

AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL

António Pinto Monteiro

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra
e da Universidade Católica Portuguesa

1. Escolha do tema

Quando a Faculdade de Direito de Coimbra me confiou o honroso encargo de integrar a delegação de professores que, no presente ano de 1993, haveria de representar a minha Escola na “Semana Jurídica Portuguesa”, a decorrer na prestigiosa Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, uma mistura de responsabilidade e de apreensão se apoderou de mim. Responsabilidade perante a memória histórica dos nossos Mestres, de Coimbra e de Santiago, que souberam aproximar as duas Universidades por fortes e estreitos laços de colaboração científica, lançando as raízes de um fraterno diálogo intersubjetivo, continuamente renovado e enriquecido. Apreensão em face da grandeza da obra já erguida, com o inerente encargo da minha participação deve corresponder ao elevado nível que tem caracterizado, ao longo de décadas, esta colaboração.

Preocupado, hesitei sobre o tema a versar. O meu primeiro pensamento foi de me refugiar numa das matérias de direito civil já por mim percorridas em etapas anteriores, acolhendo-me sob a proteção de temas que me são familiares. Ousei, porém, dar um passo diferente. E eis-me, aqui e agora, pronto a falar-vos de contratos comerciais ou, pelo menos, de contratos praticados por excelência no âmbito das relações mercantis.

O tema, em todo o caso, não me é estranho, pois fui o autor do Anteprojeto sobre o contrato de agência, do qual resultou a lei portuguesa que instituiu o regime jurídico deste contrato, o Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho; e fui, igualmente, autor do Anteprojeto referente à

transposição da Diretiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro, sobre o agente comercial, que esteve na base do recentíssimo Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, que acaba de introduzir alterações àquele diploma.

Esta ligação ao contrato de agência terá sido uma das razões por que a minha Faculdade me confiou, a par da regência de uma disciplina de Direito Civil, uma outra, de Direito Comercial. E eis como uma circunstância do meu passado, que eu apelidaria de fortuita, me lançou –a mim, civilista de raiz– no campo do Direito Comercial. É bem certo que, recordando o belo poema do vosso Antônio Machado, “caminante, no hay camino, se hace camino al andar”!

É, pois, um civilista que vai falar-vos dos contratos de distribuição comercial e, especialmente, do contrato de agência, tema que escolhi para a minha intervenção por saber que é recente a lei que, em Espanha, consagrou o regime jurídico deste contrato: a lei 12/1992 de 27 de Maio, publicado no “Boletín Oficial del Estado” 129/92 de 29 de Maio. Pensei, assim, que poderia ter particular interesse –pela atualidade do tema– subordinar a minha intervenção à análise de tais contratos.

2. Sequência de exposição

Explicados os motivos da minha opção, segue-se uma breve nota sobre a linha de rumo desta palestra.

Começarei por fazer algumas referências de direito comparado relativas ao regime jurídico da agência. Seguidamente, situarei este contrato entre os de distribuição, procurando mostrar as diferenças e os traços comuns de figuras que estão entre si numa relação de grande vizinhança, o que me permitirá evidenciar as notas fundamentais de cada um. Referir-me-ei, depois, aos modos de cessação do contrato de agência e, nesse contexto, analisarei a chamada indenização de clientela. Por último, abordarei um outro problema, o da proteção de terceiros, dando conta das medidas que a lei portuguesa consagrou a esse respeito, o que constitui uma relativa novidade em face dos restantes direitos.

3. Direito comparado

É grande a importância prática do agente, no quadro do processo de distribuição de produtos e serviços da empresa. Numa perspectiva de história económica, pode dizer-se que foi sobretudo a partir de meados do século passado, com o incremento da indústria, que avultou a necessidade de superar os métodos tradicionais de colocação de bens no mercado. A figura do agente, ainda que com contornos algo imprecisos, foi adquirindo progressivo relevo, ao mesmo tempo que diminuía a importância do comissário.

O frequente recurso de agentes fez com que vários direitos houvessem estabelecido, por via legislativa, a disciplina jurídica do respectivo contrato. Outros, porém, entre os quais os direitos português e espanhol, mantiveram o seu silêncio durante longo tempo. Isso não significa, contudo, que a agência fosse desconhecida da realidade económica e empresarial destes países –pelo contrário, a agência gozava já de uma indelével *tipicidade social*, pese embora se tivesse mantido, durante largo tempo, como contrato juridicamente atípico, a que a jurisprudência ia aplicando, por analogia, as regras dos contratos mais próximos, do mandato designadamente, “maxime” do mandato comercial.

Entretanto, como é sabido, em 18 de Dezembro de 1986 foi aprovada a Diretiva 86/653/CEE, relativa à coordenação do direito dos Estados membros sobre os agentes comerciais. Isso fez com que, nuns casos, como em Espanha, a transposição da Diretiva constituísse a oportunidade de regular “ex novo” o contrato de agência; e, em outros casos, se tivesse que modificar ou completar a disciplina jurídica já em vigor, por forma a que cada Estado adequasse o seu direito interno às regras comunitárias. Posto isto, e em breves palavras, passo a fazer o ponto da situação em alguns direitos europeus.

Foi Alemanha o primeiro Estado da Europa (e do mundo) a legislar em matéria de agente comercial. Fê-lo no Código Comercial de 10 de Maio de 1897 (o “Handelsgesetzbuch” que entrou em vigor, como é sabido, em 1 de Janeiro de 1900), dedicando ao agente comercial os §§ 84 a 92. Estas normas viriam a ser modificadas mais tarde, pela reforma de 1953, reforma

esta que ficou a dever-se fundamentalmente, à duas ordens de razões: tratou-se, por um lado, de precisar o círculo de pessoas abrangido pela lei, havendo a preocupação de definir, com rigor, quem é “Handelsvertreter” (expressão que substituiu a anterior, de “Handlungsagent”); por outro lado, corrigiram-se alguns excessos de índole liberal, tendo-se consagrado medidas ditadas por razões de proteção social do agente. Entretanto, por lei de 23 de Outubro de 1989, pela qual se operou a transposição da referida Diretiva comunitária, procedeu-se a nova reforma dos preceitos do Código Comercial alemão dedicados ao agente.

Quanto ao direito italiano, o “contratto di agenzia” é regulado nos arts. 1742 e seguintes do “Codice Civile” de 1942, normas que estatuem sobre a disciplina essencial do contrato, a integrar pela regulamentação estabelecida nos acordos económicos coletivos. Algumas destas normas foram recentemente modificadas, através do Decreto legislativo n. 303, de 10 de Setembro de 1991, que deu cumprimento à Diretiva comunitária.

No direito francês há que distinguir os “agents commerciaux” dos “V.R.P.” (voyageurs, représentants et placiers). Estes últimos, também conhecidos por “représentants statutaires”, estão subordinados à empresa, através de contrato de trabalho, numa situação semelhante à dos trabalhadores assalariados de direito comum; a sua condição jurídica foi objeto de regulamentação especial, que lhes conferiu um estatuto próprio, inicialmente por lei de 18 de Julho de 1937, entretanto inserida no Código de Trabalho e sucessivamente alterada. No que respeita ao agente comercial propriamente dito, que exerce a sua atividade como profissional independente, foi o Decreto nº 58-1345, de 23 de Dezembro de 1958, que estabeleceu a sua disciplina jurídica, entretanto substituído pela Lei nº 91-593, de 25 de Junho de 1991, por força da Diretiva comunitária.

Relativamente a Portugal, é ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, que se deve o regime jurídico do contrato de agência. Antes deste diploma legal existir, era pelo recurso às normas do mandato, sobretudo do mandato comercial, que a jurisprudência, como já disse, ia solucionando os litígios sobre este contrato.

Algúns meses depois da lei portuguesa ter entrado em vigor foi publicada a Diretiva comunitária sobre o agente comercial. Isso fez com que se tivesse tornado necessário analisar se a lei careceria de ser alterada ou substituída. A nossa opinião –foi que o Decreto-Lei nº 178/86 estava conforme, na sua quase totalidade, à Diretiva, apenas se justificando uma ou outra alteração pontual. O que se deve, fundamentalmente, à circunstância de, ao redigirmos o Anteprojeto sobre a agência, termos tido em devida conta a Proposta modificada de directiva do Conselho das Comunidades Europeias de 1979. A nossa posição foi acolhida, tendo acabado de ser publicado o Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, que introduz pequenas alterações ao Decreto-Lei nº 178/86, nos termos por nós mesmos propostos.

Em Espanha, como referi no início da minha exposição, a transposição da Diretiva foi a oportunidade de se regular “ex novo” o contrato de agência, aspecto este devidamente referido na “exposicion de motivos” da Lei 12/1992, de 27 de Maio. O que não significa, todavia, que não existissem algumas normas legislativas (entre as quais o Real Decreto de 1 de Agosto de 1985), respeitantes a vários tipos de agentes: agentes de seguros, de publicidade, de viagem, etc. Tratava-se, porém, de disposições de certos agentes em razão da sua atividade, faltando no ordenamento jurídico espanhol uma lei de alcance geral sobre o contrato de agência, laguna essa que foi superada em 1992.

Antes de concluir este ponto, uma referência breve aos direitos holandês, dinamarquês e grego, apenas para dar notícia de que a Diretiva foi transposta, no primeiro, por lei de 5 de Julho de 1989, constando a disciplina do contrato de agência dos arts. 74 a 74 s do Código Comercial; pelo que respeita à Dinamarca, essa tarefa coube à lei nº 272, de 2 de Maio de 1990, e, no que concerne à Grécia, ao Decreto presidencial de 18 de Maio de 1991.

4. A agência entre os contratos de distribuição comercial

Podemos considerar que a agência faz parte dos contratos de distribuição comercial.

É certo que há contratos, como os de concessão e franquia (“franchising”), mais diretamente ligados à distribuição de bens, ao passo que outros, como o de agência, visam essencialmente a promoção de negócios. Este aspecto, que é importante – e que justifica que algumas normas da agência não possam aplicar-se de imediato e automaticamente a outros contratos, como sucede com o discutível e discutido problema de saber se o concessionário e o franquiado têm direito, no termo do contrato, a uma indenização de clientela, nos mesmos termos em que ela é atribuída ao agente – este aspecto, dizia, não obsta, contudo, a que qualquer destes contratos vise, em último termo, o escoamento dos bens do produtor. Por outro lado, têm igualmente em comum o fato de estabelecerem entre as partes relações de colaboração e de estabilidade, contribuindo cada um deles, ainda que de forma variável, para uma “integração vertical”, sem que a independência e autonomia jurídica de agentes e distribuidores prejudiquem as inúmeras obrigações a que estes ficam adscritos perante a contraparte, o que permite a esta manter um certo controle na fase da distribuição. Podemos assim concluir que a agência se insere nos contratos de distribuição, tomados estes em sentido amplo.

O fenômeno da distribuição não é novo. todos sabemos (e as empresas produtoras de modo especial) que não basta produzir, é indispensável vender. Daí que a preocupação da angariação de clientes, de conquista de mercado e de escoamento dos bens não seja recente. Mas a distribuição comercial, enquanto conjunto de atividades destinadas à transferência onerosa de bens e serviços do produtor para o consumidor final, assume hoje feições particulares. Ao comércio sempre coube, em geral, esse papel. Só que, na actualidade, a intermediação comercial passou a revestir-se de particulares contornos, mercê do incremento da produção, após a revolução industrial, e da separação entre as funções produtiva e distribuidora. Esta última tornou-se uma função própria de especialistas, muitas vezes juridicamente independentes, mas sempre unidos ao produtor por estreitos e estáveis laços de colaboração.

A distribuição comercial compreende, assim, a atividade de intermediários-colaboradores, que exercem a sua função de forma orgânica e coordenada, fazendo parte da cadeia de integração vertical do produtor. Foi o desenvolvimento económico, em suma, com a expansão do comércio

e da indústria, por um lado, e com as peculiaridades que introduziu, por outro lado, que levou à criação de novos métodos de colocação dos produtos no mercado e fez emergir formas jurídicas diferentes, os contratos de distribuição, ou, mesmo, um direito da distribuição comercial.

Efetivamente, tornou-se claro que a procura de novos mercados, distantes dos centros de produção, através do recurso ao pessoal da empresa, seria uma estratégia inadequada e que comportava elevados custos e riscos.

Em vez de fazer deslocar os trabalhadores a locais distantes da sua sede, ou de manter aí filiais ou sucursais, com as inerentes despesas de organização que isso envolveria, e de resultados duvidosos, a empresa optou por servir-se de pessoas estabelecidas nessas zonas, aproveitando a respectiva organização, capacidade e a sua credibilidade junto do público local. Evitam-se, assim, despesas fixas –de organização, salários, etc.–, ao mesmo tempo que é facilitada a conquista de novos mercados, mercê da utilização de intermediários já instalados nessa zona e conhecedores do público a que se dirigem.

Incrementam-se, deste modo, os *colaboradores* da empresa, seus “representantes” no plano económico, mas dotados de autonomia jurídica, empenhados em prosseguir os interesses da empresa, que acabam por ser também os seus, até porque a sua retribuição dependerá do volume de negócios que vier a ser alcançado.

A primeira forma de concretizar esta *colaboração* –ou esta *representação económica* (“hoc sensu”)– terá começado por realizar-se, numa fase mais recuada, através do contrato de comissão, ele próprio porventura já herdeiro da antiga “commenda”. Mas depressa se avançou para outra forma de colaboração, mais ajustada aos interesses da empresa, e que o desenvolvimento económico veio possibilitar: referimo-nos ao contrato de agência.

Tal como o comissário, o agente é independente e actua com autonomia, poupando à empresa custos de organização, e sendo igualmente remunerado em função dos resultados obtidos. Esta continua a beneficiar

também das vantagens de utilizar pessoas já estabelecidas na área a que se dirige. Só que, agora, diversamente do que sucedia com o comissário, é a empresa, via de regra, que celebra os contratos com os clientes, limitando-se o agente a promover a sua celebração e a angariar clientela.

Além da missão fundamental de promover os negócios da empresa –valendo-se do seu “savoir-faire”, da confiança que inspira, do seu relacionamento direto e pessoal com os clientes, dos laços de fidelidade que gera–, de evitar importantes despesas de instalação e de reduzir os riscos sempre inerentes a qualquer implantação nova no mercado, o agente exerce, ainda, funções complementares, da maior importância para a empresa, mormente na orientação da sua política de produção. É ele, na verdade, pelo seu conhecimento direto e pessoal do público consumidor, quem está em condições ideais de prestar à empresa as indispensáveis informações sobre as possibilidades do mercado, sobre as reações da clientela, sobre o estado da concorrência.

Não representando juridicamente a empresa, nem praticando, em regra, atos jurídicos, o agente coopera com ela no plano econômico, em termos de autonomia e de estabilidade, e auxilia-a na sua atividade comercial, emergindo como seu “representante econômico”.

Mas o agente não será, em princípio, um verdadeiro representante da empresa, embora esta possa atribuir-lhe poderes representativos. É, aliás, a falta destes poderes que dá ao contrato muita da importância prática que ele tem, na medida em que a empresa continua a possuir o domínio e a direção da sua atividade comercial, visto ser ela a decidir sobre a conclusão ou não dos contratos, que o agente negocia, mas sem poderes para vincular o principal.

O agente é um colaborador *autônomo*, juridicamente *independente* da empresa, pelo que não reveste tal qualidade o trabalhador assalariado, mero empregado, dependente da entidade patronal, ainda que a sua atividade possa decorrer fora da empresa e goze, nesta medida, de uma certa liberdade de movimentos (será o caso dos chamados “caixeiros viajantes”). O agente estará ao lado, não subordinado ao dono do negócio, podendo ele próprio, aliás, ser titular de uma empresa.

Daí que não sejam agentes, ainda que impropriamente se designem como tal, certos denominados “agentes de vendas”, bem como as filiais ou sucursais da casa principal, ou dos departamentos desta (ainda que fisicamente separados), mesmo que ostentem, em termos equívocos, o título de “agência” (é o que sucede com algumas ditas “agências bancárias”, por exemplo). O que importa è apurar, em cada caso, se as pessoas, singulares ou coletivas, que pretendem passar por agentes, preenchem os respectivos requisitos: promoção de contratos, com autonomia, estabilidade e mediante retribuição.

De entre os elementos essenciais do contrato de agência assume especial relevo o que se traduz na obrigação de o agente promover por conta da outra parte a celebração de negócios. Trata-se de um elemento fundamental deste contrato, que não se reduz a mera atividade publicitária do produto ou dos serviços do principal. A obrigação de *promover* os negócios da outra parte compreende tanto uma atividade itinerante de prospecção do mercado e de angariação de clientes (publicitando os bens e serviços do principal, fornecendo-lhes catálogos, amostras, listas de preços e outras informações), como, igualmente, compete ao agente encetar e prosseguir as negociações com os potenciais clientes, dirigindo ao principal as encomendas e propostas negociais a que tenham conduzido as referidas negociações. Deve, além disso, como já foi dito, prestar informações sobre a situação do mercado, sobre as reacções da clientela, sobre o estado da concorrência.

Abrange, portanto, todo um conjunto de atos materiais, empreendidos e orientados com vista a determinado fim: a conclusão do negócio entre o cliente e o principal, cabendo ao agente *fomentar e preparar* essa conclusão. Mas não goza este de poderes para ser ele próprio a celebrar os contratos com os clientes, excepto se esses poderes lhe tiverem sido conferidos por escrito.

O que acaba de dizer-se permite distinguir a agência do mandato. Enquanto este último contrato visa a prática de um ou mais atos jurídicos, a agência caracteriza-se, fundamentalmente, pela prática de atos materiais. E mesmo quando ao agente são conferidos poderes de representação, a prática de atos jurídicos mostra-se, neste caso, como atividade meramente acessória e complementar em relação àquela.

Pelo mesmo motivo se distingue a agência da comissão. Dá-se contrato de comissão, segundo o art. 266º do Código Comercial português, “quando o mandatário executa o *mandado mercantil*, sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando *por si e em seu nome*, como principal e único contraente”. E, nos termos do art. 231º do mesmo diploma, “dá-se mandato comercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais *atos de comércio por mandato de outrem*”.

É a comissão, portanto, um *mandato sem representação*, pelo que se distingue da agência nos termos já referidos a propósito do mandato. Acresce que o agente, se lhe tiverem sido conferidos poderes para celebrar negócios, actua por conta, *em nome* e no interesse do principal, enquanto o comissário pratica os actos no interesse e por conta do mandante, mas *em seu próprio nome*.

Quanto ao contrato de mediação, finalmente, tem este de comum com o de agência o facto de em ambos alguém atuar como intermediário, procurando que determinado negócio venha a concretizar-se e preparando a sua conclusão. O mediador exerce, assim, uma atividade semelhante, neste ponto, a do agente, embora a atuação deste último –que é também de mediação, mas que vai muito para além dela– seja diferente, em vários aspectos, da do mediador.

A obrigação fundamental deste é conseguir interessar para certo negócio, que raramente conclui ele próprio, limitando-se a aproximar duas pessoas e a facilitar a celebração do contrato. O mediador age com imparcialidade e independência, sem estar ligado a qualquer dos contraentes por relações de colaboração, de dependência ou de representação, confiando-se a sua atividade à preparação de determinado ato concreto. O agente, diversamente, atua por conta do principal e exerce uma atividade material contínua, estando ligado àquele por relações de colaboração duradoura, sendo a estabilidade um elemento essencial da agência.

Mas o complexo e multifacetado desenvolvimento económico e industrial viria exigir outras formas de colaboração, para lá de agência, orientadas por outras finalidades específicas, ainda que comungando todas da mesma preocupação íntima: facilitar a distribuição dos bens.

A separação entre a fase da produção e a da distribuição, fruto do desenvolvimento econômico, foi-se acentuando cada vez mais. Se a tarefa do agente consiste em promover os negócios da empresa, cabendo à esta, porém, a decisão final sobre a sua conclusão, o mesmo não sucede já na concessão comercial.

Aqui, o concessionário, apesar de ser igualmente um colaborador do concedente, surge, no entanto, como um comerciante independente que compra para revenda, negociando em seu nome e por sua conta. A sua ligação à empresa concedente revela-se em várias obrigações, que assume perante esta, e que se destinam, no essencial, a permitir à empresa, por um lado, um mínimo de control da atividade distribuidora e, por outro lado, a assegurar-lhe a venda de uma certa quota de bens.

Através do contrato de agência procura a empresa, fundamentalmente, *promover* os seus negócios; pelo contrato de concessão visa, no essencial, encontrar um *distribuidor*. Continua a preocupar-se, todavia, em manter um certo control ainda nesta fase, essencial ao escoamento dos seus produtos e/ou serviços.

É a concessão um *contrato-quadro* ("Rahmenvertrag") que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa nos termos da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando determinadas obrigações (mormente no que concerne à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar os clientes) e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente. Como contrato-quadro, o contrato de concessão comercial funda uma relação de colaboração estável, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, os bens que este se obrigou a distribuir.

Pese embora as relações de estabilidade e de colaboração entre as partes, comuns ao contrato de agência, trata-se de contratos diferentes, pois o concessionário, ao contrário do agente, é um comerciante que compra para revenda, age em seu nome e por conta própria, adquire, via de regra, a propriedade da mercadoria e corre o risco da comercialização, consistindo

a sua retribuição no lucro que obtém, que se traduz na diferença entre o preço por que compra os bens ao concedente e o preço por que os revende ao público.

Na mira de conseguir uma ingerência mais acentuada na fase da distribuição, ao ponto de gerar nos consumidores a convicção de estarem a adquirir os bens diretamente do fabricante, ou de uma sua filial, surgiu, recentemente, uma nova técnica contratual: o “franchising”.

Do mesmo modo que o concessionário, é o franquiado um distribuidor, independente do franquiador, mas que, no exercício da sua atividade de distribuição, atua como a *imagem empresarial* deste. A designação da figura (“franchise” = privilégio) evoca a ideia de que a comercialização dos bens é direito ou “prerrogativa soberana” do produtor, o qual poderá conceder a outrem o *privilégio* de os vender. O franquiado fica adstrito ao plano delineado pelo produtor, executa-o e surge aos olhos do público, ao distribuir os bens, como a *imagem empresarial* deste.

O franquiado é autorizado, para o efeito, a utilizar a marca, o nome, as insígnias e demais sinais distintivos de comércio do franquiador, fornecendo-lhe esta assistência, conhecimentos tecnológicos, regras de organização, planos de comercialização, de “marketing”. etc.

Trata-se de uma série minuciosa de prescrições, que o franquiado deve observar estritamente, e que são dispostas, em condições de uniformidade, para todos os franquiados, a fim de o franquiador poder controlar a actividade daqueles –que, apesar disso, conservam a sua independência– e, assim, de zelar pela qualidade dos produtos e/ou dos serviços fornecidos sob a sua marca, em termos de preservar a sua imagem e a dos bens que produz.

Do mesmo modo que o concessionário, é o franquiado um comerciante que, “grosso modo”, compra para revenda, atuando em seu nome e por conta própria, e assume os riscos da comercialização. Habitualmente, beneficia também do direito de exclusivo, e em ambos os casos se pode verificar uma obrigação de assistência aos clientes, bem como uma interferência da contraparte (concedente/franquiador) na sua organização.

A franquia difere da agência em termos semelhantes aos que distinguem este contrato do de concessão. Mais difícil, pelo menos na prática, é a distinção entre os contratos de concessão comercial e de franquia. São as seguintes as notas que permitem diferenciá-los: por um lado, a *ingerência* do franquiador na atividade do franquiado –na sua organização, nos planos de fabrico e métodos de venda, na política de “marketing”, etc.– é muito mais acentuada e extensa do que na concessão; por outro lado, o franquiado comercializa os bens *mediante a utilização obrigatória da marca e demais sinais distintivos de comércio* pertencentes ao franquiador; em terceiro lugar, a licença de utilização destes sinais é *necessariamente* acompanhada do fornecimento de “know-how”, de assistência, de métodos e planos de mercado, de conhecimentos tecnológicos, de diretrizes sobre a política de “marketing” e dos meios publicitários a utilizar, etc.; finalmente, é habitual, nos contratos de franquia, o pagamento, pelo franquiado, de *contrapartidas*, pelos benefícios que resultam da utilização da marca e dos conhecimentos de assistência que recebe: essas contrapartidas traduzem-se, em regra, no pagamento inicial de certa importância (direito de entrada), acrescida do pagamento de outras quantias periódicas (“royalties”).

Assim, pese embora o fato de possuírem algumas características comuns, são significativas as diferenças que os separam, mostrando-se o “franchising” um meio mais idóneo e adequado à política de integração vertical do produtor. Pode afirmar-se, neste sentido, representar a franquia um avanço qualitativo, em relação ao contrato de concessão, no esforço de o produtor se aproximar da fase de distribuição –melhor, de nela intervir–, controlando-a e dirigindo-a, mais servindo-se de empresas independentes.

Resta dizer, para concluir este ponto, que se trata de contratos que não dispõem ainda de um regime jurídico próprio (à exceção de Bélgica, mercê de uma lei de 1961, alterada em 1971, sobre o contrato de concessão), contra o que não depõe o facto de existir o Regulamento (CEE) nº 4087/88 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do art. 85º do Tratado a certas categorias de contratos de franquia.

5. Cessação do contrato e indenização de clientela

De acordo com o itinerário traçado, segue-se abordar agora a disciplina legalmente instituída do contrato de agência. Confrontando as leis portuguesa e espanhola, conclui-se ser muito semelhante essa disciplina. O que não é de surpreender, tendo em conta a Diretiva comunitária, cuja finalidade é precisamente essa. Acresce ter o legislador optado pelo modelo alemão, que a Diretiva colocara, em certos aspectos, em alternativa ao modelo francês.

Não me sendo possível debruçar-me sobre todo o regime jurídico do contrato, o que alongaria demasiado esta minha intervenção, restrinjo a minha análise a dois aspectos: à cessação do contrato e à protecção de terceiros. E fá-lo-ei em termos breves, tomando por base a lei portuguesa, que não difere, no essencial, como referi, da lei espanhola.

O contrato de agência pode cessar por caducidade, denúncia ou resolução, para além, naturalmente, do acordo das partes nesse sentido.

Qualquer destas formas de cessação do contrato deve constar de documento escrito, salvo, atenta a sua natureza, a caducidade. Esta, como é sabido, consiste na cessação automática do contrato, logo que ocorra algum evento que determine esse efeito, como acontece, nos contratos por tempo determinado, como o decurso do prazo.

Quanto à denúncia, restringe-se, como é natural, aos contratos celebrados por tempo indeterminado. É uma forma típica de fazer cessar relações duradouras, através de uma declaração unilateral receptícia e discriminária. Há, no entanto, prazos mínimos a respeitar, consoante o tempo de vigência do contrato.

O desrespeito do tempo de pré-aviso fixado na lei confere o direito a uma indemnização ou, em alternativa, na lei portuguesa, a faculdade, restrita ao agente, de exigir uma quantia calculada em certos termos (cfr. art. 29º, nºs 1 e 2). Sendo respeitado o pré-aviso, o contraente que denuncia o contrato atua licitamente, salvo se incorrer num abuso de direito, nos termos gerais.

A resolução efetiva-se extrajudicialmente, mediante declaração escrita à outra parte, mas carece, ao contrário da denúncia, de ser motivada. Deve, além disso, exercer-se no prazo de um mês após o conhecimento dos fatos que a justificam e indicar as razões que a fundamentam.

A lei estabelece, no art. 30º, dois fundamentos de resolução. O primeiro consiste no não cumprimento, por qualquer das partes, das respectivas obrigações, desde que o mesmo assuma determinada importância, quer pela sua gravidade, quer pelo seu carácter reiterado, e, desde que, por via disso, não seja de exigir à outra parte a manutenção do contrato.

O outro fundamento de resolução é mais de cariz objetivo, assente em circunstâncias, não imputáveis a qualquer das partes, que impossibilitam ou comprometem gravemente a realização da finalidade do contrato. Está-lhe subjacente, de certo modo, um tipo de preocupação semelhante ao que permite, em termos gerais, a resolução ou a modificação do contrato em caso de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Uma vez que a resolução opera extrajudicialmente, mas carece de ser motivada (arts. 3º e 31º da lei portuguesa e art. 26º, nº 2 da lei espanhola), um problema delicado poderá surgir. Problema que, não sendo específico do contrato de agência, também aqui pode colocar-se: se uma das partes declarar a resolução do contrato, vindo a apurar-se, no entanto, por decisão judicial posterior, mediante recurso intentada pela outra parte, a falta de fundamento da resolução, *quid iuris?*

Duas soluções se perfilam, "a priori": ou declarar que o contrato de agência se mantém, tendo a outra parte direito a ser indemnizada dos danos causados pela suspensão do contrato (enquanto a acção não foi decidida); ou partir do princípio de que o contrato se extinguiu, traduzindo-se a falta de fundamento da resolução, apurada posteriormente, numa situação de não cumprimento do contrato pelo contraente, que indevidamente lhe pôs termo, como a consequente obrigação de indenização.

A primeira alternativa seria, no plano dos princípios, a mais indicada, visto que a resolução sem fundamento traduz um exercício ilícito do respectivo direito. De outro modo, poderá dizer-se que se consegue obter um resultado pretendido, em violação da lei. Simplesmente, na prática, nem sempre parece aconselhável impor a subsistência do contrato, dado que entre o momento em que é feita a declaração resolutiva e a data da sentença judicial, em que se apura a sua falta de fundamento, pode mediar um longo período de tempo, durante o qual as relações contratuais terão cessado, de facto. Qualquer das partes pode, entretanto, ter estabelecido relações contratuais com terceiro, pelo que a imposição de retomar o anterior contrato de agência poderia conduzir, muitas vezes, a situações deveras complexas. Solução, esta, que, de resto, mal se compaginaria com o carácter extrajudicial da resolução e a natureza meramente declarativa da respectiva ação judicial, bem como com o carácter “intuitu personae” da agência. Resta, assim, ao contraente lesado, em caso de falta de fundamento da resolução, o direito a ser ressarcido dos prejuízos sofridos. Em alternativa, caso se trate de contrato por tempo indeterminado, poderá equiparar-se tal situação a uma denúncia sem observância do tempo de pré-aviso.

Uma palavra, a finalizar, sobre uma particularidade da agência, que é a indemnização de clientela.

Trata-se de uma compensação devida ao agente, após a cessação do contrato – seja qual for a forma por que se lhe põe termo e sem prejuízo de outras indenizações a que haja lugar –, pelos benefícios que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente. É como que uma compensação pela “mais-valia” que este lhe proporciona, graças à atividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa atividade, após o termo do contrato de agência.

Pese embora o seu nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira *indenização*, pois não está dependente da prova, pelo agente, de danos sofridos. O que conta são os *benefícios* proporcionados pelo agente à outra parte, benefícios esses que, na vigência do contrato, eram de proveito *comum*, e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas, *unilateralmente*,

ao principal. Não se trata, pois, em rigor, de *ressarcir* o agente de quais quer danos, antes de o *compensar* pelos benefícios de que a outra parte continue a auferir e que se devam, no essencial, à atividade do seu ex-agente. Mesmo que este não sofra danos, há um *enriquecimento* do principal que legitima e justifica uma *compensação* (“Ausgleichsanspruch” lhe chamam os alemães, termo mais adequado do que o de indenização, que seria “Schadensersatz”). Trata-se, em suma, a meu ver, de uma medida mais próxima do instituto do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil.

Quanto aos benefícios a auferir pelo principal, não se mostra necessário que eles já tenham ocorrido, bastando que, de acordo com um juízo de prognose, seja provável que eles se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente, e que se mantém, apesar da extinção do contrato, legada ao principal, constitua, em si mesma, uma *chance* para o último.

Por outro lado, não exige que seja o próprio principal a explorar diretamente o mercado, podendo, a meu ver, conseguir esses benefícios através de outro agente, de um concessionário, de uma filial, etc. O que interessa é que o principal fique em condições de continuar a usufrir da atividade do agente, ainda que só indiretamente, através de um intemediário.

Muito discutida é a questão de saber se o concessionário e o franquiado poderão beneficiar, no termo do respectivo contrato, da indemnização de clientela atribuída ao agente, uma vez verificados os requisitos de que a lei faz depender essa atribuição.

A meu ver, permanecendo os contratos de concessão comercial e de franquia como contratos atípicos, por carecerem de regime jurídico próprio, será pelo regime de agência que muitas lacunas poderão ser integradas. É necessário apurar, todavia, relativamente a cada questão e em cada caso concreto, se pode afirmar-se uma analogia de situações que justifique a aplicação a um contrato de normas estabelecidas para outro. ora, parece-me que, em princípio, a atividade *típica* de concessionários e franquiados, *por si só*, não será suscetível de ustificar, por analogia, uma indenização

de clientela. A situação já será diferente, porém, se as circunstâncias do caso concreto mostrarem que tais sujeitos desempenharam funções, cumpriram tarefas e prestaram serviços idênticos aos que recaem sobre o agente, em termos de eles próprios deverem ser considerados, pela atividade que exerceram, como um relevante *fator de atração da clientela*. A sua inserção na rede de distribuição do concedente/franquiador, bem como o tipo e natureza dos bens distribuídos, serão, para esse efeito, elementos importantes a considerar. Se, ponderados todos estes fatores, for de concluir, no caso concreto, pela *equiparação* de determinado concessionário ou franquiado, atenta a atividade exercida, a um agente, a indenização de clientela é de atribuir; caso contrário, é de rejeitar, por falta de analogia.

6. Proteção de terceiros

Vou agora tratar do último aspecto, o qual constitui uma importante inovação da lei portuguesa. Trata-se do problema da proteção de terceiros, ou seja, da proteção dos clientes, o que o Decreto-Lei nº 178/86 dedicou o capítulo III, arts. 21º a 23º.

Os problemas que, no âmbito da agência, mais afetam ou podem afetar os clientes resultam, fundamentalmente, quer da celebração de contratos por agente sem os necessários poderes, quer da cobrança de créditos por agente não autorizado. *Quid iuris*, pois, quando um agente, sem poderes de representação ou de cobrança da créditos, atua, no entanto, como se os tivesse, criando no cliente a *aparência* de estar a contratar ou a pagar a um agente munido de tais poderes?

Este problema, não sendo específico do contrato de agência –nem sequer do instituto da representação, embora as questões levantadas pelo “*falsus procurator*” assumam aqui particular relevância–, antes um problema geral de direito, em sede da tutela da *confiança* de terceiros, e com expressão a vários níveis, não sendo, pois, dizia, o problema do valor jurídico da aparência um problema específico do contrato de agência, o certo é que ele se reveste de particular acuidade neste domínio. Para isso contribui a própria situação objetiva da relação de agência, a qual pode

induzir o público em erro. negociando com um agente, o cliente poderá julgar que entre os poderes daquele se incluem o de celebrar contratos, receber pagamentos e outros.

Impôs-se ao agente, por isso, como medida *preventiva*, a obrigação de “informar os interessados sobre os poderes que possui, designadamente através de letreiros afixados nos seus locais de trabalho e em todos os documentos em que se identifica como agente de outrem, deles devendo sempre constar se tem ou não poderes representativos e se pode ou não efectuar a cobrança de créditos” (art. 21º). Trata-se, no fundo, de uma medida ditada pela necessidade de fazer *transparecer* o conteúdo da relação *interna* que liga o agente ao principal. Refira-se, entretanto, correspondendo ao apelo por nós lançado, que o Código do Registro Comercial, posteriormente aprovado, veio considerar sujeito a registo o contrato de agência “quando celebrado por escrito”, o que se revela de particular importância para a *informação* dos clientes sobre os poderes do agente.

Uma outra medida adoptada, esta à semelhança do legislador alemão (§§ 91a), foi de exigir que o principal informe de imediato o cliente de boa fé da sua recusa em ratificar um contrato celebrado por agente sem poderes de representação, logo que tenha conhecimento da conclusão desse contrato e do conteúdo essencial do mesmo, sob pena de o referido contrato se ter por ratificado (art. 22º). Trata-se, portanto, de um caso em que, por força da lei, o silêncio é meio declarativo.

Por último, dedicou-se uma norma (art. 23º) ao delicado problema da representação aparente, na qual se consagra uma solução, justa e equilibrada, para situações em que o agente, apesar da sua falta de poderes representativos e/ou de cobrança de créditos, actuou, no entanto, como se os tivesse, criando no cliente a aparência de estar a contratar ou a pagar a um agente munido dos respectivos poderes. O negócio concluído pelo agente, assim como a cobrança de créditos a que procedeu, serão *eficazes*, pese embora a sua falta de poderes, “se tiverem existido razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro” (art. 23º n 1).

Uma recente aplicação desta norma a um caso concreto foi feita pelo Acórdão da Relação do Porto de 6 de Outubro de 1992. Tratava-se, resumidamente, da seguinte situação. Determinada pessoa entrou num stand de automóveis, dirigiu-se ao indivíduo que nele se encontrava e encomendou-lhe uma viatura. Entregou-lhe um cheque de determinada importância, por conta do preço do automóvel, tendo esse indivíduo, que o atendeu no stand, e que aceitou a encomenda e o cheque, passado um recibo num cartão comercial com o logotipo da sociedade proprietária do stand. Sucede, porém, que esse mesmo indivíduo dissipou o cheque em proveito próprio, vindo a dona do stand –que considerava não ter recebido qualquer encomenda nem qualquer importância– a alegar que ele era um mero “angariador-comissionista”, a quem estava vedado aceitar encomendas, receber quantias e assinar recibos de quitação ou contratos em nome daquela. O Tribunal entendeu, porém, que tal circunstância seria irrelevante, qualificando esse indivíduo como agente e aplicando ao caso “sub judice” o art. 23º do Decreto-Lei nº 178/86, ou seja, a norma sobre a representação aparente, por entender que os requisitos dessa norma se verificaram no caso em apreço. E ainda que a relação não fosse de agência, sempre seria de lhe aplicar o referido art. 23º, por se tratar, no entender do Tribunal da Relação, de uma “norma paradigmática dos contratos de cooperação, aplicando-se, assim, analogicamente, a todos os contratos que revistam tal natureza cooperativa ou colaborante”.

Estamos perante uma decisão bem fundamentada, suficientemente evidenciadora da importância do art. 23º sobre a representação aparente. Norma esta que de algum modo corresponde, ainda que não em termos inteiramente rigorosos, ao postulado, bem atual, da proteção do consumidor, no âmbito das relações estabelecidas pelo agente com terceiros.

Termino a minha intervenção fazendo votos que ela não tenha defraudado as expectativas de todos quantos se dignaram ouvir-me, agradecendo a atenção que me dispensaram, que muito me honra e sensibiliza.