

Do Regime Jurídico dos Contratos de Distribuição Comercial*

António Pinto Monteiro

1. Contratos de distribuição

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 rela-

* Texto que se destina a ser publicado em Portugal, nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles.

ções *com o produtor* que pertencem ao direito da distribuição¹.

Em regra, estes contratos têm como sujeitos o produtor, de um lado, e o distribuidor, do outro². E visam escoar produtos, conquistar mercado, angariar clientela. O que acaba de dizer-se vale também para os serviços.

É corrente incluir os contratos de *agência*, de *concessão* e de *franquia* entre os contratos de *distribuição comercial*³. Mas também a *mediação* e, principalmente, a *comissão* aparecem enquadradas nesta categoria contratual, constituindo, mesmo, as suas modalidades *tradicionalis*.

-
- 1 A este propósito, MARTINEK considera o direito da distribuição como “direito da 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.
 - 2 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. 21^o-23^o.
 - 3 Não é opinião pacífica, contudo, havendo quem prefira excluir desta categoria os primeiros, que seriam mais propriamente contratos de promoção de negócios. Nós mesmos já nos inclinámos neste sentido (cfr. o nosso *Contratos de agência, de concessão e de franquia* [*Franchising*], separata dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, III, Coimbra, 1984, p. 8 (n^o 2)), embora nos pareça, hoje (melhor, já em 1993 defendemos esta posição: cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Agência e distribuição comercial*, separa-

O contrato de comissão é acolhido pelo velho Código Comercial, no art. 266º, salientando a doutrina tratar-se de um mandato sem representação, em confronto com o mandato comercial, regulado no art. 231º do mesmo diploma⁴. O contrato de mediação mantém-se como contrato legalmente atípico, pese embora as intervenções legislativas recentes sobre a actividade de mediação imobiliária⁵.

Mas são a *agência*, a *concessão* e a *franquia* as modalidades mais importantes dos contratos de distribuição. Talvez melhor: é com base nestes esquemas contratuais e a partir deles que se constrói a *categoria* dos contratos de distribuição comercial.

ta da Revista "Direito", vol. III, nº 1, Santiago de Compostela, 1994, pp. 47, ss, nº 4), que todos eles (apesar de também o "franchising" suscitar, por vezes, dúvidas) podem considerar-se, em sentido amplo, como contratos de distribuição comercial, pese embora o *fim*, de que *compartilham*, se mostre susceptível de ser prosseguido por *meios diferentes*, mas comungando de um conjunto essencial de notas *comuns* que permitem enquadrá-los numa mesma categoria. Voltaremos a este ponto, *infra*, nº 3; mas ver desde já, por todos,

CANARIS, *Handelsrecht*, 23ª ed., München, 2000, pp. 318 e 382-383.

4 Ver, por ex., FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I (com a colaboração de M. Henrique Mesquita e António A. Caeiro), ed. policop., Coimbra, 1973, p. 145 (bem como, actualmente, a ed. impressa destas *Lições*, Lex, 1994, p. 85). Por último, cfr. o Acórdão do STJ de 9 de Novembro de 1999, in RLJ ano 133º, pp. 124,ss, com uma *Anotação* nossa intitulada *Contrato de agência com um transitário, ilicitude da resolução e indemnização de clientela*, pp. 140,ss.

5 Referimo-nos ao Decreto-Lei nº 77/99, de 16 de Março, que revogou e substituiu o Decreto-Lei nº 285/92, de 19 de Dezembro, tendo os Acórdãos do STJ de 17 de Janeiro de 1995 e da Relação de Coimbra de 7 de Outubro de 1997, já em face daquele diploma legal, considerado o contrato de mediação imobiliária como contrato típico (CJ-Acs. STJ, ano III, tomo I, pp. 25,ss, esp. 28, e BMJ nº 470, pp. 692-693). Quanto à actividade de mediação de seguros, menciona-se o Decreto-Lei nº 388/91, de 10 de Outubro, e no tocante à constituição e funcionamento das sociedades corretoras e das sociedades financeiras de corretagem, o Decreto-Lei nº 229-I/88, de 7 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 417/91, de 26 de Outubro.

São contratos recentes e plenos de actualidade. A agência é o único que goza de *tipicidade legal*, graças ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho. Entretanto, também a Comunidade Europeia interveio, através 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. E a necessidade de transpor integralmente a Directiva fez com que aquele diploma legal viesse a ser modificado, o que sucedeu através do Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril.

Quanto à concessão e à franquia, mantêm-se como contratos *legalmente atípicos*, situação generalizada no direito comparado⁶. O que levanta o delicado e importante problema de saber que regime jurídico será de lhes aplicar. Temos entendido que o regime da agência se encontra *vocacionado*, à partida, para se aplicar, por analogia, a tais contratos, no que vimos sendo acompanhados pela jurisprudência e se tornou hoje doutrina dominante, conforme vamos ver já de seguida.

2. Regime jurídico

I — Como qualquer contrato, é de atender, antes de mais, às próprias *cláusulas* acordadas pelos contraentes, desde que lícitas.

Assim como importa ter sempre presente os princípios e as regras gerais do *direito dos contratos* e do *negócio jurídico*, designadamente no tocante à formação do contrato, à

6 Exceptua-se, relativamente à concessão, a Bélgica (lei de 27 de Julho de 1961, alterada por lei de 13 de Abril de 1971), o Brasil (lei nº 6729, de 28 de Novembro de 1979) e Macau (Código Comercial, arts. 657º-678º); em relação ao “franchising”, e exceptuando Macau (Código Comercial, arts. 679º-707º), continua este contrato a não dispor de um regime jurídico próprio, sem prejuízo de, por vezes, se deparar com legislação que lhe é aplicável, e até especialmente pensada para ele, apesar de ter um âmbito mais amplo: é o que sucede em França com a chamada *Lei Doubin*, de 31 de Dezembro de 1989, que consagrou especiais deveres de informação.

capacidade dos sujeitos, à declaração negocial, ao objecto, ao cumprimento e não cumprimento e à conduta das partes⁷.

Há ainda que ponderar a aplicação do regime consagrado para as *cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão*, pois é natural que em muitos casos — “maxime” quando se pretende uniformizar as condições contratuais e de actuação dos vários distribuidores no âmbito da rede — seja esse o *modus negocial* típico e adequado da formação destes contratos⁸.

Num outro plano, convém não esquecer o relevo que os contratos de distribuição assumem do ponto de vista da (li-

-
- 7 Recorde-se, a propósito, o *Manual dos Contratos em Geral*, 3^a ed., Lisboa, 1965, do Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES; ver ainda, por ex., C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3^a ed., Coimbra, 1985, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10^a ed., Coimbra, 2000, e vol. II, 7^a ed., Coimbra, 1997, e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8^a ed., Coimbra, 2000. Evidentemente que a natureza de *acto de comércio* não impede a aplicação subsidiária do direito civil, como direito privado comum ou geral, no quadro do art. 3^o do Código Comercial. A este respeito, cfr., por todos, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, cit., n^{os} 11,ss e 14,ss.
- 8 Recorde-se C. MOTA PINTO, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in RDES, Coimbra, 1973. Mais recentemente, ver, na doutrina portuguesa, por ex., ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n^o 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, M. J. ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2^a ed., Lisboa, 1999, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in ROA, ano 60, 2000, pp. 573,ss, SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990, *Idem*, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, in “O Direito”, ano 127^o, 1995, pp. 297,ss., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra, 1999, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n^o 446/85, de 25 de Outubro*, in ROA, ano 46, Lisboa, 1986, pp. 733,ss, bem como, entre outros trabalhos nossos, por último, sobre o novo regime jurídico, o estudo *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, BFDUC, Coimbra, 2001, pp. 103 e ss.

mitação da) concorrência, pelo que há que atentar na lei da *defesa da concorrência* (Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro) e, bem assim, nos dispositivos comunitários pertinentes (“maxime” arts. 81º e 82º do Tratado de Roma, Regulamento (CE) nº 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, e a Comunicação (2000/C 291/01) da Comissão, de 13 de Outubro de 2000).

Haverá, depois, que atender a aspectos *específicos* de cada contrato, que podem implicar a aplicação de regras *especiais*. Assim, por exemplo, no caso do contrato de franquia, envolvendo uma licença de exploração de direitos de propriedade industrial, terá o contrato — ou, pelo menos, essa cláusula — de respeitar a forma *escrita*, por força do art. 30º, nº 3, do Código da Propriedade Industrial; e poderá haver lugar à aplicação do Decreto-Lei nº 383/89, de 6 de Novembro, sobre a responsabilidade objectiva do produtor, na medida em que qualquer das partes deva considerar-se “produtor”, nos termos do art. 2º, ainda que mero produtor aparente ou presumido.

Finalmente, a questão central de saber se poderá aplicar-se aos contratos de concessão e de “franchising” o *regime do contrato de agência* e, indo mais longe, saber, mesmo, se não será de considerar este regime como o regime — *tout court* — dos contratos de distribuição comercial.

II — É metodologicamente correcto, perante um contrato legalmente atípico, atender às regras dos contratos *mais próximos*, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina fixada na lei e possam aplicar-se aos contratos de concessão e de “franchising” *por analogia*.

Ora, a este respeito, como temos dito, de há muito entendemos ser o contrato de agência aquele cujo regime se mostra mais *vocacionado*, *à partida*, para se aplicar ao *contrato de concessão*⁹. É significativo que o Preâmbulo do De-

9 Logo no *Anteprojecto* tomámos essa posição (cfr BMJ nº 360, pp. 84-85, nº 9, c), bem como o preâmbulo aí proposto, pp.123 e ss.,

creto-Lei nº 178/86 dê expressamente conta da posição que põe 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»¹⁰. É esta a posição que a jurisprudência vem adoptando¹¹ e se tornou dominante também na doutrina¹². Tal como no direito comparado¹³.

esp. 125, nº 4, último parágrafo), que com a devida prudência vimos mantendo (cfr. o nosso *Contrato de agência. Anotação*, 4ª ed., Coimbra, 2000, pp. 51 e 117,ss, e *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1998, nº 3 e 5).

10 Preâmbulo, nº 4, último parágrafo.

11 Cfr., por ex., os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2000, de 23 de Abril de 1998, de 22 de Novembro de 1995 (CJ — Acs. STJ, ano VIII, tomo II, pp. 45,ss, ano VI, tomo II, pp. 57 e ss., e ano III, tomo III, pp. 115 e ss.), de 27 de Outubro de 1994 (“Novos Estilos/sub judice” 10, pp. 194 e ss.) e de 4 de Maio de 1993 (CJ — Acs. STJ, ano I, tomo II, pp. 78 e ss.), da Relação do Porto de 25 de Junho de 1998 e de 13 de Março de 1997 (CJ, ano XXIII, tomo III, pp. 213 e ss., e ano XXII, tomo II, pp. 196 e ss.), de 27 de Junho de 1995 (CJ, ano XX, tomo III, pp. 243 e ss., bem como na RLJ, ano 130º, pp. 22 e ss.) e de 18 de Outubro de 1994 (CJ, ano XIX, tomo IV, pp. 212 e ss.), da Relação de Lisboa de 2 de Dezembro de 1999 (CJ, ano XXIV, tomo V, pp. 112, ss) e da Relação de Coimbra de 26 de Novembro de 1996 (CJ, ano XXI, tomo V, pp. 31,ss).

12 MENEZES CORDEIRO (*Manual de Direito Comercial*, Coimbra, 2001, nºs 206, V, 207, IV, 216, I e II, e 219, V) considera, mesmo, a agência como “figura-matriz dos contratos de distribuição”, defendendo a aplicação do seu regime a estes contratos. No mesmo sentido, v., por ex., LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa, 1994, pp. 86-87, COELHO VIEIRA, *O contrato de concessão comercial*, Lisboa, 1991, pp. 140,ss, e PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia*, Coimbra, 2000, pp. 73,ss.

13 Cfr., por ex., CANARIS, *op. cit.*, pp. 366,ss, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5ª ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, pp. 769,ss, MARTINEK, *Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme*, in ZHR, 161, 1997, pp. 67 e ss, MARTINEK/SEMLER, *op. cit.*, p. 8, SCHWYTZ, *Vertragshändlerverträge*, 3. ed., Heidelberg, 1992, p. 7, SEMLER, *Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht*, München, 1988, pp. 76,ss, PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, in EG, Roma, 1988, nº 2.6, pp. 8,ss, MARTINEZ SANZ, *Contratos de distribución comercial: concessión e franchising*, in SI, tomo XLIV, 1995, pp. 348-350, PAUL CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Paris, 1991, pp. 158,ss.

III — É claro que o concessionário, do mesmo modo que o franquiado *mas ao contrário do agente*, é um comerciante que, “grosso modo”, *compra para revenda e actua por conta e em nome próprio*. Mas isso não obsta a que, no *plano interno*, no plano das suas relações com o concedente (ou com o franquiador), o concessionário (ou o franquiado) actue de modo muito *semelhante* ao agente e cumpra a mesma *função económico-social* deste¹⁴.

Ora, do que se trata é de saber se *a esta relação* poderá aplicar-se o regime do contrato de agência. A resposta é em princípio *afirmativa*, perante o conjunto de *notas comuns*, ainda que de *intensidade variável*, aos contratos de concessão (ou de franquia) e de agência, que permitem afirmar um *parentesco* ou *proximidade funcional* entre ambos¹⁵.

Mas isso não basta — será também necessário averiguar, em cada caso, se *a norma* que se pretende aplicar permite uma aplicação *analógica*, o que implica ponderar se a sua *ratio* se adequa a um concessionário (ou a um franquiado).

Começemos pelo primeiro ponto. A *colaboração* entre as partes; a *relação duradoura* que estabelecem; a *integração* na rede; a *obediência* às *instruções e directrizes* do dono do negócio; o *controlo* a que os distribuidores se submetem; e a *obrigação de zelar* pelos interesses do dono do negócio e de *promover* a distribuição dos seus bens e a sua *marca*, são, entre outras, notas que, em maior ou menor grau, se afiguram *comuns* aos contratos de agência, de concessão e de franquia. Por elas se *aproximam* estes contratos entre si, em maior ou menor medida, consoante a *intensidade* com que tais notas surgem, em cada caso, e por elas se pode afirmar assim uma *semelhança* tal — da concessão (e da franquia) com a agência — que *justifica* o recurso à disciplina deste contrato.

Mas isso não basta, como se disse. Ter-se-á que averiguar também, relativamente à *norma* cuja aplicação se pre-

14 KARSTEN SCHMIDT, *op. cit.*, p. 769.

15 De “*Funktionsverwandtschaft*” fala, precisamente, CANARIS, *op. cit.*, p. 366.

tende, se a *analogia* é possível, se a *ratio legis* é compatível ou se adequa a um concessionário (ou franquiado). Pois bem pode acontecer que o concessionário tenha tido funções muito semelhantes e uma actuação equiparável à de um agente mas, *apesar disso*, não possa beneficiar, *em concreto*, da aplicação de *determinada norma* da lei da agência, por *essa norma* não se ajustar ao contrato de concessão (ou de franquia). Assim, parece que o concessionário não poderá reclamar a comissão prevista para o agente exclusivo no caso de violação do direito deste¹⁶ — tal como, de resto, nos parece difícil compatibilizar as normas sobre a comissão do agente com a actividade do concessionário, que compra para revenda, consistindo o seu benefício no lucro que obtém.

Já as normas sobre a *cessação do contrato de agência* nos parecem perfeitamente *adequadas* à concessão e ao “franchising”¹⁷, sendo no entanto muito *discutida* a aplicação das normas sobre a *indemnização de clientela*¹⁸.

IV — O que acaba de ser dito, relativamente ao concessionário, vale também, em princípio, para o *franquiado*. A posição dominante vai nesse sentido¹⁹.

Entre nós, apesar de faltar jurisprudência a este respeito, pode entender-se que a aplicabilidade das normas do contrato de agência ao “franchising” (dentro dos parâmetros atrás definidos para o contrato de concessão) encontra forte apoio em decisões dos nossos tribunais que consideram determina-

16 Art. 16º, nº 2, do Decreto-Lei nº 178/86. É esta a posição de CANARIS, para o direito alemão: *op. cit.*, p. 368.

17 E não só, podendo pensar-se em aplicá-las, em geral, a relações contratuais duradouras. MENEZES CORDEIRO sugere que o art. 28º, sobre a denúncia do contrato de agência, se aplique analogicamente ao “factoring”, entendendo que, de um modo geral, “elementos analogicamente interessantes são, ainda, os contidos no regime legal da agência, aprovado pelo Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho”: *Da cessão financeira (factoring)*, Lisboa, 1994, pp. 95 e 97.

18 Cfr. o nosso *Contrato de agência. Anotação*, cit., pp. 117-120.

19 Por todos, CANARIS, *op. cit.*, pp. 388,ss.

das normas do Decreto-Lei nº 178/86 como “*paradigmáticas*” dos contratos de cooperação — “aplicando-se, assim, analogicamente, a todos os contratos que revistam tal natureza cooperativa ou colaborante” —,²⁰ ou que o regime da agência “é aplicável por analogia aos contratos de gestão em geral (...)”²¹.

Na doutrina, na mesma linha, recorde-se MENEZES CORDEIRO, que considera a agência “*a figura-matriz dos contratos de distribuição*”²².

V — Poder-se-á afirmar, depois do que foi dito, que há um regime jurídico *próprio* dos contratos de distribuição?

Terá de começar por observar-se que não haverá um regime jurídico *único* dos contratos de distribuição, perante a *diversidade* das espécies negociais que esta fórmula abranje. Assim, dever-se-á recorrer, *em cada caso*, às disposições legais pertinentes, sendo de considerar os problemas *específicos* de cada contrato, nos termos atrás assinalados (a franquia, por exemplo, suscita problemas de direito industrial que em princípio a agência não levanta). A *pluralidade* dos contratos de distribuição reclama um regime também *plural*.

Mas isso não impede que haja um *núcleo* ou *fundo comum* de problemas *susceptível* de ser equacionado e resolvido por um *mesmo* regime jurídico. Ora, é para esse núcleo de problemas, *à volta do qual* se “*constrói*” a categoria dos contratos de distribuição, que *o regime da agência* se mostra com vocação e aptidões para se afirmar como o *regime-modelo* dos contratos de distribuição.

O regime que a lei consagra para o contrato de agência afigura-se *modelar* ou *paradigmático*, traduzindo, muitas vezes, a *concretização* de *princípios gerais* válidos para todos

20 Acórdão da Relação do Porto de 6 de Outubro de 1992: CJ, ano XVII, tomo IV, p. 250.

21 Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Outubro de 1993: CJ, ano XVIII, tomo IV, p. 135.

22 *Manual de Direito Comercial*, cit., n.ºs 206, V, e 207, IV.

os contratos de distribuição, pelo que bem pode atribuir-se à agência o estatuto de “*figura exemplar*”²³.

A lei disciplina um determinado *tipo de actuação*, cujo *expoente máximo* — ou *exemplar* — é o agente, mas sem prejuízo de abranger *outros distribuidores*, exactamente *na medida* em que a sua actuação se *aproxime* ou *equipare*, nos termos assinalados, à do agente.

Por isso *não é automática* a aplicação do regime da agência aos contratos de distribuição, antes terá de efectuar-se, como explicámos, através da *analogia*. Mas a agência é a via adequada para este efeito, o que é especialmente importante no capítulo da cessação do contrato.

3. Categoria jurídica

I — Pode igualmente perguntar-se se os contratos de distribuição formam uma *categoria jurídica*, ou se, pelo contrário, se está perante uma mera fórmula, uma simples expressão, porventura com relevo económico mas sem significado jurídico próprio, tantas são as diferenças que separam as várias modalidades contratuais que ela abrange²⁴.

II — É certo que podemos desde logo distinguir os contratos em que o distribuidor suporta o *risco* da comercialização — que o produtor *transfere*, assim, para o distribuidor: casos, por exemplo, do concessionário e do franquiado —

23 Assim, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., n.º 207, IV. De “*Leitbildfunktion*” do agente no seio do direito da distribuição fala, a este propósito, MARTINEK, in MARTINEK/SEMLER, *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., p. 8. E HOPT refere expressamente o papel de modelo ou padrão (*Muster*) do regime da agência para intermediários e sistemas de distribuição semelhantes: cfr. KLAUS HOPT, *Handelsvertreterrecht. §§84 – 92 c, 54, 55 HGB mit Materialien*, 2.ª ed., MÜNCHEN, 1999, p. 15.

24 Posição assumida por SANTINI, *Commercio* (I — *Disciplina privatistica*), in EG, VII, Roma, 1988, p. 2.

daqueles em que isso não se verifica, mesmo que a transmissão dos bens opere através de intermediários: casos do agente e do comissário.

Assim como podemos distinguir os contratos em que o distribuidor actua *por conta própria e em nome próprio*. — casos do concessionário e do franquiado, entre outros —, daqueles em que o distribuidor actua *por conta da outra parte*: casos do agente e do comissário, actuando o primeiro, mas já não o segundo, também em nome da outra parte.

E podemos ainda, com base em outro critério (o da *aquisição*, ao menos em regra, da *propriedade* dos bens distribuídos), distinguir os contratos em que o distribuidor *compra para revenda* — casos do concessionário e do franquiado, designadamente — daqueles em que o distribuidor se limita a *negociar* e, por vezes, a *concluir* ele próprio os negócios relativos a bens que não lhe pertencem.

Tudo isto leva a distinguir, afinal, o contrato de agência dos contratos de concessão e de “franchising”, designadamente, podendo, nesta linha, ser-se tentado a *reservar* para estes o qualificativo de contratos de distribuição. Mas o ponto não seria pacífico, ainda assim, pois sempre poderia duvidar-se da *inteira* adequação do “franchising” a tal categoria ou, pelo menos, de certas *modalidades* de “franchising”. O que implicaria uma *restrição* ainda *maior*: só o contrato de concessão comercial justificaria ser qualificado como contrato de distribuição.

III — Pode, no entanto, duvidar-se de tal atitude. E acreditar que, apesar das diferenças assinaladas, há um conjunto de *notas essenciais, comuns* a todos esses contratos²⁵, que permitem reuni-los numa mesma *categoria jurídica*²⁶.

25 E que já mencionámos no nº anterior: nº 2, III.

26 Para o direito alemão, ver sobretudo MARTINEK, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, 3.ed., Köln, 1992, pp. 18,ss, bem como MARTINEK/SEMLER, *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., p. 5-6, 9,ss, 47,ss e 61 ss, e KARSTEN SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 705,ss e 754,ss. Para o direito

A nota fundamental reside na obrigação de o distribuidor *promover* os negócios da outra parte. Essa é a obrigação *fundamental do agente*, que o art. 1º do Decreto-Lei nº 178/86 expressamente consagra²⁷ — mas essa é também uma obrigação fundamental dos contratos de *concessão* e de *franquia*, ela é também *uma obrigação fundamental dos contratos de distribuição*²⁸.

No cumprimento dessa obrigação — *comum a todos* os distribuidores —, deve o agente, tal como o concessionário ou o franquiado, *zelar pelos interesses da outra parte*. Essa obrigação, que o diploma legal da agência prevê expressamente (art. 6º), é uma obrigação *fundamental de todos* os contratos de distribuição. É por aí — pelo cumprimento desse *Interessenwahrungspflicht*²⁹ — que se cumpre a função

italiano, cfr., por ex., VINCENZO ROPPO, *I contratti della distribuzione integrata. Appunti*, in “Economia e diritto del terziario”, nº 1, 1994, pp. 177,ss, PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 279,ss e 285,ss, bem como, do mesmo autor, o seu estudo in EG, cit., nºs 1.2 e 1.6, além de BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 6ª ed., Milano, 1997, p. 83, e CAGNASSO, *Concessione di vendita e franchising*, in GASTONE COTTINO, *Contratti commerciali*, Padova, 1991, p. 381. Ver ainda, no direito espanhol, MARTINEZ SANZ, *Contratos de distribución comercial: concesión y franchising*, cit., pp. 345,ss e, *Idem*, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 28,ss; CRISTINA PELLISÉ de URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, 1999, pp. 29,ss; no direito francês, cfr. sobretudo MATINE BEHAR-TOUCHAIS/GEORGES VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, no *Traité des contrats* de JACQUES GHESTIN, Paris, 1999, p. 1,ss, 9,ss, 336,ss, 455,ss, 782,ss e *passim*, e DIDIER FERRIER, *Droit de la distribution*, Paris, 1995, pp. 18,s e *passim*.

27 Sempre por nós devidamente posta em relevo: cfr., por ex., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência. Anotação*, cit., pp. 38,ss; no mesmo sentido, por último, MARIA ROCÍUO QUINTÁNS EIRAS, *Las obligaciones fundamentales del agente*, Madrid, 2001, pp. 57,ss.

28 V. especialmente PARDOLESI, *I contratti di distribuizione*, cit., pp. 285,ss.

29 MARTINEK, in MARTINEK/SEMLER, *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., p. 6. V. também, por ex., KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit. pp. 755-756.

econômico-social dos contratos de distribuição (a sua *causa*, “hoc sensu”)³⁰ e se afirma a sua *identidade*, é por aí, por essa *Interessenbindung*³¹, que se distingue o distribuidor do comerciante tradicional. A este propósito, afirma-se na doutrina e jurisprudência alemãs, para qualquer destes contratos, a natureza de *Geschäftsbesorgungsvertrag*, de contratos de gestão de interesses alheios³².

De igual modo se verifica que todos os distribuidores são *juridicamente independentes* da outra parte — mas todos eles *recebem instruções* desta, aceitam as suas *orientações de política comercial*, sujeitam-se ao seu *controle e fiscalização*, em ordem à sua (maior ou menor) *integração* em determinada *rede* comercial. Há assim uma relação de *colaboração* (mais ou menos) intensa e *duradoura*, através da qual se distribuem bens de *marca*, se *promovem* os negócios da outra parte e se defendem os seus *interesses* e os da *rede* em que o distribuidor se *integra*.

IV — Parece, em suma, que será de afirmar, relativamente aos contratos de distribuição, que a obrigação de *promover* os negócios da outra parte é susceptível de realizar-se de *modo diferente*: através de uma actividade de mera negociação, que pode abranger a própria celebração dos contratos, como na agência; ou pela compra, para revenda, dos bens do produtor. *Em qualquer dos casos*, porém, há uma *ligação*

30 Cfr. ANTUNES VARELA, *Contrato de leasing*, in ORLANDO GOMES/ANTUNES VARELA, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977 (pp. 269,ss), p. 275.

31 CANARIS, *Handelsrecht*, cit., p. 362.

32 Cfr. sobretudo CANARIS, *Handelsrecht*, cit. pp. 362,ss e 380,ss, MARTINEK/SEMLER, *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., pp. 9,ss, 73,ss e 82,ss (problemática no “franchising” da 3ª geração), e para maiores desenvolvimentos ULMER, *Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, München, 1969, pp. 264,ss. Sobre o *Geschäftsbesorgungsvertrag* v. §§ 675 e 611 do BGB e, por ex., JAUERNIG/VOLLKOMMER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 4ª ed., München 1987, p. 755, bem como LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *Besonderer Teil*, Halbband 1, 13ª ed., München, 1986, pp. 408,ss.

anterior e mais ampla entre as partes, que não se esgota nem termina com qualquer destes actos singulares, há uma estreita *colaboração e dependência* em ordem a uma (maior ou menor) *integração* do distribuidor em determinada rede comercial.

Se atentarmos na *noção* do contrato de agência consagrada no art. 1º do Decreto-Lei nº 178/86, podemos verificar que há aí elementos essenciais que são *comuns* a todos os contratos de distribuição: a obrigação de *promover* os negócios da outra parte, através de uma actividade *onerosa*, exercida com *autonomia e estabilidade*³³.

Diferem, nos termos já referidos, quanto a outros aspectos; mas esse *traço distintivo*, relativamente a cada *espécie* singular, não apaga aquele *fundo comum* nem parece suficiente para recusar a inclusão numa mesma *categoria*, a categoria dos *contratos de distribuição*. A qual tem como *referente* a “*figura exemplar*” do contrato de *agência*, cujas regras poderão servir de *suporte* para uma “*teoria geral*” dos contratos de distribuição³⁴.

É claro que as notas comuns aos vários contratos de distribuição têm *intensidade diversa*, pelo que a aproximação de cada um ao *modelo* da agência é *variável*, consoante o *grau*, maior ou menor, por que elas se afirmam em cada caso³⁵. E pode até acontecer que nem sempre se verifiquem *todas* essas notas. Mas isso não nos impedirá de considerar uma “*categoria*” *jurídica* de contratos de distribuição, recorrendo, com CANARIS, a um pensamento *tipológico* e no quadro de um *sistema móvel*³⁶.

33 CANARIS, *op. cit.*, pp. 363 e 383, adopta uma postura semelhante, ao recorrer ao § 84,I, do Código Comercial alemão (HGB), onde se define o agente, para apresentar as noções de concessionário e de franquiado, respectivamente.

34 Recorde-se o que escrevemos no nº anterior e, de novo, também MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., nº 207, IV.

35 Cfr., por ex., MARTINEK/SEMLER, *op. cit.*, p. 47.

36 Neste sentido, ainda que para o contrato de concessão, CANARIS, *Handelsrecht*, cit., pp. 366-367. As referências fundamentais são

Trata-se, assim, de privilegiar uma compreensão dos contratos de distribuição na sua complexidade, através da *imagem global* formada pelos vários elementos *em conjunto*. Não se exige, em cada caso, a presença simultânea de todos os elementos considerados essenciais (processo de subsunção referido ao “conceito”), antes importa apurar *o grau de intensidade* com que esses elementos se apresentam e a *imagem global* que deles resulta.

Já atrás nos referimos a esses elementos *característicos* dos contratos de distribuição. Importa observar, todavia, que o recurso a um “sistema móvel” não nos leva, em relação à agência, legalmente definida no art. 1º do Decreto-Lei nº 178/86, a prescindir de qualquer dos seus elementos essenciais³⁷.

aqui WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950, e CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. port. de MENEZES CORDEIRO, Lisboa, 1989, pp. 127,ss. Mas ver também LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., trad. port. de JOSÉ LAMEGO (da 5ª ed. alemã), Lisboa, 1989, pp. 572,ss, LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ed., Berlin, Heidelberg, New York, 1995, pp. 265, 290, 298 ss, e 306-307 e DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, pp. 10,ss. Entre nós, ver ainda MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, pp. 1258,ss, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, pp. 835,ss, CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, sep. dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1979, pp. 80,ss (agora também em *Digesta*, 2ª, Coimbra, 1995, pp. 109,ss), PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21,ss, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 30,ss e 96,ss, e LUIS MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Lisboa, 1996, pp. 964,ss.

37 Estamos assim com CANARIS, ao rejeitar a possibilidade de um tratamento, em “termos móveis”, de previsões legalmente estabelecidas, ao contrário do que defende F. BYDLINSKI, in *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, p. 36. Cfr. LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 307 e nota 99.

Para concluir, dir-se-á que os vários tipos de contratos de distribuição (agência, concessão e franquia, designadamente) podem ser colocados, no seu conjunto, em diversas linhas de tipos (“*Typenreihe*”), o que releva quanto ao valor que tal linha de tipos apresenta para a apreensão da relação “interna” de sentido entre as diversas regulamentações (cada conjunto de regulamentação forma um tipo), fazendo avultar o que é comum e o que é diferente³⁸.

38 Expliquemo-nos um pouco melhor. Os tipos de contratos de distribuição a que nos referimos são “tipos de estrutura jurídicos” (“*rechtliche Strukturtypus*”: LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 295) que podem ser colocados numa “linha de tipos” (*Typenreihe*) segundo as suas diversas características. É, assim, possível que um contrato concreto apresente traços de um e de outro, colocando-se nessa linha entre dois tipos (por ex., entre a agência e a concessão). O valor da formação de “séries” ou “linhas de tipo” é, justamente, o de permitir determinar imediatamente a colocação de cada forma concreta em relação a cada “tipo de estrutura jurídica” (*op. cit.*, pp. 298,ss, esp. 301). Por outro lado, a forma de pensamento tipológico apresenta semelhanças com a de “sistema móvel” (*op. cit.*, p. 298), que aplicamos também à própria categoria de “contratos de distribuição” (dentro da qual encontramos uma “série” ou “linha de tipos” contratuais).