

O direito à indemnização de clientela do distribuidor comercial*

António Pinto Monteiro

1. A indemnização de clientela na ordem jurídica brasileira

I — O actual Código Civil brasileiro, de 2002, na Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo XII, trata da “*agência e distribuição*”, contratos a que dedica os arts. 710 a 721. O Código anterior era omissivo relativamente a tais contratos, embora se possa dizer que a ordem jurídica brasileira os não ignorava, visto que esta matéria era já objecto de legislação especial.

Em face disto, ou seja, perante a atitude do actual Código Civil, que passou a ocupar-se dos referidos contratos, pode questionar-se se foi tacitamente *revogada* a legislação especial anterior, designadamente a Lei nº 4.886, de 9 de Dezembro de 1965, que “*regula as actividades dos representantes comerciais autônomos*”. Ou se, afinal, uma *complementa* a outra, devendo proceder-se, hoje, a uma cuidadosa *articulação* dos respectivos preceitos legais (posição que pode sair reforçada pelo disposto no art. 721). Ou até, por último, se os *âmbitos* de uma e de outra *não coincidem*, por se tratar de espécies contratuais distintas¹.

É esta, sem dúvida, uma questão interessante e muito actual. Mas não é sobre ela que vamos agora reflectir, não é esse o problema

* Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, Rio de Janeiro, de 25 a 27 de setembro de 2006.

1 O problema é discutido na doutrina brasileira, a qual se encontra dividida. Cfr., por exemplo, a título ilustrativo, identificando o contrato de agência com o de representação comercial, Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 3º vol., 5ª ed., São Paulo, 2003, pp. 477,ss; pelo contrário, separando os dois contratos e dando conta de outros autores com a mesma posição, cfr. J. A. Penalva Santos, *Os contratos mercantis à luz do Código Civil*, São Paulo, 2006, pp. 88,ss, 96,ss e 102. Sobre o mesmo problema, por todos, cfr. Gustavo Tepedino/Heloisa Helena Barbosa/Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro, 2006, pp. 488,ss.

que aqui vamos analisar. É que, tenha o Código Civil revogado ou não a Lei nº 4.886, a verdade é que nem um nem outro destes diplomas se refere a uma interessantíssima figura, que é a (chamada) *indemnização de clientela*.

II — Efectivamente, tanto o Código Civil como a Lei nº 4.886 (entretanto alterada pela Lei nº 8.420, de 8 de Maio de 1992) *silenciam* esta importante medida, *omissão* de que comungam, igualmente, a Lei nº 8.955, de 15 de Dezembro de 1994, sobre o *contrato de franquia empresarial (franchising)*, e a Lei nº 6.729, de 28 de Novembro de 1979 (entretanto alterada pela Lei nº 8.132, de 26 de Dezembro de 1990), sobre a *concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*.

Todos estes diplomas legais, incidindo sobre o vasto campo do que poderemos chamar de *relações de distribuição comercial* (aí incluindo os contratos de agência, de concessão e de franquia), *ignoram em absoluto a indemnização de clientela*². Atitude bem diferente é a dos países europeus, alguns dos quais consagram esta medida há já muitos anos³, sendo certo que ela hoje se ge-

2 Parece-nos que também a doutrina brasileira não dedica qualquer atenção a esta figura, a qual está ausente, pelo menos, das obras de Gustavo Tepedino/Heloisa Helena Barbosa/Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, de J. A. Penalva Santos, *Os contratos mercantis à luz do Código civil*, e de Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 3º vol., cits. na nota anterior (cfr. ainda, desta Autora, o vol. 4º da mesma obra, 5ª ed., São Paulo, 2003, pp. 45,ss.), assim como está também ausente das obras de Fran Martins, *Contratos e obrigações comerciais*, 13ª ed., Rio de Janeiro, 1995, pp. 269,ss e 485,ss, de Waldirio Bulgarelli, *Contratos mercantis*, 11ª ed., São Paulo, 1999, pp. 453,ss, 511,ss e 529,ss, e de Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 409,ss, 420,ss e 528,ss (pese embora a breve alusão que ainda faz à “indenização de antiguidade” do direito italiano, na p. 418, nº 305).

3 Terá sido na Áustria, por lei de 24 de Junho de 1921, que a indemnização de clientela foi consagrada pela primeira vez. Na Alemanha, a indemnização de clientela (*Ausgleichsanspruch*) está consagrada no §89 b do Código Comercial (HGB), graças a uma alteração a este Código operada em 1953, que lhe aditou aquele pre-

neralizou *a todos os países da Comunidade Europeia*, por força da Directiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986, do Conselho, relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais⁴.

III — Parece-nos que esta situação poderá trazer óbvias *desvantagens* aos agentes comerciais brasileiros, “maxime” no âmbito do comércio internacional, que se verão *privados* de um importante direito, no termo das relações contratuais de distribuição que estabeleçam, que a generalidade das ordens jurídicas europeias reconhece aos seus agentes. Independentemente disso, isto é, para lá da *desigualdade* relativa em que se encontram os agentes se for aplicável o direito brasileiro, parece-nos que as razões que levaram à consagração da indemnização de clientela na Europa, e que a referida Directiva *impôs* aos Estados-membros, justificam, de igual modo, que ela seja acolhida no direito brasileiro.

Seja como for, cremos que é chegado o momento de ao menos se discutir o problema. *Indemnização de clientela a favor do agente?* E também dos *demais distribuidores comerciais?* Sim ou não? Porquê e em que termos?

ceito legal. Na Itália, é no art. 1751 do *Codice Civile* de 1942 que esta indemnização está regulada, na sequência de uma velha tradição, que já desde 1938, através dos acordos económicos colectivos, atribuía aos agentes comerciais uma indemnização de fim de contrato. Em França, por sua vez, a *indemnit  de client le* foi consagrada inicialmente a favor dos V.R.P. (*voyageur, r presentant, placier*), em 1937, e só mais tarde, em 1958, passou a beneficiar o agente. Quanto a Portugal, foi o Decreto-Lei n  178/86, de 3 de Julho, que acolheu a indemniza o de clientela, nos arts. 33  e 34 , nos termos por que nós a propusemos, no Anteprojecto que redigimos: cfr., a este respeito, Ant nio Pinto Monteiro, *Contrato de agência. Anteprojecto*, in “Boletim do Ministério da Justiça” (BMJ) n  360 (1986), pp. 43,ss.

4 A qual pode consultar-se in Ant nio Pinto Monteiro, *Contrato de agência. Anota o ao Decreto-Lei n  178/86, de 3 de Julho*, 5  ed., Coimbra, 2004, pp. 163,ss. Para uma aprecia o crítica da mesma pode ver-se Ant nio Pinto Monteiro, *Sobre a protec o do agente comercial no direito português e europeu*, in “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra” (BFD), vol. LXXI, Coimbra, 1995, pp. 97,ss.

Em face do exposto, o nosso propósito fundamental é dar conta da *razão de ser* desta medida, dos seus pressupostos e regime jurídico, após o que regressaremos à situação vigente no direito brasileiro a fim de ponderarmos sobre *a via possível* para alcançar um resultado semelhante ou equivalente ao que se obtém através da indemnização de clientela. Antes, porém, dedicamos algumas palavras iniciais à caracterização dos contratos em análise, para melhor se compreender a *ratio* dessa indemnização⁵. Tudo, sempre, em termos breves e contidos.

2. Os contratos de distribuição comercial

I — Ao falarmos de contratos de distribuição temos em vista os contratos que disciplinam as relações entre o produtor (ou o importador) e o distribuidor, e não os contratos com os consumidores.

Num sentido muito amplo e impróprio, porém, dir-se-ia que também estes são contratos de distribuição, pois é através deles — designadamente pela compra e venda — que os bens se transmitem, se “distribuem”, *hoc sensu*. Mas nesta perspectiva teríamos, então, de incluir também o transporte, o depósito, a locação, o mútuo, etc, pois todos eles são contratos utilizados na distribuição. Não é este o sentido em que se fala dos *contratos de distribuição*: interessa, para o efeito, não o *acto final* da transmissão do bem ao consumidor, antes a actividade desenvolvida a montante, de *intermediação*, instrumental e preparatória daquela transmissão; numa palavra, não são as relações *com o consumidor*, antes as relações *com o produtor* que pertencem ao direito da distribuição⁶.

5 Até porque não deixa de haver quem considere expressamente que a indemnização de clientela se restringe aos distribuidores comerciais (agentes, concessionários e franquizados): cfr. Marina Wellenhofer-Klein, *Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht*, München, 1999, p. 397.

6 A este propósito, Martinek considera o direito da distribuição como “direito da

Em regra, estes contratos têm como sujeitos o produtor, de um lado, e o distribuidor, do outro⁷. E visam escoar produtos, conquistar mercado, angariar clientela. O que acaba de dizer-se vale também para os serviços.

II — É sabido que não basta produzir — é indispensável vender! Ao comércio sempre coube, em geral, esta tarefa. E ele remonta a tempos bem antigos, confundindo-se com a própria história da civilização. Mas quando hoje se fala de *distribuição*, em vez de *comércio*, pretende relevar-se uma actividade desempenhada por sujeitos que se *especializaram* em distribuir os bens, em fazê-los chegar ao consumidor⁸.

intermediação distributiva” ou dos intermediários da distribuição: “*Vertriebsrecht als Absatzmittlungsrecht*”. Cfr. Martinek, in Martinek/Semler, *Handbuch des Vertriebsrechts*, München, 1996, p. 3; v. também, por. ex., J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, 1996, pp. 21-22 e 129.

7 Contraparte do distribuidor (agente, concessionário, franquiado, designadamente) tanto pode ser o produtor (como por facilidade de exposição dizemos em texto, e que corresponderá ao caso típico) como o importador ou o grossista, entre outros (Martinek, *op. cit.*, p. 4). Por isso a lei, quando existe, limita-se a disciplinar as relações entre o distribuidor e o produtor — não as relações daquele com os consumidores. Haja em vista, por exemplo, as leis sobre o contrato de agência (e a própria Directiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro), que disciplinam a relação interna, entre o principal e o agente, não as relações com os clientes. E o mesmo sucede nos diplomas que estabelecem a regulamentação legal do contrato de concessão (assim na Bélgica e em Macau). O que acaba de dizer-se não obsta, todavia, a que possa haver disposições legais destinadas fundamentalmente à protecção de terceiros, isto é, dos clientes, que eles podem invocar, como sucede na lei portuguesa sobre o contrato de agência: arts. 21º-23º. Cfr. António Pinto Monteiro, *Direito Comercial. Contratos de distribuição comercial*, Coimbra, 2004 (2ª reimp. da ed. de 2001), pp. 88-90 (nº 22.1-IV), obra que acompanhamos de perto: pp. 33,ss (nºs 12,ss).

8 É um ponto devidamente sublinhado por toda a doutrina: cfr., entre muitos, além das obras clássicas de Santini, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, pp. 23,ss, 73,ss, 117, s e *passim*, e de Ulmer, *Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, München, 1969, pp. 1,ss, 23,ss e 41,ss, também, por ex., Roberto Baldi, *Il diritto della distribuzione commerciale nell'Europa comunitaria*, Padova, 1984, pp. 7,ss, Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 5,ss

A produção orientada para o auto-consumo ou canalizada através de um comércio incipiente, exercido, via de regra, pelo próprio fabricante, deu lugar, a partir da *revolução industrial*, a uma produção *excedentária*, em série ou em massa, e fez avultar a necessidade de escoamento dos bens.

Cada vez mais se tornou indispensável a intervenção de *especialistas*: estes não só se concentram na actividade da distribuição, desenvolvendo-a e aperfeiçoando-a, como libertam dessa preocupação o produtor, autonomizando-a. O distribuidor *interpõe-se* entre o fabricante e o consumidor, adquiriu visibilidade, importância e um estatuto próprio. Tornou-se fundamental.

III — Evidentemente que no seio da própria actividade de distribuição se registam mudanças, aperfeiçoamentos, *evolução*. As necessidades práticas e o engenho dos interessados foram *modelando* diferentes esquemas negociais: desde o velho contrato de *comissão* (ele próprio porventura já herdeiro da antiga *commenda*)⁹, às formas mais modernas da *agência*, da *concessão* e do “*franchising*”, para já não falar de um sem-número de acordos variados, como os de *venda exclusiva*, de *distribuição selectiva* e de *distribuição autorizada*, alguns deles numa linha de fronteira muito ténue com o contrato de concessão¹⁰.

Decorre do que foi dito que a necessidade de uma *eficaz* distribuição dos produtos é fruto do *desenvolvimento económico* e acentuou-se particularmente com a *revolução industrial* e a *expansão do comércio*.

e 92,ss, e Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1990, pp. 1,ss.

⁹ Ver Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, Lisboa, 1961, pp. 64,s e 231,ss, e Roberto Baldi, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 7ª ed., com a colaboração de Alberto Venezia, Milano, 2001, pp. 2 e 3.

¹⁰ Pode ver-se o nosso *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 76,ss, 105,ss e 117,ss.

Efectivamente, 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 para locais distantes da 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 — o que é muito importante — a sua credibilidade junto do público local. Evita, assim, *despesas fixas* — de organização, salários, etc —, ao mesmo tempo que vê facilitada a conquista de novos mercados, graças à utilização de intermediários *já instalados* nessa zona e *conhecedores* do público a que se dirige.

Incrementam-se, deste modo, os *colaboradores* da empresa, seus “representantes” no plano económico, mas com autonomia jurídica, empenhados em prosseguir os interesses da empresa, que acabam por ser também os seus, até porque a sua retribuição dependerá (exclusivamente ou, pelo menos, em grande medida) 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, como já dissemos, através do contrato de *comissão*. Mas depressa se avançou para outra forma de colaboração, mais ajustada aos interesses da empresa, e que o desenvolvimento económico veio possibilitar: referim-nos ao *contrato de agência*, com o qual se deu um “salto qualitativo”¹¹.

O contrato de comissão permitia à empresa que outrem (o comissário), com independência, contratando em nome próprio mas

11 Assim, Giorgio Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, in “Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca”, arts. 1742-1753, Bologna, Roma, 1970, p. 13.

por conta do comitente, fosse vendendo os bens a terceiros, tornando-se garante da satisfação das obrigações assumidas pelos adquirentes, que o comitente não conhecia, a troco de comissões sobre os contratos realizados.

A evolução posterior, traduzida, nomeadamente, no desenvolvimento dos meios de comunicação, na facilidade de obter informações sobre os clientes e de os aproximar da empresa, aliada à implantação da civilização industrial, com a produção em série e a possibilidade de negociação com base em simples amostras dos bens, constituem, entre outros, factores que conduziram a uma progressiva diminuição da importância histórica da comissão e ao aparecimento e crescente afirmação do agente.

Tal como o comissário, o agente é independente e actua com autonomia, poupa à empresa custos de organização e é remunerado em função dos resultados obtidos. A empresa continua a beneficiar também da confiança que o público local deposita no agente. 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.

O complexo e multifacetado desenvolvimento económico fez entretanto emergir outras formas de colaboração, *diferentes* da agência, mas *comungando* da mesma preocupação e *compartilhando* de um conjunto de notas *comuns*, ao serviço (pelo menos em grande medida) do *mesmo objectivo* último, que é a *distribuição* dos bens. Registam-se, fundamentalmente, a *concessão* e a *franquia*.

Na verdade, a separação entre a fase da produção e a da distribuição foi-se acentuando cada vez mais. A tarefa do agente consiste em promover os negócios da empresa; mas cabe a esta a decisão final de contratar com os clientes que o agente angaria, de concluir os contratos que o agente promove e negocia. Ora o mesmo não se passa já na *concessão comercial*.

Aqui, o concessionário, apesar de ser também colaborador do concedente e de reunir um conjunto de notas comuns com o agente, surge, no entanto, como um comerciante independente que compra para revenda, negociando em seu nome e por conta própria¹².

A sua ligação à empresa concedente — através da qual se processa a *integração na rede* daquela — estabelece-se, designadamente, por meio das várias obrigações que assume, as quais permitem ao fabricante o (relativo) *controlo* da actividade distribuidora e, ao mesmo tempo, lhe *asseguram a venda* de uma certa quota de bens. Controlo que está ausente do vulgar e tradicional contrato de fornecimento.

Por último, avulta o “*franchising*”, com uma ingerência *mais acentuada* do fabricante na fase da distribuição, ao ponto de gerar nos consumidores a convicção de estarem a adquirir os bens directamente de si ou de uma sua filial.

Do mesmo modo que o concessionário, é o franquiado um distribuidor, independente do franquiador, mas que, no exercício da sua actividade de distribuição, actua com a *imagem empresarial* deste. Serve-se, para o efeito, dos sinais distintivos do franquiador, beneficia do “know how” que este lhe fornece e sujeita-se a um apertado controlo¹³.

IV — Evidentemente que a divulgação de um novo contrato não elimina necessariamente os anteriores; eles coexistem e são uti-

12 É, por isso, na sugestiva terminologia alemã, um *Eigenhändler*, um comerciante por conta própria, que se relaciona com o concedente por via de um *contrato*, onde se estabelece a panóplia de direitos e deveres através dos quais se processa a sua *integração na rede* do concedente. Assim, todo o *Vertragshändler* (concessionário = “comerciante por contrato”) é um *Eigenhändler*; mas nem todo o *Eigenhändler* é um *Vertragshändler*, pois só o comerciante independente que se *liga* — se *autolimita* — por contrato, nos termos referidos, será um concessionário. Ver Canaris, *Handelsrecht*, 24^a ed., München, 2006, pp. 282-283.

13 Sobre a caracterização destes contratos pela doutrina brasileira, cfr. Autores e obras cits. *supra*, notas 1 e 2.

lizados como esquemas diferentes, enquanto vias diversas para um mesmo fim: a distribuição dos produtos e serviços.

Por isso se continua a recorrer, ainda hoje, aos contratos de comissão¹⁴, ao lado dos modernos contratos de agência, de concessão e de franquia. Mas predominam, na actualidade, estes últimos, por serem os que mais se ajustam às necessidades práticas contemporâneas e aos interesses e estratégia da indústria e do comércio.

3. Formas da distribuição

I — Já sabemos que a agência, a concessão e a franquia constituem, actualmente, as principais modalidades dos contratos de distribuição. Vista a mesma realidade por outro prisma, dir-se-á que é ao agente, ao concessionário e ao franquiado que cabe, hoje em dia, a tarefa de maior relevo no âmbito da distribuição comercial.

Embora se possa afirmar o *pluralismo* como traço dominante do sistema comercial, coexistindo o pequeno comerciante ao lado das grandes superfícies e do comércio integrado, a tendência aponta, todavia, para a *organização* e a *concentração*. Nesta linha, assume papel do maior relevo a *integração em redes de distribuição*¹⁵.

II — É claro que nada impede a *distribuição directa*, ou seja, aquela em que os bens se transmitem directamente do produtor

14 Ver, a propósito, o Acórdão do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) de 9 de Novembro de 1999 e a nossa *Anotação* intitulada *Contrato de agência com um transitário, ilicitude da resolução e indemnização de clientela*, in “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (RLJ) ano 133º, pp. 124,ss e 140,ss, respectivamente.

15 Cfr. Paul Pigassou, *La distribution intégrée*, in «Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique» (RTDCom), tome XXXIII, 1980, pp. 473,ss; Laurence Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, Paris, 1995, pp. 1,ss; Knut Werner Lange, *Das Recht der Netzwerke. Moderne Fragen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb*, Heidelberg, 1998, pp. 37,ss; Beauchard, *op. cit.*, pp. 129,ss.

para o consumidor final, seja na própria sede da empresa, seja através de pessoal dependente, de sucursais ou de filiais.

Assume particular importância, porém, na actualidade, a *distribuição indirecta*, que aproveita as vantagens da *divisão do trabalho* e da *especialização*: aqui, o produtor concentra-se no aparelho produtivo, renuncia ao controlo da comercialização e passam a ser empresas especializadas que se encarregam dessa tarefa, na qual sobressaem os grossistas e os retalhistas.

Mas entre estes “casos-limite”, como lhes chama Pardolesi, é possível encontrar formas intermédias que permitem *coordenar* a fase da produção com a da distribuição, permitindo ao produtor *intervir* na distribuição, mas sem anular a *autonomia* das partes, possibilitando assim uma “*integração vertical convencional*”: o que se consegue, precisamente, através dos *contratos de distribuição*¹⁶.

III — Na verdade, a distribuição indirecta pode ser *integrada* ou *não integrada*, consoante se proceda ou não a uma *coordenação* entre a produção e a comercialização¹⁷.

No primeiro caso, na distribuição integrada, o distribuidor mantém a sua independência e autonomia jurídica, suportando os custos de organização e, em regra, como qualquer comerciante, também o risco da comercialização¹⁸; mas é *integrado* na empresa ou no grupo do produtor, com o qual *coordena* e *articula* a sua

16 Cfr. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 11-15; *Idem*, *Contratti di distribuzione*, in “Enciclopedia Giuridica Treccani” (EG), Roma, 1988, n° 1.2., pp. 1,ss. Esta posição vai sendo seguida pela doutrina italiana e portuguesa: cfr., respectivamente, por ex., Oreste Cagnasso, *Concessione di vendita e franchising*, in Gastone Cottino, *Contratti commerciali*, Padova, 1991, pp. 379,ss; Angelo Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, pp. 255,s; Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, cit., pp. 1,ss.

17 Cfr. também Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, Coimbra, 2001, n° 205.

18 O que acaba de dizer-se terá de ser entendido *cum grano salis*, em relação ao agente.

actividade, o que implica ter de seguir *directrizes* de vária ordem, sujeitar-se a uma certa *orientação, controlo e fiscalização*, e aceitar *promover* os bens e serviços que distribui. Em contrapartida, usufrui de *benefícios* vários, provenientes, em geral, da “*posição de privilégio*” que lhe advém de ser *integrado* naquela *rede* de distribuição¹⁹. O que vale, em maior ou menor medida, de um modo mais ou menos intenso, para o agente, o concessionário e o franquiado, mas também para o distribuidor autorizado e o distribuidor selectivo, designadamente²⁰.

IV — Numa outra perspectiva, mais simples, dir-se-á, com CANARIS, que a empresa pode distribuir os seus produtos e serviços através dos seus próprios *empregados e filiais*, ou recorrer a *terceiros*, sem qualquer ligação a si, que actuarão por conta e em nome próprio, como acontece com grossistas e retalhistas. Mas pode também a empresa servir-se de esquemas intermédios, utilizando pessoas *independentes* que, contudo, *colaborarão* consigo de modo *estável* na distribuição dos bens: em grau maior ou menor, estão nesta situação, entre outros, o agente, o concessionário e o franquiado²¹.

V — Trata-se, numa palavra, de fazer com que, *por via convencional* — através dos referidos contratos —, o produtor²² acabe por *intervir e controlar* a fase da *distribuição*, com *custos e riscos* reduzidos ou de todo afastados, graças a colaboradores *independentes*, mas que aceitam a *orientação e directrizes* do primeiro, em contrapartida das condições de comercialização *privile-*

19 Benefícios de que aproveita também a outra parte e, em geral, todas as empresas do grupo, pelas vantagens que a integração num sistema lhes traz, em termos de consistência, organização, dinâmica, imagem e política de “marketing”. Cfr. Martinek/Semler, *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., pp. 29,ss.

20 Martinek/Semler, *op. cit.*, pp. 47,ss.

21 Cfr. Canaris, *Handelsrecht*, cit., pp. 248-249. Em termos semelhantes, também Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5. ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, pp. 754,ss.

22 *Grosso modo*, o produtor, pois pode ser o importador, o próprio grossista ou outra entidade: cfr. Martinek/Semler, *op. cit.*, pp. 4 e 16.

giada de que beneficiam, seja em função da *marca* dos bens, seja pela *integração* numa rede de distribuição.

4. Indemnização de clientela do agente

I — E passamos a analisar agora a indemnização de clientela. Sem prejuízo de qualquer outra indemnização a que haja lugar, consagra o art. 33º da lei portuguesa, *a favor do agente*, essa dita “indemnização de clientela”. Trata-se de uma medida interesantíssima, de grande significado e alcance e de natureza jurídica complexa.

Logo na redacção inicial do Decreto-Lei nº 178/86 foi consagrada a indemnização de clientela. Optou o legislador português pelo modelo alemão da *Ausgleichsanspruch*. Entretanto, a Directiva 86/653/CEE veio impô-la, mas talvez o haja feito em termos que não se afiguram os mais adequados²³.

II — A este respeito começamos por salientar que estamos perante um dos casos em que a Directiva falha nos seus propósitos de harmonização legislativa, por ter consagrado, no art. 17, duas medidas *diferentes*, deixando aos Estados membros a possibilidade de *optarem* por uma ou por outra dessas medidas.

A Directiva assumiu assim uma posição de *compromisso* entre o *modelo alemão* e o *modelo francês*, tendo porventura partido do princípio de que qualquer deles contribuiria para *proteger o agente no termo do contrato*. Mas enquanto o segundo consagra uma indemnização no sentido próprio do termo, ainda que com algumas particularidades, o modelo alemão prevê uma medida de índole diversa e bem mais adequada às razões que justificam esta protecção acrescida do agente. Foi este o modelo por que a lei portuguesa havia já optado, o qual tem sido generalizadamen-

23 Acompanhamos de perto o nosso *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 149,ss (nºs 40,ss).

te aceite no direito dos demais Estados membros da Comunidade Europeia²⁴.

III — Em conformidade com este modelo e de acordo com o que temos entendido, a indemnização de clientela constitui, no fundo, uma *compensação* a favor do agente, após a cessação do contrato, pelos *benefícios* de que o principal *continue a auferir* com a clientela *angariada* ou *desenvolvida* pelo agente.

Ela é devida seja qual for a forma por que se põe termo ao contrato ou o tempo por que este foi celebrado (por tempo determinado ou por tempo indeterminado) e acresce a qualquer outra indemnização a que haja lugar (por exemplo, por falta ou insuficiência de pré-aviso ou por violação do contrato pelo principal). É como que uma *compensação* pela “mais-valia” que o agente proporciona ao principal, *graças à actividade desenvolvida pelo primeiro*, na medida em que o principal *continue a aproveitar-se dos frutos dessa actividade*, após o termo do contrato de agência.

24 Além dos direitos alemão (§ 89b, do HGB) e português (art. 33º), também os direitos espanhol (art. 28 da Lei 12/1992), austríaco (§ 24 da *Handelsvertretergesetz* de 1 de Março de 1993), belga (art. 20 da lei de 13 de Abril de 1995), holandês (art. 7: 428-7: 445 NBW) e italiano (art. 1751 do *Codice Civile*, após a reforma de 1991, que transpõe a Directiva, ainda que em termos pouco felizes: cfr. Baldi, *I contratto di agenzia*, cit., pp. 263,ss), entre outros, adoptaram o modelo alemão da *Ausgleichsanspruch*, correspondente à opção prevista no art. 17, 2, da Directiva (o modelo francês corresponde à opção contida no nº 3 do mesmo preceito). Para uma visão de conjunto, cfr. Graf von Westphalen, *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU — Staaten und der Schweiz*, Köln, 1995, *passim*; para uma compreensão do modelo francês, ligado à tradicional concepção da agência como mandato “d’intérêt commun”, v. Jean Catoni, *La rupture du contrat d’agent commercial*, Paris, 1970, pp. 9,ss e 143,ss; e para uma apreciação deste modelo, designadamente dos seus inconvenientes, Axel de Theux, *Le statut européen de l’agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Bruxelles, 1992, pp. 286,ss, bem como, do mesmo autor, mais recentemente, analisando a lei belga que transpõe a Directiva e seguiu o modelo alemão, ainda que apelidando a indemnização de clientela de “indemnité d’éviction”, a obra *La fin du contrat d’agence commerciale. Articles 18 à 24 de la loi du 13 avril 1995*, Bruxelles, 1997, pp. 65, ss.

Pese embora o seu nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira *indemnização*, até porque não está dependente da prova, pelo agente, de danos sofridos²⁵. 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 quaisquer danos, antes de o *compensar* pelos benefícios de que a outra parte *continue a auferir* e que se devam, no essencial, à *actividade* do seu ex-agente. Mesmo que este não sofra danos, haverá um “*enriquecimento*” do principal que legitima e justifica uma *compensação* (“*Ausgleichsanspruch*” lhe chamam, com propriedade, os alemães: § 89 b do HGB)²⁶. Estar-se-á, pois, mais próximo

25 Aspecto que a jurisprudência portuguesa vem já reconhecendo expressamente: cfr., por ex., os Acórdãos do STJ de 9 de Novembro de 1999 (RLJ ano 133º, pp. 124,ss) e de 27 de Outubro de 1994 (in “Colectânea de Jurisprudência”: CJ- Acs. STJ, ano II, tomo III, pp. 101,ss), da Relação do Porto de 18 de Outubro de 1994 (CJ, ano XXIX, tomo IV, pp. 212,ss) e da Relação de Coimbra de 14 de Dezembro de 1993 (CJ, ano XVIII, tomo V, pp. 46,ss).

Mas ver ainda, na jurisprudência, compreendendo a *ratio* da indemnização de clientela e alargando-a aos contratos de concessão comercial, os Acórdãos do STJ de 4 de Maio de 1993, de 27 de Outubro de 1994, de 22 de Novembro de 1995, de 23 de Abril de 1998, de 9 de Novembro de 1999, de 3 de Maio de 2000 e de 12 de Outubro de 2000 (respectivamente: CJ-Acs STJ, ano I, tomo II, pp. 78,ss, ano II, tomo III, pp. 101,ss, ano III, tomo III, pp. 115,ss, ano VI, tomo II, pp. 57,ss, RLJ ano 133º, pp. 124,ss, e de novo aquela Colectânea, ano VIII, tomos II, pp. 45,ss, e III, pp. 77,ss); os Acórdãos da Relação do Porto de 18 de Outubro de 1994, de 27 de Junho de 1995 e de 25 de Junho e 9 de Novembro de 1998 (respectivamente: CJ, ano XIX, tomo IV, pp. 212, ss., ano XX, tomo III, pp. 243 e ss., ano XXIII, tomo III, pp. 213, ss., e tomo V, p. 181 e ss., bem como na RLJ ano 130º, pp. 22 e ss.); da Relação de Coimbra de 14 de Dezembro de 1993 e de 26 de Novembro de 1996 (CJ, ano XVIII, tomo V, pp. 46 e ss, e ano XXI, tomo V, pp. 31 e ss.); da Relação de Lisboa de 7 de Outubro de 1993 (CJ, ano XVIII, tomo IV, pp. 133 e ss.); e por último a sentença de 23 de Maio de 1997 do Juiz do 5º Juízo Cível da Comarca de Lisboa (CJ, ano XXII, tomo III, pp. 304 e ss.).

26 De entre a imensa e rica produção doutrinal alemã sobre este ponto, v., por ex., Küstner/Manteuffel/Evers, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters*, Göttingen, 1998; Canaris, *Handelsrecht*, 24ª ed., cit., pp. 271,ss, e Karsten Schmidt,

do instituto do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil, sem que isto signifique, para já, tomar posição no debatido problema da natureza jurídica da indemnização de clientela, a que voltaremos.

IV — A atribuição da indemnização de clientela ao agente não é automática, dependendo da verificação de determinados requisitos (na lei portuguesa, eles estão previstos no art. 33º).

É necessário, em primeiro lugar, que o agente tenha angariado *novos clientes* para a outra parte ou *aumentado substancialmente o volume de negócios* com a clientela já existente.

É necessário, igualmente, em segundo lugar, que o principal venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato de agência, da actividade desenvolvida pelo seu ex-agente. Quanto a esses benefícios a auferir pelo principal, não se mostra necessário que eles tenham já ocorrido, bastando que, de acordo com um juízo de *prognose*, seja bastante provável que eles se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente constitua, em si mesma, uma *chance* para o principal.

Por outro lado, não se exige que seja o próprio principal a explorar *directamente* o mercado, podendo 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 usufruir da actividade do agente, ainda que só indirectamente, através de outro intermediário — excepto se provar que *deixa em absoluto de poder aproveitar-se* de tal clientela, por ter *cessado* a sua actividade ou *mudado de ramo*. Claro que também não haverá direito à indemnização de clientela se os clientes *continuarem com o agente* ou se se transferirem para *outra empresa*,

Handelsrecht, cit., pp. 740,ss. No direito austríaco, onde a “Ausgleichsanspruch” tem também uma longa tradição, v., por todos, a monografia de Aglaia Tschuk, *Der Ausgleichsanspruch bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses*, Wien, 1994, *passim*.

deixando de ser clientes da anterior (e desde que o principal *nada tenha a ver* com a empresa para a qual “passou” a clientela).

Finalmente, para que o agente tenha direito à indemnização de clientela torna-se ainda necessário que ele deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato de agência, com os clientes que faziam parte da sua carteira.

5. Indemnização de clientela do concessionário e do franquiado

I — O que acabamos de expor acerca da indemnização de clientela constitui como que uma espécie de *doutrina geral* que valerá também, *mutatis mutandis*, para o concessionário e o franquiado, *se for de lhes aplicar*, por analogia, o disposto na lei a favor do agente. E essa tem sido uma questão muito discutida, particularmente no direito alemão²⁷.

Pelo nosso lado, temos entendido que esta indemnização poderá ainda beneficiar outros sujeitos, como os *concessionários* e os *franquiados*, sempre que a *analogia* se verifique²⁸. É que os contratos de concessão e de franquia envolvem, frequentemente, como sabemos, uma actividade e um conjunto de tarefas simila-

27 É efectivamente abundante a doutrina alemã sobre este problema específico: entre muitos outros, e para além de Canaris, *Handelsrecht*, 24^a ed., cit., pp. 288-290 e 304-305, de Martinek, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, cit., pp. 149 e ss., esp. 163-171, e de Ulmer, *Der Vertragshändler*, cit., pp. 449 e ss., ver especialmente a monografia de Dietmar Foth, *Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers*, Berlim, 1985, *passim*, obra que inclui uma análise da evolução da jurisprudência (pp. 18 e ss.) e da doutrina (pp. 32 e ss.), a posição de outros direitos (pp. 99 e ss.) e conclui com o tratamento desenvolvido dos principais problemas relativos à indemnização de clientela do concessionário (pp. 117 e ss.), mormente o da aplicação analógica do § 89b do HGB, ou seja, da norma do Código Comercial alemão que regula esta matéria no contrato de agência (pp. 120 e ss.).

28 Continuamos a seguir os nossos *Contratos de distribuição*, cit., pp. 161,ss (nº 41), e *Contrato de agência*, cit., anot. ao art. 33º.

res às da agência, estando os contraentes unidos, de modo idêntico, por relações de estabilidade e de colaboração e comungando de um objectivo comum.

Nem será obstáculo decisivo, *por si só*, o facto de o concessionário ou o franquiado actuarem por conta e em nome próprio, pois essa situação não evita que, no *plano interno*, o concedente e o concessionário, tal como o franquizador e o franquiado, sejam as partes da relação de distribuição. As *revendas*, pelo concessionário ou franquiado, aos clientes, constituem *obrigações que fazem parte dos contratos de concessão e de franquia*, como *contratos-quadro*. Acresce, por outro lado, poder de certo modo considerar-se o concedente ou o franquizador, *de um ponto de vista económico*, também como “parte” da relação de distribuição estabelecida com os terceiros, a ele ficando normalmente *ligada a clientela* no termo do contrato.

Tudo passa, assim, *num primeiro momento*, por averiguar, em cada caso concreto, se o distribuidor, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou *funções*, cumpriu *tarefas* e prestou *serviços* semelhantes aos de um agente, em termos de ele próprio dever considerar-se, pela actividade que exerceu, como um relevante *factor de atracção da clientela*. A sua (maior ou menor) *integração* na rede do concedente ou do franquizador²⁹, as obrigações (mais ou menos extensas, mais ou menos in-

29 Poderia objectar-se dizendo que quanto *maior* for a *integração* do concessionário ou do franquiado *menor* será o *mérito* destes na angariação da clientela e, ao invés, quanto *menor* for essa *integração* *mais avultará* o papel do concessionário e do franquiado na conquista da clientela; com a consequência de se justificar mais no segundo caso do que no primeiro a atribuição, no termo do contrato, da indemnização de clientela. Mas pode observar-se, em contrapartida, que é mais provável no primeiro caso do que no segundo a “*transferência*” da clientela para o concedente ou o franquizador — talvez melhor, a *manutenção* da clientela na sua órbita — e que é esta também a situação em que o concessionário e o franquiado *mais se aproximam do agente*. Trata-se, aliás, de aspectos a que a jurisprudência alemã dá muito peso, estes da *integração* (“*Eingliederung*”) do distribuidor e da “*transmissão*” da *clientela* para o concedente. Pensamos, por outro lado, quanto ao *relevo*

tensas) que assume em ordem à prossecução e defesa dos interesses deste, os deveres de informação a seu cargo e de respeito pelas instruções que dele recebe, o tipo de bens distribuídos, etc., serão, para esse efeito, elementos importantes a considerar.

Se, ponderados todos esses factores, for de concluir, no caso concreto, pela *equiparação* de determinado concessionário ou franquiado, *atenta a actividade exercida*, a um agente, estarão removidas as *primeiras dificuldades* à aplicação analógica do regime da agência — e, portanto, à atribuição aos primeiros da indemnização de clientela que a lei prevê a favor do agente³⁰. Assim como estará provado o requisito prescrito no art. 33º, nº 1, al. a).

Há que averiguar, porém, num *segundo momento*, se a norma que se convoca é *adequada* ou se *ajusta* ao contrato de concessão. Importa reflectir, para o efeito, sobre a *ratio legis*, a fim de vermos se a norma pode aplicar-se analogicamente, não bastando, pois, o *parentesco funcional* entre o concessionário e o agente.

Ora, no tocante à indemnização de clientela, sabemos já que ela se destina a *compensar* alguém (o agente) pelos benefícios de que outrem (o principal) *continue a usufruir* após o termo do contrato e que *devam creditar-se* ainda, no essencial, à actividade do primeiro antes de o contrato cessar. Há aqui dois aspectos

da acção do distribuidor na angariação da clientela — designadamente a tão falada *força atractiva da marca* do concessionário ou do franquiado, a *Sogwirkung der Marke*, a contrapor ao mérito da acção do distribuidor —, que isso será de tomar em conta na análise dos *requisitos* de que depende a indemnização de clientela e respectivo montante, a calcular segundo a equidade.

³⁰ Trata-se da posição que temos adoptado (ver, por ex., o nosso *Contrato de agência. Anotação*, cit., pp. 117 —119) e que veio a ser também subscrita por Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., nºs 216 e 219, por Carlos Lacerda barata, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa, 1994, pp. 86-87, por Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 184,ss; por J. Coelho Vieira, *O contrato de concessão comercial*, Lisboa, 1991, e pp. 151 e ss. e por Luis Menezes Leitão, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Coimbra, 2006, pp. 79,ss.

a ter em conta, de acordo com a *razão de ser* desta medida, que se afiguram fundamentais para a solução do problema.

Em primeiro lugar, há que ver se a clientela foi *angariada* pelo agente ou se houve um *aumento substancial* do volume de negócios; em segundo lugar, importa apurar se e em que medida, *no futuro*, o principal irá *beneficiar dessa clientela* ou dessa *atividade do agente*.

Quanto ao primeiro aspecto, o que dissemos antes acerca da *equiparação* do concessionário e do franquiado ao agente mostra que se aqueles, no caso concreto — designadamente pelos *serviços* que prestaram, *tarefas* que cumpriram e *funções* que exerceram —, puderem ser considerados como relevante *factor de atracção da clientela* (ainda que não o único) estará então preenchido o primeiro requisito para a aplicação analógica da norma.

Mas isso não basta. Torna-se necessário, em segundo lugar, para que a finalidade desta medida seja alcançada, que o concedente ou o franquiador *venham a beneficiar dessa clientela*, que isso seja *previsível*. E é aqui que reside a segunda grande dificuldade. No contrato de agência, é o *principal* — não o agente — quem contrata com os clientes, ou o agente *mas por conta e em nome do principal*; no contrato de concessão, ao invés, é o *concessionário* quem celebra os contratos com os clientes e fá-lo *em seu nome e por sua conta*, o mesmo sucedendo no “franchising”, com o franquiado. Daí que, no primeiro caso, cessando o contrato, a clientela fique *ao dispor do principal*; no segundo caso, porém, isso *já não sucede assim*, pelo que faltaria um requisito fundamental da indemnização de clientela. Numa palavra, ainda que o distribuidor tenha angariado importantes clientes, o concedente, tal como o franquiador, não teriam meios jurídicos de virem a aproveitar-se deles após a cessação do contrato. Eles seriam *clientes do distribuidor* — *não do concedente nem do franquiador!*

Essa a razão por que a jurisprudência alemã exige que o *contrato vincule o concessionário a transferir a clientela para o conce-*

dente. Mas este requisito tem-se vindo a *esbater* bastante, dando-o a jurisprudência por verificado se, *no decurso do contrato*, o concedente tiver acesso aos *dados da clientela* em poder do concessionário através do cumprimento, por este último, de *deveres contratuais* com esse alcance, em termos tais que a clientela fique *acessível ao concedente* quando findar a relação deste com o concessionário.

Estamos em crer que faz sentido esta preocupação com o *destino da clientela* após o termo do contrato. Trata-se de um aspecto fundamental a ter em conta, pois não é razoável compensar o agente/distribuidor pelo que fez no passado *senão na medida em que se preveja que isso virá a repercutir-se directamente, no futuro, em benefício do principal/concedente/franquiador*. É este, aliás, por isso mesmo, um requisito *legal* da indemnização de clientela: art. 33º, nº 1, al. b), da lei portuguesa.

Mas para que essa preocupação seja respeitada e este requisito legal cumprido bastará que, no termo do contrato, o concedente ou o franquiador tenham *efectivo acesso* à clientela angariada pelo distribuidor, *sem que isso deva resultar de uma qualquer obrigação prevista no contrato*³¹ (que normalmente até existirá, tendo em conta a integração do concessionário e do franquiado e as obrigações, nomeadamente de zelar pelos interesses da outra parte, em que se traduz a índole de gestão destes contratos). Verificar-se-á, assim, uma *continuidade de clientela* susceptível de “continuar” a beneficiar o concedente.

Parece, em suma, *dentro do duplo condicionalismo analisado*, que será de atribuir ao concessionário e ao franquiado, por ana-

31 Até porque, de outro modo, seria fácil contornar esta exigência e afastar a indemnização de clientela, através da eliminação, pelo concedente, de qualquer dever contratual que pudesse servir de argumento à acessibilidade da clientela (como o envio de listas de clientes, a possibilidade de livre acesso aos arquivos do concessionário, etc.). No mesmo sentido, cfr. Martinez Sanz, *La indemnizacion por clientela en los contratos de agencia y concession*, 2ª ed., Madrid, 1998, p. 352.

logia, a indemnização de clientela prevista a favor do agente. A análise do caso concreto afigura-se decisiva, quer no tocante à consideração do concessionário ou do franquiado como relevantes *factores de atracção da clientela*, nos termos atrás indicados; quer a respeito da “*transferência*” da clientela para o concedente/franquiador. E não deixe de se ter sempre presente o relevo que deve atribuir-se, para esse efeito, ao grau de intensidade com que se afirmam, em cada situação, as notas que permitem equiparar tais sujeitos ao agente.

6. O problema no direito brasileiro

I — Vimos já que o direito do agente (ou, em termos mais gerais, do distribuidor comercial) à indemnização de clientela é *ignorado* na ordem jurídica brasileira³². Daí que nos pareça justificado que se suscite o *problema* e se pondere se vale ou não a pena consagrar esta medida, à semelhança do que se passa na Europa³³.

Esse será um debate a travar no seio da comunidade jurídica brasileira. Não nos atrevemos a qualquer intromissão. O legislador decidirá se se justifica ou não consagrar a indemnização de clientela.

Pode, no entanto, pôr-se já hoje o problema, em face do direito constituído. *Quid iuris* se um agente solicitasse, num tribunal brasileiro, uma compensação pelos benefícios que a outra parte vai continuar a receber, após o termo do contrato de agência, gra-

32 Cremos que não depõe contra esta nossa afirmação o disposto no inciso III do art. 24 (tal como no inciso I do art. 25) da já citada Lei n° 6.729 (sobre a concessão comercial de veículos automotores de via terrestre), por nos parecer que do que se trata nessas normas é de reparar o lucro cessante, no âmbito da tradicional indemnização de perdas e danos.

33 E não só na Europa. Também em Macau (China) e em Angola (nos dois casos, por manifesta influência da lei portuguesa) se prevê a indemnização de clientela a favor do agente: cfr., respectivamente, art. 653° do Código Comercial de Macau e art. 33° da lei angolana n° 18/03, de 12 de Agosto de 2003.

ças aos negócios que realizará com a clientela por si angariada e que se mantém ligada ao principal/proponente?

Provavelmente não teria sucesso esta pretensão do agente Mas pensamos que a solução poderá ser outra ao abrigo do princípio que manda restituir o *enriquecimento sem causa* (arts. 884 e 885 do Código Civil).

Além do *princípio geral* consagrado no art. 884, dir-se-á que o disposto no art. 885 (norma que acolhe a velha *condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob rem*) fornece um especial apoio, na medida em que se poderá argumentar que a “*causa*” que justificava o “enriquecimento” do proponente/principal “*deixou de existir*” quando cessou o contrato de agência — logo, ficará constituído na obrigação de restituir ao seu ex-agente aquilo que deve ser creditado à actividade deste antes de o contrato cessar.

II — É uma pista a considerar. Seguramente que levantará objecções, mas é uma das soluções possíveis, uma das *vias* a ponderar. E que está ligada ao delicado e debatido problema da *natureza jurídica* da indemnização de clientela.

A este respeito, as opiniões dividem-se. Deve começar por rejeitar-se a ideia (que inicialmente mereceu alguma simpatia mas que hoje está maioritariamente superada) de que se estaria em face de uma simples medida de *índole social*, em ordem à protecção do agente — não é esta a razão *essencial* da indemnização de clientela. Assim como se deve rejeitar qualquer tentativa de lhe atribuir *natureza indemnizatória*.

A partir daqui acentuam-se as divergências na doutrina. Há quem veja na indemnização de clientela uma expressão da doutrina do *enriquecimento sem causa*. Outros consideram-na uma *retribuição suplementar* devida ao agente — uma *retribuição diferida* —, em virtude de a actividade deste não ter sido integralmente retribuída na vigência do contrato, por haver benefícios que só com o termo do contrato sobressaem devidamente, bene-

fícios esses constituídos, *grosso modo*, pela clientela que o agente deixa ao principal. E há também quem procure conciliar a ideia de retribuição com considerações de *equidade*³⁴.

Não é fácil tomar posição. Pode inclusivamente tratar-se de uma medida na qual convergem várias dimensões, pelo que se justificaria atribuir-lhe uma natureza *mista*. Em todo o caso, merecem especial simpatia as teses da *retribuição diferida* — ainda que mesclada com considerações de protecção social — e do *enriquecimento sem causa*.

Em relação a esta última, a sua aproximação à indemnização de clientela é particularmente relevante através da figura da *conditio causa data causa non secuta*, como vimos atrás: restituição do que tiver sido prestado por uma causa (leia-se efeito) que desapareceu ou não chegou a existir como tinha sido previsto pelas partes (art. 885 do Código Civil brasileiro e 473º, nº 2, do Código Civil português).

Para além disso, ou até independentemente disso, a razão de ser do *princípio* que ordena a restituição do enriquecimento sem causa parece ajustar-se às finalidades que justificam essa compensação a favor do agente, no termo do contrato, uma vez verificados certos requisitos. É que, como vimos atrás, trata-se de *compensar* o agente pelos *benefícios* que a outra parte (o proponente ou principal) *continue a auferir* e que se devam, no essencial, à actividade do seu ex-agente. São benefícios que, na vigência do contrato, eram de proveito *comum*, e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas, *unilateralmente*, à outra parte (o proponente ou principal)³⁵. A tese do *enriquecimento sem causa* parece ajustar-se com naturalidade a tal situação.

34 Cfr. Canaris, *Handelsrecht*, 24ª ed., cit., pp. 271,ss, Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, cit., pp. 741,ss, L. Menezes Leitão, *A indemnização de clientela*, cit., pp. 91,ss, Carolina Cunha, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra, 2003, pp. 363,ss, e António Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 157,ss.

35 Cfr., *supra*, nº 4- III e, para mais desenvolvimentos, António Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 149,ss (nºs 40-III e 40-VII).