

RUI PINTO DUARTE

A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA
SOBRE A APLICAÇÃO DA INDEMNIZAÇÃO
DE CLIENTELA AO CONTRATO
DE CONCESSÃO COMERCIAL

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL

Ano II - N.º 3 - 2001

A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA SOBRE A APLICAÇÃO DA INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA AO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL – ALGUMAS OBSERVAÇÕES

RUI PINTO DUARTE¹

1. A Jurisprudência portuguesa – de resto, seguindo um caminho conhecido noutros países e aconselhado por muita Doutrina² – tem vindo a sustentar a aplicabilidade a outros contratos, mormente ao contrato de concessão comercial, das regras sobre indemnização de clientela estabelecidas na lei para o contrato de agência (nos arts. 33 e 34 do Dec.-Lei 178/86, de 3 de Julho, com as alterações resultantes do Dec.-Lei 118/93, de 13 de Abril).

No que respeita a decisões publicadas em revistas, conhecemos nesse sentido as seguintes:

- Ac. STJ 4.5.93 – CJ-STJ Ano I, tomo I
- Ac. Rel. Lisboa 7.10.93 – CJ Ano XVIII, tomo IV
- Ac. Rel. Porto 18.10.94 – CJ Ano XIX, tomo IV
- Ac. Rel. Porto 27.6.95 – RLJ n.º 3874
- Ac. STJ 22.11.95 – BMJ 451
- Ac. Rel. Coimbra 26.11.96 – CJ Ano XXI, tomo V
- Ac. STJ 5.6.97 – BMJ 468
- Ac. Rel. Coimbra 28.10.97 CJ Ano XXII, tomo IV
- Ac. STJ 23.4.98 – Actualidade Jurídica, n.º 16/17
- Ac. Rel. Porto 25.6.98 – CJ-STJ Ano VI, tomo II
- Ac. STJ 18.11.99 – BMJ 491
- Ac. STJ 3.5.00 – CJ-STJ, Ano VIII, tomo II³

¹ Professor da Faculdade de Direito da U.N.L.

² V., a título exemplar, o panorama dado por Fernando Martínez Sanz, in *La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesión*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1998, págs. 303 e segs.. Para outras indicações, v. o nosso *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos* (Coimbra, Almedina, 2000), nota 626.

³ CJ designa a Colectânea de Jurisprudência; CJ-STJ designa a série da CJ dedicada aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça; BMJ designa o Boletim do Ministério da Justiça.

A profundidade da fundamentação das decisões tem variado. Se, por exemplo, o acórdão do STJ de 23.4.98 invocou vários argumentos, já o acórdão do STJ de 18.11.99 não invocou nenhum... O nosso propósito, no presente texto, porém, não é tanto analisar cada um dos acórdãos, mas sim a norma que deles resulta.

Em qualquer dos casos, vale a pena enunciar os argumentos que aparecem nas decisões consideradas. São eles:

a) a lição doutrinária de que os contratos atípicos se regem pelas normas sobre contratos típicos com as quais apresentam analogias (acórdãos do STJ de 4.5.93, 22.11.95, 5.6.97 e 23.4.98 e acórdãos da Relação do Porto de 18.10.94 e 27.6.95);

b) a referência feita no preâmbulo do Dec.-Lei 178/86 à tendência retirável do Direito Comparado para aplicar, por analogia, à concessão o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato (acórdãos do STJ de 4.5.93, 22.11.95, 5.6.97, 23.4.98 e 3.5.00, acórdão da Relação de Lisboa de 7.10.93, acórdãos da Relação de Coimbra de 26.11.96 e 28.10.97 e acórdãos da Relação do Porto de 18.10.94 e 25.6.98);

c) a autoridade doutrinária de António Pinto Monteiro, Autor que em Portugal mais atenção dedicou ao tema⁴ e que sempre sustentou a tese subscrita pela corrente jurisprudencial em causa (acórdãos do STJ de 22.11.95, 23.4.98 e 3.5.00, acórdão da Relação de Lisboa de 7.10.93, acórdãos da Relação do Porto de 18.10.98, 27.6.95 e 25.6.98 e acórdão da Relação de Coimbra de 26.11.98);

d) a autoridade de decisões anteriores (acórdão do STJ de 23.4.98). É ainda de notar que:

– só o acórdão do STJ de 23.4.98 refere expressamente que o recurso ao regime da agência se destina a preencher uma lacuna;

– o acórdão da Relação de Lisboa de 7.10.93 não qualifica como concessão o contrato que nele estava em causa (e não lhe aplica directamente o Dec.-Lei 178/86, por versar factos anteriores a 1986).

Por último, dentro destas observações preliminares, cabe ainda dizer que, para os fins que aqui visamos, é inútil discutir os contornos do contrato de concessão comercial. Abdicamos, assim, de entrar nesse tema, remetendo para quem o tem tratado⁵.

⁴ Os textos de António Pinto Monteiro que mais relevam para o tema são: *Contrato de Agência (Anteprojecto)*, in BMJ n.º 360, *Sobre a Protecção do Agente Comercial no Direito Português e Europeu*, in BFDUC vol. LXXI, *Contrato de Agência Anotação* (livro com várias edições, sendo a última a 4.ª – Coimbra, Almedina, 2000) e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial* (Anotação ao acórdão da Relação do Porto de 27.6.95), in RLJ n.ºs 3.874, 3.875 e 3.876 e 3.877 e 3.878.

⁵ Na nossa Doutrina, v., por todos, Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*,

2. Não temos nenhuma objecção de princípio à aplicabilidade ao contrato de concessão das regras sobre indemnização de clientela ditas pela lei para o contrato de agência⁶. Não temos sequer nenhuma objecção às conclusões obtidas, quanto ao assunto, nas decisões judiciais consideradas. Temos, porém, dúvidas quanto à suficiência da fundamentação de tais decisões.

Este texto abordará, pois, não tanto o que está nas decisões comentadas como sobretudo o que nelas não está. Mais exactamente, abordaremos as seguintes três questões que são levantadas – quase só implicitamente – pelas decisões em causa:

a) No entendimento vulgar, a aplicação analógica de normas é um meio de preencher lacunas: será que na situação-tipo em jogo há uma lacuna? Por outras palavras: uma lacuna é uma ausência (aparente ou criada⁷) de norma para regular um caso que necessita de regulação; será que a cessação dos contratos de concessão (em que se verifiquem, *mutatis mutandis*, os requisitos do art. 33 do Dec.-Lei 178/86) constitui um caso que necessita de regulação?

b) O art. 11 do Código Civil impede a aplicação analógica das normas excepcionais; sabendo-se que a cessação dos contratos, quando os mesmos são cumpridos, importa a extinção dos direitos e deveres entre as partes, não será que se deve considerar a norma do art. 33 do Dec.-Lei 178/86 como excepcional?

c) Admitindo que a norma do art. 33 do Dec.-Lei 178/86 não é excepcional e admitindo que a cessação dos contratos de concessão é, no aspecto aqui relevante, um caso que necessita de regulação, será que nele procedem as razões que determinam o art. 33 do Dec.-Lei 178/86?

A estas questões não correspondem três problemas separados, mas sim um único problema, visto de vários ângulos. Cremos, no entanto, útil a observação triangular.

3. Não é qualquer ausência de regulação que determina a existência de uma lacuna. A ausência de regulação pode ser exactamente a “vontade do legislador”. Ninguém se lembrará de sustentar que a ausência de normas

Coimbra, Livraria Almedina, 1990, *maxime*, págs. 54 e segs. e 173 e segs.; na Doutrina estrangeira, v. a título exemplar, Oreste Cagnasso, *La Concessione di Vendita*, Milão, Giuffrè, 1983 (n.º 51 dos *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, págs. 14 e segs.).

⁶ Como resulta do que escrevemos no citado *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, págs. 184 e segs..

⁷ Cfr., por exemplo, o que escreveu Paul Foriers logo no início do seu ensaio publicado na obra colectiva dirigida por Ch. Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Bruylant, 1968.

acerca das situações subsequentes ao cumprimento integral dos contratos constitui por via de regra uma lacuna. Uma situação aparentemente não regulada juridicamente não é por força uma lacuna; pode ser apenas o que aparenta ser: uma situação não regulada, um “espaço livre de Direito”⁸.

Só há, pois, lacuna se se entender que a ausência de regulação é injustificada, ou seja, que apesar de não haver uma regulação aparente, “deve existir” uma regulação. Sublinhe-se que esse “deve existir” não é juízo *de lege ferenda*, mas sim juízo *de lege lata*.

A ausência de norma incriminadora, no Direito Penal, e a ausência de norma de incidência tributária, no Direito Fiscal, são normalmente entendidas como significando que o espaço sobre que não há norma está livre de incriminação e de tributação. Ressalta aqui a imbricação do problema que estamos a tratar com o segundo problema que nos propusemos tratar: o da proibição de aplicação analógica das normas excepcionais. Se se entende que toda a norma incriminadora ou de incidência tributária é excepcional, por a regra ser o “espaço livre”, tem de se entender que a ausência de uma tal norma não significa uma lacuna. Daí a proibição da aplicação analógica de tais normas – decorrente, pois, desse raciocínio e não de qualquer imposição lógica.

No campo da nossa observação não vale a ideia de que a regra é a do “espaço livre”. Apesar disso, haverá sempre que demonstrar a existência de lacuna.

O raciocínio analógico não é apenas um processo de preencher lacunas. Entre muitas outras coisas, é também um meio de descobrir lacunas⁹. É pela comparação das relações entre o principal e o agente com as relações entre o concedente e o concessionário, no momento da cessação dos seus contratos, que se pode descobrir a existência de uma lacuna no que respeita às relações entre concedente e concessionário.

Se se entender que a razão de ser da compensação em que a indemnização de clientela consiste abrange o contrato de concessão, nos mesmos termos em que abrange o contrato de agência, concluir-se-á pela existência de uma lacuna.

⁸ Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição da tradução portuguesa, Lisboa, Gulbenkian, 1997, págs. 525 e segs., Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7.ª ed. da tradução portuguesa, Lisboa, Gulbenkian, 1996, págs. 276 e segs., J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, pág. 194, e José de Oliveira Ascensão, *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, págs. 432 e segs.. Para crítica da ideia de “espaço livre de Direito”, v. Norberto Bobbio, *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*, Turim, Giappichelli, 1960, págs. 141 e segs.

⁹ Como Claus-Wilhelm Canaris demonstrou no seu livro *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlim, Duncker & Humblot, 1964 (cadernos 3 dos *Schriften zur Rechtstheorie*), *maxime* págs. 144 e segs..

Diga-se que é muito mais fácil sustentar a existência de uma tal lacuna relativamente a um contrato atípico do que relativamente a um contrato típico. Os “espaços” entre os tipos contratuais (ao contrário do que sucede com os espaços entre os tipos penais e entre os tipos fiscais) não são “livres de Direito” e a regulação das ocupações desses “espaços” tende a ser feita com base nas regras sobre contratos típicos. Mais difícil é sustentar a existência de uma lacuna relativamente a um contrato cujo regime esteja tipificado pela lei.

4. Não deverá a norma que impõe (em certos casos) ao principal a indemnização de clientela, no momento da cessação de contrato de agência, ser qualificada como excepcional – e portanto abrangida pela proibição de art. 11 do Código Civil?

Em favor da excepcionalidade jogará, antes de mais, a consideração de que os sacrifícios patrimoniais são a excepção e o respeito pela integridade do património a regra. A propósito da responsabilidade civil a lei diz que só há obrigação de indemnizar por actos ilícitos não culposos nos casos especificados na lei (art. 483, n.º 2). Mais excepcional ainda é a responsabilidade por actos lícitos, incluindo a fundada no risco¹⁰.

O problema obriga a tomar posição acerca da natureza da indemnização de clientela. A aplicação analógica da figura a tipos contratuais que não aquele para o qual a lei a estabelece é tanto mais sustentável quanto mais se aproxime a sua natureza da figura do enriquecimento sem causa e mais se afaste da da responsabilidade civil. A obrigação de restituir o enriquecimento injusto não é uma regra excepcional, mas sim uma emanção de um princípio constituinte do sistema jurídico, enquanto a obrigação de indemnizar por facto lícito (ou mesmo por facto ilícito não culposos) tem carácter marginal.

Já noutro local¹¹ tomámos posição no sentido de que se deve apontar à indemnização de clientela fundamento próximo do da figura do enriquecimento sem causa. Por isso nos sentimos capacitados para negar natureza excepcional à norma que a impõe.

¹⁰ V. por exemplo, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 523 e segs. e 629 e segs., Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, págs. 476 e segs. e 551 e segs.. (na medida em que a formulação que usamos no texto pode ser interpretada como implicando que a responsabilidade pelo risco é responsabilidade por acto lícito, esclareça-se que há quem considere que a responsabilidade pelo risco é, pelo menos nalguns casos, responsabilidade por acto ilícito – cfr. Almeida Costa, ob. cit., pág. 552, nota 1).

¹¹ *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., págs. 193 e 194.

5. Demonstrada a não excepcionalidade da indemnização de clientela imposta ao principal, no contrato de agência, e demonstrada a necessidade de regulação, quanto ao aspecto em causa, da cessação do contrato de concessão, cabe ainda discutir se aqui procedem as razões dali.

Obviamente há que voltar aos problemas de natureza e do fundamento da indemnização de clientela. Os requisitos da figura implicam (art. 33 do Dec.-Lei 178/86) que:

– o agente tenha angariado clientes para o principal ou aumentado o volume de negócios com clientes pré-existentis;

– o principal, após a cessação da agência, continue a beneficiar dessa clientela;

– o agente não tenha direito a remuneração por contratos celebrados com os clientes por ele angariados posteriormente à cessação da agência.

Será que na concessão esses requisitos se verificam, ou podem verificar? Será que há entre as situações-tipo de final de agência e de final de concessão semelhanças que justifiquem a aplicação de uma regra igual?

Em nosso entender, as respostas são afirmativas. Entre as duas situações-tipo há de comum, tendencialmente, o seguinte:

(i) uma parte determina completamente (porque os produz ou tem o exclusivo da sua comercialização) os bens ou serviços que são introduzidos no mercado por meio dos esforços conjuntos das duas partes, não cabendo à outra parte qualquer papel na definição desses bens ou serviços;

(ii) a parte que não tem contacto directo (sociologicamente falando) com os clientes finais é identificada por estes como a produtora (ou grossista) dos bens ou serviços em causa, cabendo à outra parte um mero papel de representação (sociologicamente falando) dessa produtora (ou grossista);

(iii) a fixação (ou desenvolvimento) de clientes na empresa que se situa a montante no circuito económico;

(iv) a retirada por essa empresa de benefícios dessa fixação (se a empresa abandona o mercado no momento da cessação do contrato, não há lugar a indemnização de clientela);

(v) a inexistência de mecanismos contratuais que conduzam a parte que tinha contacto directo com os clientes finais a ser retribuída pela sua contribuição para os benefícios referidos no parágrafo anterior;

(vi) o carácter duradouro das relações contratuais;

(vii) a subordinação económica à contraparte da parte que está a jusante no circuito económico.

Creemos que estas semelhanças justificam que – *quando elas se verificarem, insista-se* – seja dado ao concessionário tratamento igual ao que a lei prevê para o agente, no que à indemnização de clientela se refere.

6. As nossas conclusões são assim a de que a aplicabilidade da indemnização de clientela ao contrato de concessão que tem vindo a ser afirmada nos tribunais portugueses merece apoio, mas também a de que as fundamentações das decisões em causa são, na generalidade, pobres. Nalguns casos talvez não fosse fácil ao Tribunal ir mais longe, à face dos factos trazidos aos processos pelas partes, mas noutros casos a pobreza da fundamentação parece resultar directamente de insuficiências de análise.