



CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E CONTRATO DE AGÊNCIA CENTROS DE ACTIVIDADE PRODUTIVA EM REDE

§1. Contrato de Distribuição - noções gerais e regime legal §2. Contrato de Agência - noção e características §3. Contrato de Agência - regime legal §4. Contrato de Agência – resolução §5. Contrato de Distribuição – resolução

§1. Por contrato de distribuição entende-se o contrato, contemplado ou não em legislação geral ou especial, que disciplina as relações jurídicas entre produtores e distribuidores, com vista à comercialização de bens e serviços dos primeiros.

Maioritariamente, o que resulta da experiência do quotidiano diz-nos que os distribuidores aparecem, aos olhos do público, como se fossem eles próprios os produtores de determinado bem ou serviço. O público em geral confia que quem está a vender certo produto tem, de facto, poderes para o fazer.

A distribuição comercial pode assumir diferentes modalidades:

- 1) Distribuição directa:** Levada a cabo pelo próprio fabricante. É o produtor que se encarrega da colocação dos seus próprios produtos ou serviços no mercado (usualmente recorrendo para tal a divisões orgânicas ou a pessoal dependente: filiais, sucursais, gerentes de comércio, auxiliares de comércio).
- 2) Distribuição indirecta:** O produtor concentra-se no fabrico e produção dos bens ou serviços, mas encarrega terceiras entidades especializadas para de forma autónoma, realizarem essa distribuição (i.e., transportadores, armazenistas, comissários, mediadores, agentes, concessionários, franquizados, etc.). Há uma multiplicidade de contratos que o produtor terá que celebrar para assegurar que o seu produto chega ao consumidor final. A distribuição indirecta pode ser ainda:
 - (a) Simples:** O produtor deixa total autonomia ao distribuidor na forma como vai colocar os seus produtos junto do consumidor. É caracterizada pela ausência de coordenação entre a produção e a distribuição.
 - (b) Integrada:** O produtor procura coordenar os distribuidores para que os produtos cheguem aos consumidores finais como se fosse o próprio produtor a fazê-lo. O distribuidor

sujeita-se, em maior ou menor grau, às orientações e fiscalização genéricas do produtor. O homem médio, pela sua experiência comum, não consegue distinguir se a pessoa que procede à distribuição é o próprio produtor ou uma entidade autónoma. É neste campo que surgem os contratos de agência, de franquia e de concessão. E é aqui que se levantam os maiores problemas na formulação e execução destes contratos, nomeadamente quando se extinguem.

Por ora, necessário será proceder à identificação dos modelos contratuais clássicos e mais relevantes da distribuição comercial indirecta: **(1)** contrato de agência **(2)** contrato de concessão comercial **(3)** contrato de *franchising* ou de franquia **(4)** contrato de mediação e **(5)** contrato de comissão.

Isto não obsta a que as partes continuem a ter a sua autonomia, em termos de criação de modelos que não estejam compreendidos na identificação acima elencada, pense-se tão-só, por exemplo, nos contratos de distribuição selectiva e de distribuição autorizada.

Quanto à regulação jurídica dos contratos de distribuição comercial, importa referir um conjunto variado de fontes a que estes contratos terão de obedecer.

Em primeira linha, releva a autonomia das próprias partes contratantes e a escolha racional dos seus direitos e obrigações porque individual e contratualmente acordados entre estas.

Em segunda linha, releva a figura do contrato de agência e o disposto no Decreto-Lei nº178/86, de 3 de Julho, que permite a aplicação analógica aos casos omissos da solução concreta prevista nas suas normas, apenas quando justificável devido à *ratio* da lei e à natureza das lacunas em causa.

Em terceira e última linha, terá de se ter em conta um conjunto de outras fontes legais, de carácter geral, v.g., normas comuns sobre negócios jurídicos (arts.271º e ss, CC), sobre contratos de adesão (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais), a propósito de regras de defesa da concorrência (arts.4º e ss, Regulamento CE/2790/1999, de 22 de Dezembro), no domínio da propriedade industrial (arts.31º e 32º, do CPI), ou de direito comercial internacional (arts.41º e 42º, Convenção de Roma de 1980).

§2. Regulado o contrato de agência no Decreto-Lei nº178/86, de 3 de Julho, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a admitir a extensão analógica do regime dos contratos de agência aos demais contratos de distribuição não tipificados na lei (denominados de contratos atípicos).

Por sua vez, segundo o art.1º da Lei do Contrato de Agência (de agora em diante denominado por LCA), a agência é o contrato pelo qual uma das partes, o agente, se obriga a promover por conta de outrem, o principal, a celebração de contratos de modo autónomo, estável e por via de uma remuneração.

Quando falamos em contrato de agência, é necessário tomar em atenção os seus elementos essenciais:

- ▶ Promoção da celebração de contratos: trata-se de uma obrigação que deve ser executada de acordo com as regras definidas e de boa-fé, no respeito dos interesses do principal (art.6º, LCA) e que se traduz num conjunto de actos que vão desde a prospecção do mercado à difusão publicitária dos produtos e serviços do principal, até à angariação de novos clientes, ao estabelecimento de negociações e à fidelização dos clientes já angariados. Porém, é importante que se perceba que os contratos não são celebrados pelo agente com os clientes, limitando-se aquele a promover e a preparar a sua celebração futura pelo principal. Todavia, o agente pode ser autorizado a celebrar esses contratos na qualidade de representante do principal (art.2º, LCA) e a cobrar os créditos que daí resultarem, por força de disposição contratual expressa;
- ▶ Actuação por conta do principal: os efeitos dos actos que o agente pratica destinam-se a ser projectados na esfera jurídica do principal e a actuação do primeiro deve ser realizada em benefício do segundo (i.e., actuação no interesse alheio). Este traço permite distinguir a agência de outros contratos de distribuição, tal como a concessão comercial ou a franquia, nos quais o distribuidor actua por conta própria;
- ▶ Autonomia: o contrato de agência envolve a autonomia do agente, o que permite distinguir o agente do trabalhador face ao contrato de trabalho, onde existe um elemento de subordinação. Esta autonomia deverá sempre existir, sob pena da descaracterização da própria relação contratual (art.7º, a), LCA). Não serão agentes os indivíduos que se encontrem ligados a um empresário através de contrato laboral (p.e., gerentes de comércio, auxiliares, caixeiros);
- ▶ Estabilidade: não estará em causa um contrato de agência face a actos isolados ou ocasionais, podendo o contrato de agência ser de duração indeterminada (no silêncio das partes) ou determinada. Este traço permite distinguir o contrato de agência do contrato de mediação, no qual o mediador, embora exercendo uma actividade de intermediação semelhante à do agente, exerce uma intermediação isolada ou pontual, quando solicitado para a preparação de dado negócio em concreto;
- ▶ Onerosidade: O agente deve ser remunerado pelo principal (arts.16º a 18º, LCA), sendo a remuneração determinada, na falta de convenção das partes, segundo a equidade ou usos mercantis (art.15º, LCA):

Independentemente do nome dado pelas partes ao contrato, importante será a verificação, ou não, deste conjunto de elementos. Para além destes, a lei enumera duas outras características que constituem elementos meramente eventuais, sendo um exemplo destes a atribuição ao agente de uma certa zona geográfica de actuação ou de determinado círculo específico ou delimitado de clientes (art.1º, LCA).

§3. O regime legal do contrato de agência está repartido por dois grupos fundamentais de normas, as normas relativas às posições das partes do contrato e as normas relativas à cessação do contrato.

Quanto ao âmbito das normas relativas à posição das partes, estão normalmente em causa a definição dos direitos e obrigações dos contraentes.

- Assim, incumbe ao agente, para além da obrigação principal de promoção negocial (art.1º, LCA), o dever de acatamento das instruções do principal, de prestação de informação, e de prestação de contas (art.7º, LCA), um dever de sigilo (art.8º, LCA), um dever de avisar o principal de qualquer impossibilidade de cumprimento (art.14º, LCA), um dever de informação perante terceiros (art.21º, LCA), assim como, quando convencionado, um dever de não-concorrência (art.9º, LCA) e um dever de garantia do cumprimento das obrigações de terceiros (art.10º, LCA);
- Por outro lado, para além do seu direito principal à retribuição (arts.13º, e), 15º a 18º, LCA), o agente tem ainda o direito de receber do principal os elementos e a informação necessários ao exercício da sua actividade, nos termos do art. 13º, alíneas a) a d), LCA), um eventual direito a prestações retributivas suplementares (no caso de convenções especiais de cobrança e de não concorrência: art. 13º, f) e g), LCA) e prestações indemnizatórias (art. 33º, LCA), e ainda outros direitos secundários (arts. 20º e 35º, LCA).

Quanto às normas relativas à cessação do contrato de agência, determina-se que a cessação está sujeita às regras gerais de extinção de contratos (art.24º, LCA) - caducidade, denúncia, mútuo acordo, resolução - que o legislador, face aos interesses do agente, rodeou de um conjunto de cautelas especiais (arts.24º a 36º, LCA).

Em segundo lugar, é preciso fazer referência à figura da retribuição do agente. No disposto no art.13º, a), LCA o agente tem direito ao pagamento da retribuição, nos termos acordados. Porém, em caso de ausência de convenção das partes e segundo o art.15º, LCA, a retribuição do agente será calculada segundo os usos ou, na falta destes, de acordo com a equidade.

O agente tem ainda direito a comissões pelos negócios que promove, nos termos do art.16º, direito este que surge apenas quando as circunstâncias do art.18º/1, LCA estejam verificadas, ou seja, quando o principal haja cumprido o contrato ou devesse tê-lo cumprido por força do acordo concluído com terceiro (art.18º/1, a), LCA), ou quando terceiro haja cumprido o contrato (art.18º/1, b), LCA). No entanto, o direito a exigir comissão por parte do agente irá subsistir no caso de o cumprimento do contrato ficar a dever-se a causa imputável ao principal, nos termos do art.19º, LCA.

O Ac. do STJ de 06/01/2017, Processo nº883/14.7T8BRG.G1.S2 prescreve que "*o agente tem direito a uma comissão pelos contratos que promoveu e, bem assim, pelos contratos concluídos com clientes por si angariados, desde que concluídos antes do termo da relação de agência*".

O tribunal, ao fundamentar a decisão de Direito, menciona parte da doutrina e em especial António Pinto Monteiro, ao dispor que o art.16º/1, LCA, referente ao direito a comissões, "*estende o direito à comissão não só aos contratos promovidos pelo agente, como, igualmente, aos contratos concluídos com clientes por si angariados*",

§4. Em harmonia com o art.24º, d), LCA o contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual, ou seja, se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia terminar.

Nesta ordem e do disposto nos arts.30º e ss, LCA, sem que haja específica previsão legal ou contratual ou então acordo nesse sentido, para que se efectue a resolução do contrato de agência terá de ocorrer um incumprimento do mesmo. Este incumprimento tem de ser grave ou reiterado e em ambos os casos é necessário um juízo de prognose, com o intuito de se perceber se será exigível ou não a subsistência do contrato. Importante é notar que qualquer das partes pode resolver o contrato quando a subsistência do contrato não lhe é exigível perante uma situação destas.

Caso ocorram circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de a sua manutenção não ser exigível, qualquer das partes pode resolver o contrato sem acordo da outra (art.30º, LCA).

Neste sentido e nos termos do Ac. do STJ de 10/01/2008, Revista nº3797/01, o tribunal vem dizer que *"o incumprimento não foi apenas grave como reiterado, o que reforça a conclusão anterior da não exigibilidade da subsistência do vínculo. Assim, ao abrigo do disposto no art. 30.º do DL n.º 178/86, a Ré pode pôr termo ao contrato por resolução por justa causa, resolução que é válida, uma vez que foi feita por escrito e do teor da carta a comunicar a rescisão se extrai, de forma bastante, a motivação cem que se funda, como exige o art. 31.º do citado DL."*

Teria ficado provado a negligência do negócio contratual por parte do agente, ao violar o princípio da boa-fé e ao não acatar as instruções do principal, sobretudo tendo em conta que eram essenciais à boa gestão do negócio e à correta estruturação dos ganhos e das perdas. Estaríamos perante um pedido de resolução do contrato de agência por justa causa por parte do principal.

Batista Machado salienta que *"será uma "justa causa" ou um "fundamento importante" qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim (...). A "justa causa "representará, em regra, uma violação dos deveres contratuais (e, portanto, um "incumprimento"): será aquela violação contratual que dificulta, torna insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente à continuação da relação contratual"*

Acontece que, após a cessação do contrato, o principal continue a beneficiar da clientela angariada pelo agente, ou do aumento de negócios conseguido pelo mesmo e pelo qual o agente não irá auferir qualquer retribuição. A lei vem prever a figura da indemnização de clientela que visa, fundamentalmente, compensar o agente, no seguimento da cessação do contrato de agência, pelos benefícios de que o principal continuará a usufruir devido à clientela por aquele angariada.

A figura da indenização da clientela, plasmada no art.33º, LCA apresenta quatro pressupostos cumulativos que terão de estar preenchidos:

- ✓ Que o agente tenha, de facto, angariado clientes ou aumentado o volume de negócios e que tenha resultado de um esforço efetivo do agente e não do efeito da força das marcas;
- ✓ Que o principal, após a cessação do contrato, venha beneficiar consideravelmente dessa clientela ou desse volume de negócios;
- ✓ Que o agente deixe de receber retribuição por esses mesmos contratos;
- ✓ Que o contrato de agência não tenha terminado por causa imputável ao agente.

A indenização de clientela é paga pelo principal e o seu valor é, nos termos do art.34º, LCA, determinado de acordo com a equidade. O valor equitativo não pode ultrapassar o valor equivalente a uma indenização anual, calculada com base na média anual da remuneração do agente auferida nos últimos cinco anos.

Segundo Menezes Leitão, *"a indenização de clientela funda-se na ideia de não ser justo o principal conservar, após o fim do contrato, os benefícios da actividade desenvolvida pelo agente, tendo este deixado de auferir a correspondente remuneração, o que justifica a atribuição de uma prestação suplementar"*.

Porém, *"não é devida indenização 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."*(Ac. do STJ de 10/01/2008, Revista nº3797/01)

Por outro lado e no sentido do Ac. do STJ de 02/14/2012, Processo nº1889/03.7TBVFR.P1.S1, o contrato de agência é um contrato *intuitu personae*, ou seja, a relação de confiança entre ambos os contraentes assume especial relevância, pelo que não é razoável impor ao principal a manutenção de uma relação contratual que apresenta uma quebra de um vínculo de confiança mútua.

O tribunal vem afirmar que *"a resolução do contrato pode ocorrer: a) por iniciativa de qualquer das partes; b) nos contratos por tempo indeterminado ou por tempo determinado; c) a qualquer momento; d) carece de pré-aviso; d) se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando pela sua gravidade e reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual."*

Ter em especial atenção que a indenização por clientela não será atribuída ao agente uma vez que o contrato de agência tenha sido resolvido com fundamento em justa causa, porquanto o agente obterá um benefício com a sua condenação. *"Ocorrendo causa justificativa cessa o direito a uma indenização e por imposição do n.º 3 do artigo 33.º. Em definitivo, a indenização por clientela não procederá quando o contrato se haja extinguido por resolução promovida pelo principal fundando-se em incumprimento do agente, resultando provado por aquele tanto o próprio incumprimento quanto o seu carácter de fundamento da resolução."* Parece ser esta a interpretação mais fundada.

§5. Nos termos do ponto 4 do preâmbulo do regime da agência, em matéria de resolução de contrato, pode ler-se que "*detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia - quando e na medida em que ela se verifique -, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato.*"

Em primeiro lugar, quando da determinação do regime legal aplicável a contratos não tipificados em lei (contratos atípicos) - como aparenta ser o caso dos restantes contratos de distribuição, excepcionado o contrato de agência -, é de aplicar a regra geral de Direito Civil segundo a qual o modo de formação destes fica na disponibilidade das partes, ou seja, é regulado pelo disposto pelas partes, no limite da sua autonomia privada e, subsidiariamente, aplicar-se-ão as disposições previstas para figuras semelhantes (quando se justifique a analogia), segundo o Ac. do TRL de 14/02/2006, processo 10878/2005-7.

Em segundo lugar, é de convocar certas normas que, pela sua especificidade, têm sido aplicadas aos contratos atípicos pela doutrina e jurisprudência, por analogia ao contrato de agência. Normas essas que constam dos artigos 28º e 29º do DL 178/86, e que atribuem uma indemnização pela falta de pré-aviso da denúncia do contrato pela contraparte, e dos artigos 33º e 34º do mesmo decreto-lei, através dos quais se atribui ao agente o direito a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato.

Em relação aos primeiros, subjacente está a manifestação do princípio geral de boa-fé e da proibição do abuso de direito, sendo de aplicar a todos os contratos atípicos, com o intuito de proteger a contraparte face à cessação do contrato sem qualquer pré-aviso.

Em relação aos segundos, em causa está uma figura *sui generis*, pelo facto de não haver conhecimento de qualquer outro instituto que conceda a uma das partes o direito a uma compensação pela atividade desenvolvida na pendência do contrato, após a cessação do mesmo (independentemente de prova de quaisquer danos).

De notar que a indemnização de clientela tem gerado grande controvérsia por parte da doutrina e jurisprudência aquando do problema de saber se será de aplicar este regime a outros contratos que não o de agência. Posto isto, têm sido apresentadas e tomadas três posições distintas:

- (1) Doutrina que nega a aplicabilidade da figura da indemnização de clientela, não havendo possibilidade de aplicar a figura da indemnização de clientela ao contrato de concessão ou franquia, por ser uma norma excecional e como se sabe, não é de aplicar, por analogia, normas excecionais;
- (2) Doutrina que permite a aplicação da figura da indemnização de clientela através da *analogia juris*, defende que aplicar-se-ia sempre ao contrato de franquia e de concessão, desde que tivesse havido um aumento considerável do volume de negócios ou de clientela;
- (3) Posição intermédia, que defende a utilização da figura da analogia, mas terá que ser uma *analogia legis* (caso a caso). Tem de se verificar caso a caso se estão ou não verificados os pressupostos da indemnização de clientela. Só através de uma análise casuística é que podemos considerar se há ou não lugar à atribuição de uma indemnização de clientela.

Posto isto, é de sublinhar que a posição intermédia tem sido a mais adoptada pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como base, e em tom de exemplo, o Ac. do TRL de 10/01/2013, Processo nº 4189/09-7 e o Ac. do STJ de 04/02/2003, Processo nº 02A744.

Nos termos do AC. do TRL de 10/01/2012, Processo nº 4189/09-7, em causa estaria a resolução de um contrato atípico e a dúvida aqui surge no plano de concessão da indemnização de clientela à contraparte. Antunes Varela considerava que a resolução consiste na *"destruição da relação contratual, operada por ato posterior de vontade de um dos contraentes, que pretende fazer regressar as partes à situação em que elas se encontrariam, se o contrato não tivesse sido celebrado"*. "

O Tribunal da Relação de Lisboa admite a resolução do contrato apenas com fundamento em lei ou convenção das partes, tendo condenado o réu no pagamento de uma indemnização por dano de clientela, com o fundamento de que por ter considerado estar-se perante um contrato de concessão comercial, cujo *"regime deverá ser obtido através das regras gerais dos contratos e dos contratos que com ele mais se assemelham, o que, conforme entendimento geral da doutrina e da jurisprudência, se consubstancia no contrato de agência"*. "

Diz ainda o tribunal que esta indemnização apenas poderá ter lugar caso os requisitos do artigo 33º, do DL 178/86 estejam cumulativamente preenchidos: *1) O agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela existente; 2) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente; 3) O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a).*

Em suma, a indemnização de clientela será uma compensação devida ao agente, após a cessação do contrato, pelos benefícios de que o principal continua a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente.

Nos termos do Ac. do STJ de 04/02/2003, Processo nº 02A744, estaria em causa a resolução de um contrato atípico, devido ao seu incumprimento por uma das partes. O Supremo Tribunal de Justiça dispõe que a resolução se justifica, não só quando do incumprimento do contrato, mas também quando há uma alteração anormal da base negocial que o atinge, ou quando há uma alteração anormal da base negocial que atinge o equilíbrio das prestações.

A resolução do contrato não fica então dependente de qualquer prazo contrato e tem efeitos imediatos e retroativos.

No caso em apreço, falar-se-ia numa aplicação analógica do regime do contrato de agência ao contrato de concessão comercial, através do artigo 31º do DL 178/86 que dispõe *"A resolução é feita através de declaração escrita, no prazo de um mês após o conhecimento dos factos que a justificam, devendo indicar as razões em que se fundamenta"*.

Quer para o aconselhamento na celebração, modificação ou extinção de contratos, quer para o acompanhamento das vicissitudes normais da execução de contratos mais ou menos complexos deverá sempre contactar-se e consultar-se um advogado.

Rui Elói Ferreira
Bárbara Henriques do Amaral