

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
EXAME DE DIREITO COMERCIAL I – 3.º ANO, TURMA A
Regência: Profs. Doutores António Menezes Cordeiro e José Ferreira Gomes

17 de janeiro de 2019 – Duração: 120 Minutos

A **ALL FRAGRANCES, S.A. (AFSA)** explora uma conhecida perfumaria na região de Lisboa e decidiu iniciar a exploração de uma perfumaria *on-line*. Antevendo o sucesso, criou uma unidade nova e independente, contratou **Bento, Camélia e Duarte**, criou um *site* na Internet, arrendou um armazém e celebrou contratos com fornecedores. Estava tudo preparado para o grande dia! O novo projeto ia ser um sucesso! Porém, uns dias antes do lançamento, vendeu à **Equity Investments, S.A. (EISA)** o referido negócio. O contrato foi celebrado em 05.01.2016. Agora, passados mais de três anos, a **AFSA** decidiu lançar um novo projeto de perfumaria *on-line*. No entanto, a **EISA** opõe-se, alegando violação da obrigação de não concorrência.

A **EISA** que, além dos perfumes, fabricava todo o tipo de cosmética, tinha celebrado por escrito, em 10.01.2013, um contrato com **Filipa** para promover a venda dos produtos cosméticos. Ficou previsto o prazo de 5 anos de duração do contrato, a exclusividade de **Filipa** na zona de Coimbra e a inexistência de poderes de representação. Em março de 2017, e apenas num único caso, **Filipa** cobrou créditos a um cliente e nunca entregou a quantia à **EISA**. Aborrecida com este comportamento, a **EISA** nomeou, para a zona de Coimbra, um concessionário. **Filipa** protestou, invocando o seu direito de exclusividade, e o diferendo arrastou-se até ao ano de 2018, mantendo-se a execução do contrato depois do dia 10.01.2018. Em 28.02.2018, já cansada de **Filipa**, a **EISA** denunciou o contrato, invocando expressamente que o mesmo cessaria 5 (cinco) dias após essa comunicação.

Em grande euforia, entusiasmada com o sucesso que estava a ter e pretendendo expandir ainda mais a sua atividade, a **EISA** contraiu um avultado empréstimo junto do **Grande Banco de Investimento, S.A. (GBISA)**. De acordo com o contrato, celebrado por escrito, a **EISA** garantia o cumprimento da dívida, dando em penhor, ao **GBISA**, 10.000 ações de que era titular na sociedade **Heaven Cosmetics, S.A. – Sociedade Aberta (HCSA)**. O **GBISA** ficou expressamente autorizado a alienar as ações, tendo como condição a sua restituição em ações equivalentes ou o valor de mercado que as mesmas apresentassem no momento do cumprimento da obrigação por parte da **EISA**.

O entusiasmo inconsciente, a expansão desmedida e a falta de zelo de **Iolanda e José**, administradores da **EISA**, estão a levar a sociedade ao abismo. A sua recuperação é improvável atendendo às dívidas acumuladas aos fornecedores, aos impostos por pagar e aos salários em atraso. Os administradores não pretendem fazer nada e quando questionados respondem tranquilamente: *«vamos indo e vendo»*. Os credores começam a ponderar requerer ao Tribunal a declaração de insolvência da **EISA**.

Responda fundamentadamente às questões seguintes:

1. Analise criticamente o negócio celebrado entre a **AFSA** e **EISA** e pronuncie-se sobre a obrigação de não concorrência alegada pela EISA. (5 valores)

Tópicos:

Conceito de estabelecimento comercial; identificação dos elementos do estabelecimento (ativo – coisas corpóreas, coisas incorpóreas, aviamento e clientela; passivo).

Identificação da problemática e discussão doutrinária relativamente aos atos preparatórios (unidade nova e independente, contratação de trabalhadores, criação de um *site* na Internet, arrendamento de armazém e celebração de contratos com fornecedores) e consequente existência, ou não, de estabelecimento comercial e correspondente regime jurídico. Para o Sr. Prof. Menezes Cordeiro deve tratar-se de um estabelecimento efetivo, que compreenda todos os elementos para funcionar e que opere em termos comerciais (artigo 1112.º pela negativa). Caracterização do estabelecimento comercial como uma esfera jurídica de afetação e não como património autónomo, permitindo, nomeadamente, a transmissibilidade conjunta dos elementos que o constituem, dispensando a celebração de negócios jurídicos variados com vista à transmissão das realidades subjacentes.

Conceito de trespasse e respetivo regime jurídico, dependente da existência de estabelecimento comercial.

Discussão relativa ao dever de não concorrência assente na boa fé (art.º 762.º do CC), fundamentação atento o decurso do prazo de três anos e a especificidade do negócio. Analisar a divergência doutrinária respeitante à existência (implícita) deste dever, cujo escopo se destina a evitar a deslocação da clientela incluída num estabelecimento comercial para outro universo. Os autores que negam a existência dessa obrigação implícita de não concorrência fundamentam-na com base na necessidade de cláusula expressa e escrita no regime jurídico do contrato de agência (artigo 9.º, n.º 1) e no contrato de trabalho (artigo 136.º do Código do Trabalho) bem como na liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º da CRP). Enquadramento do caso face às dimensões da limitação material, espacial e temporal da limitação de concorrência. Discussão sobre a tutela da posição do trespasário, caso se admita a existência de trespasse.

2. Analise criticamente os negócios celebrados pela **EISA** com **Filipa** e, posteriormente, com o concessionário. Em particular, pronuncie-se sobre se (i) **Filipa** tem razão ao invocar o seu direito de exclusividade? (ii) O cliente que pagou a **Filipa** ficou liberado da obrigação perante a **EISA**? (iii) Podia a **EISA** denunciar o contrato com **Filipa** com 5 dias de pré-aviso? (6 valores)

Qualificação do negócio celebrado como um contrato de agência e respetivo regime jurídico (DL n.º 178/86, de 3 de julho).

Análise da exclusividade do agente, necessidade de acordo escrito (artigo 4.º do DL n.º 178/86). Discussão acerca da existência de exclusividade a partir da conversão do contrato nos termos do art.º 27.º, n.º 2 do DL n.º 178/86.

Qualificação do contrato de concessão comercial e análise relativamente à violação da exclusividade (aplicação do artigo 4.º, recorrendo-se a uma interpretação extensiva da expressão “outros agentes” para aí incluir qualquer “distribuidor”), uma vez que foi no decurso do prazo inicial de vigência do contrato (5 anos).

Inexistência de poderes para cobrança de créditos, não aplicação da presunção do artigo 3.º, n.º 2 do DL n.º 178/86, porque não há representação com poderes. Dever de o agente informar se tem, ou não, poder de representação e se pode efetuar cobrança de créditos (artigo 21.º do DL n.º 178/86), sendo responsável por todos os danos resultantes do incumprimento deste dever. Não tendo poderes de representação contrata em nome próprio com aplicação do regime da representação sem poderes (artigo 268.º, n.º 1 do CC), nos termos do artigo 22.º do DL n.º 178/86. Aplicação do regime do cumprimento perante terceiro (artigo 770.º CC), nos termos do artigo 3.º, n.º 3 do DL n.º 178/86. Cumprimento perante Filipa não é liberatório, nos termos gerais.

Discussão acerca da verificação das condições previstas para a representação aparente (artigo 23.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 178/86).

Princípio geral do artigo 6.º do DL n.º 178/86 e obrigações do agente previstas no artigo 7.º alíneas a) e d) do DL n.º 178/86.

Prazo de 3 meses do pré-aviso para denúncia (artigo 28.º, n.º 1, al. c) e n.º 4 do DL n.º 178/86). Eficácia da denúncia sem pré-aviso e obrigação de indemnizar a outra parte pelos danos causados (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 178/86).

Indemnização de clientela e respetivos requisitos (artigo 33.º, n.º 1 do DL n.º 178/86), sendo que poderá não ser devida se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente (artigo 33.º, n.º 3 do DL n.º 178/86). Isto porque não sabemos como terminou o “diferendo” referido no enunciado, sendo apenas mencionado que o contrato foi alvo de “denúncia” e não de resolução.

Apesar de existir possibilidade de resolução do contrato pela EISA atenta a aparente gravidade da atuação (artigo 30.º, al. a) do DL n.º 178/86), essa teria de ter sido exercida dentro do prazo previsto no artigo 31.º, pelo que terá caducado o direito de resolução.

3. Analise o negócio celebrado entre a **EISA** e o **GBISA**. Complementarmente, responda às seguintes hipóteses independentes: (i) Supondo que o Banco alienou as ações pode agora libertar-se da obrigação de restituir as ações ou o valor de mercado das mesmas através da compensação com a obrigação da **EISA**? (ii) Admitindo que a dívida do empréstimo se vence sem que o **GBISA** tenha chegado a dispor das ações e que a **EISA** não cumpre, pode o **GBISA** fazer suas as ações objeto da garantia? (5 valores)

Noção de penhor financeiro incidindo sobre instrumentos financeiros e respetivo regime (DL n.º 105/2004, de 8 de maio). Concretizar o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 3.º a 7.º do DL n.º 105/2004.

Estabelecimento do direito de disposição sobre o seu objeto, com referência à necessidade de menção no respetivo registo em conta (artigo 9.º do DL n.º 105/2004).

O direito de disposição permitia ao beneficiário alienar o objeto da garantia (artigo 9.º, n.º 2 do DL n.º 105/2004), sendo que o prestador da garantia se mantém titular do objeto.

Referência aos efeitos do exercício do direito de disposição, que implica para o beneficiário da garantia alguma das obrigações previstas no artigo 10.º do DL n.º 105/2004, sendo as previstas nas al. b) e c) alternativas, desde que convenionadas. A compensação apenas é possível se houver acordo das partes, exarado no contrato (artigo 10.º, n.º 1 al. c) do DL n.º 105/2004). Noção de objeto equivalente (artigo 13.º do DL n.º 105/2004).

Noção de pacto comissório e respetiva proibição (art.º 694.º do CC). Estamos perante um penhor financeiro, sendo admitido o pacto comissório (artigo 11.º do DL n.º 105/2004), desde que tenha sido convenionado pelas partes e haja acordo quanto à avaliação dos instrumentos financeiros.

4. Tem o Tribunal fundamentos para decretar a insolvência da **EISA**? Que consequências pode ter a atuação dos administradores **Iolanda e José**? (*4 valores*)

Caracterização e finalidade do processo de insolvência (art.º 1.º CIRE); EISA sujeito passivo da declaração de insolvência (art.º 2.º CIRE); legitimidade dos credores para requerer a declaração de insolvência (artigo 20.º CIRE).

Analisar se a EISA está em situação de insolvência, aplicação do critério do fluxo de caixa (situação de impossibilidade de cumprir a generalidade das suas obrigações vencidas) ou do critério contabilístico (passivo excede manifestamente o seu ativo), nos termos do artigo 3.º CIRE. Pelos dados fornecidos pode concluir-se que havia fundamento para considerar a EISA insolvente. Discussão acerca da eventual aplicação do artigo 3.º, n.º 3, al. b) CIRE.

Existência de um dever de apresentação à insolvência do devedor (artigo 18.º, n.º 3 e artigo 20.º, n.º 1, al. g) iii) CIRE) e consequências do incumprimento deste dever. Qualificação da insolvência como culposa e casos em que esta se presume (artigos 186.º, n.º 1; 186.º, n.º 2, al. c); 186.º, n.º 3, al. a) CIRE); Inibição para o exercício do comércio (artigo 189.º, n.º 2, al. c) CIRE); Perda dos créditos sobre a massa insolvente (artigo 189.º, n.º 2, al. d) CIRE); Condenação na obrigação de indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo essa responsabilidade solidária entre todos os afetados (artigo 189.º, n.º 2, al. e) CIRE). Referência ao crime de insolvência negligente do artigo 228.º Código Penal.