, frequentemente, os benefícios ainda não se terem efectivamente verificado no momento da cessação do contrato, tendo o tribunal que realizar um juízo de prognose em relação aos benefícios que se considera serem idóneos de se verificar no futuro, ou seja, não é necessário que os benefícios tenham já ocorrido, basta que seja provável a sua verificação, o que quer dizer que é indispensável que a clientela angariada pelo agente constitua uma chance para principal de obter benefícios significativos (96) . Naturalmente que se os benefícios se verificarem de modo instantâneo, não será necessário proceder a qualquer juízo de prognose. Questão controvertida é a de saber qual o momento temporal relevante para realizar tal juízo. Carolina Cunha sustenta que se deve realizar logo após a cessação do vínculo contratual de modo a que não se substitua os prognósticos (*ex ante*) por constatações (*ex post*) (97) .

Não se exige que o principal explore directamente o mercado, pois pode suceder que um outro agente, concessionário, filial etc., consiga esses benefícios por ele (98) . O que interessa é que o principal fique em condições de usufruir da actividade do ex-agente. Deste modo reputa-se adequada a linha de pensamento de Martinez Sanz, ao sustentar que, mesmo na eventualidade de o principal declarar que não tem intenção de fazer uso das relações comerciais que resultem da actividade do agente, e ainda que assim suceda, não pode servir de justificação para excluir a indemnização de clientela, visto que é justamente a susceptibilidade de produção de vantagens, e não a sua efectiva verificação, que deve prevalecer (99) .

Naturalmente que não é qualquer benefício que justificará a atribuição da indemnização de clientela, sendo necessário um benefício económico minimamente relevante, que não tem que se traduzir numa quantia em dinheiro (100) .

4.5.4. O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos com os clientes

Finalmente, exige-se, como pressuposto essencial da indemnização de clientela, que o agente deixe de receber qualquer retribuição (101) por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os referidos clientes. Esta norma visa essencialmente evitar acumulações, deixando, pois, de se justificar a compensação a título de indemnização de clientela caso o principal e o agente cheguem ao consenso de aquele continuar a pagar a este, posteriormente à cessação do vínculo contratual, uma quantia pelas operações negociais que tenham lugar com os clientes por ele angariados, caso em que a indemnização de clientela terá carácter convencional (102) .

No entanto, pode suceder que contratos já celebrados antes dessa cessação possam estar abrangidos, bastando que o agente não receba as comissões deles resultantes na íntegra, como é o caso dos contratos de fornecimento sucessivos em que o direito à comissão ainda não esteja adquirido, nos termos dos artigos 16.º n.º 1 e 18.º n.º 1, no momento da cessação do contrato e o agente tenha acordado, nos termos do artigo 18.º n.º 2, não receber as comissões correspondentes a partir da extinção do contrato de agência (103) . No caso de os contratos já se encontrarem negociados, mas ainda não tiverem sido celebrados aquando da cessação do vínculo contratual, a sua consideração ficará dependente de não ser atribuída a comissão específica prevista no artigo 16.º n.º 3 (104) .

Todavia, esta compensação não pode ter carácter simbólico, visto que é nula qualquer renúncia antecipada à indemnização de clientela (artigo 809.º do CC e o artigo 19.º da Directiva) (105) .

4.6. Factos impeditivos da atribuição da indemnização de clientela

4.6.1. A cessação do contrato por razões imputáveis ao agente

Um dos factos que impedem a atribuição da indemnização de clientela é a cessação do contrato por razões

imputáveis ao agente (106) . Apesar de esta solução ter sido muito criticada pela nossa doutrina, invocando o instituto do enriquecimento sem causa (107) para atribuir a compensação ao agente, ela acabou mesmo por se afirmar no artigo 18.º da Directiva.

Este artigo prevê que há exclusão da indemnização de clientela quando o principal tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo, e quando o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao comitente ou à idade, enfermidade ou doença do agente comercial que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas actividades.

O legislador português optou por transpor a directiva comunitária de forma menos detalhada, estabelecendo uma cláusula geral no artigo 33.º n.º 3: “Não é devida a indemnização de clientela se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente ou se este, por acordo com a outra parte, houver cedido a terceiro a sua posição contratual”.

No que diz respeito à cessação por parte do principal, é preciso que este cesse efectivamente o contrato com base no incumprimento do agente, não basta que haja a possibilidade de o fazer cessar com base em inadimplemento, sendo a cessação operada por outras causas (108) . Um corolário deste entendimento é o facto de ser necessário uma relação de causalidade entre o incumprimento do agente e a decisão do principal de pôr termo ao contrato, ou seja, não é aceitável que o principal tolere ou ignore o incumprimento, prosseguindo a relação contratual, e quando o contrato se extinga (por causas totalmente diversas) venha alegar que o agente não cumpriu, em dada altura, as suas obrigações para, deste modo, evitar pagar a indemnização de clientela. A este tipo de práticas sempre se poderá alegar que os direitos têm que ser exercidos de boa fé, e até invocar o abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium* (109) .

A denúncia do contrato por parte do agente priva-o, em regra, da indemnização de clientela. Na Alemanha, não faltou quem defendesse a inconstitucionalidade da norma por violação de um direito fundamental: a liberdade de escolha da profissão, plasmada no artigo 12.º da Constituição Alemã. Entre nós, Menezes Leitão entende que a exclusão se justifica, de modo a evitar que o agente, por decisão unilateral, possa a qualquer momento adquirir a indemnização de clientela que foi gerando ao longo do contrato (110) . Não acompanhamos o autor neste ponto. Parece-nos que o agente deverá ter sempre direito a indemnização de clientela nestes casos, por uma razão simples, e que aliás funda o instituto: para que haja indemnização de clientela é obrigatório que se preencham os requisitos explicitados, pelo que ela só é atribuída caso o principal tenha a possibilidade de usufruir de benefícios injustificados. Ora, não nos parece razoável que o facto de o agente denunciar o contrato possa legitimar o locupletamento injustificado por parte do principal, conferindo um carácter sancionatório que o instituto, manifestamente, não tem (111) . Os factos imputáveis ao agente que existam devem ser analisados em sede de cálculo do *quantum* indemnizatório, mas nunca como fundamento de recusa de atribuição da indemnização. Esta solução é a que nos parece ser a que melhor se coaduna com os interesses não só do agente, mas também do principal.

Já no caso de a denúncia, por parte do agente, resultar da sua impossibilidade de prosseguir a relação, por força da idade ou doença, ou for motivada por um incumprimento do principal, naturalmente que já não se excluirá a indemnização.

A resolução do contrato por parte do principal só é imputável ao agente no caso de se verificar a falta de cumprimento de uma das suas obrigações que, pela sua gravidade ou reiteração, não seja de exigir a subsistência do vínculo contratual (artigo 30.º alínea a)) (112) . No entanto, cremos, com Carolina Cunha, que a falta não

culposa não deve ser considerada imputável ao agente para efeitos do artigo 33.º n.º 3, pelo contrário, defendemos ser preciso que lhe seja atribuída uma conduta culposa (113) . Se o agente resolver o contrato com base em circunstâncias que tornaram impossível ou que prejudicam gravemente a realização do fim contratual, de modo a não ser exigível que o contrato se mantenha até ao seu termo ou até ao fim do prazo da denúncia (artigo 30.º alínea b)), não se pode dizer que o causa de cessação seja imputável ao agente (114) .

No caso de o contrato caducar por recusa do agente em o prorrogar, após proposta do principal, pensamos que deve manter-se o direito à indemnização de clientela. Com efeito, o agente não extingue o contrato, apenas recusa um novo acordo necessário à sua prorrogação (115) . Pelo contrário, se o agente recusar a renovação do contrato que contenha uma cláusula de renovação sucessiva, já lhe será imputável a extinção da relação contratual (116) .

No caso de cessação ser de comum acordo a indemnização deve-se manter, visto que a cessação foi vontade de ambas as partes, independentemente de quem teve a iniciativa (117) .

Relativamente às hipóteses de morte do agente, o n.º 2 do artigo 33.º é claro: a indemnização de clientela pode ser exigida pelos herdeiros do agente. Parece ser a posição a adoptar ainda que o agente tenha falecido por causas que lhe são imputáveis (118) .

Um outro problema relevante, a este propósito, é o de se poder suscitar a questão da exclusão da indemnização de clientela quando o incumprimento se verifica não através de uma conduta pessoal do agente, mas antes dos seus auxiliares ou de um subagente. Se o incumprimento for imputável a um auxiliar, o agente é responsável objectivamente, nos termos do artigo 800.º do CC, perdendo a indemnização de clientela. Se for imputável a um subagente, o agente perde a indemnização, mas agora por força da aplicação analógica do artigo 1165.º e 264.º n.º 3, ambos do CC, por culpa *in eligendo* ou *in instruendo* (119) .

No entanto, em todas estas situações, no caso de a conduta ser imputável ao agente, não poderá servir de argumento para excluir a indemnização de clientela. Apesar de ser isso que decorre da lei, defendemos solução diversa, valendo as considerações feitas a propósito da denúncia.

4.6.2. A cessão da posição contratual

A indemnização de clientela é igualmente excluída no caso de o agente, por acordo, ter cedido a terceiro a sua posição contratual. É o que resulta da 2.ª parte do artigo 33.º n.º 3, tendo como fonte o artigo 18.º alínea c) da Directiva. A exclusão justifica-se porque o cedente terá recebido uma compensação do cessionário pelos clientes que angariou, por isso, se pudesse reclamar uma indemnização ao principal, acabaria por acumular duas indemnizações pela mesma situação (120) . Também se poderá sustentar que, como o contrato do cedente continua em vigor, falha o momento essencial da constituição da indemnização de clientela, ou seja, a cessação do contrato (121) .

No caso de o cessionário vir o seu contrato posteriormente extinto poderá reclamar a indemnização de clientela a que o agente cedente teria direito? Entendemos que a indemnização é de excluir, apesar de, em face da natureza da cessão, em que se abrange a posição contratual do cedente em globo, visto que o novo agente não angaria novos clientes para o principal, falhando, desde logo, a condição da alínea a) do artigo 33.º n.º 1 (122) .

5. Extensão do regime da indemnização de clientela a outros contratos

O que expusemos acerca da indemnização de clientela constitui uma espécie de doutrina geral, que valerá para o concessionário e para o franquizado (com as necessárias adaptações) se concluirmos pela aplicação analógica do artigo 33.º ao contrato de concessão e de franquia, que são, como sabemos, contratos atípicos.

Segundo Pinto Monteiro, a indemnização de clientela pode ainda ser atribuída em casos que não se enquadrem totalmente nos limites da agência. É o que sucede com a união ou coligação de contratos (*v.g.* de agência e de concessão comercial), ou com o contrato misto, a que seja de aplicar, total ou parcialmente, o regime da agência (123) .

5.1. A indemnização de clientela no contrato de concessão comercial e de franquia

A doutrina portuguesa tem-se apresentado, em grande parte, favorável à extensão analógica do regime da agência ao contrato de concessão comercial e ao contrato de franquia.

Pinto Monteiro defende que estes contratos envolvem um conjunto de actividades semelhantes ao contrato de agência, sendo características comuns a estabilidade e a colaboração. Nem o facto de o concessionário e o franquiado actuarem em nome e por conta própria constituem obstáculo intransponível, visto que, internamente, o concedente e o concessionário (tal como o franquizador e o franquiado) são partes de uma relação de distribuição, sendo as revendas tão-só obrigações que advêm do facto de estarmos perante contratos-quadro. Também podemos considerar que o concedente e o franquizador, como partes da relação de distribuição, ficam, de certo modo, ligados aos terceiros, em virtude da relação comercial estabelecida (124) . É preciso, portanto, num primeiro momento, ter em consideração se o distribuidor desempenhou funções ou prestou serviços que façam com que se deva considerar equiparável ao agente (*v.g.* obrigações que assume, tipos de bens distribuídos) (125) .

Já num segundo momento, é necessário saber se o artigo 33.º se adequa ao contrato de concessão e de franquia. Efectivamente, actuando em nome e por conta própria, os clientes são do concessionário e do franquiado (ao contrário do contrato de agência, em que os clientes são sempre do principal), falhando, desde logo, o primeiro requisito. É por isso que uma parte da doutrina e a jurisprudência alemãs, numa primeira fase, fizeram depender a concessão da indemnização de clientela da existência de uma cláusula que exigisse a transferência de clientela para o concedente e para o franquizador. No entanto, este requisito tem vindo a ser aligeirado sendo agora apenas necessário que a clientela fique acessível a estes (*v.g.* tendo acesso directo aos ficheiros dos clientes) (126) . É preciso, portanto, que o concedente e o franquizador tenham efectivo acesso à clientela angariada, para que se verifique uma continuidade de clientela, e, deste modo, tenham um benefício. Propõe, por isso, a necessidade de uma análise casuística (127) .

Mais debate tem gerado a atribuição da indemnização de clientela ao contrato de franquia. Como expusemos, Pinto Monteiro defende a sua atribuição neste contrato.

No entanto, outros autores pronunciam-se contra. Por um lado, Menezes Cordeiro sublinha a posição assimétrica entre o agente e o franquiado, uma vez que o que cria e fixa a clientela é a marca, o nome, a insígnia proporcionados pelo franquizador, e não propriamente a actividade desenvolvida pelo franquiado (128) . Nas palavras do autor “as vantagens e desvantagens que tudo isso acarrete fazem parte dos riscos próprios do negócio, que as partes livremente assumiram e que a boa fé manda honrar” (129) . Não se justifica, portanto, qualquer tipo de indemnização de clientela, visto que o franquiado se integra numa organização estruturada pelo franquizador, aplica e beneficia do seu *know-how*, e encontra-se sujeito a um controlo e fiscalização de tal forma fortes que, perante os consumidores, o seu estabelecimento é visto como uma filial da contraparte.

Manuel Barrocas discorda de Menezes Cordeiro, preferindo sublinhar o papel que o franquiado tem na angariação de clientes, independentemente da imponência da marca que ostente. Tomando as suas palavras, “a rede *franchising* de nada valeria sem a parte dela constituída pelos inúmeros estabelecimentos pertencentes e explorados pelos franquiados” (130) . Todavia, acaba por excluir a atribuição da indemnização de clientela no contrato de franquia porque, na sua opinião, este não partilha de nenhum elemento próprio do contrato de agência, pondo o acento

tónico no facto de o franquiado agir sempre em nome e por conta própria, não podendo, por isso, haver analogia (131) .

Menezes Leitão pronuncia-se genericamente contra (132) a atribuição de uma indemnização de clientela ao franquiado, argumentando que os clientes por ele angariados não são verdadeiramente seus, pertencem antes ao sistema de franquia e que nele permanecem após a extinção do contrato, falecendo, por isso, o primeiro requisito necessário. Mais: o facto de o franquizador, normalmente, não entrar em contacto com os clientes do franquiado impede que retire qualquer benefício, após a extinção do contrato, por clientes por ele angariados (133) .

Que posição adoptar? Antes de mais tomaremos em conta o ensinamento de Oliveira Ascensão, segundo o qual a analogia “repousa na exigência, a que o pensamento actual é extremamente sensível, do tratamento igual de casos semelhantes” (134) . Efectivamente, se existe certa previsão com a consequente estatuição para certo caso, naturalmente que um caso análogo pode ser resolvido da mesma forma, apesar de não estar expressamente previsto. Seria, aliás, impossível para o legislador prever toda e qualquer ocorrência da vida social, de tão complexa e imprevisível que é.

Sendo assim, a conclusão a tirar estará sempre dependente do grau de aproximação que pudermos estabelecer entre os contratos. Parece-nos que a posição de Pinto Monteiro é a que melhor se coaduna com as exigências sociais de tutela tanto do agente como do concessionário e do franquiado. Com efeito, se pudermos estabelecer, num primeiro momento, um conjunto de actividades, funções ou prestação de serviços comuns, coisa que poderá nem ser difícil dado que todos estão, mais ou menos, integrados numa relação de distribuição comercial, parece poder haver aplicação analógica da norma.

O facto de tanto o concessionário como o franquiado actuarem em nome e por conta própria relevará apenas num segundo momento, isto é, aquando da análise dos pressupostos da indemnização de clientela. Começaremos por repudiar o argumento de Menezes Cordeiro segundo o qual esta indemnização se exclui, no contrato de franquia (argumento que também pode ser avançado para o contrato de concessão comercial) dada a *vis attractiva* da marca. Concordamos, pois, com Martinez Sanz quando diz que é preciso dar importância à actividade desempenhada pelo distribuidor, sendo a facilidade como angariou clientes à custa da marca avaliada na fase de quantificação equitativa do montante indemnizatório (135) . Essencial parece ser a transferência da clientela para o concedente/franquiador. Aplaudimos igualmente a evolução da jurisprudência alemã no sentido de deixar de exigir cláusula expressa que estipule essa obrigação, uma vez que parece mais sensato e abrangente exigir apenas que a clientela fique à disposição, que tenham acesso efectivo.

Questão importante é a de saber se o carácter imperativo da indemnização de clientela (estipulado na Directiva, incorrectamente transposta pelo Decreto-Lei 178/86) é susceptível de ter aplicação analógica. Martinez Sanz entende que quando se afirma que os contratos de concessão e o de franquia são atípicos, estamos implicitamente a dizer que eles vão ser regidos, em primeira mão, pelo que as partes estipularem, por força do princípio da liberdade contratual. Nesta medida, apenas subsidiariamente, por falha de regulação no contrato ou em caso de essa regulação ser insuficiente, é que se vão aplicar normas próprias de um contrato típico (o que for mais próximo, naturalmente). A indemnização de clientela tem natureza imperativa no contrato de agência pois essa foi a opção do legislador, atendendo à parte contratual mais fraca, débil e desprotegida que é o agente. Tendo as partes excluído a indemnização de clientela previamente, por acordo entre ambas, não se deverá impor, em princípio, o que foi expressamente excluído (136) . A nosso ver, parece que esta solução tem fundamento, sendo prudente por parte do autor ter deixado em aberto espaço para soluções diferentes. Com efeito, pode haver situações em que o concedente/franquiador tenham acordado com os seus distribuidores excluir a indemnização de clientela, *v.g.* de forma dolosa, sabendo que, posteriormente, obteriam benefícios injustificados.

6. Natureza jurídica da indemnização de clientela

A questão da natureza jurídica da indemnização de clientela é bastante controversa. Várias teorias foram, por isso, avançadas com o propósito de tentar qualificá-la juridicamente: a tese da propriedade incorpórea; a tese da retribuição suplementar; a tese da indemnização por antiguidade; a tese da função assistencial; a tese da função ressarcitória do dano sofrido pelo agente e a tese da função de compensação pelo enriquecimento sem causa do principal (137) .

A tese da propriedade incorpórea funda a sua análise na ideia de que a clientela constitui um direito de propriedade incorpóreo, da qual o agente se veria privado no momento da cessação do vínculo contratual. Porém, os clientes nunca são do agente, mas sim do principal.

As teses da indemnização por antiguidade e da função assistencial, são igualmente de afastar, visto que a indemnização de clientela é atribuída independentemente da duração contratual ou da velhice do agente, nem tem em conta a situação económica do mesmo.

A tese da retribuição suplementar assenta na base de a actividade do agente não ter sido completamente retribuída na vigência do contrato, por haver benefícios que só com o seu termo sobressaem, por exemplo, a clientela que o agente deixe ao principal (138) . No entanto, esta tese casa mal com a solução consagrada no artigo 33.º n.º 3.

A tese ressarcitória do dano sofrido pelo agente não pode ser aceite, visto que o instituto não tem qualquer função indemnizatória, ou seja, não tem por objectivo a reconstituição da situação patrimonial do agente. Aliás, não pensamos que a indemnização de clientela tenha qualquer ligação com a responsabilidade por factos ilícitos ou com a responsabilidade pelo risco porque, em primeiro lugar, não é necessário fazer prova de qualquer dano, e em segundo lugar, a exigência da possibilidade de existência de benefícios para o principal afigura-se pouco compatível com a ideia de indemnização.

A tese do enriquecimento sem causa (artigo 473.º do CC) parece-nos a melhor de entre as que acabámos de expor. De facto, o que está em causa são benefícios que, devido à actividade do agente e que, durante a vigência do contrato, eram comuns, passam a ser, indevidamente, unilaterais. Porém, como aponta Pinto Monteiro, não se trata de um enriquecimento efectivo mas tão só potencial (139) , o que se coaduna mal com a figura civil de que agora curamos.

Qual delas adoptar? A resposta não é simples. Porém, propendemos para a ideia de que a indemnização de clientela se coaduna mais com o instituto do enriquecimento sem causa. Com efeito, ainda que não haja benefício efectivo para o principal, ele tem a possibilidade de se locupletar sem causa justificativa, à custa do agente, o que justifica a sua compensação (140) . Mas não nos devemos ficar por aqui, uma vez que a indemnização em causa pode reconduzir-se também a assinalar um escopo de protecção do agente (no sentido de protecção do interesse ou posição do agente) (141) . Em conclusão, tendemos a considerar a indemnização de clientela como um instituto complexo, que tanto engloba elementos do enriquecimento sem causa como de escopo de protecção social, tendo inclusivamente de ser articulada com a equidade. O ponto essencial estará sempre na situação de vantagem em que uma das partes se encontra, em virtude da cessação do contrato.

7. Contrato de agência e o Direito Comunitário da Concorrência

O contrato de agência, para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência, constitui um acordo vertical, isto é, um acordo estabelecido entre empresas que se encontrem em níveis diferentes da produção ou da cadeia de distribuição. O artigo 81.º n.º 1 do TCE estabelece que "são incompatíveis com o mercado comum e proibidos

todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”.

Segundo o acórdão *Consten/Grundig*, do TJCE, o artigo 81.º n.º 1 do TCE aplica-se não só a acordos horizontais, mas também a acordos verticais (142) , pelo que, à partida, teríamos de concluir pela proibição de todo e qualquer contrato de agência. Porém, como afirma o TJCE no acórdão *Confederación Española*, os acordos verticais, como as convenções entre a CEPSA e os exploradores de estações de serviço, só são abrangidos pelo artigo 81.º do TCE quando o explorador for considerado um operador económico independente e exista, por conseguinte, um acordo entre duas empresas (143) (144) . Pelo contrário, quando um intermediário, como o explorador de uma estação de serviço, embora tendo personalidade jurídica distinta, não determina, de forma autónoma, o seu comportamento no mercado, dado que depende totalmente do seu comitente, concretamente, um fornecedor de carburantes, pelo facto de este último incorrer nos riscos financeiros e comerciais no que respeita à actividade económica em causa, a proibição decretada pelo artigo 81.º n.º 1 do TCE é inaplicável às relações entre esse intermediário e esse comitente (145) .

Atentando na Comunicação da Comissão relativa às restrições verticais (146) , descortinamos o critério que a Comissão utiliza em relação aos contratos de agência, seguindo, como é natural, os acórdãos do TJCE. Nos termos do ponto 13, nos autênticos acordos de agência, as obrigações impostas ao agente, no que diz respeito aos contratos negociados e/ou celebrados por conta do principal, não são abrangidos pelo artigo 81.º n.º 1. O factor determinante para se concluir pela não aplicabilidade deste artigo é o facto de o risco financeiro ou comercial (147) não ser suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado pelo principal. Por seu turno, os contratos de agência não genuínos podem ser abrangidos pelo artigo 81.º n.º 1, mas nestas hipóteses pode ser aplicado o regulamento de isenção por categoria.

O risco comercial deve ser apreciado caso a caso, todavia, a Comissão considera que o n.º 1 do artigo 81.º não será geralmente aplicável às obrigações impostas ao agente no que diz respeito aos contratos negociados e/ou celebrados por conta do principal, quando o agente, por exemplo, não é titular da propriedade dos bens contratuais vendidos ou quando não fornece os serviços contratuais (148) . Outros exemplos serão o facto de o agente: não contribuir para os custos relativos ao fornecimentos dos bens ou serviços contratuais; não ser obrigado a fazer investimentos na promoção das vendas, tais como a contribuição para orçamentos de publicidade do principal; não manter por sua conta e risco stocks dos bens contratualizados; não criar nem explorar um serviço pós-venda, de reparação ou de garantia, a não ser que seja totalmente reembolsado pelo principal; não ser responsável pelo incumprimento do contrato pelos clientes, a não ser que tenha intervindo de forma culposa, etc.

Na hipótese de o acordo não ser abrangido pelo artigo 81.º, há certas obrigações do agente que serão consideradas parte integrante de qualquer acordo de agência (limitações ao território no qual o agente pode vender os bens ou serviços; limitações em relação aos clientes a quem pode vender e os preços e as condições a que deve vender ou adquirir os bens os serviços), uma vez que cada uma delas diz respeito à capacidade de o principal fixar o âmbito de actividade do agente em relação aos bens ou serviços contratuais, o que é essencial visto que é o principal que assume todos os riscos e, portanto, está numa posição em que pode delinear a estratégia empresarial. No entanto, há certas cláusulas que podem, ainda assim, ser abrangidas pelo artigo 81.º como por exemplo as cláusulas de não-concorrência, incluindo a não-concorrência após a cessação do contrato, visto que se referem à concorrência inter-marcas, na medida em que conduzam a um encerramento do mercado. Já as disposições de agência exclusiva, como dizem respeito à concorrência intra-marcas, não produzirão, em princípio, efeitos anticoncorrenciais (149) .

Por fim, nos termos do ponto 20, um acordo de agência pode ser abrangido pelo artigo 81.º, ainda que o principal suporte todos os riscos financeiros e comerciais relevantes, no caso de facilitar a concertação entre empresas.

8. Conclusão

Com este trabalho visámos abordar, em primeiro lugar, os elementos essenciais para que se possa qualificar um contrato como contrato de agência. Com efeito, eles permitem-nos diferenciar este contrato de muitos outros que lhe são próximos.

Tratámos igualmente da questão, tão controversa, da indemnização de clientela. Demonstrámos porque a cessação do contrato deve ser considerada apenas como um marco temporal em que a indemnização se constitui, e não como um verdadeiro pressuposto formal. Com efeito, assim parecem indicar os elementos literal e teleológico da norma.

Mostrámo-nos favoráveis a que a indemnização de clientela não deve ser excluída pelo facto de o contrato ter cessado por um facto imputável ao agente. Devemos saber separar os institutos e apreciar os seus fundamentos. O contrato poderá, naturalmente, ser resolvido pelo principal se o agente não cumprir as suas obrigações principais, de forma suficientemente grave ou reiterada, de modo a que não lhe possa razoavelmente ser exigível a continuação da relação contratual. De facto, a figura da resolução visa justamente obviar a que situações deste género subsistam no tempo. Muitas vezes a relação de confiança que existia entre as partes, e que, nos contratos de distribuição comercial se afigura tão importante, extingue-se, tornando a relação jurídico mercantil verdadeiramente insustentável. Mas isso não significa que o agente não possa ser compensado por clientes novos que angariou ou se tiver aumentado substancialmente o volume de negócios, dando uma hipótese ao principal de obter benefícios económicos *consideráveis*, desde que não receba qualquer retribuição pelos contratos negociados ou celebrados, após a cessação do contrato, com esses clientes.

Em nossa opinião, é verdadeiramente incompreensível a opção tomada pela Directiva, visto que se o contrato for resolvido por absoluto desleixo no cumprimento das suas obrigações, o agente dificilmente vai preencher os requisitos do artigo 33.º n.º 1. No entanto, se assim não suceder, ou seja, se o agente tiver efectivamente uma prestação notável, mas vem a praticar qualquer acto que justifique a resolução do contrato, esse facto vai enriquecer o principal de modo injustificado, isto é, ao mesmo tempo que o principal deixa de manter o vínculo contratual com o agente, vínculo esse que quis extinguir, aproveita-se unilateralmente da actividade dele. Quer dizer: vai ter um duplo benefício, enquanto o agente não obtém a justa compensação pela sua meritória actividade.

A solução actual não se compagina com o carácter compensatório que o instituto tem. Agir deste modo descaracteriza a figura da indemnização de clientela que visa compensar o agente tendo em conta parâmetros objectivos que visam claramente o mérito da actividade desenvolvida. Ou será que o mérito só deve ser reconhecido quando as partes têm um comportamento irrepreensível? Não nos parece.

No que diz respeito à sua natureza jurídica tendemos a considerá-la um instituto complexo, embora mais aproximado da compensação por enriquecimento sem causa do principal, incluindo, no entanto, outros elementos, como o escopo de protecção da posição do agente e também a equidade.

Abordámos igualmente a questão da aplicação analógica do artigo 33.º aos contratos de concessão comercial e de franquia. Em primeiro lugar, é preciso encontrar pontos comuns com o contrato de agência. Vimos que fundamental é considerar que todos eles são contratos de distribuição comercial, todos actuam com estabilidade, zelando pelos interesses da outra parte, todos estão sujeitos a fiscalização (em maior medida nos contratos de concessão comercial e de franquia) entre outros. Em segundo lugar, é preciso que se preencham os requisitos do artigo 33.º,

e, para isso, é preciso que, tanto o concedente como o franquiador, fiquem com os clientes angariados pelos seus distribuidores à sua disposição (ou então que haja uma cláusula no contrato que preveja a transferência da clientela).

Por fim, fizemos uma breve passagem pela Direito Comunitário da Concorrência. Como expusemos, o artigo 81.º é instrumento idóneo a controlar estes acordos verticais, nomeadamente os acordos de agência não genuínos, que se caracterizam por o risco financeiro ou comercial ser suportado pelo agente, são abrangidos pelo citado artigo. No entanto, também os acordos cujo risco financeiro corra por conta do principal são controlados, uma vez que as cláusulas que tenham a possibilidade de ter efeitos anti-concorrenciais, entram no âmbito do artigo 81.º do TCE.

Lista de Abreviaturas

BMJ- Boletim do Ministério da Justiça
Cass.- Corte di Cassazione
CC- Código Civil
CCom- Código Comercial
CJ- Colectânea de Jurisprudência
CT- Código do Trabalho
HGB- Handelsgesetzbuch
JOUE- Jornal Oficial da União Europeia
RC- Tribunal da Relação de Coimbra
RDCE- Revue du Droit Commercial Belge
RDE- Revista de Direito e Economia
RL- Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ- Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA- Revista da Ordem dos Advogados
RP- Tribunal da Relação do Porto
STJ- Supremo Tribunal de Justiça
TCE- Tratado da Comunidade Europeia
TJCE- Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
UE- União Europeia

Bibliografia

Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 7/3/1969", in *RLJ*, ano 103.º
Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 26/5/1979", in *RLJ*, ano 104.º
Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2000
António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, I Volume, Almedina, Coimbra, 2001
António Menezes Cordeiro, "Do contrato de concessão comercial", in *ROA*, ano 60, 2000
António Menezes Cordeiro, "Do contrato de franquia ("franchising") – Autonomia privada versus tipicidade

- negocial", in *ROA*, ano 48, 1988
- António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004
- António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007
- António Pinto Monteiro, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998
- António Pinto Monteiro, *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial. Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002
- Augusto Baldassari, *Il Contratto di Agenzia*, CEDAM, Padova, 2000
- Carlos Lacerda Barata, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, Lisboa, 1994
- Carolina Cunha, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, 2003
- C. Angelici e G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 11.^a ed., UTET, Torino, 2002
- Domínguez García, "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", in *Contratos Internacionales*, direcção de Luís Alfonso Calvo Caravaca e Luís Fernández de la Gándara e coordenação de Pilar Limones, Editorial Tecnos, Madrid, 1997
- Fernando Martínez Sanz, *La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesión*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1998
- Filipe Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português. Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, vol. I, Coimbra Editora, 2007
- Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 14.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997
- Francesco Caringella, Francesca Della Valle e Sandra Della Valle, *Codice Civile. Annotato con la Giurisprudenza*, 2.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 2006
- Francesco Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, 12.^a ed., Edizione Scientifiche Italiane, 2006
- Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro, *Diritto Commerciale*, 13.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 2001
- José Oliveira Ascensão e Manuel Carneiro da Frada, "Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa", in *RDE*, 16 a 19, 1990 a 1993
- José Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005
- Luís Menezes Leitão, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 2006
- Manuel Barrocas, "O contrato de franchising", in *ROA*, ano 49, 1989
- Maria Helena Brito, "O contrato de agência", in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988
- Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990
- Marino Perassi, "Il contratto di agenzia", in *Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico Della Economia. Direttora Francesco Galgano*, vol. XVI, CEDAM, Padova, 1991
- Miguel Pestana de Vasconcelos, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2000
- Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, 10.^a ed., Ediforum, Lisboa, 2007
- Rui Tavares Correia, "Direito de retenção e indemnização de clientela", in *ROA*, ano 66, 2006
- Thomas Steinmann, Philippe Kenel e Imogen Billote, *Le Contrat d'agence Commerciale en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005

- (1) Daqui para a frente todos os artigos que não sejam do referido Decreto-Lei serão devidamente indicados.

[Ver Texto](#)

- (2) Redacção idêntica ao artigo 1742.º do *Codice Civile*, do artigo 84.º n.º 1 do HGB e do artigo L134-1 do *Code de Commerce*.

[Ver Texto](#)

- (3) Entre nós, *vide* Carlos Lacerda Barata, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, Lisboa, 1994, p. 12, António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, I Volume, Almedina, Coimbra, 2001, p. 498, Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, 10.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2007, p. 524. Na doutrina italiana, Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro, *Diritto Commerciale*, 13ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 442, e Augusto Baldassari, *Il Contratto di Agenzia*, CEDAM, Padova, 2000, p. 9. Na jurisprudência portuguesa *vide* o acórdão do STJ de 18/2/1992, publicado no BMJ, 414, 1992, p. 575 e o acórdão do 5.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa de 23/5/1997, publicado na CJ, ano 22.º, III, p. 306. Na jurisprudência italiana *vide* o acórdão da Cass. de 5/1/1984 em Francesco Caringella, Francesca Della Valle e Sandra Della Valle, *Codice Civile. Annotato con la Giurisprudenza*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 2171.

[Ver Texto](#)

- (4) Além desta obrigação principal co-existem outras, chamadas acessórias. Trata-se sobretudo de actividades eventuais, intimamente ligadas à obrigação de promoção e que são, pois, indispensáveis ao seu bom cumprimento. A “normalidade” representa, portanto, a condição para que as prestações acessórias permaneçam na esfera interna da obrigação principal, assumindo o carácter de uma mera modalidade de adimplemento, com a consequência jurídica de ficarem sujeitas à disciplina do contrato de agência. Apenas quando as prestações acessórias assumam um carácter autónomo dos restantes elementos do contrato é que se afigura adequado aplicar uma disciplina própria. É o caso, por exemplo, da cobrança de créditos (artigo 1744.º do *Codice Civile*, com correspondência no artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei 178/86). *Vide* Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 12 a 16. O acórdão do 5.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa de 23/5/1997, *cit.*, refere que mesmo que haja outras actividades complementares ou acessórias, o que prevalece, para a qualificação de um contrato como de agência é a actividade principal de estimular ou promover a celebração de contratos.

[Ver Texto](#)

- (5) Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 13, António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 48, *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial. Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 84 e Maria Helena Brito, “O contrato de agência”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988. Na jurisprudência portuguesa, o acórdão do 5.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa de 23/5/1997, *cit.*, é bem elucidativo. *Vide*, também, os acórdãos da Cass. de 27/1/1988 e de 22/6/1990 em Francesco Caringella, Francesca Della Valle e Sandra Della Valle, *Ob. cit.*, p. 2170, que enfatiza o facto de a actividade do agente não se esgotar na publicidade aos produtos ou serviços do principal, mas sim em promover a celebração de contratos, isto é, consiste na tentativa de convencer o cliente potencial a encomendar o produto ou serviço. Em sentido contrário, entendendo que a actividade de difusão dos produtos ou serviços é suficiente *vide* Domínguez Garcia, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, in *Contratos Internacionales*, direcção de Luís Alfonso Calvo Caravaca e Luís Fernández de la Gándara e coordenação de Pilar Limones, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 1297.

[Ver Texto](#)

(6) Para a questão de saber se a obrigação do agente é de meios ou de resultado *vide* Marino Perassi, "Il contratto di agenzia", in *Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico Della Economia*. Direttora Francesco Galgano, vol. XVI, Cedam, Padova, 1991, p. 422 a 424. Este autor entende que a obrigação é de meios visto que a obrigação principal do agente é a de promoção de negócios para o principal. O elemento decisivo não é, pois, o resultado da actividade mas sim a sua organização. Enquanto no trabalho subordinado a respectiva organização vem regulada pela entidade empregadora, o agente caracteriza-se pela sua autonomia, só havendo poder, mais ou menos amplo, de controlo e fiscalização. Já Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1298, entende que a obrigação é essencialmente de meios, no que diz respeito ao seu cumprimento, e de resultado no que toca à remuneração. No entanto, acaba por admitir que se trata de uma obrigação verdadeiramente de meios porque depende da observância do dever de diligência devido e não de eventuais resultados económicos ou jurídicos. Por isso, o agente não incorre em responsabilidade contratual pela promoção com índices de eficácia mínimos ou mesmo irrelevantes, sem prejuízo do direito à resolução do contrato com justa causa.

[Ver Texto](#)

(7) Este ponto é decisivo para a revelação da natureza do contrato de agência como de colaboração. Não obstante a autonomia, que é característica deste contrato, e que analisaremos *infra* (ponto 2.3.), o agente, de modo a executar plenamente a obrigação de promoção, deve integrar-se na rede de distribuição do principal, actuando de modo diligente. Neste sentido *vide* Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 522.

[Ver Texto](#)

(8) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 86.

[Ver Texto](#)

(9) Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 13 e Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1301.

[Ver Texto](#)

(10) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 87 e C. Angelici e G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 11.^a ed., UTET, Torino, 2002, p. 1011. Convergentemente, Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 522, Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1300.

[Ver Texto](#)

(11) Note-se que, nos termos do artigo 13.º f), o agente tem direito a receber comissões especiais, que podem cumular-se às que recebe em virtude dos negócios promovidos e concluídos, relativas ao encargo de cobrança de créditos.

[Ver Texto](#)

(12) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 110. Solução idêntica à do direito alemão (artigo 91.º a)) do HGB).

[Ver Texto](#)

(13) Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 128 e Filipe Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português. Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 174.

[Ver Texto](#)

(14) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 90.

[Ver Texto](#)

-
- (15) José Oliveira Ascensão e Manuel Carneiro da Frada, "Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa", *in RDE*, 16 a 19, 1990 a 1993, p. 58. Convergindo, Filipe Cassiano dos Santos, *Ob. cit.*, p. 174.

[Ver Texto](#)

-
- (16) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 92, *Contrato...*, *cit.*, p. 51 a 53, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 13 e 14, Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 524 e Giuseppe Auleta e Niccolò Salanitro, *Ob. cit.*, p. 444. Na jurisprudência *vide* o acórdão da RP de 18/10/1994, publicado na CJ, ano 19.º, IV, p. 217.

[Ver Texto](#)

-
- (17) Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 524.

[Ver Texto](#)

-
- (18) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 92.

[Ver Texto](#)

-
- (19) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 53. O acórdão do STJ de 3/2/1999, publicado na CJ, ano 7.º, I, p. 70 e ss, enfatiza o facto de o "nomen iuris" atribuído pelos outorgantes do contrato não vincula o tribunal no que diz respeito ao regime aplicável. Convergentemente o acórdão da *Cass., sezione lavoro*, de 27/8/2001, n.º 11264, estabelecendo que o ónus de demonstrar que o contrato não é de agência, mormente fazendo prova dos elementos do contrato de trabalho, recai sobre o trabalhador.

[Ver Texto](#)

-
- (20) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 93, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 14, António Menezes Cordeiro, *Manual... cit.*, p. 499 e Francesco Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, 12.ª ed., Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 1184. Neste sentido o acórdão do STJ de 15/10/1980, publicado no BMJ, 300, p. 249.

[Ver Texto](#)

-
- (21) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 81. Convergindo, a *Cass., sezione lavoro*, de 27/8/2001, *cit.* Para Domínguez García, *Ob. cit.*, p. 1299, as instruções admitidas serão as que versem sobre, por exemplo, a formação técnica do agente, a publicidade ao produto, a coordenação e controlo da actividade dos agentes (no caso de serem vários) através de uma hierarquização. Não serão admitidas ordens no que diz respeito à organização e exercício da actividade empresarial de promoção de vendas, pelo que o agente assume, deste modo, o risco económico da sua actividade. Em princípio todas as instruções "categóricas" e "cogentes" são, em princípio, incompatíveis com a autonomia do agente. Todavia, se o agente não dirige a sua actividade a certos clientes em claro prejuízo do principal, poderá incorrer em violação do seu dever de diligência.

[Ver Texto](#)

-
- (22) Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 7/3/1969", *in RLJ*, ano 103.º, p. 226.

[Ver Texto](#)

-
- (23) Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 524. *Vide* o interessante acórdão da RC de 27/1/1998, publicado na CJ, ano 23.º, I, p.

17. A Relação de Coimbra, apesar de afirmar que o principal dava instruções ao agente, as quais tinha que cumprir rigorosamente, e de o agente ter o seu gabinete de trabalho nas instalações do principal, isso não impedia que aquele se deslocasse, dentro da sua área de acção, para onde entendesse, que contactasse quem lhe apetecesse, que aceitasse as propostas de quem quisesse etc., ou seja, ele era, efectivamente, o “manager” na sua zona.

[Ver Texto](#)

(24) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 75.

[Ver Texto](#)

(25) Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 15 e Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 20.

[Ver Texto](#)

(26) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 94, *Contrato...*, *cit.*, p. 54, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 15 e Miguel Pupo Correia, *Ob. cit.*, p. 525. Neste sentido vão os acórdãos da RL de 30/9/2003 e de 26/10/2006, publicados na CJ, ano 28.º, IV, p. 99 e ano 31.º, IV, p. 108, respectivamente.

[Ver Texto](#)

(27) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 56.

[Ver Texto](#)

(28) Acórdão do STJ de 17/4/1986, publicado no BMJ, 356, p. 291.

[Ver Texto](#)

(29) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 56 e Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 16. Pelo contrário, no direito italiano, Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 16, entende que este requisito está previsto no artigo 1742.º do *Codice Civile* como requisito essencial. Todavia, como aponta a jurisprudência italiana, o elemento é considerado como natural, mas não essencial, do contrato de agência, dado que as partes podem afastar esse direito no exercício da autonomia privada. *Vide* o acórdão da Cass. de 30/5/1991 e de 19/3/1994 em Francesco Caringella, Francesca Della Valle e Sandra Della Valle, *Ob. cit.*, p. 2171.

[Ver Texto](#)

(30) Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 16. António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 96, coloca uma questão pertinente. Se um cliente angariado pelo agente A decidir mudar de zona, para uma área que é exclusiva de B, *quid iuris* em relação ao direito à comissão? Este autor entende que a solução mais justa será aquela que atribua a comissão ao agente que angariou, ou seja, A, não obstante haver alguns casos em que será necessário recorrer à repartição equitativa por ambos os agentes.

É uma solução que merece a nossa concordância parcial. Com efeito, ao mesmo tempo que se deve respeitar a actividade de angariação e promoção dos agentes, parece-nos imperioso conciliar a actuação dos agentes com os direitos exclusivos dos outros. Só deste modo de poderá atingir um ponto de equilíbrio entre os direitos de ambos.

[Ver Texto](#)

(31) *Vide* o acórdão do STJ de 7/3/1969, publicado BMJ, 185, p. 296 e ss.

[Ver Texto](#)

- (32) Entre nós, *vide* Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 7/3/1969", *cit.*, p. 227, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 18, António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 98, Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 122. Na doutrina italiana Francesco Gazzoni, *Ob. cit.*, p. 1183, também enfatiza este ponto como o fundamental na distinção entre estes dois contratos. Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 132, fala em cooperação material, típica do agente, e em cooperação jurídica, típica do mandatário. Distinção frisada também na jurisprudência, por exemplo, acórdão da RP de 18/10/1994, *cit.*

Ver Texto

- (33) Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 122. Na jurisprudência *vide* o acórdão da RP de 18/10/1994, *cit.* Em relação a este ponto Giuseppe Auleta e Niccolò Salanitro, *Ob. cit.*, p. 442, entendem que quando são conferidos poderes de representação ao agente, a estabilidade é a nota que distingue o contrato de agência e o mandato com representação.

Ver Texto

- (34) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 99.

Ver Texto

- (35) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 100 e Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 108. Na jurisprudência *vide* o acórdão da RP de 30/3/1992, publicado na CJ, ano 17.º, II, p. 224, acrescentando que o CC, nos artigos 1181.º e 1182.º, para explicar a projecção dos efeitos do negócio na esfera jurídica do mandante, consagra a tese da dupla transferência. Diz esta tese que o mandatário que actue em nome próprio, só pode transmitir a coisa que comprou para o mandante se previamente essa coisa tiver entrado no seu património.

Ver Texto

- (36) Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 134, Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 122 e 123 e *O Contrato de Concessão...*, *cit.*, p. 110. Não obstante as diferenças evidenciadas entre o contrato de agência e de comissão, na Alemanha existe a figura híbrida do *Kommissionsagent*. Tal como o comissário, a actividade é realizada por conta de outrem mas em seu nome; e tal como a agência, pressupondo uma relação duradoura com o comitente. Sobre esta figura *vide* António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 100.

Ver Texto

- (37) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 101 e 102, Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 29 e 39, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 20, Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 123 e 124 e *O Contrato de Concessão...*, *cit.*, p. 116. Na jurisprudência, *vide* os acórdãos da RL de 23/9/2003, *cit.* e de 26/10/2006, *cit.*

Ver Texto

- (38) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 133, define subordinação jurídica como uma relação de dependência necessária da conduta do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem. Neste sentido, pronunciando-se antes da entrada em vigor do Decreto-Lei 178/86, o STJ em acórdão de 26/5/1970, publicado no BMJ, 197, p. 359 e ss. Na jurisprudência italiana, *vide* a acórdão da *Cass, Sezione Lavoro*, 24/6/2005, n.º 13629.

Ver Texto

(39) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, cit., p. 103 e Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 112.

[Ver Texto](#)

(40) Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 26/5/1979", in *RLJ*, ano 104.º, p. 155 e 156.

[Ver Texto](#)

(41) Maria Helena Brito, "O contrato de agência", cit., p. 124 e *O Contrato de Concessão...*, cit., p. 170. É a opinião também do STJ em acórdão de 21/4/2005, publicado na CJ, ano 13.º, II, p. 57 a 64.

[Ver Texto](#)

(42) António Menezes Cordeiro, "Do contrato de concessão comercial", in *ROA*, 60, 2000, p. 602 e Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão...*, cit., p. 55. Neste sentido o acórdão da RL de 8/6/2004, publicado na CJ, ano 29.º, III, p. 99 e ss, e os acórdãos do STJ de 4/2/2003 e de 15/4/2004, publicados na CJ, ano 11.º, I, p. 79 e ss e ano 12.º, II, p. 25 e ss, respectivamente. Neste último o Supremo Tribunal de Justiça afirma que o facto de uma pessoa se ter reunido com os distribuidores dos seus produtos e terem acordado um preço mínimo de venda não significa, só por si, que o contrato se tenha que qualificar como de concessão. Neste caso, essencial foi o facto de os distribuidores actuarem em nome próprio, revendendo o produto por eles adquirido, afastando, desde logo, a qualificação do contrato como de agência.

[Ver Texto](#)

(43) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, cit., p. 108 e Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão...*, cit., p. 197 com anuência do acórdão da RL de 8/6/2004, cit.

[Ver Texto](#)

(44) Marino Perassi, *Ob. cit.*, p. 474.

[Ver Texto](#)

(45) Maria Helena Brito, "O contrato de agência", cit., p. 125.

[Ver Texto](#)

(46) António Menezes Cordeiro, "Do contrato de franquia ("franchising") – Autonomia privada versus tipicidade negocial", in *ROA*, ano 48, 1988, p. 67. Vide também Manuel Barrocas, "O contrato de franchising", in *ROA*, ano 49, 1989, p. 131 e ss, que faz uso das definições da *International Franchise Association* e da *British Franchising Association* para concluir que se trata de um contrato misto cujos elementos essenciais são o contrato de assistência técnica e o contrato de fornecimento.

[Ver Texto](#)

(47) Cfr. Miguel Pestana de Vasconcelos, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 21.

[Ver Texto](#)

(48) Pondo em foque estas características veja-se o acórdão da RL de 3/11/2005, publicado na CJ, ano 30.º, V, p. 71.

[Ver Texto](#)

(49) Miguel Pestana de Vasconcelos, *Ob. cit.*, p. 45.

[Ver Texto](#)

(50) *Vide* António Menezes Cordeiro, "Do contrato de franquia...", *cit.*, p. 70, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 21 e 22, António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 122 e *Contrato...*, *cit.*, p. 65 e 66 e Miguel Pestana de Vasconcelos, *Ob. cit.*, p. 45. Na jurisprudência *vide* o acórdão da RL de 3/11/2005, *cit.*

[Ver Texto](#)

(51) Miguel Pestana de Vasconcelos, *Ob. cit.*, p. 45.

[Ver Texto](#)

(52) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 121. *Vide* ainda Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 14.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 488. Para este autor o elemento decisivo é a independência do franquiado face ao franquizador. No entanto, como também aponta, esta autonomia é relativa já que, apesar de serem pessoas distintas (cada uma responde pelos actos que pratica), a relação estabelecida entre os dois é de uma intimidade muito forte, visto que o franquizador restringe muito o campo de acção do franquiado através de regras e de autorizações prévias para a prática de certos actos. Em relação a todas estas restrições que o distribuidor está sujeito no contrato de franquia, *vide* o acórdão do TJCE de 28/1/1986, Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Processo 161/84, em que é estabelecida a teoria das restrições acessórias, isto é, restrições às quais não se vai aplicar o artigo 81.º do TCE, dado serem justificadas para proteger o *know-how* e a imagem empresarial do franquizador.

[Ver Texto](#)

(53) Luís Menezes Leitão, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 11, António Menezes Cordeiro, *Manual...*, *cit.*, p. 507 e C. Angelici e G. Ferri, *Ob. cit.*, p. 1015. Na jurisprudência, sustentando esta *ratio*, *vide* o acórdão do STJ de 7/3/2006, publicado na CJ, ano 14.º, I, p. 106.

[Ver Texto](#)

(54) Carolina Cunha, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, 2003, p. 15.

[Ver Texto](#)

(55) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 16 e Fernando Martinez Sanz, *La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesion*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 68.

[Ver Texto](#)

(56) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 17.

[Ver Texto](#)

(57) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 17, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 18 e 19 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 69 a 74.

[Ver Texto](#)

(58) Cumulável com qualquer outra indemnização, como dispõe o artigo 1751.º do *Codice Civile*. A este propósito Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 228 a 231, dá-nos conta de uma divergência jurisprudencial em Itália. Com efeito, alguns acórdãos sustentam, apesar do disposto no artigo 1751.º, que só haverá indemnização de clientela nos casos em

que não sejam aplicáveis os acordos económicos colectivos. Todavia, a jurisprudência dominante ao mesmo tempo que reconhece a prevalência da indemnização como prevista no citado artigo, afirma o princípio da acessoriedade dos acordos colectivos, os quais só terão aplicação no caso da indemnização de clientela ser menos favorável ao agente.

[Ver Texto](#)

- (59) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 19 e 20, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 20 a 23 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 81 a 89. *Vide*, em especial, Augusto Baldassari, *Ob. cit.*, p. 217 a 231.

[Ver Texto](#)

- (60) O último parágrafo do artigo 1751.º do *Codice Civile* estabelece, à semelhança do que dispõe o artigo 19.º da Directiva, que a norma só é inderrogável em caso de o acordo económico colectivo ser desvantajoso em comparação com a norma legal. Em nossa entender a solução é bastante feliz, uma vez que protege de modo mais eficaz a posição do agente, ou seja, permite-se que haja, em primeira linha, a protecção convencional do agente através da celebração dos acordos-ponte, e em segunda linha, a protecção legal, de carácter subsidiário. Afigura-se ser um sistema equilibrado, uma vez que se permite a derrogação do artigo 1751.º *in melius* e não *in pejus*. Neste sentido *vide* os recentes acórdãos da *Cass. sezione lavoro*, de 30/8/2000, n.º 11402, de 27/3/2004, n.º 6162 e de 3/6/2006, n.º 21301.

[Ver Texto](#)

- (61) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 21, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 23 e 24 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 69.

[Ver Texto](#)

- (62) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 73 e 74.

[Ver Texto](#)

- (63) Publicada no JOUE, n.º L 382/18, de 31/12/1986.

[Ver Texto](#)

- (64) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 23.

[Ver Texto](#)

- (65) P. Crahay, "La directive européenne relative aux agents commerciaux indépendents", in *RDCB*, 1987, p. 591, *apud* Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 90..

[Ver Texto](#)

- (66) Para uma análise dos regimes da indemnização de clientela na maior parte dos Estados Membros *vide* Thomas Steinmann, Philippe Kenel e Imogen Billote, *Le Contrat d'agence Commerciale en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 573 a 610.

[Ver Texto](#)

- (67) Thomas Steinmann, Philippe Kenel e Imogen Billote, *Ob. cit.*, p. 568.

[Ver Texto](#)

(68) Estabelece o artigo 17.º n.º 2 al. b): “O montante da indemnização não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos cinco anos, e, se o contrato tiver menos de cinco anos, a indemnização é calculada com base na média do período”.

[Ver Texto](#)

(69) Thomas Steinmann, Philippe Kenel e Imogen Billote, *Ob. cit.*, p. 570.

[Ver Texto](#)

(70) Publicado no BMJ, 360, p. 43.

[Ver Texto](#)

(71) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 27.

[Ver Texto](#)

(72) Neste sentido, entre nós, António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 153 e Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 39 e 302. Segundo esta autora o problema da extinção parcial prende-se com a questão de saber se uma modificação do contrato ainda “em vida”, faz nascer uma indemnização de clientela. O artigo 33.º n.º 1 é claro neste ponto: é preciso a cessação do vínculo contratual. O que a autora reconhece é poder haver uma extensão teleológica de modo a abranger um direito à indemnização de clientela ainda na vigência do contrato. Ainda assim, conclui que não faz sentido atribuir-se direito à indemnização de clientela por qualquer modificação contratual. Com efeito, há modificações que são operadas por acordo entre as partes sendo, nestes casos, evidente o concerto de interesses. Quando assim não acontece, isto é, se a modificação for obtida através do exercício da faculdade unilateral que o contrato reserva ao principal, não sendo a concertação de interesses tão cristalina, existem institutos como o da boa fé no exercício dos direitos e, em situações mais extremas, o recurso à resolução do contrato que nos fará chegar, afinal, ao campo predilecto do artigo 33.º, isto é, a extinção do vínculo. É também esta a posição dominante no direito espanhol, como nos deixa entender Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 135 e ss, em especial p. 141.

[Ver Texto](#)

(73) Defendem que a cessação do contrato constitui um pressuposto da indemnização de clientela Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 43, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 85 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 116.

[Ver Texto](#)

(74) No sentido de que a cessação do contrato não constitui um pressuposto autónomo da indemnização de clientela Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 29 e 30 e, expressando concordância com a autora, António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 139. Parecendo entender desta forma Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1333, ao qualificar como pressuposto a cessação do contrato, e como elementos ou condições os referidos no artigo 33.º n.º 1.

[Ver Texto](#)

(75) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 29 e 30.

[Ver Texto](#)

(76) Nos termos do artigo 33.º n.º 1 “o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela”.

Ver Texto

(77) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 42 e 43.

Ver Texto

(78) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 46 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 157.

Ver Texto

(79) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 47.

Ver Texto

(80) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 154 e *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 82.

Ver Texto

(81) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 105.

Ver Texto

(82) Neste sentido, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 48, Rui Tavares Correia, "Direito de retenção e indemnização de clientela", *in ROA*, ano 66, 2006, p. 346, em anotação ao acórdão da RL de 10/2/2005 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 149.

Ver Texto

(83) No acórdão do STJ de 7/3/2006, *cit.*, o agente tinha angariado todos os clientes, em Portugal, do principal, enquanto que no acórdão do STJ de 21/4/2005, publicado na CJ, ano 13.º, II, p. 49 a 56, a maior parte dos clientes dos produtos "Dan Cake" no Funchal tinham sido angariados pelo agente.

Ver Texto

(84) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 48, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 115 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 152.

Ver Texto

(85) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 153.

Ver Texto

(86) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 154. Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 121, tem um entendimento interessante a este respeito. A autora entende que esta hipótese evidencia a ténue fronteira entre os dois requisitos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 33.º. Com efeito, se não se vier a considerar o cliente como novo, visto que ele já existe, indiscutível é o facto de constituir um aumento do volume de negócios entre o principal e esse sujeito.

Ver Texto

(87) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 158. Este autor entende ainda que nestes casos o principal não pode lamentar esta solução porque, ao se verificar que houve conduta negligente por parte do agente, poderia ter resolvido o contrato com base numa falta de cumprimento das suas obrigações de tal modo grave que não seria exigível a

subsistência do vínculo contratual (artigo 30.º n.º a)), sem ter que respeitar qualquer pré-aviso nem ter que conceder qualquer indemnização de clientela (artigo 33.º n.º 3). Convergindo, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 129. Nas palavras desta autora "o facto de (o principal) conhecer o desleixo a que eram votados os antigos clientes sem tecer ao agente qualquer reparo pode indicar que *valorou* a actuação da contraparte como globalmente favorável aos seus interesses, anuindo pois em dar primazia à angariação de novos clientes. Aliás, numa perspectiva de lógica empresarial, parece-nos bastante improvável que o principal *deixe de reagir* perante uma situação traduzida na perda de clientes ou encomendas, *a não ser que* tal represente um 'mal menor', ou seja, um prejuízo necessário à obtenção de uma vantagem considerada superior."

Ver Texto

- (88) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 49. Este autor dá-nos conta de uma decisão do BGH de 1/12/1983 que considerou que o termo "novos clientes" deveria ter uma interpretação estrita. No caso em apreço o tribunal entendeu que não se poderiam considerar como tal os médicos contactados pelos delegados de propaganda médica, visto que não são eles, mas sim as farmácias, que efectuam as encomendas.

Ver Texto

- (89) Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1334.

Ver Texto

- (90) Neste sentido *vide* Rui Tavares Correia, *Ob. cit.*, p. 346.

Ver Texto

- (91) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 50 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 163.

Ver Texto

- (92) Pelo contrário, se o cliente preexistente passar a adquirir outros produtos do principal, mas de um género completamente diferente, estaremos perante a angariação de um novo cliente. *Vide supra*, ponto 4.5.2.1.

Ver Texto

- (93) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 164. Convergentemente, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 51. Veja-se ainda o acórdão do STJ de 3/5/2000, publicado na CJ, ano 8.º, II, p. 45, em que se demonstrou que, durante 10 anos consecutivos as encomendas feitas ao principal subiam de modo impressionante ano após ano.

Ver Texto

- (94) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 165, Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1335 e Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 134.

Ver Texto

- (95) Neste sentido *vide* António Pinto Monteiro, *Contrato..., cit.*, p. 139, *Direito Comercial..., cit.*, p. 101 e Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 133 a 135. Em sentido diferente, apesar de considerar que a solução seja de aceitar de um ponto de vista de política legislativa, Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 166. O acórdão da RC de 14/12/1993, publicado na CJ, ano 18.º, V, p. 46 e ss, descreve uma situação semelhante. Neste caso o agente aumentou o volume de vendas de 450.000\$00 para 8.007.292\$00, não obstante a crise que se fazia sentir nesta altura, tendo 31 empresas cessado a sua actividade durante o período de vigência do contrato de agência. *Vide* também o acórdão do 5.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa de 23/5/1997, *cit.*

Ver Texto

- (96) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, cit., p. 139, *Direito Comercial...*, cit., p. 153, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 82, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 161 e Domínguez Garcia, *Ob. cit.*, p. 1336. Na jurisprudência vide o acórdão da RC de 14/12/1993, cit., cuja decisão foi no sentido de julgar preenchido o requisito da alínea b) do artigo 33.º n.º 1 com fundamento no facto de, após a morte do agente, o principal ter mantido a possibilidade de negociação comercial com os clientes. Acresce que, no ano da doença do agente, o volume de vendas aumentou, o que revela, por si só, que a clientela se manteve fiel na sua zona de actuação. O acórdão do STJ de 3/5/2000, cit., estabelece que não basta que o pedido indemnizatório se centre nos danos que o agente sofreu, desprezando os benefícios consideráveis que o principal poderia usufruir. É preciso alegar e provar que, nomeadamente, a clientela se manteve ligada ao principal ou se, pelo contrário, se transferiu para outra empresa. Outra forma de o provar é a de demonstrar a existência de contratos de execução (acórdão do STJ de 7/3/2006, cit.).

Ver Texto

- (97) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 192 e 193. A autora alerta ainda para o risco de o principal não vir a beneficiar efectivamente da actividade do agente, mas que é um risco "ligado a qualquer reconhecimento legal do direito à indemnização de clientela que consagre a futura obtenção de vantagens como pressuposto constitutivo".

Ver Texto

- (98) Neste sentido, os acórdãos do STJ de 21/4/2005, cit., p. 57, e de 21/4/2005, cit., p. 49, em que julgou da seguinte forma: "...a Ré (principal) ficou em condições de continuar a usufruir, através de outro intermediário, da clientela alcançada pela actividade de A (o agente)", (parêntesis e itálico nossos).

Ver Texto

- (99) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 173 e 174.

Ver Texto

- (100) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 154, exemplifica: o caso de o principal conseguir, no âmbito de um acordo de cooperação entre empresas, um certo grau de escoamento; o caso de o principal, como pessoa singular, constitui uma sociedade comercial cujo valor de clientela é tudo em conta na entrada; o caso de o principal ter obtido condições mais favoráveis na distribuição ou comercialização dos seus produtos, poupando, assim, em despesas.

Ver Texto

- (101) A perda de remunerações avalia-se em bruto, ou seja, independentemente dos custos eventualmente suportados pelo agente, dado não se exigir que a remuneração constitua um ganho líquido para ele. Neste sentido, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 56. O acórdão da RL de 3/11/2005, cit., corrobora este entendimento com um caso interessante: o facto de o concedente ter enviado um e-mail para toda a sua clientela a informar que tinha mudado de concessionário, não pode deixar de servir para concluir que, sem qualquer tipo de prova em contrário, que o concessionário ficou, efectivamente, privado de qualquer tipo de retribuição por negócios concluídos após a cessação do contrato, com os clientes que tinha angariado.

Ver Texto

- (102) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, cit., p. 140, *Direito Comercial...*, cit., p. 155 e o acórdão do STJ de 21/4/2005, cit. Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 83, refere que se quer evitar que a mesma fonte (contratos negociados ou concluídos após a cessação do contrato de agência, com os clientes angariados pelo agente) gere, por duas vias, um

direito a uma prestação pecuniária a favor do agente. Esta interpretação visa, fundamentalmente, evitar uma cumulação entre o direito à comissão e a indemnização de clientela. Neste sentido *vide* o acórdão da RC de 27/1/1998, CJ, 1998, I, p. 18 e ss. Defendemos, porém, opinião diversa. Com efeito, a comissão e a indemnização de clientela têm fundamentos distintos. Enquanto a primeira constitui uma certa percentagem sobre os negócios promovidos ou concluídos, a segunda visa essencialmente corrigir um desequilíbrio causado pela cessação do contrato. Convergindo, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 201 e Rui Tavares Correia, *Ob. cit.*, p. 349. Este autor entende que este pressuposto deve ser entendido como englobando toda a retribuição que o agente receba em virtude das relações comerciais que venham a ser mantidas com os clientes, quer seja por convenção, pelo principal, quer lhe advenha dos clientes, directa ou indirectamente, por ter passado a ocupar ele próprio o mercado.

[Ver Texto](#)

(103) Neste sentido *vide* o acórdão do STJ de 7/3/2006, *cit.*

[Ver Texto](#)

(104) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 55.

[Ver Texto](#)

(105) António Pinto Monteiro, *Contrato..., cit.*, p. 140.

[Ver Texto](#)

(106) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 261, entende que não deve haver lugar a analogia nem a extensão teleológica de modo a estender o rol de causas que excluem o direito à indemnização de clientela. Fora deste caso específico do n.º 3 do artigo 33.º o direito constitui-se. *Vide* o interessante acórdão do TJCE de 9/11/2000, Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc., Processo C-381/98, em que se questionava a hipótese de os artigos 17.º a 19.º da Directiva não terem aplicabilidade a um agente cuja sociedade-principal tenha sido constituída nos EUA, no estado da Califórnia, sendo a lei escolhida para regular o contrato entre as partes a californiana. O TJCE julgou no sentido de, uma vez que estes artigos têm por objectivo proteger o jogo da concorrência e os agentes comerciais que exercem a sua actividade num Estado-Membro da UE, nomeadamente após a cessação do contrato, é essencial concluir que uma cláusula contratual que permita a escolha da lei aplicável ao contrato não possa derrogar estas disposições.

[Ver Texto](#)

(107) António Pinto Monteiro, *Contrato..., cit.*, p. 141.

[Ver Texto](#)

(108) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 246.

[Ver Texto](#)

(109) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 247 e 248.

[Ver Texto](#)

(110) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 59.

[Ver Texto](#)

(111) António Pinto Monteiro, *Contrato..., cit.*, p. 141 e Adriano Vaz Serra, "Anotação ao acórdão do STJ de 7/3/1969", *cit.*,

p. 237 e 240, embora com dúvidas, avança que, mesmo tendo culpa na denúncia, o que funda a indemnização de clientela é a expropriação da clientela a favor do empresário. *Vide* a reflexão muito interessante de Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 284 e 285, defendendo que se o motivo que levou a agente a cessar o vínculo contratual era de tal modo forte, isso configuraria um motivo de resolução (artigo 30.º alínea b)), não sendo, por isso, imputável ao agente. Caso o motivo fosse tão-só compreensível no plano empírico-psicológico, não seria suficiente para que, no plano jurídico, se considerasse como não imputável ao agente.

Ver Texto

(112) *Vide* o acórdão da *Cass., sezione unite civile*, de 15/5/2006, n.º 11093. Neste acórdão a indemnização de clientela foi excluída devido à violação de uma obrigação contratual de não concorrência por parte do agente, que originou a resolução do vínculo contratual.

Ver Texto

(113) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 275.

Ver Texto

(114) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 280.

Ver Texto

(115) Neste sentido, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 60, Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 294 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 255.

Ver Texto

(116) No sentido de exclusão da indemnização de clientela Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 60 e Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 297.

Ver Texto

(117) Convergentemente, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 60 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 255.

Ver Texto

(118) Esta tem sido a linha de orientação dos tribunais alemães, como nos transmite Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 61.

Ver Texto

(119) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 62.

Ver Texto

(120) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 63 e Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 267.

Ver Texto

(121) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 326 a 328.

Ver Texto

(122) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 63. Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 272 diz ser difícil que o agente cedente

consinta nesta atribuição, por isso, na falta de cláusula expressa que regule o assunto será de fazer uma distinção: ou a cessão do contrato acarreta a cessação do vínculo do agente cedente antes de haver um novo contrato com o cessionário, caso em que os clientes do anterior agente reputar-se-ão de antigos; pelo contrário, se a cessão configurar apenas uma modificação contratual, tudo se passará como se fosse um conjunto unitário, pelo que os clientes adquiridos pelo primeiro agente poder-se-ão acrescentar à indemnização de clientela do sucessor.

[Ver Texto](#)

(123) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, cit., p. 142, *Direito Comercial...*, cit., p. 162.

[Ver Texto](#)

(124) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, cit., p. 143, *Direito Comercial...*, cit., p. 163.

[Ver Texto](#)

(125) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, cit., p. 164.

[Ver Texto](#)

(126) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 351, entende que apesar de não ser necessário haver uma cláusula que estipule a transferência da clientela para o concedente, ela pode ser considerada como um indício, caso exista, sem ser preciso efectuar investigações ulteriores.

[Ver Texto](#)

(127) António Pinto Monteiro, *Contrato...*, cit., p. 143, *Direito Comercial...*, cit., p. 166. Convergentemente, somente em relação à concessão, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 87, Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 85 e António Menezes Cordeiro, "Do contrato de concessão...", cit., p. 612. Na jurisprudência temos o recente acórdão do STJ de 15/4/2004, cit., que refere que apesar das diferenças que existem entre o contrato de agência e de concessão, é a similitude da estrutura dos contratos que, em virtude da analogia, justifica a aplicação de algumas normas do primeiro ao segundo. Também o acórdão da RL de 3/11/2005, cit., entende que se deve admitir, em regra, a aplicação analógica das regras da agência à concessão comercial, sendo que uma análise casuística se impõe, de modo a que se possa apurar se a *ratio* da norma se aplica ao caso. Concordando, em relação à franquia, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Ob. cit.*, p. 96.

[Ver Texto](#)

(128) António Menezes Cordeiro, "Do contrato de franquia...", cit., p. 83.

[Ver Texto](#)

(129) Cfr. António Menezes Cordeiro, "Do contrato de franquia...", cit., p. 83.

[Ver Texto](#)

(130) Cfr. Manuel Barrocas, *Ob. cit.*, p. 158. Convergentemente, Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 346. Este autor nota, porém, que o poder atractivo da marca pode ser tido em conta aquando do cálculo equitativo da indemnização.

[Ver Texto](#)

(131) Manuel Barrocas, *Ob. cit.*, p. 159. Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 324, refere que alguma doutrina alemã defende o carácter especial da norma da indemnização de clientela no contrato de agência, pelo que não poderá haver

qualquer analogia com nenhum contrato. O problema é que, no direito espanhol e no direito português, ao contrário do direito alemão, existe uma norma no Código Civil (artigo 4.º n.º 2 e 11.º respectivamente) que dispõe que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica. Admitindo que é uma questão controversa, este autor recusa o carácter excepcional da norma. Segundo José Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 450, a norma excepcional não pode ser analogicamente aplicada porque se há uma regra e uma excepção, todos os casos deverão primeiro ser enquadrados naquela, sendo esta delimitada para os casos em que foi estabelecida, não tendo elasticidade para abranger novas situações. Claro que na hipótese de haver certos casos que apresentem semelhanças com a excepção, podem ser por ela abrangidos, uma vez que a proibição está apenas pensada para casos que não sejam idênticos.

[Ver Texto](#)

(132) Apenas se mostra a favor no caso da franquia de distribuição de produtos, em que o franquiado adquire a propriedade dos bens e pode conquistar alguma clientela própria.

[Ver Texto](#)

(133) Luís Menezes Leitão, *Ob. cit.*, p. 89.

[Ver Texto](#)

(134) José Oliveira Ascensão, *Ob. cit.*, p. 446.

[Ver Texto](#)

(135) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 346.

[Ver Texto](#)

(136) Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 329 a 335. Podemos interpretar da mesma maneira o acórdão da RL de 8/6/2004, *cit.*, ao entender que é de aplicar o regime jurídico da agência ao contrato de concessão comercial, atento o paralelismo que intercede entre ambos, naquilo que não tenha sido objecto de convenção entre as partes.

[Ver Texto](#)

(137) Luís Menezes Leitão, *Ob.cit.*, p. 91.

[Ver Texto](#)

(138) Neste sentido Fernando Martinez Sanz, *Ob. cit.*, p. 109 e ss e Maria Helena Brito, "O contrato de agência", *cit.*, p. 132.

[Ver Texto](#)

(139) António Pinto Monteiro, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 159.

[Ver Texto](#)

(140) Neste sentido, António Pinto Monteiro, *Contrato...*, *cit.*, p. 138, Luís Menezes Leitão, *Ob.cit.*, p. 100, Carlos Lacerda Barata, *Ob. cit.*, p. 84.

[Ver Texto](#)

(141) Carolina Cunha, *Ob. cit.*, p. 423.

Ver Texto

- (142) Acórdão de 13/7/1966, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Comissão da Comunidade Económica Europeia*, Processos apensos 56 e 58/64, sumário, § 4.

Ver Texto

- (143) Cfr. acórdão de 14/12/2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos SA*, Processo C-217/05, ponto 38. No mesmo sentido, *vide* o acórdão de 16/12/1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, ponto 542.

Ver Texto

- (144) O conceito de empresa, para efeitos do Direito da Concorrência, é um conceito comunitário, estabelecido pelo TJCE no acórdão de 23/4/1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, Processo C-41/90, ponto 23, nos termos do qual empresa é toda a entidade que prossiga uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo como é financiada.

Ver Texto

- (145) Acórdão *Confederación Española*, *cit.*, ponto 44.

Ver Texto

- (146) *Comunicação da Comissão. Orientações relativa às restrições verticais*, publicada no JOUE de 13/10/2000, C, 291/1.

Ver Texto

- (147) No termos do ponto 14, existem dois tipos de riscos financeiros ou comerciais que são significativos para a apreciação da natureza de um acordo de agência nos termos do artigo 81.º. Em primeiro lugar existem os riscos directamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo agente por conta do principal, tais como o financiamento de stocks. Em segundo lugar, existem os riscos relativos a investimentos específicos do mercado em causa, isto é, investimentos exigidos especificamente pela actividade para a qual o agente foi nomeado e que são necessários para permitir que o agente celebre e/ou negocie este tipo de contratos. *Vide* também Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2000, p. 483 e 484.

Ver Texto

- (148) *Comunicação da Comissão. Orientações relativa às restrições verticais*, *cit.*, ponto 16.

Ver Texto

- (149) *Comunicação da Comissão. Orientações relativas às restrições verticais*, *cit.*, pontos 18 e 19.

Ver Texto
