

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Exame Escrito de Direito Comercial I – 3º ano – Turma Dia – A

1.ª Época

Regência: Prof. Doutor Luís Menezes Leitão

11 de Janeiro de 2018 – Duração: 90 Minutos

Critérios de Correção

- 1) Qualifique o contrato celebrado entre **António** e **Bento**. (1,5 valores)

Trata-se de um contrato de associação em participação, regulado no DL n.º 231/81, de 28 de Julho (artigos 21.º e ss.). Nos termos da noção do artigo 21.º, n.º 1, António associa-se à atividade económica exercida por Bento (exploração da loja), ficando a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para Bento. A exigência de participação nos lucros prevista no artigo 21.º, n.º 2 está preenchida. Quanto à participação nas perdas, nada é dito na hipótese, sendo certo que, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, a eventual exclusão só por escrito pode ser provada. Se essa prova não for feita, António participa nos lucros e perdas, sendo o montante da participação determinada de acordo com os critérios do artigo 25.º. A contribuição do associado é constituída, neste caso, pela transferência do direito de propriedade sobre o prédio, mediante o pagamento de um valor simbólico, sendo respeitado o artigo 24.º, n.º 1 (carácter patrimonial da prestação). No que se refere, por fim, à forma do contrato, uma vez que o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado (artigo 875.º do Código Civil), o contrato teria que revestir uma destas formas (artigo 23.º, n.º 1, 2ª parte), sob pena de nulidade (sem prejuízo da aplicação do artigo 23.º, n.º 3).

- 2) Qualifique o negócio celebrado entre **Bento**, **Carolina** e **Diogo** e diga se **António** tem razão quando invoca a respetiva invalidade ou se tem fundamento para resolver o contrato celebrado com **Bento**. (3,5 valores)

Estamos perante uma cessão da exploração de um estabelecimento comercial (a oficina), realizada a título oneroso (pagamento da renda), pelo que constitui, mais concretamente, uma locação de estabelecimento: dá-se, na realidade, uma cedência temporária (3 anos) do estabelecimento de Bento a Carolina e Diogo.

De acordo com os dados da hipótese, o contrato celebrado não padece de qualquer invalidade. Nomeadamente, o facto de António ser associado de Bento não torna inválida a cessão da exploração do estabelecimento. Bento conserva a autonomia no exercício da sua atividade económica: as limitações impostas a essa mesma autonomia pelo contrato de

associação em participação (*maxime* por via dos deveres previstos no artigo 26.º) apenas têm repercussões no plano das relações entre associante e associado, não permitindo considerar inválido o negócio jurídico celebrado com terceiros.

Existe, na realidade, no plano das relações entre Bento e António, um dever daquele, enquanto associante, de *conservar as bases essenciais da associação, tal como o associado pudesse esperar que elas se conservassem*, não podendo, *designadamente, sem consentimento do associado, fazer cessar ou suspender o funcionamento da empresa, substituir o objeto desta ou alterar a forma jurídica da sua exploração* (artigo 26.º, n.º 1, alínea b)). Ora, ao ceder temporariamente a exploração do estabelecimento a outros sujeitos, Bento deixa de auferir lucros, nos quais António tem direito a participar (Bento apenas recebe a renda): nestes termos, sob a perspetiva de António, tudo se passa como se Bento tivesse suspenso o funcionamento ou encerrado temporariamente o estabelecimento (*nota: nunca se poderá afirmar que o contrato de associação em participação se transmite temporariamente para Carolina e Diogo, tal como também não se transmitiria em termos definitivos se de um trespassse se tratasse: nem a tese do Prof. Doutor Oliveira Ascensão, distinguindo posições exploracionais e comuns, permitiria semelhante conclusão*).

Por outro lado, ainda que assim não se encarasse o problema, o facto de a cessão implicar que outro sujeito, que não o originário associante, passe a gerir o negócio, constitui, por si só, uma alteração das bases essenciais da associação, tal como o associado contava que elas se conservassem. Assim sendo, António pode resolver o contrato, nos termos do artigo 30.º, n.º 1 (o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, constituindo a violação das obrigações de Bento justa causa para a cessação do contrato – quebra da relação de confiança entre as partes), sendo Bento obrigado a indemnizá-lo (artigo 30.º, n.º 2).

3) Imagine que **Bento** se dirige a **Carolina**, casada com **Gustavo** em regime de comunhão de adquiridos, exigindo o pagamento da totalidade do valor das rendas em dívida e que, como esta não tem bens próprios, pretende executar os bens comuns do casal. *Quid juris?* (3,5 valores)

A resposta à questão colocada tem que ponderar dois aspetos: em primeiro lugar, saber se a obrigação em causa é solidária (*i.e.*, saber se Bento pode exigir a totalidade do valor a Carolina); em segundo lugar, saber se pela mesma respondem os bens comuns do casal.

Para sabermos se a obrigação é solidária, uma vez que nada ficou convencionado (*cf.* artigo 513.º do Código Civil), devemos, antes de mais, atender ao artigo 100.º do Código Comercial: tratando-se de obrigação comercial, existirá solidariedade. Para descobrirmos se a obrigação é comercial, impõe-se determinar se estamos perante um ato de comércio em sentido objetivo ou em sentido subjetivo, nos termos do artigo 2.º do Código Comercial.

São atos de comércio objetivos aqueles que se achem especialmente regulados em lei comercial (e não apenas no Código Comercial, seguindo-se uma interpelação atualista). A

dívida cuja comercialidade se afere é a dívida do pagamento das rendas derivada do contrato de cessão da exploração. Ou seja, para saber se estamos perante uma dívida comercial, devemos perguntar se a cessão da exploração do estabelecimento comercial está especialmente regulada em lei comercial (uma vez que o artigo 2.º abrange os contratos e os seus efeitos, *in casu*, a obrigação de pagamento da renda). A resposta é afirmativa, à semelhança, *vg.*, do que sucede com o pagamento do preço de um trespasse realizado através de um contrato de compra e venda. A cessão da exploração do estabelecimento comercial está prevista no artigo 1109.º e ss. do Código Civil, estabelecendo-se aí regras especiais para o caso em que esta ocorra. Estes preceitos legais deverão considerar-se lei comercial, já que, por um lado, se auto-qualificam implicitamente como tal (“*exploração de um estabelecimento comercial*”), e, por outro lado, vem claramente satisfazer necessidades do comércio (*cfr.*, de entre outros, o que refere o Prof. Doutor Coutinho de Abreu, qualificando expressamente a cessão da exploração como ato de comércio). Assim, a dívida das rendas é um ato de comércio em sentido objetivo.

Para além disso, constitui também um ato de comércio em sentido subjetivo, já que os requisitos do artigo 2.º, 2ª parte estão preenchidos. Em primeiro lugar, Carolina e Diogo são comerciantes, nos termos do artigo 13.º: têm capacidade para a prática de atos de comércio (artigo 7.º) e fazem da prática do comércio profissão: praticam atos de comércio (pelo menos os previstos no artigo 463.º) de forma reiterada, lucrativa, juridicamente autónoma, com uma organização de meios. Poderá exigir-se ainda uma exclusividade tendencial (Prof. Doutor Menezes Cordeiro). Carolina e Diogo são, pois, comerciantes. Para além disso, o ato não é de natureza exclusivamente civil e também não resulta o contrário do próprio ato.

A dívida é comercial tanto em termos objetivos como subjetivos, sendo que seria suficiente estarmos perante uma dívida comercial em sentido objetivo para que o artigo 100.º do Código Comercial seja aplicável. Neste sentido, a dívida é comercial e a obrigação é solidária, podendo, pois, Bento exigir a totalidade do valor das rendas a Carolina.

Concluído este primeiro ponto, resta-nos saber se pela dívida respondem os bens comuns do casal, impondo-se determinar se o artigo 1691.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil é aplicável. Para sabermos se a dívida foi contraída no exercício do comércio, podemos recorrer à presunção do artigo 15.º do Código Comercial, que funciona face a *dívidas comerciais do cônjuge comerciante*. Já vimos que a dívida é comercial. Por outro lado, da análise efetuada anteriormente, também já concluímos que Carolina e Diogo são comerciantes. A presunção contida nesta norma pode, portanto, funcionar no caso em análise. Não sendo a mesma ilidida, estaremos na presença de uma dívida contraída pelo cônjuge no exercício do comércio, para efeitos da referida alínea d) do n.º 1 do artigo 1691.º do Código Civil. Para além disso, os cônjuges não são casados em regime de separação de bens e os dados da hipótese revelam que não seria possível demonstrar que a dívida não foi contraída em proveito comum do casal. A dívida é, assim, da responsabilidade de ambos os cônjuges, respondendo por ela os bens comuns do

casal e subsidiariamente os bens próprios de cada um dos cônjuges, nos termos do artigo 1695.º do Código Civil.

- 4) Qualifique o contrato celebrado entre **Bento** e **Ernesto** e determine, brevemente, a respetiva natureza jurídica (civil ou comercial). (2,5 valores)

Trata-se de um contrato de franquia, que constitui (pelo menos na modalidade em causa na hipótese) um contrato de distribuição comercial, de carácter legalmente atípico (aplicando-se, analogicamente, as regras da Lei da Agência, na medida em que tal seja possível), mas socialmente típico.

De acordo com o contrato, existe um sujeito (o franqueador – Bento) que autoriza e possibilita que outro (o franqueado – Ernesto) atue comercialmente com a sua imagem empresarial, mediante contrapartidas. Em concreto, são obrigações características do franqueador Bento a cedência do uso da marca (“Cantinho dos *Racers*”) e de outros sinais distintivos (o logótipo), assim como a comunicação do saber-fazer, *maxime* o uso das célebres técnicas secretas para reparação das componentes vitais dos veículos. Supõe-se, também, embora isso não seja referido explicitamente no texto da hipótese, que Bento presta a assistência técnica necessária a Ernesto, o que constitui também uma obrigação essencial caracterizadora do contrato de franquia. Por outro lado, Ernesto fica obrigado a utilizar a marca e sinais distintivos cujo uso lhe foi cedido, assim como o saber-fazer, sujeitando-se ao controlo e fiscalização de Bento. Fica ainda obrigado ao pagamento anual de um valor proporcional ao volume de negócios que a loja tivesse. Esta quantia corresponde a uma renda anual (*royalty*) que é, na realidade, típica do contrato de franquia. Existe também, normalmente, o pagamento de um direito de entrada inicial (*initial fee*), que, todavia, não surge no presente caso, não sendo, porém, essa ausência suficiente para descaracterizar o contrato enquanto contrato de franquia. Elementos normais, mas não essenciais, do contrato de franquia que nos surgem na presente hipótese é a cláusula de localização (no Porto) e a fixação dos preços de venda pelo franqueador.

Os contratos de distribuição comercial, como o contrato de agência, concessão e franquia, e uma vez mais seguindo-se uma interpretação atualista do artigo 2.º, 1ª parte do Código Comercial, revestem natureza comercial.

- 5) Analise o negócio celebrado entre **Ernesto** e **Filipa** e pronuncie-se sobre o comportamento posterior desta (denúncia do contrato com Bento, exigência de pagamento de uma “indenização de clientela” e posterior apresentação à insolvência). (3,5 valores)

Ernesto vende a loja a Filipa. Aparentemente, estamos em face de um trespasse realizado a título oneroso, concretamente através de um contrato de compra e venda.

Para haver trespasse tem que se manter a aptidão funcional do estabelecimento (aviamento), não podendo o mesmo ficar descaracterizado nos seus elementos essenciais. Esta mesma ideia resulta do artigo 1112.º, n.º 2 do Código Civil. Assim, para que o negócio celebrado entre Ernesto e Filipa possa ser qualificado como trespasse do estabelecimento tem que se manter a respetiva aptidão funcional.

Recorde-se que Ernesto celebrara um contrato de franquia com Bento e que, portanto, nesse contexto se insere a loja vendida. Assim, a adquirente do estabelecimento só poderá continuar aquele mesmo negócio se o contrato de franquia se transmitir para ela. Nestes termos, se a posição de Ernesto no contrato de franquia não se transmitir com o “trespasse” perde-se o aviamento.

Ora, aplica-se à transmissão dessa mesma posição jurídica a regra do artigo 424.º do Código Civil, requerendo-se o consentimento da contraparte no contrato (no caso, Bento) para a cessão da posição contratual. Trata-se, aliás, de regra particularmente clara no caso da hipótese, onde o contrato assume carácter *intuitu personae*. Faltando, na situação em análise, o acordo de Bento, a posição de franqueado não se transmitia para Filipa. A teoria do Prof. Doutor Oliveira Ascensão, distinguindo entre situações jurídicas exploracionais e comuns, poderia induzir resposta diversa caso se qualificasse a posição contratual em causa como de carácter exploracional, já que se encontra no núcleo da exploração do estabelecimento, sendo indissociável da mesma. Todavia, considerando as características específicas do contrato de franquia e designadamente o seu carácter *intuitu personae*, não é defensável a transmissão da posição de franqueado sem consentimento do franqueador.

Não se transmitindo o contrato de franquia, perde-se, então, nos termos expostos, o aviamento. O negócio celebrado não consubstancia, por isso, um trespasse (e, em rigor, consubstancia, isso sim, um incumprimento contratual de Ernesto face a Bento).

Por outro lado, se a posição jurídica de Ernesto no contrato de franquia não se transmite para Filipa, naturalmente que não pode esta extinguir um contrato ao qual é alheia. Portanto, a declaração de resolução – note-se que não poderíamos, de qualquer modo, estar perante uma *denúncia* já que o contrato foi celebrado por período determinado – não produz qualquer efeito perante Bento (e, em qualquer caso, a resolução seria inválida, por falta de justa causa). Por essa razão, não sendo Filipa franqueada, fica excluído, logo por este motivo, o direito de receber a indenização de clientela (e sempre caberia discutir se, *em abstracto*, o franqueado tem direito à indenização de clientela prevista na Lei da Agência); além disso, *em concreto*, tendo o

franqueado dado causa à cessação do contrato (se de uma verdadeira denúncia se tratasse), também por esta via o direito à indemnização de clientela ficaria excluído, nos termos do artigo 33.º, n.º 3 da Lei da Agência.

Por último, a apresentação à insolvência passado cerca de um ano pelo facto de “*não conseguir alcançar a rentabilidade esperada*” não parece enquadrar-se nos critérios elencados no artigo 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março (CIRE). Desde logo, o critério principal adotado na lei portuguesa é o do fluxo de caixa (*cash flow*), considerando-se que um determinado sujeito está insolvente assim que se torna incapaz, por falta de liquidez suficiente, de pagar as suas dívidas no momento em que se vencem. Só relevam as obrigações vencidas e não as vincendas e só releva a impossibilidade de cumprir. Não há impossibilidade se o devedor tem meios para cumprir mas não o faz porque contesta a existência da obrigação. E também não se trata de impossibilidade enquanto causa de extinção das obrigações (artigo 790.º do Código Civil), mas sim da constatação de que o devedor não tem meios para cumprir as suas obrigações vencidas. Por outro lado, de acordo com os dados da hipótese, também não se verifica qualquer exemplo padrão de situação de insolvência, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 do CIRE, pelo que não é pelo facto do negócio gerar uma rentabilidade inferior à esperada que Filipa se encontra legitimada a se apresentar à insolvência.

- 6) Aprecie os comportamentos do administrador da insolvência de **Filipa** e enuncie quais as (eventuais) consequências que lhe poderão ser assacadas. (5,5 valores)

O conceito de massa insolvente surge no artigo 46.º do CIRE, que, conjugado com o artigo 51.º do mesmo diploma, denota que a massa insolvente se destina primordialmente à satisfação das dívidas da própria massa insolvente e só depois à satisfação dos créditos sobre a insolvência. E daí que seja qualificada como um *património de afetação* (Prof. Doutor Luís Menezes Leitão).

Figura central neste processo de insolvência é o administrador da insolvência, cujo estatuto consta do CIRE (artigos 52.º e ss.) e da Lei n.º 22/2013, de 26 de Fevereiro, e a quem competem os poderes de administração da massa insolvente (*cf.* artigo 81.º, n.º 1 do CIRE).

Este órgão tem essencialmente como funções assumir o controlo da massa insolvente, administrá-la, liquidá-la e repartir pelos credores o respetivo produto final (artigo 55.º, n.º 1).

Em concreto, ao abrigo do disposto no artigo 111.º, n.º 1, este órgão deveria ter procedido à denúncia do contrato existente de fornecimento de lubrificantes, por o mesmo não se suspender com a declaração de insolvência. Deste modo, não agravaria a situação económica da insolvente nem geraria dívida da massa insolvente, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, alínea g).

Por outro lado, relativamente ao contrato de arrendamento da loja, a declaração de insolvência não suspende o contrato de locação em que o insolvente seja locatário, podendo – e, no caso, devendo – o administrador da insolvência denunciá-lo com um pré-aviso de 60 dias, se nos termos da lei ou do contrato não for suficiente um pré-aviso inferior (artigo 108.º, n.º 1). Assim, aplicar-se-ia o artigo 119.º, n.º 2, nos termos do qual é nula a cláusula do contrato que atribuía à situação de insolvência o valor de uma condição resolutiva do negócio (imperatividade do regime dos efeitos da insolvência sobre este negócio).

Por fim, relativamente à remuneração auferida, esta encontra-se prevista no artigo 60.º do CIRE e nos artigos 22.º e ss. da Lei n.º 22/2013. Apesar da hipótese nada referir, partindo do pressuposto de que, como na grande maioria dos casos, o administrador da insolvência foi nomeado pelo Juiz, a remuneração daquele assume duas componentes: uma fixa, em função dos atos praticados, e uma variável, em função do resultado da liquidação da massa insolvente, majorada em função do grau de satisfação dos créditos reclamados (sendo estes montantes fixados em portaria dos membros do Governo). Apesar da remuneração ser considerada uma dívida da massa insolvente (artigo 51.º, n.º 1, alínea b)), beneficiando, assim, de prioridade no pagamento sobre os créditos da insolvência (artigo 172.º), a verdade é que, também neste ponto, a conduta do administrador da insolvência deve ser inteiramente repudiada.

Ora, para além da atividade do administrador da insolvência ser sujeita à fiscalização do juiz – que pode, a todo o tempo, exigir-lhe informações sobre quaisquer assuntos ou a apresentação de um relatório da atividade desenvolvida e do estado da administração e da liquidação (artigo 58.º) – o administrador da insolvência tem o dever de prestar oportunamente à comissão de credores e ao tribunal todas as informações necessárias sobre a administração e a liquidação da massa insolvente (artigo 55.º, n.º 5). De entre outras, tem também a obrigação de prestar contas do exercício do cargo, regra geral no termo de funções (artigo 62.º, n.º 1), resumindo toda a receita e despesa.

No caso, para além da responsabilidade disciplinar a que se encontra sujeito, nos termos dos artigos 17.º e ss. da Lei n.º 22/2013, ao administrador também poderá ser assacada responsabilidade contraordenacional, nos termos dos artigos 19.º e 20.º desse diploma legal. E isto naturalmente somado à responsabilidade civil, podendo o administrador responder pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem, sendo a culpa apreciada pela diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado (artigo 59.º, n.º 1 do CIRE). Culpa que neste caso não se presume, o que é criticado pelo Prof. Doutor Luís Menezes Leitão (o legislador enquadró esta responsabilidade nos quadros da responsabilidade aquiliana, quando, estando em causa deveres específicos entre o administrador da insolvência, os credores e o devedor, teria sido mais correto o seu enquadramento nos quadros da responsabilidade obrigacional).

Em relação aos credores da massa insolvente, o administrador da insolvência responde ainda pelos danos que lhe sejam causados em resultado da insuficiência da massa insolvente para satisfação integral dos seus direitos, desde que estes resultem de ato do administrador, sendo a responsabilidade, porém, excluída, em caso de imprevisibilidade de insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador e aquelas que ele não devia ignorar (artigo 59.º, n.º 2, sendo o ónus da prova do administrador).

Por último, de referir ainda que depois de ouvir a comissão de credores (caso exista), o devedor e o próprio administrador da insolvência, atenta a existência de justa causa, o Juiz pode proceder à sua destituição (artigo 56.º, n.º 1).