

A obrigação de não concorrência no contrato de agência

The non-compete agreement in the agency contract

José Maria Serrão

Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa na

Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM)

Campus de Gualtar, Edifício 17

4710-057 Braga, Portugal

jmser_14399@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0004-2242-4987>

Julho de 2023

RESUMO: O Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, depois alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, contém a regulação do contrato de agência no ordenamento jurídico português. Neste breve trabalho, exploraremos algumas questões que têm vindo a ser suscitadas pelos nossos tribunais, a saber: a (in)validade da obrigação de não concorrência que o agente assume finda a relação contratual com o principal, mas da qual não conste, no momento da assinatura, o montante compensatório devido ao agente; a licitude da fixação de uma cláusula penal em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência; e a que critérios deve obedecer a circunscrição territorial que a lei exige como requisito de validade da obrigação de não concorrência, bem como os seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Agência; obrigação de não concorrência; objeto; compensação; equidade; cláusula penal; circunscrição territorial.

ABSTRACT: Decree-Law no. 178/86, of July 3rd, amended by Decree-Law no. 118/93, of April 13th, contains the rules that discipline the contract and the relationship of agency in the Portuguese legal system. In this short paper, we will approach some problems that have been given rise in the our courts, such as: the (in)validity of the non-compete agreement that the agent commits himself to as soon as his contract with the principal comes to an end, but in which the value of the monetary compensation is not, from the start, agreed upon; the legality of apposing a penal clause in the event the agent breaches his non-compete agreement; and the criteria that should determine the geographical area that limits the non-compete agreement.

KEY WORDS: Agency; non-compete agreement; offer; consideration; equity; penal clause; geographical area.

SUMÁRIO:

1. Introdução ao contrato de agência
 2. A obrigação de não concorrência
 - 2.1. Da indeterminabilidade da compensação devida ao agente
 - 2.2. Do objeto específico da obrigação de não concorrência
 - 2.3. Do direito (de personalidade) ao trabalho e da livre revogação da obrigação de não concorrência
 - 2.4. Da nulidade da cláusula penal em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência
 - 2.5. Da (não) circunscrição territorial da obrigação de não concorrência
 3. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução ao contrato de agência

A agência surgiu como resposta às exigências de distribuição e de consumo que se fizeram sentir no eclodir da Revolução Industrial, no século XIX. O exponencial crescimento da produção à época e a dificuldade de escoamento dos produtos levou a que se substituíssem progressivamente os comissários comerciais (auxiliares de negócios dependentes), de caráter ocasional, dando lugar a *agentes* com conhecimento do mercado e dos hábitos de consumo da sua zona de operações, com novas soluções empresariais de intermediação de negócios¹.

Assim se impôs um novo tipo negocial, que rapidamente ganhou destaque na distribuição comercial: o contrato de agência. As primeiras iniciativas legislativas na matéria surgiram em finais do século XIX: mais concretamente, em 1897, no Código Comercial alemão, introduziu-se a primeira regulamentação específica deste contrato. Em Portugal, a cobertura legal do regime não foi tão prestes, tendo sido introduzida em 1986, com o Decreto-Lei n.º 178/86, de 3.07² – data oportuna, na medida em que no mesmo ano foi adotada a Diretiva 86/653/CEE, do Conselho, relativa à coordenação dos direitos dos Estados-Membros em matéria de agentes comerciais independentes. Alguns anos volvidos, foi necessário adaptar a LCA à Diretiva Comunitária, o que foi feito através do Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril³.

O artigo 1.º, n.º 1 da LCA define o contrato de agência como o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes. Resulta, portanto, da definição legal deste contrato os seguintes elementos essenciais⁴: a obrigação de o agente promover a celebração de contratos; por conta da outra parte⁵; de forma autónoma (vale dizer: sem subordinação jurídica); de forma estável (visando um número indefinido de operações); a troca de retribuição (tratando-se, por isso, de um contrato oneroso)⁶.

Neste artigo, aprofundaremos os elementos da obrigação de não concorrência comercial, consagrada no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86, através de uma lente razoavelmente prática: analisando várias decisões judiciais em torno da figura, analisando as suas linhas

¹ F. A. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 50 e ss.; J. Engrácia Antunes, “O contrato de agência – Das obrigações de não concorrência em particular”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 61, n.ºs 1-4, pp. 99 e 100; M. HELENA BRITO, “O contrato de agência” in *Novas perspectivas do direito comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 109 e 110.

² Vulgarmente conhecida como Lei do Contrato de Agência (doravante “LCA”). Na falta de indicação do diploma, deverá entender-se que as normas citadas se referem à LCA. Para uma análise de alguns temas tratados nos tribunais antes da entrada em vigor do diploma, cf. J. BAPTISTA MACHADO, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 120, n.º 3759, outubro de 1987, pp. 178 a 192.

Para uma análise aprofundada deste tipo contratual, cf. A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 55 e ss.

³ FERREIRA PINTO, idem. Cf. A. PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1999, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133, n.º 3915, outubro de 2000, p. 174.

⁴ São estes os elementos que identificam o tipo contratual em causa, distinguindo-o de outros negócios. V. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 384.

⁵ Podendo, ainda, atuar *em nome de outrem*, se tiver poderes de representação para tal (cf. artigo 2.º da LCA). V. A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 70.

⁶ Assim, também, Para uma abordagem em pormenor de cada um destes elementos, cf. A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 60 e ss.

argumentativas e a fundamentação em geral, criticando as soluções que nos parecem menos corretas, ao mesmo tempo que se propõem soluções inovadoras, que entendemos mais corretas.

2. A obrigação de não concorrência

No desenrolar da relação comercial entre as partes (o agente – aquele que se obriga a promover a celebração de contratos – e o principal – aquele por conta de quem o primeiro se obriga a promover a celebração dos ditos negócios), é previsível (se não, mesmo, desejável, para um melhor cumprimento das suas obrigações) que o agente tome conhecimento de técnicas comerciais, estratégias de marketing, e instrumentos dos vários tipos do principal – conhecimento esse que, não fosse a relação de agência, em princípio não existiria.

Assim, findo o contrato, podem as partes acordar, para vigorar *post pactum finitum*, uma obrigação de não concorrência por parte do agente, desde que se observem os requisitos da conjugação dos artigos 9.º e 13.º, al. g): o acordo constar de *documento escrito*; a não concorrência se circunscrever à *zona ou círculo de clientes* confiado ao agente; num período máximo de *dois anos*; contra o pagamento de uma *compensação*⁷.

Da lei resulta, então, um conjunto (aparentemente) simples de pressupostos. Mas, se uns não levantam grandes dificuldades, como seja a fixação do período de não concorrência (desde logo, pela inclusão, no acordo escrito, de data de início e/ou fim da restrição à atividade do – anterior – agente)⁸, outros mostram-se mais intrincados: concretamente, saber quais as consequências de um acordo de não concorrência no quadro de um contrato de agência, quando não se preveja específica e expressamente a compensação devida ao agente; e qual o limite (se ele existe) da delimitação geográfica/círculo de clientes imposta ao agente na limitação da sua atividade profissional, face ao principal.

Uma análise, mesmo que breve, da jurisprudência em torno desta matéria permite destacar três problemas frequentemente levantados nos nossos tribunais: primeiramente, saber se a não previsão de compensação como contrapartida da obrigação de não concorrência, no momento da assinatura do contrato, acarreta, ou não, a nulidade da estipulação⁹; depois, saber se é válida uma cláusula penal que preveja um montante a pagar, pelo agente, ao principal, em caso de violação dessa mesma obrigação¹⁰; por último, saber se é ou não

⁷ Cf., neste sentido, os Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa de 5.11.2020 (CARLOS CASTELO BRANCO), e de 7.04.2022 (MARIA JOSÉ MOURO).

⁸ Note-se que estamos perante uma formalidade *ad substantiam*, devendo ser observada, sob pena de nulidade (cf. artigo 220.º CC); e não podendo fazer-se prova da sua observância ou de eventuais direitos que do acordo surjam sem o documento respetivo (cf. artigo 364.º, n.º 1 CC). Assim, P. PAIS DE VASCONCELOS e P. L. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 703.

⁹ *Rectius*: da obrigação de não concorrência que as partes quiseram celebrar, para vigorar após a cessação do contrato. Sobre esta problemática, cf., entre outros, os Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 28.10.2021 (VIEIRA E CUNHA); e do Tribunal da Relação de Évora de 27.05.2021 (MARIA JOÃO SOUSA E FARO).

¹⁰ Sobre este problema, ver os Acs. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO); do Supremo Tribunal de Justiça de 7.09.2021 (FÁTIMA GOMES).

admissível a estipulação de uma obrigação de não concorrência para o agente que se estenda a todo o território nacional¹¹.

Uma nota final, mas relevante: atendendo à natureza e à finalidade dos *deveres de não concorrência*¹², é fácil entender como eles implicam a afetação de direitos fundamentais, designadamente o direito à liberdade económica, e, mais especificamente, a liberdade de trabalho e de iniciativa (cf. artigos 47.º, n.º 1, 58.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1 da CRP)¹³ – logo, importa aferir, nalguns aspetos do seu regime, da sua conformidade constitucional. Estas questões foram já levadas ao Tribunal Constitucional, que concluiu, quanto ao pacto de não concorrência (laboral), pela não inconstitucionalidade da sua figura, no Acórdão 256/04, referente ao processo n.º 674/02, relatado por Mário Torres¹⁴; e, quanto à obrigação de não concorrência (comercial), pela sua conformidade constitucional, no Acórdão 129/20¹⁵, referente ao processo n.º 502/2019, relatado por Joana Fernandes Costa.

A questão da conformidade constitucional é incidental na nossa análise, mas poderá relevar para determinadas conclusões que apresentaremos adiante. Devem, por isso, ter-se presentes estes dois arestos, bem como as suas conclusões.

2.1. Da indeterminabilidade da compensação devida ao agente

É vasta a jurisprudência que defende ser nula a obrigação de não concorrência que não fixe, *ab initio*, o montante da compensação devida ao agente como contrapartida da assunção dessa prestação de *non facere*, nos termos do artigo 13.º, alínea g) da LCA¹⁶. Tal posição fundamenta-se na *indeterminabilidade* do objeto negocial, em tais hipóteses, e, por conseguinte, no artigo 280.º, n.º 1 CC, o que acarreta a nulidade do negócio, nos termos gerais do artigo 294.º CC.

Com o devido respeito, não parece ser esse o melhor entendimento. O objeto é pressuposto, um elemento essencial do negócio jurídico (em sentido abstrato), sem o qual se não pode afirmar que *existe*, efetivamente, um negócio jurídico¹⁷. Daqui resulta que o objeto negocial

¹¹ Para esta questão, cf. os Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa 7.04.2022 (MARIA JOSÉ MOURO), e de 4.12.2019 (FILOMENA MANSO).

¹² O pacto de não concorrência (laboral) e a obrigação de não concorrência (comercial). Por uma questão de simplificação, deve entender-se, quando não haja indicação em contrário, que nos referimos à obrigação de não concorrência comercial.

¹³ Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO).

¹⁴ Esta decisão teve por suporte uma norma antiga, e já revogada (o artigo 36.º, n.º 2 da LCT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969), mas as suas considerações mantêm a sua atualidade. Assim, o Tribunal julgou não inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 36.º da LCT – em especial pelo facto de tal limitação voluntária ao exercício de profissão ser revogável a todo o tempo (cf. artigo 81.º, n.º 2 do CC), e pela possibilidade de redução equitativa da cláusula penal aposta ao pacto de não concorrência, nos termos do artigo 812.º, n.º 1 do CC.

¹⁵ Focou-se o Tribunal no requisito temporal da obrigação de não concorrência, e, assim, “julgou não inconstitucional a norma dos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º da LCA, na medida em que admitem o estabelecimento de um pacto de não concorrência, após a cessação do contrato, por um período máximo de dois anos”.

¹⁶ Neste sentido, os Acs. do Tribunal da Relação do Porto de 8.06.2017 (JERÓNIMO FREITAS), de 7.12.2018 (ANABELA TENREIRO); e a decisão recorrida do Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 .02.2021 (FREITAS NETO).

¹⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS e P. L. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 439; C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra, Gestlegal, p. 554.

deve estar individualmente concretizado no momento do negócio, ou poder vir a ser individualmente determinado, segundo um critério estabelecido no contrato ou na lei – sob pena de nulidade (artigo 280.º, n.º 1 CC). Assim funcionam as obrigações genéricas ou as obrigações alternativas, a título de exemplo¹⁸. Isto não prejudica, no entanto, a possibilidade de se confiar a determinação da prestação a uma das partes ou a um terceiro (*inclusivamente*, o tribunal), podendo a determinação ser feita segundo juízos de equidade, na falta de outros critérios determinados pelas partes (artigo 400.º, n.º 1 e 2 CC).

A conjugação dos artigos 400.º, n.º 1 e 280.º, n.º 1 do CC levantou alguns problemas na hermenêutica jurídica, julgando-se, muitas vezes, incompatíveis os dois normativos¹⁹. A resposta à incompatibilidade das duas regras encontra-a MENEZES CORDEIRO, defendendo que se põe o problema da determinação da *prestação* nos termos do artigo 400.º do CC se a obrigação não for (já) nula, nos termos do artigo 280.º²⁰. Por outras palavras, deve o negócio ter um objeto que seja *determinável*, oferecendo um critério a que as partes ou um terceiro possam recorrer para concretizar o objeto negocial²¹. Compreende-se que assim seja: na hipótese contrária, as partes facilmente poderão cair num ardid que as vincule a uma prestação que elas desconhecem, não podendo, depois, recusar-se a cumpri-la. A sua proteção é, precisamente, o que o artigo 280.º (e o 400.º) visa(m) com a cominação da referida nulidade.

Ora, no caso que aqui analisamos, parece-nos exagerado afirmar que será nulo o pacto que não fixe, *ex ante*, o montante compensatório devido ao agente em virtude da obrigação de não concorrência que ele assume (cf. artigo 13.º, al. g)). Andou bem, por isso, o Tribunal da Relação de Coimbra²², ao dizer que “não há indeterminabilidade de algo que está ausente do clausulado que as partes concretamente quiseram subscrever” – nem, portanto, qualquer vício de nulidade *ex vi* artigos 280.º, n.º 1 e 294.º CC. Não esquecendo o caráter oneroso do pacto de não concorrência no âmbito do contrato de agência (que ninguém contesta)²³ – e, por isso, a necessidade de ser oferecida uma compensação ao agente pela assunção da obrigação de não concorrência após o contrato cessar os seus efeitos –, a nulidade do pacto não nos parece posição defensável.

Analisando a jurisprudência, é fácil ver como esta conclusão resulta de um paralelismo que os tribunais fazem entre a obrigação de não concorrência prevista no artigo 9.º LCA e o pacto de não concorrência previsto no (atual) artigo 136.º CT²⁴. Mas tal perspetiva revela-se

¹⁸ Cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado – Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 258.

¹⁹ Veja-se a referência a isto no AUJ 4/2001, referente ao processo n.º 197/00 – 1ª Secção, relatado por GARCIA MARQUES TORRES PAULO.

²⁰ Assim, “Fiança de Conteúdo Indeterminável”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVII, tomo III, p. 61.

²¹ Recentemente consagrando esta conjugação, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 8.06.2017 (JERÓNIMO FREITAS).

²² Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO). Neste sentido, também, os Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 18.03.2021 (OLINDO GERALDES), de 7.09.2021 (FÁTIMA GOMES) e de 12.01.2022 (JOÃO CURA MARIANO).

²³ Afirmando-o, F. A. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 456; J. ENGRÁCIA ANTUNES, “O contrato de agência: das obrigações de não concorrência em particular”, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 61, n.º 1-4, p. 130; A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 98 e 104.

²⁴ Foi, aliás, o que fez o tribunal de primeira instância no processo citado na nota de rodapé anterior, concluindo pela nulidade da obrigação de não concorrência. Cf. os dados relativos à decisão recorrida no mesmo Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO).

desadequada. Não descurando a dificuldade que, frequentemente, representa distinguir com certeza os contratos de trabalho e de agência²⁵, os dois contratos obedecem a lógicas bastante diferentes, não devendo cair-se no simplismo de aplicar soluções semelhantes a situações que apenas aparentam não ser tão dissemelhantes assim (nomeadamente, por obediência ao princípio da igualdade, plasmado no artigo 13.º CRP)²⁶. Estas diferenças são especialmente acentuadas nos princípios inerentes a cada um dos tipos contratuais, que o legislador não deixa de refletir no regime que previu para cada um deles – não deve, por isso, e por seu turno, o intérprete deixar de os ter em conta na procura de soluções para problemas que o legislador não tenha conseguido prever, ou, eventualmente, não *queira* ter dado uma solução rígida. Concluindo o raciocínio: na falta de uma justificação material que valide a igualdade de soluções, deve entender-se como mais correto que situações diferentes mereçam tratamento diferente²⁷.

Afinal, e exemplificando, o pacto de não concorrência encontra os seus requisitos legais na legislação *laboral* portuguesa – e obedece, por isso, a uma lógica diferente daquela que constrói a relação (*comercial*) de agência²⁸. O *favor laboratoris* que caracteriza o direito do trabalho não encontra correspondente no direito comercial, pelo que também os diferentes acordos de não concorrência seguem regras (e, como tal, têm consequências) distintas²⁹. Com efeito, se o Direito do Trabalho assenta na proteção da parte mais fraca numa relação jurídica (social e económica) assimétrica, o Direito Comercial favorece o credor, reforçando as suas condições de cobrabilidade³⁰, numa lógica independente e contrária à primeira.

Aponte-se, desde logo, o facto de a obrigação de não concorrência comercial partir de uma tendencial igualdade de partes, o que não é a realidade laboral³¹, por isso se justificando especiais cautelas e (acima de tudo) maiores exigências de admissibilidade na limitação da liberdade de profissão do trabalhador. Daí que a lei tenha exigido, como requisitos de (verdadeira) validade dos *pactos* de não concorrência os enunciados no artigo 136.º, n.º 2 do CT. Com efeito, a doutrina é unânime em afirmar que o pacto de não concorrência da legislação laboral exige, como condição de validade, uma compensação durante o período em que vigorar essa obrigação. Aliás, é a interpretação que parece ser mais correta, atendendo ao elemento

²⁵ Cf., neste sentido, P. ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996, p. 323, em especial a nota de rodapé (52).

²⁶ Incorrendo, dizíamos, na tentação de aplicar iguais soluções a situações que exijam uma diferenciação. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e V. MARTINS MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 341 e *passim*.

²⁷ Assim, também, J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 168 e *passim*.

²⁸ A aproximação é clara nos Acs. do Tribunal da Relação do Porto de 7.12.2018 (ANABELA TENREIRO).

²⁹ Cf., neste sentido, a decisão recorrida do Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO); do Tribunal da Relação do Porto de 7.12.2018 (ANABELA TENREIRO).

³⁰ Neste sentido, P. PAIS DE VASCONCELOS e P. L. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial – Volume I*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, p. 18.

³¹ Neste sentido, J. M. VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho – Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 608. E, todavia, deixa-se desde já a nota: nos trabalhos preparatórios da já referida Directiva 86/653/CEE, do conselho, de 18 de dezembro de 1986, a Comissão Europeia assinalou, logo nos considerandos, que, muito frequentemente, os agentes comerciais assumiam uma posição economicamente mais fraca do que os principais (cf. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º C 13 de 18.1.1997, p. 2). Não o desmentindo, reforçamos que esta “desigualdade”, a existir, em nada se assemelha à realidade laboral, pelo que qualquer paralelismo estabelecido entre as duas ordens é de considerar como deslocado.

literal da norma³². Por sua vez, os requisitos de validade da obrigação de não concorrência encontram-se estabelecidos (única e simplesmente) no artigo 9.º – o que não prejudica o reconhecimento de um determinado *efeito* que a obrigação de não concorrência validamente estipulada produz: a saber, a compensação devida ao agente no período a que se vincula (artigo 13.º, al. g))³³ – a “indemnità non provvigionale”, como lhe chama a doutrina italiana³⁴.

De outra forma: imprescindível para a válida constituição da obrigação de não concorrência do agente é apenas a observância dos requisitos plasmados no artigo 9.º. Partindo do pressuposto de que esse acordo foi validamente estipulado, emerge na esfera jurídica do agente um direito a ser compensado, que se prolonga durante o período acordado de vigência da obrigação de não concorrência – surgindo, como seu correspondente, um dever do principal de pagar esse montante.

Sendo certo que o legislador não consagrou regras quanto à forma de cálculo da compensação devida ao agente, a doutrina mais correta parece-nos ser a que pugna pela aplicação analógica do artigo 15.º, na falta de acordo entre as partes do negócio³⁵: da mesma forma que, supletivamente, se calcula a retribuição do agente segundo os usos – e, na falta destes, de acordo com a equidade, também desta forma se calculará a compensação devida pela assunção de uma obrigação de não concorrência por parte do agente – como, de resto, decorre já das regras gerais em matéria de Direito das Obrigações (cf. artigo 400.º CC).

Deixamos, em todo o caso, uma referência de salvaguarda: a questão da (in)determinabilidade da prestação tem levado a uma grande produção jurisprudencial em torno de problemas especialmente suscitados a propósito da fiança, normalmente ligada à incerteza do montante exato do crédito que o fiador garante, através da contratualização da referida garantia pessoal. O escopo do presente trabalho não nos permite aprofundar tais questões, o que terá de ficar para outra altura³⁶.

³² Tratar-se de atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador – fala-se, por isso, de uma concorrência “diferencial” (qualificada, pelo acesso que o trabalhador teve, na subsistência do vínculo laboral, aos clientes, fornecedores, ao *know-how*, e outras informações relativas ao negócio) e não uma qualquer concorrência em abstrato; a forma escrita; a duração máxima de 2 anos (extensível a três, nos casos do n.º 5); e a compensação. A violação de qualquer dos requisitos acarretará, naturalmente, a nulidade do pacto de não concorrência – à exceção do temporal, que, se excedido, reduzir-se-á ao máximo nos termos do artigo 121.º, n.º 2; se omissis, conduzirá à aplicação do limite máximo. V. J. VASCONCELOS, em *Código do Trabalho Anotado*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, anotação ao artigo 136.º, pp.349 e 350. Em sentido contrário, defendendo a validade do pacto de não concorrência sem que haja sido estipulada a compensação do trabalhador logo na celebração do contrato, v. os Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.03.2011 (ALBERTINA PEREIRA) e de 20.02.2013 (SEARA PAIXÃO); e do Supremo Tribunal de Justiça de 2.11.2022 (MÁRIO BELO MORGADO). Em sentido discordante da essencialidade da fixação da compensação *ab initio*, todavia, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.12.2009 (ISABEL TAPADINHAS); e do Tribunal da Relação do Porto de 8.06.2017 (JERÓNIMO FREITAS).

³³ Neste sentido, FERREIRA PINTO, *op. cit.*, p. 456.

³⁴ Ou, na doutrina alemã, “Karenzentschädigung”. Cf. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 132.

³⁵ Assim, C. LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa, Lex, 1994, p. 42; L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 154. Mandando atender-se apenas à equidade, M. J. COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, em separata da *Tribuna da Justiça*, n.º 3, *apud* FERREIRA PINTO, *op. cit.*, p. 456, nota de rodapé (1455).

³⁶ Remetemos para as decisões observáveis nos Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 8.11.2007 (ALBERTO SOBRINHO); e do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.01.2020 (VÍTOR AMARAL).

2.2. Do objeto específico da obrigação de não concorrência

No ponto 2.1., abordámos a problemática do objeto “em abstrato” da obrigação de não concorrência, ou seja, saber se este negócio, abstratamente considerado, e de acordo com os requisitos gerais da sua validade, deve ser tido como validamente constituído, ou não, se as partes não fixam, *ab initio*, o montante da compensação devida ao agente em virtude da sua abstenção de comportamentos concorrentes. Pelas razões expostas acima, entendemos que tal convenção não deixa de ser válida.

Questão próxima, mas diferente nos planos dogmático e prático, é a de determinar o *conteúdo* da obrigação de não concorrência – o seu objeto, entendido, agora, como a atividade concreta que o agente se compromete a não exercer ou desenvolver, enquanto vigora a obrigação de não concorrência.

Alguma jurisprudência detém-se nesta questão, procurando determinar que tipo de atividades se obriga o agente, através da obrigação de não concorrência, a não exercer durante a sua vigência: qualquer atividade concorrente; ou apenas a atividade para a qual tenha desempenhado iguais funções em colaboração com o principal³⁷.

Na fixação do sentido a dar a uma norma, manda a lei que se parta do que a lei diz, e que é: nada. Com efeito, o artigo 9.º, n.º 1 LCA não especificou o tipo de atividades que o agente se compromete a não desenvolver enquanto vigora a obrigação de não concorrência *post pactum finitum*. Por seu turno, o n.º 2 refere uma circunscrição, mas que aparenta ser meramente espacial. Quererá isto dizer que, na ausência de uma estipulação explícita, sem grande margem para dúvidas, ao agente está vedada *qualquer* prática comercial concorrente com o principal – ou, pelo contrário, que ele só se encontra vinculado a não exercer a *mesma* atividade que, durante a relação contratual, desempenhava para o principal?

Ora, numa primeira análise, mais apegada à letra da lei, poderia afirmar-se que, se a lei não distingue, não deverá, de igual forma, o intérprete fazê-lo. Vale dizer, ao agente ficaria vedado o exercício de *qualquer atividade* que, mesmo em abstrato, pudesse fazer concorrência ao (antigo) principal.

Mas o raciocínio não deve ficar por aí. Nos termos do artigo 9.º, n.º 1 CC, a interpretação da lei não deve cingir-se à sua letra, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Se é certo que a letra da lei (o elemento gramatical) não faz qualquer restrição (que não geográfica) ao objeto da obrigação de não concorrência, devem equacionar-se os resultados interpretativos resultantes da ponderação dos outros elementos lógicos³⁸: o elemento sistemático, o elemento histórico e o elemento teleológico-racional, com especial atenção para

³⁷ Neste esquema, vejam-se os Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa de 7.01.2020 (HIGINA CASTELO) e de 5.11.2020 (CARLOS CASTELO BRANCO).

³⁸ Ver., para uma análise detalhada dos vários elementos, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 181 e ss.

estes últimos. Consultemos a história do preceito: a LCA, na sua versão, ainda hoje em vigor, que disciplina esta matéria, resultou da transposição da Directiva do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (86/653/CEE), e regula a matéria da obrigação de não concorrência no seu artigo 20.º. Especificamente, exige a Directiva, como condição de validade da obrigação de não concorrência, além da forma escrita, que o pacto “diga respeito ao sector geográfico ou ao grupo de pessoas e ao sector geográfico confiados ao agente comercial bem como ao tipo de mercadorias de que, nos termos do contrato, ele tinha a representação”. Não escrutinando, ainda, no seu todo, a norma, revela-se aqui uma intenção clara do legislador comunitário em circunscrever a obrigação de não concorrência a (1) uma zona geográfica delimitada, (2) grupos específicos de pessoas e (3) a um tipo de mercadorias de que o agente, na pendência do contrato, tenha tido a “representação”.

Há, todavia, um pormenor que não deve escapar à nossa análise. O projeto de Directiva inicialmente proposto foi alterado no correspondente ao atual artigo 20.º da Directiva 86/653/CEE (o artigo 32.º do Projecto), referindo-se, tão-só, ao tipo de mercadorias de que o agente, nos termos do contrato, tinha a representação. Inicialmente, o que estava previsto era que a obrigação de não concorrência abrangeria o setor geográfico confiado ao agente e ao tipo de mercadorias e serviços de que o agente tivesse representação (tradução nossa)³⁹. A versão final não conservou, portanto, a referência a “serviços”, limitando-se às mercadorias (“kind of goods”). Do ponto de vista histórico, pareceria mais correto afirmar-se que só as mercadorias de que o agente tivesse tido a representação estariam abrangidas, e, por conseguinte, que se excluíam dessa mesma obrigação de não concorrência os serviços que ele tivesse prestado. Alguma jurisprudência tem feito valer esta circunscrição europeia, até por obediência aos princípios de DUE que Portugal acolhe – nomeadamente, o da interpretação conforme ao Direito Europeu, nos termos do qual o intérprete, ainda que na aplicação de regras (estritamente) nacionais, deve atribuir-lhes o sentido mais de acordo com o sentido, economia e termos das normas europeias⁴⁰, – e para cujo desenvolvimento tem em muito contribuído a própria jurisprudência europeia. Nesta lógica, entendeu-se já que a parte final do n.º 2 do artigo 9.º LCA tem implícita a circunscrição ao tipo de mercadorias para as quais o agente angariava clientes para o principal⁴¹.

Pesando estes fatores e, ainda, a distância temporal percorrida desde o projeto (cerca de 10 anos, ainda, antes da própria Directiva, o que totaliza quase 47 anos desde o primeiro texto!)⁴², a interpretação mais correta parece-nos ser a de que, na falta de estipulação

³⁹ Do original “An agreement restricting competition shall apply only in relation to the geographical area or group of persons entrusted to the commercial agent and to the goods and services covered by his agency at the time when the contract came to an end” (cf. artigo 32.º, n.º 2 do Projeto, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C 13 de 18.1.1997, p. 9).

⁴⁰ Veja-se, neste sentido, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 393. Ainda neste âmbito, JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, pp. 245 e ss.

⁴¹ Neste sentido, os Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa de 7.01.2020 (HIGINA CASTELO) e de 5.11.2020 (CARLOS CASTELO BRANCO).

⁴² A realidade da Directiva já não é a atual, devendo, por isso, harmonizar-se a interpretação da Directiva com o que o legislador (nacional e comunitário) teria dito se conhecesse as condições específicas do tempo em que a(s) norma(s) é(são) aplicadas (cf., de novo, o artigo 9.º, n.º 1, *in fine* CC).

específica e explícita pelos contraentes, o agente apenas se encontra vinculado a não exercer qualquer atividade concorrente com a que, durante a relação de agência, concretamente exerceu para o principal. A título de exemplo: se o agente promove a celebração de contratos de seguro para o principal, nada obstará, *em princípio*, a que ele promova a celebração de contratos de crédito para outro principal. Não ignoramos a dificuldade que representa esta distinção: não deve, todavia, de igual forma, esquecer-se que em confronto estão dois direitos profundamente antagónicos. Do lado do agente, o direito a exercer *uma* profissão, ainda que balizada pelo critério de concorrência com o principal; do lado deste, o interesse em conservar a clientela que o agente conseguiu angariar para si (principal), não deixando de fazer negócios por causa da cessação do contrato com este último. O mínimo de sacrifício é exigível a cada uma das partes, e é exatamente isso que se pretende com a hermenêutica que apresentámos.

Em conclusão, deve, portanto, entender-se que o agente apenas se vinculará a não concorrer com o principal no estrito âmbito das atividades que haja desempenhado para ele, durante a duração do contrato. Esta deve constituir a regra. Se as partes assim o entenderem, poderá admitir-se, eventualmente, uma maior restrição à atividade do agente, mas sempre acompanhada de uma retribuição acrescida, a determinar pelo tribunal, na ausência de estipulação pelas partes.

2.3. Do direito (de personalidade) ao trabalho e da livre revogação da obrigação de não concorrência

Alguma jurisprudência tem vindo a assinalar a possibilidade de o (ex) agente recuperar a sua liberdade de trabalho, por exercício da livre revogação do acordo de não concorrência ao abrigo do artigo 81.º CC. Posto é, naturalmente, que indemnize os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte, como prevê o n.º 2 da referida disposição. A jurisprudência não oferece, todavia, grande justificação para este enquadramento, antes recorrendo (de novo) à figura do pacto de não concorrência laboral. Reconhecemos, todavia, que alguns pontos de contacto existem⁴³, sem dúvida – eles apenas não são suficientes, como explicaremos adiante, para aplicar, indiscriminadamente, a solução de uma das categorias a outra.

Temos dúvidas na equiparação entre determinados direitos fundamentais e o conjunto amplo dos direitos de personalidade – mais ainda, na inclusão dos primeiros nestes últimos. Em concreto, não nos parece isenta de dificuldades a consideração do direito ao trabalho, na sua vertente privatística, como direito de personalidade para efeitos (esta restrição é mais

⁴³ Pense-se, desde logo, no fundamento para a retribuição atribuída quer ao agente quer ao trabalhador como compensação pela não concorrência a que esses contraentes se obrigam para com o principal e o empregador. Neste sentido, J. Z. MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 517. Citando-o, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 7.12.2018 (ANABELA TENREIRO).

importante do que poderia, à primeira vez, parecer, consoante veremos *infra*) da livre revogabilidade da sua limitação, ao abrigo do artigo 81.º CC⁴⁴.

A transposição dos direitos fundamentais para a esfera jusprivatística não é assunto novo, especialmente no que à doutrina diz respeito⁴⁵. Não falamos, neste âmbito, apenas de um esforço de conformidade entre as normas de direito privado e a Constituição – que, afinal, sempre teria de se garantir, nos termos da Lei Fundamental (atento, principalmente, o princípio da constitucionalidade dos atos normativos: cf. artigo 204.º CRP)⁴⁶. Este esforço de compatibilização entre a tutela (tendencialmente) pública dos direitos fundamentais e a tutela (tendencialmente) privada dos direitos de personalidade é fulcral para, por um lado, garantir o respeito pelas posições jurídicas de vantagem dos sujeitos, baseadas em qualquer um dos âmbitos (público e privado), e, por outro, para que qualquer situação de afetação seja corretamente enquadrada e escrutinada na sua fundamentação e validação. Se assim não for, arrisca-se, por um lado, a admitir a violação de direitos fundamentais através do véu dos direitos de personalidade; de outro modo, poderão ser violados direitos de personalidade por não corresponderem a qualquer (conhecido) direito do catálogo civilístico, ainda que ponham em causa direitos que a Constituição tem como fundamentais.

Na ausência de normas privadas que reflitam o conteúdo constitucional do direito (caso paradigmático do direito à integridade física ou moral – cf. artigos 70.º, n.º 1 CC e 25.º CRP) e de cláusulas gerais e conceitos indeterminados cujo conteúdo possa ser preenchido com os valores constitucionalmente consagrados (como a ordem pública do artigo 280.º CC), a única via de equiparação entre direitos de personalidade e direitos fundamentais parece residir na aplicação direta da norma constitucional, mas independentemente de qualquer via de mediação oferecida no plano civil⁴⁷. Nesta lógica, não se referindo (pelo menos, diretamente) qualquer norma do Código Civil à liberdade de trabalho – equivalente, ou, pelo menos, evocativa de preceitos constitucionais como os dos artigos 47.º, 58.º ou 61.º da CRP –, poderia pensar-se no seu enquadramento no mais vasto direito geral de personalidade, enquanto *jus in se ipsum* que permite a extensão da sua tutela a um número abstratamente ilimitado de direitos ligados de forma umbilical à pessoa enquanto um bem em si mesma⁴⁸, e decorrente, em última instância, do artigo 26.º CRP⁴⁹.

Um último reduto seria o recurso a cláusulas gerais e conceitos indeterminados que possam ser valorados de acordo com os parâmetros da Lei Fundamental, o que implicará, na lógica que aqui acompanhamos, a conclusão pela ilegalidade da obrigação de não concorrência – ou, pelo menos, pela inconstitucionalidade de qualquer norma que o permita...

⁴⁴ Para o seu enquadramento no contexto laboral, cf. J. Z. MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 103 e ss.

⁴⁵ Assim, P. MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 97. De apontar que o artigo data do ano 2000.

⁴⁶ Sobre este princípio, cf. a anotação ao artigo 204.º CRP por J. GOMES CANOTILHO e V. MARTINS MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 517 a 523.

⁴⁷ Seguimos de perto o raciocínio de C. A. MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 74 e 75.

⁴⁸ Defensor deste entendimento, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 205.

⁴⁹ Neste sentido, P. MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *op. cit.*, p. 97.

Não pondo em causa esta possibilidade de recondução a um *jus in se ipsum* mais amplo, aglomerador de diferentes vertentes da personalidade humana, e pessoal, parece-nos desnecessário este percurso para aferição do âmbito de responsabilidade do agente por violação/revogação da sua obrigação de não concorrência. De outra forma: fundamentando a desvinculação do agente num incumprimento contratual, enquanto violação de um dever de *non facere* assumido por virtude da conclusão do contrato de agência com a contraparte; ou, por outra via, entendendo que a desvinculação do agente é livre nos seus pressupostos, enquanto enquadrável na revogação (lícita) da limitação voluntária de *um seu* direito de personalidade – o resultado, por ambos os caminhos, dizíamos, será o mesmo.

Cessando a obrigação de não concorrência, o agente será obrigado a indemnizar o principal dos “prejuízos” que, com a desvinculação do contrato, tiver originado: seja a título de responsabilidade contratual, por acionamento de cláusula penal (cf. artigos 810.º e ss. CC); seja a título de indemnização de prejuízos causados às legítimas expectativas da contraparte (cf. artigo 81.º, n.º 2 CC). A fronteira entre as duas soluções prende-se mais com a “licitude” do meio de desvinculação do que com qualquer outro aspeto do regime, mas o resultado não difere.

Ponto controvertido poderia, ainda, ser, sim, e na falta de cláusula penal indemnizatória, qual o interesse contratual a ressarcir por via do incumprimento da obrigação de não concorrência – tema cada vez mais recorrente na doutrina e na jurisprudência nacionais, mas que não cumpre abordar aqui em pormenor⁵⁰.

2.4. Da nulidade da cláusula penal em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência

Frequentemente, as partes de um contrato de agência acordam a estipulação de uma cláusula penal para medida da indemnização devida em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência pelo (sub)agente⁵¹. Tal cumprirá uma função essencialmente indemnizatória⁵²,

⁵⁰ Remetemos, todavia, para as considerações de G. MALHEIRO, em “Contrato de agência, os “temas da prova” e a compatibilização entre o direito à resolução do contrato e o interesse contratual positivo – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 20 de Dezembro de 2017”, in *AB Instantia. Revista do Instituto do Conhecimento AB*, ano V, n.º 7, 2017, pp. 237 a 271, em especial pp. 265 a 271.

⁵¹ A (in)validade deste tipo de cláusulas pode colocar-se quer em relação a agentes quer em relação a subagentes. Por facilidade de exposição, falaremos apenas a propósito dos “agentes”, querendo, todavia, aplicar o raciocínio quer a uns quer a outros.

No sentido da nulidade de tal cláusula, veja-se o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO).

No sentido da sua admissibilidade, cf. os Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 28.10.2021 (VIEIRA E CUNHA); de 18.03.2021 (OLINDO GERALDES); de 12.01.2022 (JOÃO CURA MARIANO).

⁵² Sem prejuízo da possibilidade, admitida pela generalidade da doutrina, de as partes acordarem numa cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita (visando compelir o devedor ao cumprimento), ou, ainda, numa cláusula penal com função sancionatória/compulsória (pressionando o devedor em ordem à correta execução do contrato) – A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 602 e ss.; C. A. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 590.

visando as partes, com a sua estipulação, liquidar antecipadamente⁵³ o montante devido pelo incumprimento.

Para o principal, isto será particularmente vantajoso, desonerando-o da prova dos danos – a que, em circunstâncias normais, estaria obrigado, nos termos gerais da distribuição do ónus da prova (cf. artigo 342.º, n.º 1 CC)⁵⁴; do lado do (sub)agente, limita-se o *quantum* indemnizatório que o credor poderá exigir (cf. artigo 811.º, n.ºs 2 e 3 CC), assim se prevenindo uma indemnização avultada⁵⁵.

Apesar desta ampla margem de conformação destes interesses entre as partes que se reconhece com fundamento na liberdade contratual, alguma jurisprudência (ainda que minoritária, parece-nos) defende entende ser ilícita (nula) a cláusula que *penaliza* o agente ou subagente com o pagamento de uma indemnização pelo não acatamento da obrigação por ele aceite de não entrar em concorrência com o principal após o termo da relação contratual⁵⁶ – justificando esse entendimento com o artigo 280.º, n.º 2 CC. Em concreto, argumentando-se que uma cláusula penal em tal contexto viola a ordem pública constitucional, a saber, a liberdade económica dos indivíduos (abrangendo a liberdade de iniciativa ou de empresa e a simples liberdade de trabalho), consagrada em vários preceitos constitucionais – cf. 47.º, n.º 1, 58.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1 CRP⁵⁷. Com o devido respeito, este entendimento não é o mais correto.

Vejamos: como referido acima, é no pleno exercício da sua liberdade contratual que agente e principal acordam na fixação de uma cláusula penal para a eventualidade de o primeiro incumprir a sua obrigação de não concorrência. Estas cláusulas são o exemplo de escola de um elemento puramente *accessório* do negócio jurídico, que, não contendendo, em princípio, com a sua validade, ajuda as partes a conformar os respetivos interesses, dentro do permitido pela lei⁵⁸; acresce a isto que a cláusula penal servirá interesses de ambas as partes (o principal terá a prova dos danos facilitada; o agente esquivar-se-á a uma indemnização muito onerosa que o tribunal venha a fixar). Aliás, e de forma a evitar a condenação no pagamento do montante fixado pela cláusula penal, ao agente bastará cumprir com a sua obrigação.

Tendo tudo isto em conta, não se descortinam razões atendíveis para se defender a nulidade de tal estipulação, nem qualquer fundamento outro para restringir a liberdade contratual das partes. O que não pode o principal fazer, sem dúvida, é, não cumprindo pontualmente a sua obrigação de compensar o agente pela sua abstenção de competir com ele no mercado, fazer-se valer dessa mesma obrigação de não concorrência, com o fim de acionar a cláusula penal prevista no pacto. Tal constitui, em última análise, um exercício abusivo do seu direito, nos

⁵³ Cf. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 602.

⁵⁴ Na falta de estipulação, a indemnização pelo incumprimento da obrigação de não concorrência corresponderá ao dano efetivamente sofrido – e, portanto, aos serviços que, caso não tivessem sido realizados pelo agente, seriam realizados pelo principal. Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 10.05.2022 (LUÍS CRAVO).

⁵⁵ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 590 a 592.

⁵⁶ Ver, neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO).

⁵⁷ A título exemplificativo, o acórdão citado na nota anterior. Admitindo a possibilidade de inclusão de cláusula penal indemnizatória (apesar de, *in casu*, tal não ter acontecido), o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.05.2020 (LUÍS CRAVO).

⁵⁸ V. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 384.

termos do artigo 334.º do CC⁵⁹. Destarte, sempre poderá o agente, se for caso disso, eximir-se ao pagamento do valor da cláusula penal (ou, pelo menos, ver reduzido o seu montante) invocando uma compensação de créditos (o seu crédito à compensação pela obrigação de não concorrência contra o crédito do principal a receber o montante indemnizatório fixado na cláusula), nos termos dos artigos 847.º e ss. do CC⁶⁰. Uma alternativa segura a que o agente poderá recorrer, tendo em conta o sinalagma entre a sua prestação de *non facere* e a prestação pecuniária que incumbe ao principal, é invocar a exceção de não cumprimento do contrato (cf. artigo 428.º do CC), quando a sua contraparte não proceder ao pagamento (pontual) da compensação a que ele tem direito⁶¹.

Outra possibilidade, de não somenos importância, é o agente requerer a redução equitativa da cláusula penal (cf. artigo 812.º do CC), nos casos em que o seu montante se revele manifestamente excessivo, de acordo com vários fatores, de entre os quais se poderão destacar a extensão dos danos causados pelo não cumprimento, a gravidade da ilicitude, a gravidade da culpa, as finalidades da cláusula penal, a situação económica do lesado, a situação económica do lesante e a culpa do lesado na produção ou no agravamento do dano CC⁶² – apenas a solução contrária (de reforço da cláusula penal) não é possível⁶³.

Em alternativa, poderá, ainda, o agente invocar o regime das cláusulas contratuais gerais, quando aplicável, fundamentando a não aplicação da cláusula penal por violação dos deveres de comunicação e de explicação do seu conteúdo (cf. artigos 5.º, 6.º e 8.º da LCCG), o que a jurisprudência também tem vindo a admitir⁶⁴. Se a cláusula penal for desproporcional aos danos a ressarcir, a sua nulidade constitui também um sólido meio de defesa, nos termos dos artigos 12.º, 13.º e 19.º da LCCG – não operando, aqui, a mera redução, nos *termos gerais* da lei civil⁶⁵.

2.5. Da (não) circunscrição territorial da obrigação de não concorrência

Por último, pergunte-se: será admissível uma obrigação de não concorrência que se imponha ao agente em *todo o território nacional*? Modestamente, entendemos que não. Este é outro

⁵⁹ Andou bem, por isso, a jurisprudência nesta matéria. Cf. os Acs. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.02.2021 (FREITAS NETO); do Supremo Tribunal de Justiça de 7.09.2009 (FÁTIMA GOMES) e de 5.05.2020 (PAULO FERREIRA DA CUNHA).

⁶⁰ V., sobre este meio de extinção das obrigações, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado – Volume II*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, anotação aos artigos 847.º e ss., pp. 130 e ss.

⁶¹ Acentuando este mesmo sinalagma, embora desligado da *exceptio non adimpleti*, cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 5.05.2020 (PAULO FERREIRA DA CUNHA).

⁶² Neste sentido, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 18.03.2021 (OLINDO GERALDES). Enunciando os diversos fatores, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 24.05.2022 (NUNO PINTO OLIVEIRA).

Para a aplicação da redução ao âmbito territorial da obrigação de não concorrência (que analisaremos *infra*), cf. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.12.2019 (FILOMENA MANSO).

⁶³ V., neste sentido, embora discorde da limitação, MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 597.

⁶⁴ Cf. o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 21.04.2016 (TAVARES DE PAIVA).

⁶⁵ Neste sentido, os Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 12.01.2022 (JOÃO CURA MARIANO) e de 18.01.2022 (ISAÍAS PÁDUA).

dos aspetos em que se nota o parco regime legal que o Decreto-Lei n.º 178/86 consagrou para a obrigação de não concorrência – ou, pelo menos, uma certa desatualização face à realidade socioeconómica atual. Apesar de ser rara a referência a este problema, ele urge resposta.

O artigo 9.º da LAC circunscreve a obrigação de não concorrência à *zona* ou ao *círculo* de clientes confiado ao agente⁶⁶. Importa questionarmo-nos se o preceito deve ser interpretado como delimitando, de forma mais restritiva, a obrigação de não concorrência a um município ou distrito do país, ou se será extensível a todo o território do país. No século XXI, as empresas que recorrem a estes contratos (do lado do agente ou do lado do principal) podem ter filiais espalhadas por todo o país⁶⁷ – e, mesmo que as não tenham, conseguem fazer negócio através do digital, o que põe sérios entraves a uma delimitação territorial em função da atividade da empresa e do círculo de clientes que o principal haja confiado ao agente.

Ora, uma tamanha circunscrição territorial da obrigação de não concorrência por parte do agente (que, em rigor, nem circunscrição chega a ser...) deve ter-se, em nossa opinião, por inadmissível; e, por conseguinte, deve ser limitada, de alguma forma, a uma zona ou círculo de clientes *determinados* – p ex., ao município que seja sede da filial onde o agente tiver operado. Reconhece-se, todavia, e evidentemente, a dificuldade que tal delimitação pode gerar quando o agente percorra diferentes filiais ao longo da vigência do contrato, p ex., ou se a sua atividade for desenvolvida de forma totalmente informática – e, assim, sem fronteiras perfeitamente demarcadas.

De todo o modo, e por forma a respeitar os requisitos que a lei prevê para a válida constituição da obrigação de não concorrência, surgem alguns remédios que devem ser ponderados: o mais radical, entender como inconstitucional a interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º da LCA segundo a qual o principal pode acordar com o agente uma obrigação de não concorrência “circunscrita” a *todo* o território nacional, com fundamento numa restrição excessiva (não proporcional) da liberdade de escolha de profissão e de iniciativa económica, nos termos previstos nos artigos 47.º, n.º 1, 61.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2 da CRP. Como tivemos já oportunidade de analisar, a obrigação de não concorrência afeta, primordialmente, direitos fundamentais, restringi-los, e, portanto, submetendo-os ao crivo do rigoroso regime constitucional de restrição de direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º CRP. Vale dizer, portanto, que tal limitação à liberdade de trabalho (simplifiquemos) deve obedecer aos requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade⁶⁸.

Se é verdade que a lei permite o estabelecimento de tal restrição por via de acordo entre as partes, a extensão da sua restrição não deixa de poder ser ponderada – e, se necessário, atacada nos termos da sua (in)conformidade constitucional. Com base neste raciocínio, e por respeito, ainda, ao princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental afetado

⁶⁶ Como, de resto, resultava já do Anteprojeto – cf. A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência (Anteprojeto)*, em *BMJ*, n. 360, 1986, p. 93.

⁶⁷ Vejam-se, entre outros, os casos dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.12.2019 (FILOMENA MANSO) – este, inclusivamente, ao nível do continente europeu(!); do Supremo Tribunal de Justiça de 28.10.2021 (VIEIRA E CUNHA); de 18.03.2021 (OLINDO GERALDES).

⁶⁸ V. J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 457 e 458.

(cf. artigo 18.º, n.º 3 CRP)⁶⁹, de considerar inconstitucional a cláusula de não concorrência, que vincule o agente a uma obrigação de se abster de qualquer atividade profissional, extensiva a todo o território nacional, por violação do princípio da proibição do excesso, plasmado no artigo 18.º, n.º 2 CRP.

Em alternativa, sempre se poderia ter como “excessiva” tal estipulação – o que acarretaria a sua nulidade, nos termos gerais do artigo 294.º do CC (por referência ao artigo 9.º da LCA, em especial o seu n.º 2) e, eventualmente, a sua redução, nos termos do artigo 292º do CC⁷⁰. Finalmente, e porque é frequente o recurso a cláusulas contratuais gerais, sempre poderá o agente, quando for o caso, invocar que a cláusula de circunscrição territorial não foi comunicada, de todo, ou não foi comunicada com a diligência que seria de exigir, nos termos gerais da LCCG – assim se tendo por não escrita (cf. artigos 5.º e 8.º da LCCG).

3. Conclusão

Feito este percurso, julgamos seguro apresentar algumas conclusões relevantes, que poderão funcionar como critérios de solução de casos específicos: a obrigação de não concorrência que não fixa, *ab initio*, o montante da compensação devida ao agente não é, com esse fundamento, nula: os requisitos de validade da obrigação de não concorrência distinguem-se, assim, do seu principal efeito, do lado do agente (o direito a compensação), que emerge da válida constituição da obrigação. O principal não poderá, todavia, fazer-se valer da obrigação de não concorrência se não providencia pelo pagamento da respetiva compensação, sob pena de incorrer num exercício abusivo do seu direito (a isto acresce que o agente poderá excecionar o não cumprimento da sua obrigação, se o pagamento da compensação não obedecer às regras que as partes tenham previsto para o seu cumprimento, ou às que supletivamente tenham lugar).

Para assegurar o cumprimento da obrigação de não concorrência por parte do agente, é perfeitamente lícito ao principal acordar com ele uma cláusula penal, o que não prejudica uma compensação de créditos de acordo com o montante da compensação devida ao agente pela assunção dessa obrigação, nos termos gerais de direito civil, assim se reduzindo (se não, mesmo, cumprindo) o montante clausulado para o incumprimento.

A circunscrição territorial da obrigação de não concorrência não deverá, em caso algum, estender-se a todo o território nacional, devendo tal ter-se por inválido, por contrariar os requisitos que a lei estipula para a validade da obrigação de não concorrência. Nestes termos, a cláusula respetiva será inválida, e plenamente nula, ou então reduzida à parte válida, nos termos gerais de direito civil.

⁶⁹ Cf. *idem*, pp. 458 e 459.

⁷⁰ Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.12.2012 (FILOMENA MANSO).

Quando a obrigação de não concorrência inclua cláusulas contratuais gerais, o seu regime aplicar-se-á plenamente, podendo recorrer-se aos mecanismos de defesa do aderente (o agente) face ao principal (aqui na veste de proponente).

Bibliografia

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, "O contrato de agência: das obrigações de não concorrência em particular", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 61, n.º 1-4, pp. 99-132

BARATA, CARLOS LACERDA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa, Lex, 1994

BRITO, MARIA HELENA, "O contrato de agência" in *Novas perspectivas do direito comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 105 a 135

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 457 e ss.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL MARTINS, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL MARTINS, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume II*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "Fiança de Conteúdo Indeterminável", in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVII, tomo III, 1992, pp. 55 a 64

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Direito do Trabalho - Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2022

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1987

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 120, n.º 3759 (outubro de 1987), pp. 178 a 192.

MACHADO, JÓNATAS EDUARDO MENDES, *Direito da União Europeia*, 4ª ed., Coimbra, GESTLEGAL, 2022

MALHEIRO, GONÇALO, "Contrato de agência, os "temas da prova" e a compatibilização entre o direito à resolução do contrato e o interesse contratual positivo - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 20 de Dezembro de 2017", in *AB Instantia. Revista do Instituto do Conhecimento AB*, ano V, n.º 7, 2017, pp. 237 a 271

- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contratos em Especial*, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996
- MARTINS, JOÃO ZENHA, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016
- MEDEIROS, RUI COSTA MELO MEDEIROS / MIRANDA, JORGE MANUEL MOURA LOUREIRO DE, *Constituição Portuguesa Anotada - Volume I*, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Contrato de Agência (Anteprojecto)*, in *BMJ*, n.º 360, 1986, pp. 43 a 139
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1999, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133, n.ºs 3913-3914 (Agosto-Setembro 2000), n.ºs 3915-3916 (Outubro-Novembro 2000), n.º 3917 (Dezembro 2000), n.º 3918 (Janeiro 2001), pp. 124 a 141, 171 a 188, 231 a 243
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Contrato de Agência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2021
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA, *Contratos de Distribuição - Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013
- PINTO, PAULO MOTA, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais - Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018
- VASCONCELOS, JOANA, *Anotação ao artigo 136º do Código do Trabalho*, em *Código do Trabalho Anotado*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2020
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2000
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE / VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019

(texto submetido a 17.07.2023 e aceite para publicação a 2.08.2023)