A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME JURÍDICO DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL: TRADIÇÃO OU VERDADEIRA ANALOGIA?

Pela D.ra Mariana Soares David

Sumário:

I. INTRODUÇÃO. **II.** OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DA HISTÓRIA. **III.** A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS QUE REGULAM A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA. A) A TENDÊNCIA; B) A (ALEGADA) JUSTIFICAÇÃO. **IV.** CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO

As últimas décadas têm evidenciado a sedimentação, entre a nossa doutrina e jurisprudência, de uma forte corrente favorável à aplicação analógica do regime de cessação dos contratos de agência (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 13 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril), a contratos de distribuição legalmente atípicos, como os contratos de franquia e os contratos de concessão comercial.

Com efeito, o problema da delimitação do regime jurídico aplicável a determinado negócio jurídico assume especial relevo e dificuldade quando estamos perante figuras que não se encontram directamente reguladas por qualquer diploma legal.

No que toca aos contratos de distribuição, porventura pela sua crescente frequência e relevância negocial, esta questão tem motivado inúmeros escritos doutrinários e decisões jurisprudenciais que a têm resolvido de modo praticamente unânime. Em suma, concluindo-se que a similitude estrutural entre o contrato de agência e a generalidade das figuras negociais tendentes à distribuição comercial de produtos justifica a proclamação do primeiro como figura paradigmática entre os demais contratos de distribuição e a exportação *extra muros* aos restantes do regime plasmado no referido Decreto-Lei n.º 178/86, mormente na parte referente aos termos e consequências da cessação do contrato.

Uma tendência com a qual não podemos concordar, seja pela excessiva simplificação que acarreta, seja pela fraca fundamentação e rigor teórico de grande parte das decisões que a propugnam, seja pelas consequências nefastas que muitas vezes resultam (ou podem resultar) da sua aplicação prática.

Posto isto, e embora sem qualquer pretensão de exaustividade quer na análise do problema quer na documentação das diversas posições que têm sido tecidas sobre o mesmo, o que nos propomos é a demonstrar a controvérsia que ainda subjaz ao aparente consenso que se tem gerado em torno desta matéria — *maxime*, no que diz respeito à aplicação analógica aos contratos de concessão comercial da indemnização de clientela prevista nos artigos 33.º e 34.º do regime jurídico do contrato de agência.

No essencial, a questão que se coloca é a de saber se esta *proclamada* aplicação analógica tem realmente justificação ou decorre apenas de uma prática consolidada, que prescinde as mais das vezes de uma análise rigorosa da verificação, ou não, no caso concreto, dos pressupostos de que depende o processo de integração de lacunas por analogia.

II. OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DA HISTÓRIA

O crescimento continuado da produção industrial iniciada na segunda metade do século XVIII e a globalização das relações comerciais a que temos assistido nos últimos anos tornaram inevitável o fraccionamento do processo de produção e distribuição.

De facto, num mercado à escala mundial e quase sem fronteiras, a eficiência da actividade de distribuição passa, em larga medida, por um profundo conhecimento de cada região e segmento de mercado e pela qualidade e especialização dos serviços oferecidos por cada elemento da cadeia de distribuição.

Por isso mesmo, na moderna sociedade de consumo, a distribuição directa tem sido praticamente substituída por diversos modelos de distribuição indirecta, desenvolvidos através de uma rede de intermediários especializados, elos de uma cadeia entre a produção e os consumidores finais. Um movimento de descentralização que se tem generalizado, agilizando e racionalizando o processo de circulação dos bens, facilitando a conquista de novos mercados por operadores já instalados e com credibilidade junto do público local, e permitindo transferir para terceiros despesas e riscos que, de outro modo, o produtor teria de suportar directamente.

Neste contexto, para regular as relações comerciais entre produtores e distribuidores em torno desta actividade de intermediação foram, ao longo dos tempos, surgindo diversos esquemas contratuais dirigidos à "representação económica" do produtor / fornecedor, que têm sido agrupados sob a ampla categoria de *contratos de distribuição*.

Em termos históricos, a doutrina tem associado o surgimento destes contratos às ancestrais figuras da *commenda* medieval e do contrato de comissão, posteriormente destronadas pelo contrato de agência(1). Durante várias décadas, foi este o modelo privilegiado de distribuição seguido na generalidade dos países europeus. Tendo o mesmo, aliás, sido merecedor de harmonização comunitá-

---

(1) Sobre o desenvolvimento e encadeamento histórico destas figuras, *vide*, por todos, Luís Menezes Leitão, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 13 e 14.

ria através da Directiva n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986.

Não obstante, com o passar dos tempos, o desenvolvimento económico e o progressivo distanciamento do produtor relativamente ao destino final dos bens viriam exigir uma maior descentralização e dispersão de custos e riscos, que levou à generalização de um modelo de distribuição indirecta em que o distribuidor passou a ser responsável, não apenas pela promoção dos produtos, mas também pela decisão final sobre a respectiva distribuição e revenda.

Terá sido nesta altura, e em resposta a estas necessidades de mercado, que o contrato de concessão comercial começou a assumir a relevância económica e social que lhe é hoje reconhecida, enquanto *"contrato-quadro que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força 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 certas obrigações — mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes — e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente"* e que funda "*uma relação de colaboração estável, duradoura, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente estabelecidos, os bens que este se obrigou a distribuir*"([2]).

Com efeito, à semelhança do que acontece com o agente, também o concessionário corresponde a um distribuidor dos produtos do produtor/fornecedor, que actua a jusante no circuito comercial, com vista à promoção daqueles produtos, e que se encontra ligado ao produtor/fornecedor por meio de um conjunto de obrigações tendentes a um controlo mínimo da actividade de distribuição, ao eficaz escoamento dos produtos e à defesa da respectiva marca, e do seu prestígio, reputação e notoriedade([3]).

([2]) A definição é de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, em "Anotação Ac. RP 27/6/1995 (Contrato de agência com um transitório, ilicitude da resolução e indemnização de clientela)", *RLJ*, 133 (2000-2001), pp. 39 e 40.

([3]) Uma característica que, em qualquer caso, de modo algum, se confunde com a dependência (típica) do agente face ao principal.

Porém, ao contrário do que tipicamente ocorre com o agente, o concessionário normalmente não se limita a intermediar e promover esta actividade de distribuição, adquirindo efectivamente a propriedade dos produtos que distribui e procedendo, por sua própria conta e risco, à respectiva revenda, seja a outros comerciantes, grossistas e/ou retalhistas, seja aos próprios consumidores finais. À subordinação típica dos agentes viria, pois, contrapor-se a autonomia, independência e responsabilidade acrescidas do concessionário — sendo, aliás, este o seu principal traço característico.

Assim se desenvolvendo um modelo de distribuição que permite associar às vantagens da actividade de intermediação anteriormente desempenhada pelos agentes comerciais uma diminuição das responsabilidades assumidas pelo produtor/fornecedor no tocante ao *terminus* do processo de escoamento dos produtos.

III. A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS QUE REGULAM A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA

A) A TENDÊNCIA

Atenta a sua crescente frequência negocial (também dita, *tipicidade social*), o contrato de concessão comercial tem sido, entre nós, nominado e autonomizado das demais espécies de contratos de distribuição comercial, com base num conjunto de características que lhe têm sido reconhecidas pelas nossas doutrina e jurisprudência.

Não obstante, à semelhança do que acontece na generalidade dos demais sistemas jurídicos à escala mundial, a concessão comercial surge ainda, na ordem jurídica portuguesa, como uma figura legalmente atípica([4]/[5]).

([4]) A propósito da tipicidade e atipicidade dos contratos, do seu carácter nominado ou inominado, e do respectivo regime jurídico, *vide* por todos RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 34-44 e 131-159.

([5]) Ao que sabemos, são apenas três os sistemas jurídicos em que o contrato de concessão comercial se encontra específica e directamente regulado na lei, a saber, a lei belga de 27 de Julho de 1961, *relative à la resiliation unilaterale des concessions de vente exclusive*

O que levanta, desde logo, e com particular acuidade, o problema da determinação do respectivo regime jurídico, que aliás se prende com um outro problema que o antecede em termos metodológicos e que consiste na sua qualificação.

Na verdade, sendo certo que mesmo no âmbito dos contratos típicos são frequentes as questões suscitadas em torno destas operações de interpretação e qualificação contratual e da respectiva subsunção jurídica(6), é sem dúvida no domínio da atipicidade que as mesmas colocam especiais dificuldades. Desde logo porque, neste domínio, o intérprete não encontra para o efeito qualquer apoio na lei, seja através de uma descrição do acervo normativo que há-de limitar a liberdade negocial das partes no negócio em apreço, seja através de uma descrição dos seus traços essenciais *(essentialia)*.

Todavia, no que diz respeito aos contratos de concessão comercial, estas questões têm sido resolvidas com particular *agilidade* pelas nossas doutrina e jurisprudência — de um lado, e no que toca à sua qualificação, com recurso ao tipo social construído para catalogação desta figura e, de outro lado, no que toca à determinação do respectivo regime jurídico, através da aplicação analó-

---

à durée indeterminée, a lei brasileira n.º 6729, de 28 de Novembro de 1979, sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automóveis de via terrestre e o Código Comercial de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M. Sendo de notar que, em todos esses casos se prevê, de facto, o direito do concessionário a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato, em semelhantes ao que ocorre entre nós no âmbito do contrato de agência. Isso mesmo se encontra também previsto, ainda com maior alcance, nos artigos 18.º e ss. do *ICC Model Distributorship Contract (sole importer-distributor)* de 1993, aplicável à generalidade dos contratos de distribuição. Todavia, ainda que esta compensação se possa considerar defensável *de iure condendo*, uma vez que a mesma não se encontra (pelo menos, ainda) prevista na nossa ordem jurídica *de iure constituto*, apenas pela análise dos pressupostos da analogia se poderá eventualmente concluir pela sua necessidade da sua atribuição no caso concreto.

(6) Operações que exigem sempre um aturado exercício de interpretação do caso concreto e de aproximação do mesmo a cada uma das normas legais previstas para o tipo (cf. Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., pp. 121-130). Pois, conforme refere João Baptista Machado — como de costume, com particular mestria —, ainda que neste ponto citando Kaufmann, *"todo o conhecimento jurídico, toda a descoberta do direito (heurística jurídica) e até toda a chamada 'subsunção' mostra a estrutura da analogia"* (cf. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 330-331).

gica das normas que regulam a cessação do contrato de agência, atenta a sua similitude estrutural(7)

De facto, como atrás se deixou sumariamente referido, analisando os diversos escritos que se têm debruçado sobre esta matéria, é fácil verificar uma clara tendência favorável à exportação *extra muros* do regime jurídico previsto para o contrato de agência a outras figuras negociais paralelas mas sem regulação legal directa, como é o caso do contrato de concessão comercial. Neste sentido se têm pronunciado os nossos tribunais superiores, na quase totalidade dos acórdãos proferidos a este propósito(8), e uma parcela significativa e largamente maioritária da nossa doutrina, da qual se destacam nomes como os de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial I*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 513 e 514, LUÍS MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 84 e 85 e SOFIA TOMÉ D'ALTE, *O Contrato de Concessão Comercial*, *RFDUL*, Volume XLII, N.º 2, 2001, pp. 1418-1420.

---

(7) Quanto mais não seja por, tanto o agente como o concessionário, serem colaboradores estáveis do produtor/fornecedor, os quais actuam como intermediários do processo de distribuição dos produtos produzidos/fornecidos por este último, com vista à defesa dos seus interesses e à promoção dos seus bens e marca.

(8) Vejam-se, designadamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 04/05/93 (proc. n.º 803376), de 22/11/95 (*CJ*, 1995, 3, 115), de 12/12/96 (proc. n.º 88398), de 23/09/97 (proc. n.º 97B458), de 23/04/98 (*Act. Jur.*, n.º 16/17), de 18/11/99 (proc. n.º 99B3868), de 10/05/01 (proc. n.º 01B324), de 10/07/01 (proc. n.º 01A2202), de 15/10/02 (proc. n.º 02A2057), de 12/06/03 (proc. n.º 03B1267), de 31/03/04 (proc. n.º 04B545), de 27/05/04 (proc. n.º 04B1665), de 30/09/04 (proc. n.º 04B191), de 12/04/2005 (proc. n.º 04A4685), de 21/04/05 (proc. n.º 04B3868), de 06/07/2005 (proc. n.º 04B4598), de 22/09/2005, proc. n.º 05B1894, de 06/12/2005 (proc. n.º 0522728), de 29/06/2006 (proc. n.º 06B2110), de 14/09/2006 (proc. n.º 06P1271), de 10/10/2006 (proc. n.º 06A2132), de 23/11/2006 (proc. n.º 06B2085), de 13/09/2007 (proc. n.º 07B1958); os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 18/10/94 (proc. n.º 9420142), de 27/06/95 (proc. n.º 9520949), de 01/07/96 (proc. n.º 9550745), de 09/11/98 (proc. n.º 9250387), de 21/06/00 (proc. n.º 0030767), de 15/04/04 (proc. n.º 0431755), de 22/04/04 (proc. n.º 0430631), de 09/12/04 (proc. n.º 0430673); os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/07/91 (proc. n.º 0018146), de 11/07/02 (proc. n.º 00122967), de 26/06/03 (proc. n.º 4398/2003-2), de 18/05/04 (proc. n.º 3589/2004-7), de 02/02/06 (proc. n.º 9219/2004-6), de 06/05/08 (proc. n.º 2010/2008-7), de 08/05/08 (proc. n.º 3038/2008-6) e os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/11/96 (*CJ*, Ano XXI, tomo V, 1996, 31-34), de 28/10/97 (*CJ*, ano XXII, tomo VI, 1997, 43-48), de 16/03/99 (proc. n.º 1076/98) e de 10/01/06 (proc. n.º 2659/05) — disponíveis em www.dgsi.pt.

Uma tendência que se diz ancorada sobre o ensinamento de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, autor do anteprojecto legislativo do regime jurídico do contrato de agência, e sobre o ponto 4 do respectivo preâmbulo, mas que, a nosso ver, denota uma profunda incompreensão do seu verdadeiro alcance e extensão e incorre, além do mais, em diversos vícios de cariz dogmático e metodológico que inquinam *ab initio* o acerto das suas conclusões.

Com efeito, em primeiro lugar, nem o regime do contrato de agência nem as lapidares e tão profusamente citadas obras do seu autor material permitem concluir, como se tem feito, em abstracto, e sem devida fundamentação e ponderação das particulares circunstâncias do caso concreto, que sendo os contratos de concessão comercial legalmente atípicos deve ser-lhes aplicado por analogia o regime de cessação do contrato de agência.

Pelo contrário, é o próprio regime da agência que, no referido ponto 4 do preâmbulo, aconselha uma certa moderação na apreciação da sua justificação no caso concreto. Aí se lendo, relativamente ao contrato de concessão comercial, 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"* (realce nosso). No mesmo sentido se pronunciando ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, que apesar de ser usualmente reconhecido como principal paladino desta aplicação analógica, sempre deixou claro nos seus escritos que, *"em princípio, a actividade típica dos concessionários e franquiados, por si só, não será susceptível de justificar, por analogia, uma indemnização de clientela"*([9]/[10]).

([9]) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 6.ª Edição Actualizada, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 143 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 78 e 79.

([10]) Neste mesmo sentido, demarcando-se do aparente consenso que se tem gerado sobre a questão, v. também, por todos, RUI PINTO DUARTE, em *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, ob. cit., 184-195 e "A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações" em *Themis*, n.º 3 (2001), pp. 316-321.

Um autor que nos parece ter tratado a questão com particular acuidade e rigor, mas cujo discurso não terá, porventura, sido compreendido por LUÍS MENEZES LEITÃO. Só

Porém, o certo é que entre nós se tem proclamado esta analogia, de plano e em abstracto, e não apenas em relação a determinada norma e figura negocial concretas, mas em relação às diversas normas que regulam a cessação do contrato de agência e à generalidade dos contratos de concessão comercial.

Uma generalização que se tem vindo a enraizar cada vez mais na nossa cultura jurídica, mas que se traduz numa notória violação das regras gerais de interpretação e de integração de lacunas. Sendo, aliás, particularmente grave por ser tecida sobre uma figura legalmente atípica como esta, cujos contornos podem ser muito distintos, atenta a maior autonomia das partes na sua definição, e que, apesar de ser hoje nominada e reconhecida como socialmente típica, nem sempre recolhe consenso quanto à definição das suas características essenciais([11]).

Por outro lado, importa realçar que, em bom rigor, o que a descrita corrente doutrinária e jurisprudencial tem sustentado — e tem efectivamente aplicado em diversos casos concretos — nem sequer corresponde a uma verdadeira aplicação analógica, mas sim a uma

---

assim se explica que este o tenha colocado, a este propósito, na sua *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 84, ao lado daqueles que, como António Menezes Cordeiro e José Alberto Vieira, apoiam a extensão da indemnização de clientela a todos os concessionários comerciais. Isto, não obstante o próprio Pinto Duarte tenha deixado claro na primeira das mencionadas obras, redigida por ocasião da sua Dissertação de Doutoramento, para qual remete aliás a segunda, que *"Não parece, pois que as regras ditadas pelo legislador português para a agência possam ser aplicadas automaticamente, ou com ligeireza, ao contrato de concessão comercial. Isto não significa que a recusa absoluta dessa aplicação, mas apenas que julgamos que isso só deve suceder quando o contrato de concessão que estiver concretamente em análise se aproxime do modelo do contrato de agência subjacente à lei portuguesa (e à directiva comunitária)."* (cf. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., p. 195).

([11]) Com efeito, apesar de existir um núcleo consensual de características apontado pelas diversas definições doutrinárias e jurisprudenciais de contrato de concessão comercial, há pelo menos um ponto fulcral em que as mesmas divergem: a maior ou menor dependência do concessionário face ao concedente. Uma dependência que, a nosso ver, não corresponde a uma característica típica dos concessionários (os quais se distinguem dos agentes comerciais precisamente pela sua autonomia), mas que, a existir, justificaria de facto a analogia com o regime da agência.

O que significa que, por detrás deste mesmo *nomen*, se podem esconder realidades substancialmente distintas, mas cuja especificidade se perde algures no seu processo de catalogação. As quais não podem ser incluídas numa mesma premissa genérica, sob pena de comprometer a fiabilidade de qualquer silogismo assim fundado.

aplicação directa, do regime de cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial. Pois, tomando o paradigmático exemplo da indemnização de clientela, prevista nos artigos 33.º e 34.º do regime jurídico do contrato de agência, a única coisa que se exige para que ao concessionário seja atribuída (supostamente, por analogia) uma indemnização de clientela é que, no caso, se encontrem preenchidos os requisitos previstos no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86([12]). Isto é, nada mais do que se exige para aplicação directa do preceito, no âmbito do próprio contrato de agência!

Por outras palavras, e em suma, o que se faz é saltar o momento lógico prévio de verificação dos pressupostos desta analogia, a qual pura e simplesmente se afirma e se "justifica" com base nos requisitos de que depende a sua aplicação directa no âmbito do contrato de agência. Isto, sem antes se verificar se, no caso, estão ou não reunidos os pressupostos de que depende este processo de integração de lacunas, a saber: a existência de uma lacuna, a não excepcionalidade da norma a *exportar* e a sua adequação ao caso concreto.

É, pois, esta tendência de aplicação (*dita* analógica) do regime da cessação dos contratos de agência à generalidade dos contratos de concessão comercial que se tem difundido entre nós nos últimos anos, assumindo já foros de verdadeira tradição. Uma tradição com a qual não podemos concordar, pelo menos por princípio, por considerarmos que a mesma padece, como se viu, de diversos vícios lógicos, que afectam inevitavelmente a sua preci-

---

([12]) Isto é, a angariação de novos clientes para a outra parte ou o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente (artigo 33.º, n.º 1, al. *a*)), a existência de benefícios consideráveis auferidos pela outra parte, após a cessação do contrato, resultantes da actividade de promoção e angariação de clientela desenvolvida pelo agente (artigo 33.º, n.º 1, al. *b*)), e a inexistência de qualquer forma de retribuição do agente por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a) (artigo 33.º, n.º 1, al. c)).

A propósito destes requisitos, do seu conteúdo e exigências probatórias, e bem assim dos requisitos negativos constantes dos n.os 3 e 4 do mesmo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, vejam-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., pp. 138-140, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 59-326, JOANA VASCONCELOS, "Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela — algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL n.º 178/86", em *DJ* 16 (2002), I, pp. 143-263, LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit. pp. 45-63.

são mas que se escondem por detrás deste aparente, incoerente e irreflectido consenso.

B) A (alegada) Justificação

Nesta ordem de ideias, na impossibilidade de uma afirmação generalizada de analogia entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial e de uma aplicação genérica ao segundo do regime jurídico previsto para o primeiro, apenas perante o caso concreto se poderá averiguar da eventual justificação desta aplicação analógica.

Sendo certo que, atento o substrato fáctico subjacente à grande maioria das decisões jurisprudenciais que têm sufragado esta aplicação analógica, estamos até em crer que essa aplicação nem sempre se justifica.

Senão vejamos:

•

A regra no que toca à determinação do regime jurídico aplicável aos contratos (legalmente) atípicos é a que os mesmos devem ser regulados pelo disposto pelas partes no contrato, no limite da sua autonomia privada([13]), pelas normas gerais que regulam as obrigações contratuais, pelos usos aplicáveis por força de lei e, subsidiariamente, pelas disposições previstas para figuras típicas semelhantes cuja analogia se justifique no caso concreto. Isso mesmo resulta claro, entre tantos outros, do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/02/2006, proc. n.º 10878/2005-7, *in* www.dgsi.pt.

O que implica, antes de mais, um exercício de interpretação negocial, necessário quer para determinação da vontade das partes, expressa no contrato ou resultante de comportamentos concludentes das mesmas, quer para descoberta de eventuais casos omissos, quer

---

([13]) Isto é, contanto que não sejam desse modo ofendidos preceitos imperativos, a cuja aplicação se não possa furtar o contrato de concessão comercial.

até para qualificação (ou não) de determinada figura negocial concreta como contrato de concessão comercial. E implica também, por outro lado, uma rigorosa interpretação das diversas normas directamente previstas na lei para figuras semelhantes. Só assim se podendo válida e correctamente concluir (ou não) pela necessidade, adequação e justificação da aplicação de tais normas — aí sim, por analogia — à figura negocial em apreço no caso concreto.

Com efeito, o recurso à analogia surge nos n.os 1 e 2 do artigo 10.º do Código Civil como meio adequado de preenchimento de lacunas *"sempre que no caso omisso procedam as mesmas razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei"* (sublinhado nosso).

Trata-se, no fundo, de uma emanação do princípio da igualdade, *alma mater* da generalidade dos sistemas jurídicos constitucionais, em conformidade com o velho brocardo latino *ubi eadem ratio legis, ubi eadem eius dispositio*. Por isso mesmo se tem entendido que a analogia não corresponde a um processo de criação de direito novo, mas sim a um processo de descoberta de direito não contido directamente na lei para determinados casos mas imanente ao sistema jurídico, o qual se justifica fundamentalmente por razões de coerência normativa, de justiça relativa e até de certeza jurídica(14).

Não obstante, importa não esquecer que o princípio da igualdade não se limita a prescrever a paridade entre todas as situações hipoteticamente concebíveis, impondo mesmo, ao invés, em certos casos, *o tratamento como desigual do que é desigual*(15).

O problema reside, pois, em identificar a parcela dessa (des)igualdade de que a analogia se pode (e deve) ocupar. Impondo-se, para o efeito, não apenas uma simples semelhança formal ou estrutural entre o caso regulado e o caso omisso, mas uma semelhança visceral no que toca às características que justificam a solução prescrita pela lei quanto ao caso regulado — i.e., no que toca à sua *ratio legis*.

---

(14) Cf. João Baptista Machado, ob. cit., pp. 202 e 331.

(15) Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, "Direitos Fundamentais", 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 239 e 240.

Neste sentido, alertava já MANUEL DE ANDRADE, nos idos anos 60, quase em tom de prenúncio, para o risco de os intérpretes caírem numa *"indução precipitada ou incompleta"*, quando *"tendo apurado que um ou vários preceitos legais convém do mesmo modo, no indicado plano valorativo, a outros para além daqueles a que se referem, induzem daí um princípio mais extenso, que aplicam depois a todas as hipóteses omissas nele incluídas, vendo em tal princípio o fundamento ou pressuposto daquela ou daquelas disposições legais;* ***e isto sem terem o cuidado de examinar, nem antes de induzirem o princípio, nem no momento da sua aplicação, para todos e cada um desses casos omissos, e não só para alguns, se ele é tão justificável como nas espécies visadas na lei*** (realce nosso)([16]).

•

Ora, transpondo o que atrás se deixou exposto para o assunto de que ora nos ocupamos, somos levados a concluir, na linha de RUI PINTO DUARTE([17]), que é pela compreensão do conteúdo e da razão de ser de cada uma das normas que regulam a cessação do contrato de agência — no âmbito do diploma que as circunscreve e no quadro das relações comerciais que as mesmas visam regular — e pelo seu confronto com o contrato de concessão comercial em apreço no caso concreto que se poderá, eventualmente, concluir pela necessidade de aplicação analógica das normas previstas para o primeiro([18]).

De entre tais normas merecem especial destaque, quer pela sua especificidade, quer pela frequência com que têm sido aplicadas a figuras afins ao contrato de agência, os artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 178/86, por meio dos quais se atribui, a qualquer

---

([16]) MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2.ª Edição, Coimbra, Arménio Amado, Editor, Sucessor — Coimbra, 1963, pp. 81.

([17]) Que nos parece francamente ter sido quem, entre nós, melhor tratou o problema, em todas as suas dimensões, ainda que de forma sumária.

([18]) Nas sempre iluminadas palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 204, *"Metodologicamente, isto significa que, para alcançar o verdadeiro concreto, para "ascender do abstracto ao concreto", é preciso "descer" (ou subir?) do pseudo-concreto ao abstracto"*.

das partes, uma indemnização pela eventual falta de pré-aviso da denúncia do contrato pela contraparte, e os *supra* referidos artigos 33.º e 34.º do mesmo diploma, por meio dos quais se atribui ao agente o direito a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato.

O primeiro dos referidos institutos corresponde a uma manifestação dos princípios gerais da boa fé e da proibição do abuso do direito, aplicáveis a todos os tipos contratuais e não apenas ao contrato de agência, para que a outra parte se possa precaver face aos possíveis incómodos resultantes da cessação do contrato. Princípios que impõem sempre um certo pré-aviso de denúncia, ainda que do regime contratual legal ou convencional não resulte a necessidade de respeitar determinado prazo para a produção do efeito extintivo da denúncia([19]/[20]).

Assim sendo, a especialidade introduzida, a este propósito, pelo regime da agência diz respeito à delimitação dos prazos mínimos de pré-aviso a observar pelas partes([21]). Prazos esses que foram encurtados pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril (em conformidade com a Directiva n.º 86/653/CEE([22])), e cuja aplicação analógica aos contratos de concessão comercial tem, por isso, sido recusada pelas mais recentes doutrina e jurisprudência([23]). Uma posição com a qual se concorda, por se considerar também que, face aos avultados investimentos acarretados pelos concessionários neste tipo de contratos, tais prazos serão excessivamente curtos para que as partes se possam preparar para a cessação da relação comercial e para os efeitos desta na sua actividade económica — não lhes

---

([19]) E bem assim da resolução sem fundamento — como nota António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, cit., pp. 133 e 134.

([20]) Cf. Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 113-117.

([21]) À excepção do que ocorre no âmbito do contrato de agência e do contrato de locação, na generalidade dos casos, tais prazos não se encontram fixados na lei. Devendo, como tal, ser fixados pelas partes ou determinados de acordo com critérios de razoabilidade, ditados pelo tipo de contrato em apreço e pela respectiva duração.

([22]) *Maxime*, por transposição do previsto no artigo 15.º da referida Directiva comunitária.

([23]) Cf. António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, cit., p. 124 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., nota 67 (pp. 67 e 68).

sendo, assim, aplicável a razão de ser dos prazos constantes do n.º 1 do artigo 28.º do regime jurídico do contrato de agência.

Por sua vez, o segundo dos referidos institutos corresponde a uma figura singular no nosso ordenamento jurídico, não se conhecendo qualquer outra situação em que a lei atribua a uma das partes, após a cessação do contrato, o direito a uma compensação pela actividade desenvolvida na pendência do mesmo, independentemente da existência (e da prova) de quaisquer danos.

Por isso mesmo se tem levantado, sobretudo entre a doutrina estrangeira, a questão de saber se, neste caso, estaremos perante normas de carácter excepcional — caso em que, nos termos do artigo 11.º do Código Civil, estaria vedada a sua aplicação analógica, por natureza e imperativo legal. Uma questão que tem, entre nós, sido respondida negativamente, por se entender que a natureza jurídica da indemnização de clientela será mais próxima do instituto residual do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil([24]/[25]).Desde logo porque, pese embora o seu nome, a indemnização de clientela não visa propriamente o ressarcimento de quaisquer danos (cuja prova não se exige([26])), mas sim a atribuição ao agente de uma compensação pela actividade de promoção e angariação de clientela desenvolvida pelo mesmo, ao longo da pendência do contrato. Actividade essa que, após a cessação do contrato, deixa de ser remunerada por meio de comissões, podendo em todo o caso continuar a beneficiar o principal. Nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, trata-se, no fundo, de *"uma compensação pela «mais-valia» que este* (entenda-se, o agente) *lhe proporciona, graças à actividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa actividade, após o termos da agência"*([27]).

([24]) Esta, sim, claramente contrária ao princípio geral da integridade do património e por, isso mesmo, de natureza excepcional.

([25]) Neste sentido, veja-se RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., pp. 193 e 194 e "A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações", *Themis*, cit., p. 319.

([26]) Mas que, muitas vezes, se verificam, na vertente de lucros cessantes.

([27]) Poder-se-á dizer, com razão, que esta compensação tem também um claro intuito de protecção do agente, que explica a sua imperatividade, ou melhor, a impossibili-

Uma posição com a qual tendemos no essencial a concordar, embora se pudesse (ou devesse), em qualquer caso, questionar se ao exposto não obstam as (também reconhecidas) diferenças entre a indemnização de clientela e o enriquecimento sem causa — *v.g.*, o facto de a indemnização de clientela ser calculada com base num juízo equitativo, ter como *causa* e pressuposto a cessação do contrato por qualquer motivo, poder também ter um carácter retributivo (cf. artigo 33.º, n.º 1, alínea *c*)) e poder servir para compensar um beneficio meramente potencial (o qual pode não se verificar, designadamente, por incúria do principal). Serão tais diferenças suficientes para determinar a natureza excepcional destes preceitos?([28]) E, por outro lado, será o intuito comum destes dois institutos suficiente para aproximar a indemnização de clientela da natureza subsidiária do enriquecimento sem causa? Ou será esta um *tertium genus* situado algures entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil por actos lícitos?

Em qualquer caso, resolvido nos descritos termos este primeiro obstáculo, de teor geral, à aplicação analógica da indemnização de clientela a outras figuras contratuais afins, resta aferir, perante cada caso concreto, por um lado, se aí se verifica de facto um *espaço em branco*, cuja ausência de regulação se deva considerar injustificada *de lege lata* e, por outro lado, se ao caso se adequa a razão de ser da indemnização de clientela, a ponto de o mesmo reclamar a sua aplicação.

---

dade de uma renúncia prévia à mesma por parte do agente. Isso mesmo decorre quer do artigo 19.º 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 (do qual decorre, a propósito dos artigos em que se prevê esta indemnização de clientela, que *"as partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17.º e 18.º em prejuízo do agente comercial."*), quer do facto de o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86 ser uma norma na qual se manifesta a ordem pública de protecção (determinado a indisponibilidade do direito deste modo atribuído ao agente).

Todavia, importa notar que tal imperatividade em nada altera a função compensatória que a indemnização clientela tem, nem tão pouco lhe confere uma função de previdência ou assistência social. Até porque se assim não fosse, nunca poderia esta indemnização ser atribuída (como pode) quando o agente é uma sociedade comercial economicamente poderosa.

([28]) Em sentido afirmativo, tem decidido boa parte da doutrina alemã, resumida por Luís Menezes Leitão, ob. cit., p. 81, tendo por base um preceito muito semelhante aos nossos artigos 33.º e 34.º, igualmente resultantes da transposição do n.º 2 do artigo 17.º da Directiva (o chamado *modelo alemão* da "Ausgleichsanspruch").

Posto isto, sublinhe-se, uma vez mais pelo certeiro punho de RUI PINTO DUARTE, que *"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 pode descobrir a existência de uma lacuna no que diz respeita às relações entre este concedente e concessionário"*([29]). Sendo certo que só se a razão de ser da indemnização de clientela abranger o contrato de concessão comercial em apreço no caso concreto, nos mesmos termos em que abrange o contrato de agência, mas não tiver sido prevista pelas partes, se pode (e deve) concluir pela existência de uma lacuna, a integrar por analogia.

O que obriga a tomar posição quanto à natureza, função e justificação desta compensação, à luz do diploma que a circunscreve e das especiais características do contrato de agência que justificam a sua atribuição.

Ora, em nossa opinião, o fundamento último da indemnização de clientela reside na dependência técnica e económica que o agente (tipicamente) apresenta face ao principal e que, após a cessação do contrato, o coloca numa posição de especial fragilidade([30]). Dependência que resulta, designadamente, do facto de o agente actuar por conta do principal e de acordo com apertadas instruções e directrizes impostas pelo mesmo, normalmente para toda a rede de distribuidores; da sua integração na rede de distribuidores do principal, o qual usualmente custeia, no todo ou em parte, muitas das despesas incorridas pelo agente com a promoção e publicidade dos produtos; da sua remuneração por meio de comissões acordadas no contrato; e do facto de o agente se limitar normalmente a promover os produtos do principal, procurando angariar novos clientes e aumentar o volume de negócios existente, sem contudo concluir os negócios que negoceia.

Todavia, é precisamente essa dependência que, por regra, não se verifica no âmbito dos contratos de concessão comercial. De

---

([29]) RUI PINTO DUARTE, "A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações", *Themis*, cit., p. 318.

([30]) Neste sentido, *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit, pp. 82 (citando Hansjakob Maier e Michael Budczies) e 85, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., p. 189 e SOFIA TOMÉ D'ALTE, ob. cit., p. 1400.

facto, como atrás se deixou referido, os concessionários são (normalmente) entes comerciais dotados de maior capacidade económico-financeira, que actuam por conta própria e com maior autonomia no que toca à definição das políticas comerciais e promocionais aplicadas; que assumem a maior parte dos investimentos e custos associados à sua actividade e dispõem de uma estrutura própria, já estabelecida e reconhecida no mercado alvo; e que adquirem efectivamente a propriedade dos bens distribuídos, procedendo *motu proprio* à respectiva revenda; sendo remunerados através dos lucros resultantes da diferença entre o respectivo preço de compra e de revenda e assumindo na íntegra os riscos inerentes à comercialização destes produtos([31]).

Sendo justamente esta acrescida autonomia e independência dos concessionários face aos concedentes que os distingue dos agentes e que os torna hoje num dos principais veículos de distribuição de produtos à escala mundial.

Não obstante, não se nega que, em certos casos, esta (usual e socialmente típica) autonomia dos concessionários se possa diluir por detrás das obrigações contratualmente impostas sobre o mesmo, no caso concreto — sobretudo quando estamos perante figuras legalmente atípicas como esta. Tal ocorrerá, designadamente, quando se imponham ao concessionário obrigações de exclusividade([32]), obrigações de aquisição de quantidades mínimas, obrigações de conformação com directrizes fixadas pelo concedente sobre a promoção e distribuição dos produtos, obrigações de informação relativa aos resultados da sua actividade e aos clientes angariados, ou quando por qualquer outro modo se aumente a integração do concessionário na rede do concedente e a sua depen-

---

([31]) Quanto a estas e outras diferenças entre os contratos de agência e os contratos de concessão comercial, vejam-se MARIA HELENA BRITO, "O Contrato de Agência", em FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA/CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (org.), *Novas Perspectivas de Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 124-126, CARLOS LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, pp. 111 e 112, SOFIA TOMÉ D'ALTE, ob. cit., pp. 1411 e 1412.

([32]) As quais não são elemento essencial do contrato de concessão comercial, como bem nota MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 72 e ss.

dência face a este último([33]). Nestes casos (e perante o caso concreto) se podendo, com propriedade, concluir pela existência de uma dependência do concessionário face ao concedente semelhante à que, no âmbito do contrato de agência, justifica a atribuição ao agente de uma indemnização de clientela.

O que se nega é que esta dependência possa ser considerada um elemento essencial e natural do contrato de concessão comercial e que a mesma possa ser extraída a partir do preenchimento da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 33.º do regime da agência([34]). Mais ainda: o que se nega é que esta analogia possa ser pura e simplesmente afirmada, como tem feito a generalidade da nossa jurisprudência, de modo tautológico, e com base em factos conclusivos ou presumidos a partir de simples regras de experiência, sem uma prévia ponderação da existência ou inexistência, no caso concreto, desta dependência do concessionário face ao concedente([35]).

([33]) Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., pp. 143 e 144 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 86 e 87 e RUI PINTO DUARTE, "A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações", *Themis*, cit., p. 320.

([34]) Como tem feito, por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, em nossa opinião, resolvendo o problema de modo genérico e pouco preciso (cf. *Contrato de Agência*, cit., pp. 144 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 86 e 87.

([35]) A título exemplificativo, vejam-se, entre tantos outros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2001, proc. n.º 01A2202, de 31/03/2004, proc. n.º 04B545, de 12/04/2005, proc. n.º 04A4685, de 06/07/2005, proc. 04B4598, de 29/06/2006, proc. n.º 06B2110, de 14/09/2006, proc. n.º 06P1271, de 23/11/2006, proc. n.º 06B2085, de 08/03/2007, proc. n.º 07B131, de 13/07/2007, proc. n.º 07B1958, 13/09/2007, proc. n.º 07B1958, de 15/11/2007, proc. n.º 07B3933, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 26/06/95, proc. n.º 9520949, 01/07/96, proc. n.º 9550745, de 21/06/2000, proc. n.º 0030767 e de 17/12/2008, 0853788, do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/06/2003, proc. n.º 4398/2003-2, de 14/02/2006, proc. n.º 10878/2005-7, de 06/05/2008, proc. n.º 2010/2008-7, 08/05/2008, proc. n.º 3038/2008-6 e de 12/05/2009, proc. n.º 763/05.7TVLSB-7 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/03/99, proc. n.º 1076/98 e de 10/01/2006, proc. n.º 2659/05 — todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Merecendo contudo especial destaque, pela sua expressividade, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/11/2007, no qual se afirma, sem mais, que *"O contrato de concessão comercial rege-se pelo convencionado pelas partes contratantes, pelas normas gerais dos contratos e, com a necessária adaptação, pelas normas relativas ao contrato de agência, designadamente concernentes à indemnização de clientela"* e o acórdão

Até porque, de outro modo, se acabaria, muitas vezes, por distorcer injustificadamente uma realidade económica e social que é, por natureza, distinta daquela que subjaz ao contrato de agência e que, como tal, não necessita de regulação idêntica — nem deve mesmo ser-lhe reconduzida, sob pena de perder a sua especificidade(36).

Um risco que, além do mais, é agravado pela falta de rigor que se tem verificado quer no preenchimento dos pressupostos desta indemnização de clientela, plasmados no artigo 33.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 178/86, quer na determinação do respectivo *quantum*, ao abrigo do artigo 34.º do mesmo diploma. De um lado, facilitando-se a prova dos requisitos positivos exigidos pelo artigo 33.º para atribuição (directa e, por maioria de razão, por analogia) desta compensação, limitando-se a presumir a sua existência a partir dos restantes e/ou a remeter a respectiva prova para momento ulterior(37). E, de outro lado, restringindo-se o conceito de *remuneração* relevante para efeitos do artigo 34.º(38) ao lucro líquido auferido pelo concessionário nos últimos anos de vigência do contrato — uma restrição que nos parece perfeitamente injusti-

---

(do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/05/2009, do qual decorre que *"atenta a uniformidade de opiniões que se recolhe de diversos trabalhos doutrinários e de múltiplos acórdãos do STJ e das Relações, não se mostram necessárias considerações extensas sobre tal modalidade contratual* (o contrato de concessão comercial) *e sobre o respectivo regime jurídico. Basta referir, para continuar em direcção ao cerne do diferendo, que estamos perante um contrato-quadro que fez surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa"*.

(36) Aliás, que em bom rigor, nada impede que o concessionário seja até, em certos casos, contratualmente mais forte do que o próprio concedente. Caso em que a atribuição de uma indemnização de clientela, em lugar de corrigir uma desigualdade do concessionário face ao concedente (como é próprio da analogia), acabará inclusivamente por agravar uma outra desigualdade preexistente, desta vez, do concedente face ao concessionário.

(37) Quanto a este último ponto, cf. JOANA VASCONCELOS, "Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela — algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL n.º 178/86", em *DJ* 16 (2002), I, pp. 254-263.

(38) Como, aliás, também para efeitos do artigo 29.º, n.º 2 do mesmo diploma, nos termos do qual se atribui à parte que veja o contrato ser denunciado em desrespeito dos prazos mínimos de pré-aviso estabelecidos no artigo 28.º, em alternativa à indemnização pelos danos causados por essa falta de pré-aviso, *"uma quantia calculada com base na remuneração média mensal auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelo tempo em falta"*.

ficada, desajustada e, aliás, de todo em todo incongruente quer com a própria *ratio* do artigo 34.º quer com esta tão amplamente proclamada analogia([39]).

([39]) Com efeito, decorre do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 178/86, por transposição do artigo 17.º, n.º 2 *b*) da referida Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986, que a indemnização de clientela *"é fixada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos"* (sublinhado nosso). Todavia, ao contrário do que acontece no âmbito do contrato de agência, o concessionário não é normalmente remunerado por meio de comissões pelos negócios angariados/concluídos, mas sim pelo *lucro* resultante da actividade distribuição comercial desenvolvida pelo concessionário, *"que consiste na diferença entre o preço de compra e o preço de revenda dos produtos"* — neste sentido, veja-se, designadamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.05.2002, Proc. 012118, disponível em www.dsgi.pt, e, na doutrina, Maria Helena Brito, *Contrato de Agência*, cit., p. 125 e Sofia Tomé d'Alte, ob. cit., 1397 ss.

A dúvida consiste, porém, em saber se o lucro relevante para efeitos da aplicação analógica deste artigo 34.º aos contratos de concessão comercial deve ser considerado no seu valor bruto (i.e., sem dedução de quaisquer custos do concessionário) ou, pelo contrário, no seu valor líquido. E, nesta última hipótese, resta saber que custos serão, para o efeito, susceptíveis de dedução. Todos os custos incorridos pelo concessionário no âmbito da sua actividade comercial de distribuição ou apenas os directamente relacionados com a promoção e distribuição dos produtos do concedente?

Ora, a resposta da nossa jurisprudência tem sido praticamente unânime, no sentido de que apenas os lucros líquidos do concessionário deverão para o efeito ser contabilizados. Não raras vezes se encontrando decisões favoráveis a uma dedução da generalidade dos custos suportados pelo concessionário em virtude desta e doutras actividades de distribuição (e.g., encargos com pessoal, aprovisionamentos, telecomunicações, rendas, custos de amortização, etc.).

Uma solução que, em nossa opinião, não tem qualquer apoio quer nos usos comerciais vigentes, quer no conceito laboral de remuneração (caso contrário, tendo em conta o tão falado nível de endividamento das famílias portuguesas, correriam as mesmas facilmente o risco de verem as suas retribuições reduzidas a valores negativos), quer na própria natureza da indemnização de clientela, a qual se apresenta como uma figura mais próxima da retribuição do agente ou do enriquecimento sem causa — e de um enriquecimento por prestação, e não por despesas — do que da responsabilidade civil (e apenas em sede de responsabilidade civil apesar se poderia compreender um tal entendimento, tendo em conta os critérios de constantes do n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil). E que, além do mais, não tem sequer espelho no âmbito do contrato da agência, onde não se conhece quem defenda que para cálculo da remuneração do agente seja necessário deduzir, ao valor das comissões recebidas pelo mesmo, as despesas por este incorridas no normal exercício da sua actividade. Sendo até contraditória com a própria natureza e intuito da indemnização de clientela, levando a que a mesma seja inversamente proporcional ao valor do investimento do concessionário na actividade de distribuição e funcionando quase como desincentivo a qualquer investimento — pois, a ser assim, quanto maior fosse o seu investimento do concessionário, menor seria a sua indemnização de clientela.

Com efeito, concluindo-se pela aplicação analógica deste regime a determinado

Assim se somando ao *supra* descrito vício prévio, situado no plano da justificação da aplicação analógica dos referidos artigos 33.º e 34.º no âmbito dos contratos de concessão comercial, dois outros vícios referentes ao funcionamento próprio destes preceitos no âmbito do próprio contrato de agência. Os quais, sobretudo quando justapostos àquele primeiro, se revestem de especial seriedade e perniciosidade seja do ponto de vista teórico-dogmático seja do ponto de vista das suas consequências práticas.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do exposto, não temos qualquer objecção de princípio à aplicação analógica ao contrato de concessão comercial do regime de cessação do contrato de agência, a qual se admitirá, sem qualquer problema, nos casos em que tal analogia se verifique e justifique(40).

Todavia, o que nos parece é que nem tais casos podem ser tomados como regra, nem a aplicação analógica destas ou de quaisquer outras normas pode resultar de uma simples tradição, formulada em termos puramente abstractos e genéricos, e sem

---

contrato de concessão comercial, por se verificar no caso idêntica necessidade de tutela, haverá razão para distinguir quanto a este ponto? Ou dever-se-á, pelo contrário, salvaguardar a sua aplicação de acordo com o instituto que visa regular? Mais ainda: será razoável ou sequer admissível aplicar analogicamente determinado preceito independentemente do seu fundamento original? Não se traduzirá tal diferenciação parcelar numa desconsideração pela *ratio essendi* e pelo regime legal do instituto em causa? Não se traduzirá tal prática na criação de uma norma ad hoc (ilegítima), ao sabor dos interesses da Demandada no caso concreto? Questões que, *brevitatis causa*, se deixam apenas enunciadas, mas que se revestem de inegável relevância prática.

(40) Por isso mesmo, não obstante a sua falta de fundamentação, nos parecem ter decidido bem, em sentido favorável à aplicação analógica, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29/06/2006, proc. n.º 06B2110, de 10/10/2006, proc. n.º 06A2132, do Tribunal da Relação do Porto de 12/10/96, proc. n.º 0630320 e de 25/06/98, proc. 9830253 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/05/2004, proc. n.º 3589/2004-7, disponíveis em www.dgsi.pt.

devida fundamentação. Exigindo sempre, pelo contrário, uma prévia e rigorosa ponderação da sua adequação ao contrato em apreço, nos termos em que o mesmo tenha sido concretamente delimitado e regulado pelas partes([41]).

Por tudo isto, não podemos deixar de discordar desta tendência generalizada de aplicação (dita analógica) do regime do contrato de agência aos demais contratos de distribuição, que se tem vindo a detectar entre as nossas doutrina e jurisprudência. Uma tendência que assenta sobre diversos vícios lógicos que abalam inevitavelmente o acerto das suas conclusões, mas que se encontra de tal modo enraizada na nossa cultura jurídica que deixou pura e simplesmente de ser questionada, propalando-se quase por *stare decisis*.

Não obstante, de modo algum se pretende, através deste sumário estudo, pôr em causa décadas de construção doutrinária e jurisprudencial em torno de um tema sobre o qual, há tão pouco nos começámos a debruçar. Não temos, de todo, essa pretensão. O que se pretende é, tão só, lançar um novo olhar crítico sobre os alicerces desta construção e evidenciar os perigos de uma aplicação analógica desregrada, destes ou de quaisquer outros preceitos. Mais ainda: o que se pretende é alertar para as diferenças entre igualdade e *igualitarização* e para os riscos de uma eventual confusão entre ambas.

Um exercício que, em nossa opinião, poderá até justificar uma inversão dos termos em que a questão é usualmente colocada — no sentido de que, por regra, o regime da cessação do contrato de agência não deve ser aplicado aos contratos de concessão comercial. Considerando-se que só nos singulares casos em que, analisadas as relações comerciais entre concessionário e concedente no âmbito do contrato em apreço, se possa concluir que as mesmas reclamam protecção idêntica à conferida pelo legislador aos agentes comerciais, se verificará um *parentesco funcional* capaz de justificar a sua projecção *extra muros*.

([41]) Neste sentido, também, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/02/2006, proc. n.º 9219/2004-6, disponível em www.dgsi.pt.

Nestes termos, e apenas nestes termos, não irá esta aplicação analógica desvirtuar a razão de ser dos preceitos em causa e poderá, efectivamente, contribuir para a realização da Justiça no caso concreto.

Lisboa, 23 de Novembro de 2009

Mariana Soares David