

A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA LUSO-BRASILEIRA

Felipe Fernandes Antunes¹

Resumo: A cada ano, as espécies de relações comerciais entre pessoas jurídicas são ampliadas, de modo que a legislação enfrenta dificuldades em se adaptar tão rapidamente, situação atinentemente ao elevado formalismo, ausência de dinamismo e à busca incessante por segurança jurídica dos ordenamentos. Dentre elas, estão os contratos de concessão comercial, que, discutivelmente, não possuem previsão legal expressa no Brasil, gerando contradições em relação à possibilidade e à forma de aplicação de alguns institutos, como, por exemplo, a indenização de clientela. Nesse sentido, questiona-se se seria mais eficaz e segura a previsão expressa de uma norma geral sobre a concessão comercial, estabelecendo todas as suas características. O objetivo deste trabalho, por meio de uma análise interpretativa técnico-comparativa, é verificar se está fixação legal explícita da espécie contratual é essencial para aplicação do instituto da indenização de clientela e todos os seus parâmetros, ou se tal definição legislativa irá obstaculizar a realização dos contratos comerciais e dificultar o julgamento, por parte do judiciário, destas relações que, invariavelmente, são marcadas por singularidades não verificadas em outras áreas jurídicas.

Palavras-Chave: indenização de clientela; concessão comercial; fundo de comércio; contratos de distribuição.

¹ Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. Advogado.

THE ABSENCE OF LEGAL PROVISION FOR CUSTOMER COMPENSATION IN COMMERCIAL CONCESSION CONTRACTS: A PORTUGUESE-BRAZILIAN COMPARATIVE ANALYSIS

Abstract: Each year, the types of commercial relations between legal entities are expanded, so that legislation faces difficulties in adapting so quickly, a situation related to the high formalism, lack of dynamism and the incessant search for legal security in the legal systems. Among them are commercial concession contracts, which, arguably, do not have an express legal provision in Brazil, generating contradictions in relation to the possibility and form of application by some institutes, such as, for example, customer compensation. In this sense, the question arises whether the express provision of a general rule on commercial concessions, establishing all its characteristics, would be more effective and safe. The objective of this work, through a technical-comparative interpretative analysis, is to verify whether this explicit legal definition of the contractual type is essential for the application of the client indemnity institute and all its parameters, or whether such legislative definition will impede the implementation of commercial contracts and make it difficult for the judiciary to judge these relationships, which are invariably marked by singularities not seen in other legal areas.

Keywords: customer compensation; commercial concession; trade fund; distribution contracts.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato de concessão comercial. 2.1 Diferenças em relação as outras modalidades de distribuição. 2.2 Regras aplicáveis a concessão comercial no Brasil. 2.3 Regras aplicáveis a concessão comercial em Portugal. 3. Indenização de clientela. 3.1 No Brasil. 3.2 Em Portugal. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO



té ao final do século XX, as relações comerciais se desenvolviam de forma direta entre o produtor e o consumidor, por meio da compra e venda. Entretanto, após este período, com o desenvolvimento do mercado e a evolução da seara industrial, houve uma superprodução de mercadorias, criando a necessidade de escoamento eficientes destes produtos (MONTEIRO, 2006, p. 116), para isso, era fundamental, por parte do produtor, a exploração de novas zonas, sob pena de perder uma fatia do mercado para os concorrentes. Em síntese, havia ânsia em utilizar mão de obra de terceiros.

Tais produtores, visando evitar elevados custos com a contratação de novos funcionários especializados na captação externa de clientes em novas regiões, denominados praticistas ou viajantes (JÚNIOR, 2002, p. 129/131), optaram por perpetrar a realização de contratos de distribuição com pessoas já estabelecidas naquela localidade, gerando economia e eficiência no fomento, desenvolvimento, exploração e distribuição dos produtos e na realização de novos negócios. A preferência por esta forma de intermediação empresarial fez surgir novas modalidades contratuais.

Dentre elas, há o lacunoso contrato de concessão comercial, omissivo legislativamente no ordenamento português e brasileiro. Esta carência legislativa acarreta discussões sobre a aplicabilidade de normas definidoras de outras espécies contratuais aos casos de concessão comercial. Como se trata de uma matéria muito ampla, já que cada espécie contratual possui diversos nuances, o foco estará voltado para o instituto da indenização de clientela, o qual não tem previsão expressa na legislação brasileira, enquanto em Portugal, tem os seus moldes definidos somente na Lei nº 178/86 (Contrato de Agência)

Nesse sentido, por meio de uma análise interpretativa técnico-comparativa, o trabalho se desenvolverá através de dois grandes blocos, inicialmente, verificando a atipicidade da concessão comercial em ambos os países e, posteriormente, a aplicabilidade da indenização de clientela neste modelo contratual, para ao final responder dois questionamentos: a) a atipicidade do contrato de concessão comercial se demonstra mais adequada à maleabilidade inerente as relações comerciais? b) em razão da natureza indenizatória ou compensatória da indenização de clientela, seria mais correto o Brasil seguir os passos de Portugal e fixar os parâmetros do instituto por meio de lei, ainda que em legislação pertence a outra espécie contratual, ou, diferentemente, deveria manter a referida cláusula fora do campo legislativo?

2. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL

A atual necessidade de escoamento de produtos, partindo-se do princípio de que não adianta haver produtos de qualidade com preços atrativos, se estes não chegam até o consumidor final (BORGES, 2017, p. 02/03), tem demonstrado ser fundamental a adoção de estratégias de distribuição. Portanto, os produtores têm direcionado o seu foco na busca dos denominados distribuidores, que, em síntese, são intermediadores com *know-how* específico do mercado de uma determinada zona desconhecida pelo produtor, facilitando a entrada dos produtos no mercado regional, além de trazer benefícios operacionais e econômicos. Em outras palavras, o modelo de venda indireta vem prevalecendo sobre o modelo de venda direta, e o intermediador tornou-se figura fundamental nesta relação contratual, se colocando no meio do antigo vínculo padrão entre o produtor e adquirente (MONTEIRO, 2006, p. 116/117).

Em uma análise ampla, os contratos de distribuição subdividem-se em algumas modalidades: agência, franquia,

comissão e concessão comercial. Todas as espécies, apesar de pertencerem ao mesmo grupo e compartilharem de uma mesma finalidade econômica, possuem características próprias e específicas, e, do ponto de vista jurídico, acarretam consequências cabalmente divergentes.

No que tange à concessão comercial, por se tratar de um invento oriundo da *expertise* dos empresários, na maioria dos ordenamentos jurídicos, não há previsão legal específica, sendo objeto de árduo estudo da doutrina e jurisprudência para fixação de suas balizas de aplicabilidade.

Operacionalmente, o contrato de concessão comercial vincula as partes por meio da assunção do comprometimento de celebrar, no decorrer de um período determinado ou indeterminado, diversas obrigações de compra e venda, de modo que o concedente/produtor assume a obrigação de venda ao concessionário/distribuidor que, por outro lado, admite a responsabilidade de adquirir estas mercadorias, com condições especiais, para posterior revenda. Nesse sentido, não se trata de uma simples compra e venda com posterior revenda de produtos, pois além de um contrato prévio, também há uma provisão regular de produtos (habitualidade) e benefícios especiais ao adquirente.

O concessionário atua em nome próprio e por conta própria, tendo autonomia naquela região previamente fixada entre as partes. Portanto, não se trata de relação jurídica com interesses opostos, motivo pelo qual é classificado como um contrato de colaboração, já que ambos possuem uma finalidade em comum: comercialização do produto, sendo que para a sua concretização, por consequência, o concessionário atenderá seu interesse individual (obtenção do lucro pela revenda do produto), assim como o concedente (efetiva e lucrativa comercialização do produto, alcançando lugares que sozinho ele não conseguiria).

A doutrina classifica esta espécie como um contrato:

“bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração e de caráter estável, que encerra um acordo vertical, pelo qual

um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.” (FORGIONI, 2014, p.81/82).

Outras peculiaridades marcam esta relação contratual, pois o concedente, apesar da autonomia do concessionário, possui controle sobre esta rede de distribuição estruturada, através da supervisão dos pontos de venda, facilitando a preservação da qualidade dos produtos e a comercialização, além de permitir o fortalecimento da marca em novas regiões. Em contrapartida, o concessionário utiliza-se da imagem e nome da marca do produtor, assim como das facilidades que lhe são proporcionadas no contrato, para elevar as suas vendas (JÚNIOR, MELLO, 2004, p. 43/44). Portanto, trata-se de uma “via de mão dupla”.

Nesse sentido, há uma independência jurídica do concessionário, ou seja, os produtos revendidos serão de sua propriedade, não havendo vínculo de subordinação societária ou trabalhista com o produtor. Em outras palavras, a autonomia atribuída ao concessionário, isenta o concedente dos riscos da comercialização, como vícios da mercadoria ou insolvência de terceiros adquirentes (BORGES, 2017, p. 02/03).

Por outro lado, existem sujeições: a) de caráter técnico, pois o distribuidor deve atender uma série de formalidades para a manutenção de um padrão de tratamento das mercadorias, envolvendo, inclusive, publicidade e assistência de pós-venda; b) de viés econômico, normalmente, ligado a característica de exclusividade presente nestes contratos, fator que, apesar de tornar mais íntimo o vínculo colaborativo das partes, também limita a liberdade econômica do concessionário, ampliando a dependência com o concedente. Tal exclusividade pode ser unilateral ou bilateral, no segundo caso, além da limitação do concessionário em contratar somente com o concedente, também vincula o concedente a outorgar o “monopólio da revenda” naquela zona

territorial em benefício do concessionário (FORGIONI, 2014, p.40/41).

Em síntese, seguindo a classificação de JÚNIOR e MELLO (2004, p. 45/46), o contrato de distribuição, na perspectiva da concessão mercantil, possui as seguintes características: “a) contratos entre profissionais; b) contratos de integração; c) contratos com controle e dependência econômica; d) contratos de colaboração; e) contratos de duração; f) contratos por adesão”.

2.1 DIFERENÇAS EM RELAÇÃO AS OUTRAS MODALIDADES DE DISTRIBUIÇÃO

Antes das diferenças, crucial é identificar as principais semelhanças entre estas espécies contratuais, critérios que avalizam o fato de todos pertencerem ao mesmo grupo de contratos.

Primeiramente, tanto o concessionário como o agente e o franquiado obrigam-se a impulsionar e resguardar os negócios da parte fornecedora. No mais, o contrato de agência, concessão comercial e franquia são modalidades que envolvem empresários independentes e a constituição de um vínculo duradouro – ou seja, não eventual – de colaboração. Por fim, nestas espécies, a fornecedora concede instruções e orientações comerciais, mantendo sob o seu controle e fiscalização a outra parte (PEREIRA, 2014, p. 2635). Assim, nota-se que as similitudes presentes entre estes contratos estão voltadas a uma linha prática e estrutural.

De forma diversa, as principais dissemelhanças envolvem aspectos técnico-jurídicos. Afunilando a análise, utilizaremos como comparativo o contrato de agência, isso porque, no Brasil, assim como em Portugal, trata-se do único modelo contratual que possui previsão legal geral.

Facilitando o entendimento, fundamental é a repartição destas diferenças em três blocos: quanto a autonomia; quanto ao papel do distribuidor; quanto a remuneração do distribuidor.

Em relação ao primeiro item, enquanto o concessionário

se torna proprietário do produto, negociando com o adquirente final em seu próprio nome e por sua conta, assumindo os riscos do negócio, o agente não assume o domínio da mercadoria, negociando o produto com o consumidor final em nome e conta do representado. Essa diferença, no entanto, pode ser mitigada quando o “agente assume a obrigação *del credere* ou quando o concessionário adquire a propriedade dos bens sob condição (resolutiva)” (PEREIRA, 2014, p. 2634/2635).

Importante mencionar, que mesmo quando ao agente é concedido também a função de distribuição do produto, conforme previsão do art. 710 do Código Civil brasileiro, serão mantidas as mesmas características do contrato de agência padrão, pois a este agente-distribuidor caberá somente o depósito ou a consignação do bem, não havendo aquisição de sua propriedade, descaracterizando a revenda. Assim, “juridicamente quem vende é o fornecedor e não o agente-distribuidor” (JÚNIOR, 2002, p. 51), não se confundindo com a figura do concessionário comercial.

O segundo tópico, decorre da atividade particular realizada por cada um destes distribuidores. O agente, na realidade, presta um serviço ao fornecedor, atuando em nome deste na captação de clientes e novos negócios, ou seja, é responsável pela aproximação entre o fornecedor e o adquirente. Por outro lado, a natureza da atividade dos concessionários não é de prestação de serviço, mas sim de aquisição da propriedade das mercadorias para posterior revenda, portanto, nesta última situação, o fornecedor não tem nenhum contato direto com o adquirente.

Por fim, a remuneração de cada um deles também é realizada de forma diferente, pois enquanto o agente é remunerado pelo serviço de intermediação, ou seja, conforme o volume de negócios e o preço das operações, podendo equiparar-se a uma comissão, o concessionário não recebe nenhuma quantia a título de negócios fechados com a venda dos produtos adquiridos do fornecedor, mas sim obtêm os seus lucros com a revenda da

mercadoria (diferença entre o valor da compra e da venda).

2.2 REGRAS APLICÁVEIS A CONCESSÃO COMERCIAL NO BRASIL

No Brasil, o contrato de concessão comercial, genericamente, é classificado como: a) atípico, pois inexistente previsão legal, com exceção da Lei nº 6.729/79 que trata, especificamente, da concessão comercial de veículos automotores; b) misto, “isto é, com a integração de diversas espécies obrigacionais a formar nova espécie de contrato” (BONINI, 2019, p. 146).

O Código Civil brasileiro trata apenas da figura do contrato de agência, e parte minoritária da doutrina afirma que o artigo 710, ao mencionar o termo “distribuição”, estaria incluindo também a concessão comercial, tornando-o, assim, em um contrato típico. Os defensores desta vertente afirmam que os arts. 714 e 715 do Código Civil mencionam expressamente a figura do distribuidor, havendo “nítida uniformidade de tratamento” (BORGES, 2017, P. 6), porém, de forma correta, tal posição não prevalece. Isso porque, a doutrina majoritária defende que, na verdade, este dispositivo legal trata do contrato de agência puro e do contrato do agência-distribuição (FORGIONI, 2014, p. 76/77), sendo que ambos possuem as características próprias dos contratos de agência, de modo que o último apenas se diferencia do primeiro, pois o agenciado confia ao agente as mercadorias que serão colocadas junto à clientela (obrigação acessória), não se equiparando, em nenhum momento, à concessão comercial. O texto legal, inclusive, usa a expressão “à conta de outra”, que é totalmente incompatível com a modalidade de concessão comercial, já que o concessionário atua por conta própria. Em vista disso, não é possível afirmar que o contrato de concessão comercial se encontra na mesma posição que o contrato de agência, estando regulado pelos arts. 710 a 721 do Código Civil, não podendo, ambos os institutos, serem tratados de

forma uniforme pelos juristas.

Assim, juridicamente, o termo “distribuição” pode possuir diversos sentidos, de modo que não deve haver confusão entre a distribuição própria do contrato de concessão comercial com a expressão “distribuição” utilizada no art. 710 do CC (JÚNIOR, 2002, p. 149).

Uma outra vertente minoritária defende a aplicabilidade subsidiária, mediante analogia, das regras do contrato de agência. Tal corrente assevera que o regime jurídico da agência funciona como a matriz para os contratos de distribuição em geral (BORGES, 2017, p. 6), fundamentando o entendimento nas semelhanças já citadas anteriormente. Porém, simultaneamente, são cautelosos quando afirmam que o movimento analógico não deve ser realizado cegamente, necessitando respeitar as individualidades da concessão comercial na qualidade de contrato atípico, prevalecendo a autonomia privada sob as normas dispositivas, servindo a regulação matriz do contrato de agência apenas como meio de satisfação lacunosa dos moldes contratuais pactuados entre as partes.

Além da norma geral presente no Código Civil, três legislações específicas tratam de outras espécies de contratos de distribuição: a) Lei nº 4.886/65 posteriormente alterada pela Lei nº 8.420/92, legisla, de forma específica, sobre o contrato de agência, porém, por se tratar de normatização anterior ao Código Civil de 2002, utiliza a denominação “representação comercial”. Minoritariamente, há quem diferencie estas duas figuras, afirmando que enquanto o representante comercial realiza atividade mais ampla, participando efetivamente dos negócios do fornecedor, possuindo poderes mais elevados, o agente somente prepara o negócio para o contratante, não sendo uma regra a conclusão do mesmo (VASQUES, 2016, p.46); b) Lei nº 6.729/79, conhecida por Lei Ferrari, regula especificamente a concessão comercial de veículos automotores terrestres; c) Lei nº 8.955/94 que regula pontos importantes dos contratos de franquia.

Apesar destas previsões legais, o entendimento prevalecente na doutrina é de que estas normas não podem ser utilizadas, através de uma interpretação analógica, para fixação dos limites dos contratos de concessão comercial em geral, nem mesmo de forma subsidiária. Isso porque, além das diferenças inerentes a cada um dos contratos, estas leis são classificadas como regimes jurídicos especiais e excepcionais, não devendo servir de modelo dos outros institutos atípicos, “pois isso importaria contrariar sua própria natureza, tornando regra geral aquilo que o legislador quis dispor apenas a título de exceção” (JÚNIOR, MELLO, 2004, p. 66).

No que tange, particularmente, a aplicabilidade dos ensinamentos contidos na Lei Ferrari, também é inadmissível a sua utilização nos contratos de concessão comercial em geral (como distribuição de bebidas, remédios e outros), pois se trata de norma que disciplina um segmento específico do mercado, com peculiaridades próprias do ramo, como, por exemplo, os altos valores investidos pelos revendedores de veículos. Apesar da expressa vedação por parte da doutrina, ainda é possível encontrar decisões isoladas estabelecendo o contrário.

Nesse sentido, de que forma então se dá a regulação jurídica do contrato de concessão comercial no Brasil?

Atualmente, em razão da lacuna legal existente, os juristas quando tratam dos contratos de distribuição em nome próprio (concessão comercial) devem respeitar o campo de liberdade contratual das partes, mas sempre observando os princípios gerais do direito contratual presentes no Código Civil. Em síntese, a contínua evolução dos moldes contratuais e a ilimitada diversidade de convenções criadas pelos comerciantes e empresários, dificulta um futuro projeto de padronização legal deste contrato, de modo que ele deve se manter no campo da atipicidade, sendo apenas mitigado pelos limites legais gerais quanto à validade, à vigência e à existência do negócio jurídico.

2.3 REGRAS APLICÁVEIS A CONCESSÃO COMERCIAL EM PORTUGAL

Portugal, de forma semelhante ao Brasil, também classifica os contratos de distribuição como uma categoria heterogênea, abarcando a agência, concessão comercial e franquia, sendo que apenas a primeira espécie contratual encontra-se legalmente prevista na Lei nº 178/86, tratando-se de “tipo contratual autónomo, com noção e elementos essenciais” (PEREIRA, 2014, p. 2623).

Funcionalmente, os contratos de concessão comercial portugueses possuem as mesmas características que já mencionamos no Brasil, com a ressalva de que a doutrina e a jurisprudência o intitulam como “contrato-quadro” ou “contrato-programa” (PEREIRA, 2014, p. 2631). Partilhando dos exatos moldes contratuais brasileiros, a concessão comercial é objeto de criação doutrinária e jurisprudencial, não possuindo regulamentação legislativa própria. Assim, a princípio, a única diferença legislativa entre os dois países, quando o assunto são os contratos de distribuição em geral, é o fato de que o Brasil prevê, em lei específica, alguns pontos cruciais do contrato de franquia. Nesse sentido, de que maneira Portugal resolve esta omissão legislativa em face da concessão comercial?

Hodiernamente, assim como a corrente minoritária que citamos no Brasil, a lei do contrato de agência tem sido utilizada enquanto “regime modelo” dos contratos de distribuição (PEREIRA, 2014, p. 2623), portanto, os juristas têm empregado a analogia para estender os efeitos da mencionada lei, principalmente, conforme veremos à frente, no que tange a cessação dos contratos, envolvendo, portanto, a famigerada indenização de clientela.

O principal fundamento justificativo para esta extensão de aplicabilidade é a previsão específica presente no preâmbulo da Lei de Agência (Decreto-Lei nº 178/86):

“É neste sentido que logo no artigo 1.º do presente diploma se

define a agência, em ordem a salientar os traços fundamentais que caracterizam o contrato, procurando desfazer-se equívocos com outras figuras, mormente com os contratos de comissão de mediação e de concessão. Relativamente a este último, 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.”

Entretanto, esta não é a única forma de preenchimento das lacunas legais, de modo que quando o recurso analógico não puder ser manuseado, ante a ausência de previsão específica na Lei de Agência, os juristas devem recorrer, respeitando a liberdade contratual das partes, aos princípios gerais contratuais aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, assim como as legislações que tratam de outros aspectos do contrato, por exemplo, proteção da marca, livre concorrência e, até mesmo, o diploma das cláusulas gerais contratuais (PEREIRA, 2014, p. 2627).

3. INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

Compreendido, em cada um dos ordenamentos, qual o regime jurídico aplicável à concessão comercial, pode-se identificar com maior precisão a possibilidade de reconhecimento ou não da indenização de clientela nesta modalidade contratual.

De forma geral, a rescisão motivada ou imotivada de um contrato de concessão, a depender do caso, acarreta indenizações, seja por danos emergentes, lucros cessantes ou a compensação pelo mercado conquistado. Tal fato se deve à extensa durabilidade contratual e à estreita relação perpetrada entre as partes.

Especificamente, sobre a indenização de clientela ou *good will value* – denominação que, inclusive, sofre críticas, já que não se trata efetivamente de uma indenização, mas de uma compensação, não havendo necessidade de comprovar eventuais danos sofridos (MONTEIRO, 2006, p. 125) – há uma certa

dificuldade em aplicar o referido instituto e em mensurar o valor indenizável, desafio que é ainda maior no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da omissão legislativa. Por este motivo, realizaremos um estudo comparado com o regime português, que, de forma diversa, possui algumas previsões legais sobre o assunto.

É de salientar, antecipadamente, que o próprio instituto é eivado de incertezas e controversas, tanto pela indefinição do seu fundamento quanto pela não caracterização precisa dos seus propósitos e da forma de cálculo (FERNANDO, 2018, p.5). Em razão disso, o tema adquire proporções transnacionais, de modo que algumas correntes já foram suscitadas: a) a primeira, fundamenta a indenização como uma pretensão retributiva, ou seja, voltada diretamente as perdas de valores causadas pela cessação contratual, concedendo o direito de ressarcimento do dano sobre o patrimônio; b) A segunda, afirma que, na realidade, a indenização de clientela envolve os resultados oriundos da atividade do agente na vigência do contrato, e pelo fato de não ser paga naquele momento, gera uma indenização diferida, paga após a cessação (VASQUES, 2016, p. 52).

A teoria prevalecente no ordenamento português e brasileiro sustenta que a indenização de clientela possui, como natureza jurídica, uma função compensatória, decorrente do enriquecimento ilícito do fornecedor, que deve indenizar o concessionário por tal benefício patrimonial.

Portanto, o mencionado instituto visa compensar o esforço do distribuidor na constituição e elevação do número de clientes e do volume de negócios durante todo o pacto contratual. Obviamente, esta conquista gera benefícios para ambas as partes, entretanto, após o fim do contrato, salvo algumas exceções, o distribuidor fica impedido de explorar o mercado angariado, sendo que a clientela que antes trazia lucro para ambas as partes, passará a ser usufruída somente pelo fornecedor, seja diretamente ou por meio de um novo distribuidor. Em suma,

durante a vigência do pacto, este enriquecimento em face do distribuidor, justifica-se pela existência da própria obrigação, porém, extinto o trato, cessa o motivo sustentador da manutenção deste patrimônio incorpóreo, de forma exclusiva, pelo fornecedor (BORGES, 2017, p.7 e ss.), de modo que ele não pode desfrutar desta vantagem sem que haja nenhum custo. Contrariamente, há quem sustente que atividade de captação de clientela é inerente ao próprio contrato de concessão, sendo incabível qualquer indenização à título de compensação.

A indenização de clientela não é alicerçada pelo dano efetivo sofrido pelo agente ou pelo descumprimento contratual do fornecedor, mas sim pelos benefícios auferidos por este após a extinção do contrato. Por este motivo, mesmo nos casos de denúncia motivada ou de descumprimento de aviso prévio, será cabível tal compensação, impedindo o enriquecimento ilícito de uma parte e o empobrecimento sem justa causa da outra.

O fato desta compensação não estar fundamentada na ilicitude de qualquer das partes justifica a possibilidade de sua cumulação com outras indenizações, seja por denúncia sem observância do pré-aviso, por incumprimento contratual ou por danos materiais causados, inclusive, lucros cessantes.

3.1 NO BRASIL

No Brasil, diversamente de Portugal, a indenização de clientela não é tratada por nenhuma legislação geral ou específica, de modo que a doutrina fundamenta a sua aplicabilidade, exclusivamente, no ressarcimento dos investimentos do fundo de comércio e na vedação do enriquecimento ilícito de uma parte sob a outra, fundamento previsto nos arts. 884 e 885 do Código Civil (BONINI, 2019, p. 156; VASQUES, 2016, p. 54/55). Em razão da atipicidade do modelo, os aplicadores do direito recorrem a parâmetros subjetivos de fixação, cabendo aos juízes efetuarem uma análise casuística.

Se comparado o contrato de concessão comercial com o de agência, a indenização de clientela, apesar de ambas as espécies tratarem de captação de clientes e negócios, se demonstra ainda mais acertada no primeiro, uma vez que o concessionário, embora haja dependência econômica perante o concedente, possui um contato mais estrito e próximo com o consumidor, já que finaliza o negócio em seu próprio nome, sendo, assim, perceptível a necessidade de indenização de clientela nesta modalidade contratual.

De forma flexível, a jurisprudência nacional tem entendido que as situações em que a rescisão não se deu de forma súbita e desmotivada, mas sim por culpa ou inadimplemento do próprio distribuidor (atrasos, desabastecimento de produtos na região e ausência de pagamentos), também poderá ser objeto da indenização inerente ao fundo de comércio ou pela captação de clientela, tal motivo se deve pela própria característica compensatória da verba, afastando o caráter indenizatório por descumprimento contratual. Nesse sentido, não é possível confundir a ilegalidade da indenização em razão de denúncia motivada por parte do fornecedor com a compensação decorrente da indenização de clientela inerente ao acréscimo patrimonial experimentado pelo fornecedor após o término do contrato (FORGIONI, 2008, p. 478/479). No mais, este fundamento pode ser ratificado legislativamente, pois o art. 717, do Código Civil, menciona que mesmo nos casos de dispensa por justa causa, o agente terá direito a ser remunerado pelos “serviços úteis” realizados na vigência do contrato, sendo que esta expressão, no entendimento de parte da doutrina, abrange, também, a clientela angariada.

É muito comum encontrar nas jurisprudências brasileiras o termo “fundo de comércio”, porém, esta expressão se demonstra mais abrangente do que a simples captação de clientela, pois envolve outros capitais corpóreos e incorpóreos, como o nome empresarial, marca, veículos, instalações e utensílios. Há, inclusive, jurisprudência que sustenta a apropriação de *know-how* por

parte dos fornecedores, quando houver previsão contratual que outorgue a contraparte a concessão de determinadas informações, como, conhecimento em vendas, sistemas contábeis, modos de organização de distribuições próprios, lista de clientes, entre outros (STJ, Resp nº 1.498.829/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Jul. 05/05/2015).

Por outro lado, há decisões justificando que, no caso de rescisão unilateral com prazo suficiente de aviso prévio ou quando a rescisão se der por denúncia motivada fundada em justa causa, não incidirá qualquer tipo de indenização, o que inclui aquela relativa à clientela. Segundo os juristas, a concessão do prazo razoável permite ao distribuidor organizar-se para evitar prejuízos. Além disso, eles asseveram que todos os investimentos realizados para escoamento dos produtos e captação de clientela já foram devidamente compensados pelos lucros obtidos com a revenda (STJ, Resp. nº 1.320.870-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, jul. 27/06/2017).

Diante disso, alguns fatores complementares devem ser verificados no caso concreto, como o cumprimento contratual das partes, a ausência de concorrência desleal e a existência ou não de cláusula de não concorrência (TJRS, Apelação Cível nº 70043055417, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, jul. 10/08/2011; TJRS. Apelação Cível nº 70036065506, Rel. Des. Paulo Roberto Felix, jul. 16/03/2011).

Em relação ao *quantum* indenizatório, a falta de previsão legal sobre a forma de cálculo na legislação (inclusive, naquela considerada matriz, que trata da agência), juntamente com o fato de a indenização tratar de bens intangíveis, de complicada mensuração, dificulta a uniformização de parâmetros de apuração, fato que causa divergência jurisprudencial.

Alguns tribunais regionais isolados defendem a aplicação analógica da Lei Ferrari (Lei nº 6.729/79) em conjunto com o artigo 718 do Código Civil para a parametrização dos cálculos, justificando que, apesar de ser lei específica, ela expressa valores

e princípios extensivos a todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual poderia ser utilizada para a fixação de indenização de clientela.

Entretanto, recorrer para esta medida, violaria o já visto entendimento hermenêutico da inaplicabilidade das normas específicas, que tratam de outros contratos, à concessão comercial (JÚNIOR, MELLO, 2004, p.70 e ss.). Adicionalmente, esta legislação possui um forte aspecto protecionista, visando garantir aos concessionários de veículos automotores, em razão do alto investimento realizado, o maior respaldo possível. Por este motivo, o juízo prevalecente nos Tribunais Superiores orienta-se para o não cabimento destas leis, autorizando que os magistrados estabeleçam critérios próprios de cálculo, com base naquilo que entendem ser mais justo às peculiaridades do caso concreto (STJ, Resp. nº 1.320.870-SP, Rel. Min Ricardo Villas Boas Cuva, jul. 27/06/2017).

3.2 EM PORTUGAL

O ordenamento jurídico português é mais completo que o brasileiro em relação ao tema, isso porque, além das previsões da Diretiva 86/653/CEE, a lei que regula o contrato de agência prevê expressamente o instituto, fixando critérios objetivos e cumulativos de incidência: a) angariação de novos clientes ou aumento substancial do volume de negócios; b) o fornecedor se beneficie ou tenha possibilidade de se beneficiar amplamente, após o fim do contrato, das atividades desenvolvidas pelo concessionário; c) o agente deixe de receber qualquer montante a título de contratos negociados ou conclusos, após a cessação contratual. Logicamente, este último requisito não abrange as comissões devidas ao agente após o fim do pacto, mas que foram negociados ou preparadas pelo mesmo durante a vigência.

O artigo 33º, também destaca a possibilidade de a compensação ser aplicada em conjunto com outras quantias

indenizáveis, sem prejuízo, inclusive, da compensação pela obrigação de não concorrência prevista no artigo 13º, g, do mesmo diploma. PEREIRA (2014, p. 2646) realiza importante diferenciação, mencionando que a obrigação de não concorrência envolve apenas as atividades em concorrência com o fornecedor, de modo que a indenização de clientela trata das relações comerciais, ainda que não concorrentes, entre o distribuidor e os clientes novos angariados. A justificativa do autor é que esta indenização não trata de uma simples captação de clientela, mas da relação de confiança criada entre o adquirente final e o concessionário, motivo pelo qual poderia obter vantagens, mesmo que fora do âmbito de abrangência do contrato.

Através desta conclusão, podemos inferir que a indenização de clientela pressupõe a impossibilidade do concessionário de, após a cessação do pacto, manter relações com os clientes, sob pena de retirar o objeto compensatório da verba. Portanto, se, juntamente com a ausência da cláusula de não concorrência, o distribuidor optar por manter as relações perpetradas na época em que vigorava o contrato de distribuição, ele, a princípio, decairá do seu direito de receber a indenização de clientela (MONTEIRO, 2006, p. 126).

Ademais, diferente das decisões dos tribunais brasileiros, a doutrina e jurisprudência portuguesa compreendem não ser cabível a indenização quando o negócio cessar por razões imputáveis ao agente (PEREIRA, 2014, p. 2647), como, também, pelo descumprimento das obrigações contratuais, o que tornaria o vínculo insustentável, com exceção daqueles casos em que o descumprimento se deu por questões incontroláveis, por exemplo, morte ou doença grave do distribuidor (Art. 18, b, da Diretiva nº 86/653/CEE).

Por fim, quanto ao cálculo indenizatório da verba, a legislação sobre o contrato de agência (Decreto-Lei nº 178/86), em seu art. 34º, também delimita os seus contornos:

“A indemnização de clientela é fixada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma

indenização anual, calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos; tendo o contrato durado menos tempo, atender-se-á à média do período em que esteve em vigor.”

Em complemento, sendo o caso de cabimento de compensação por não concorrência, o valor recebido deve ser considerado para fins de abatimento do cálculo (PEREIRA, 2014, p. 2650). Secundariamente, fixados estes limites legais, deve o magistrado, de forma cautelosa e equitativa, definir valor proporcional as particularidades do caso em discussão, considerando, por exemplo, o grau de oportunidade que o distribuidor tem para retomar negociações com a clientela, ainda que em outros ramos mercadológicos.

Mas quando tratamos especificamente da concessão comercial, todas estas regras que mencionamos anteriormente, na Lei de Agência, podem ser aplicadas?

Prevalece na doutrina e na jurisprudência nacional a possibilidade de, através de analogia, estender tais ensinamentos, porém, com algumas adaptações, principalmente em relação ao requisito da alínea “c” supramencionada, o qual devemos interpretar como uma proibição do concessionário, após a cessação do contrato, manter relações com a clientela angariada, já que a sua remuneração não ocorre mediante comissão.

MONTEIRO (2006, p. 130) apresenta uma reflexão mais do que interessante quanto ao cabimento da indenização de clientela nos contratos de agência e concessão. Segundo o autor, um dos elementos essenciais da indenização é que o fornecedor, após o fim do pacto, beneficie-se da clientela angariada pelo distribuidor. No seu entendimento, tal situação é mais facilmente verificada nos contratos de agência, isso porque o agente negocia sempre em nome do principal, portanto, o consumidor final mantém contato direto com este. Por outro lado, o concessionário negocia em nome próprio, o que dificulta que o concedente tenha acesso aos clientes e, conseqüentemente, após uma eventual cessação contratual, mantenha relações com eles, frustrando

o cabimento da indenização de clientela. Entretanto, tal observação pode ser mitigada atualmente, porque a evolução tecnológica e a facilidade nas transferências de informações contribuem para este contato do concedente com os clientes, principalmente, se no contrato houver cláusula avalizando tão acesso. Outro fator importante que deve ser considerado especificamente no contrato de concessão comercial é a importância que o nome da marca do concedente tem no momento em que o concessionário negocia com a clientela (STJ, processo nº 723/17.5T8BJA.E1.S1, 2ª Seção, Rel. João Cura Mariano, data do acórdão: 08/09/2021).

Como fundamento adicional, há quem não concorde com esta interpretação extensiva, entendendo que a indenização de clientela será cabível somente no contrato de agência, isso pois, é a única relação contratual dentro do grupo da distribuição, em que o distribuidor se encontra mais dependente e vulnerável perante o principal. Esta vertente se apoia na ideia de que a indenização em discussão não é um simples prêmio por angariação de clientela, mas também uma forma de manter a justiça contratual e evitar desequilíbrios prejudiciais às partes (FERNANDO, 2018, p.22).

4. CONCLUSÃO

Diante de toda a investigação transcorrida, foi possível concluir que o ordenamento português é um pouco mais completo no que tange a indenização de clientela aplicável aos contratos de concessão comercial, sendo, também, mais pacífico na discussão que envolve a possibilidade de extensão dos efeitos contidos na lei do contrato de agência. Tal normatização fixa parâmetros objetivos de aplicabilidade do instituto, que, por meio de algumas adaptações, torna-se integralmente ajustado à concessão comercial.

De forma diferente, no Brasil, a ausência de

normatização sobre o tema, sobretudo a respeito dos cálculos, provoca decisões contraditórias e, por vezes, injustas, permitindo que cada magistrado se utilize de critérios próprios, atingindo a incolumidade da segurança jurídica do país. A situação é agravada, uma vez que a doutrina e a jurisprudência nacional não concordam sobre a aplicabilidade da Lei de Agência (para sustentação do seu cabimento) e da Lei Ferrari (para parametrização dos cálculos).

Nesse aspecto, já aproveitando para responder as perguntas sinalizadas na introdução desta obra, entendemos que a inclusão de uma legislação sobre o tema no Brasil não é tão vantajosa e necessária, ao menos, por enquanto.

Isso porque, no Brasil, a abrangência do instituto ainda não está concretamente definida, sendo recorrentemente confundida com a ideia de “fundo de comércio”, motivo pelo qual, sua aplicação se torna mais eficiente quando moldada às peculiaridades do caso concreto. Em suma, o que irá importar para definição do seu cabimento ou não, é a comprovação de que o principal, por alguma forma, irá usufruir ou tenha a possibilidade de desfrutar da clientela angariada pelo distribuidor e, também, se desta relação haverá lucros. Ou seja, o importante é a análise casuística do fato, de modo que outros fatores também devem ser ponderados, como, por exemplo, a influência que a marca do concedente teve nas negociações do concessionário, a facilidade daquele em contatar a clientela, a demonstração numérica de acréscimo de clientela e o volume de negócios.

Ainda neste sentido, a fixação de critérios objetivos imobilizaria os magistrados em suas avaliações, enquanto, por outro lado, as relações comerciais e negociais manter-se-iam em constante evolução, principalmente em razão do acelerado desenvolvimento tecnológico e do rápido progresso da inteligência artificial.

Esta teoria pode ser ratificada pela situação atual em que o ordenamento português se encontra no que se refere ao

tratamento do tema, pois, apesar de haver legislação específica delimitando o assunto, ainda assim, é objeto de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Em síntese, manter a concessão comercial e a indenização de clientela no campo da atipicidade, fundamentando este último instituto nos princípios gerais contratuais, nas regras gerais sobre contratos e no enriquecimento sem causa do principal, concede a mobilidade e a efetividade necessária para a perpetração de negócios e, no caso de litígios, permite que os julgadores possam decidir da forma mais justa possível, considerando todas as peculiaridades inerentes a cada contrato de concessão comercial firmado.

Nesse sentido, a autonomia privada, a dinâmica relação contratual existente entre estas partes e a inexistência de hipossuficiência ou hierarquia entre os envolvidos, permite que a segurança jurídica seja minimamente mitigada, abrindo espaço para decisões judiciais mais flexíveis, voltadas para análises casuísticas, mas sem excluir a observância dos princípios e regras gerais norteadoras do direito civil e da esfera contratual.

Sobre o tema, talvez um dos únicos pontos negativos de adotar essa vertente mais arrojada, pautada na ausência de amparo legal sobre o assunto, seja a desvantagem dos concessionários tupiniquins quando envolvidos em negócios travados no âmbito internacional, principalmente com Portugal e outros países da União Europeia, que possuem legislação mais específica sobre o tema.



4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

- BONINI, P. R., *Extinção Do Contrato De Distribuição: Fundamentos Da Responsabilidade Contratual*, Cadernos Jurídicos, São Paulo, Ano 20, nº 50, p. 143-159, 2019.
- BORGES, R. S., *Da Aplicabilidade da Indenização de Clientela no Contrato de Concessão Comercial: A Compensação do Concessionário Pela Angariação de Clientela*, RT, vol. 975, 2017.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.320.870-SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, julgado em 27/06/2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1618598&tipo=0&nreg=201200866524&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20/05/23.
- _____, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1.498.829 – SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Data do Julgamento: 05/05/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tjsp-julgar-novamente-conflito-entre.pdf>. Acesso em: 20/05/23.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70043055417, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 10/08/2011, Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova/>. Acesso em: 21/05/23.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70036065506, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Felix, Julgado em 16/03/2011, Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova/>. Acesso em: 21/05/23.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27/05/2023.
- _____, Lei nº 4.886 de 09 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm Acesso em: 27/05/2023.
- _____, Lei nº 6.729 de 28 de novembro de 1979. Regula a concessão comercial de produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6729.htm. Acesso em: 27/05/2023.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 4. ed. rev. atual. aum. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2016.
- DIRETIVA (UE) 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relata à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0653>. Acesso em: 28/05/2023.
- FERNANDO, A. F. P., *A indemnização de clientela no âmbito dos contratos de distribuição*, Centro de Estudos Judiciários e Revista de Direito Comercial, 2018.
- FORGIONI, P. A. *Contratos de distribuição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2014.
- FORGIONI, P. A. *Contrato de Distribuição*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- JÚNIOR, H. T.; MELLO, A. M. T de., *O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual.*, RT, Ano 93, v. 825, 2004.
- JÚNIOR, H. T., *Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo*

- Código Civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, nº 42.
- MONTEIRO, A. P., *O direito à indemnização de clientela do distribuidor comercial*, Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, Rio de Janeiro, 2006.
- PEREIRA, A. L. D., *Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição (resenha de jurisprudência recente do STJ)*, Boletim de Ciências Económicas, vol. LVII, Tomo III, 2014.
- _____, *Cessação de acordos de distribuição no direito português: resenha de jurisprudência recente sobre prazos de denúncia e indemnização de clientela*, Revista Jurídica Portuguesa, nº 18, 2015.
- PORTUGAL, Processo nº 723/17.5T8BJA.E1.S1, 2ª Secção, Relator: João Cura Mariano. Data do Acórdão: 08/09/2021. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/52788ff110373cca8025874b003b173a?OpenDocument>. Acesso em: 25/05/23.
- _____. Decreto-Lei nº 178/86, Diário da República nº 150/1986, Série I de 1986-07-03. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-171208013>. Acesso em: 15/05/2023.
- SANTOS, D. H. M. dos, *O contrato de franquia e a indenização de clientela no Brasil e Portugal*, Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí, Ano XXIV, nº 43, 2015, p. 98-110.
- VASQUES, E. D., *O contrato de agência no ordenamento jurídico brasileiro e a experiência europeia da indenização de clientela*, Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.2, n.2, p. 42-57, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil –Contratos em*

espécies. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.