

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
EXAME DE DIREITO COMERCIAL I – 3.º ANO, TURMA A – RECURSO  
COINCIDÊNCIAS

*Regência: Profs. Doutores António Menezes Cordeiro e José Ferreira Gomes*

18 de fevereiro de 2019 – Duração: 120 Minutos

**Tópicos de correção**

1. Qualifique e analise criticamente o negócio celebrado entre **Ana, Benedita e Deolinda**. **Ana e Benedita** têm razão na sua pretensão relativamente a **Deolinda**?

Qualificação do negócio celebrado como um contrato de associação em participação, respetivo regime (Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho) e natureza (ato comercial objetivo).

A participação nos lucros é essencial, sem esta não existe este tipo contratual (enunciação de jurisprudência relevante neste sentido), ainda que a participação nas perdas possa ser dispensada pelas partes, nos termos do n.º 2 do art.º 21.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho. A solução supletiva passa pela participação nos lucros e nas perdas.

Consensualidade do contrato, salvo se for exigida forma especial pela natureza dos bens com que o associado contribua.

Participação de Deolinda em 10% das perdas, uma vez que no silêncio das partes a responsabilidade do associado está limitada à sua contribuição, nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 23.º conjugado com o n.º 2 do art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho.

A participação de Deolinda nas perdas das operações é limitada à sua contribuição, nos termos do n.º 4 do art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, sendo que a participação nas perdas (7.000,00€\*3) ainda não excedeu a contribuição.

A imputação das perdas sofridas em exercícios anteriores aos lucros do exercício é efetuada até ao limite da responsabilidade do associado, nos termos do n.º 7 do art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho.

2. Pronuncie-se sobre a garantia prestada à “**Rosa Arco-íris Lda.**” pelo “**Banco Garantido**”. Pode o “**Banco Garantido**” recusar-se a pagar?

Qualificação da garantia bancária, de natureza autónoma, automática (ou à primeira solicitação – *on first demand*), distinguindo da não automática que funciona mediante a apresentação de determinados documentos (faturas, ordens de fornecimento,

boletins de embarque, etc.) ou de outros elementos que visem demonstrar a ocorrência do facto constitutivo do direito do credor.

Garantia enquanto negócio não unilateral, já que provém sempre de um contrato celebrado entre o mandante e o garante, a favor de um terceiro, que muitas vezes presta a sua anuência ao conteúdo literal da garantia.

Qualificação da garantia autónoma como um negócio causal não acessório e cuja distinção da fiança reside precisamente na ausência de acessoriedade.

Garantia enquanto um negócio não abstrato: a função da garantia autónoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas sim assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro.

Estamos perante uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação (*“on first demand”*), sendo que o acionamento da mesma se revelava abusivo.

Existência de circunstâncias inesperadas reconhecidas pela Flor Export- Holanda S.A, sendo que o Banco teve conhecimento da carta, o que é relevante, podendo entender-se que houve uma dilação temporal. Poder-se-iam equacionar algumas hipóteses, João agiu ilegitimamente porque foi à revelia da Flor Export- Holanda S.A ou o Banco teve conhecimento que a Flor Export- Holanda S.A pretendia diferir o prazo (alteração das circunstâncias) e admitir-se-ia a possibilidade de paralisação (*venire contra factum proprium*).

Possibilidade de paralisação do acionamento da garantia em caso de abuso de direito (doutrina e jurisprudência), admitindo-se, de igual modo, a instauração de uma ação ou providência cautelar para evitar que a garantia seja exigida em termos abusivos. A boa fé pode deter uma garantia autónoma à primeira solicitação, admitindo-se que seja bloqueada perante o abuso, má fé ou fraude manifesta.

3. Qualifique e caracterize o contrato celebrado entre **Ana, Benedita e Helena**. Podia **Helena** impedir a abertura da **“Jardim do Adeus Lda.”**, a nova loja de flores de Ana e Benedita, junto ao cemitério do Alto de S. João (Lisboa)?

Identificação e caracterização geral do estabelecimento comercial (ativo – coisas corpóreas, coisas incorpóreas, aviamento e clientela; passivo). O âmbito mínimo do estabelecimento comercial.

Discussão acerca da possibilidade de trespassar um estabelecimento comercial que já se encontra encerrado (ausência de alguns elementos típicos – articulação com o art.º 1112.º/2 CC).

O problema do esvaziamento do estabelecimento comercial/completude do estabelecimento comercial e da conseqüente inexistência de trespasse (artigo 1112.º/2/al. a) e b) CC), uma vez que no momento em que se transmite já não há estabelecimento comercial.

Necessidade da transmissão do estabelecimento no seu todo, como universalidade, para se ter verificado o trespasse. Referência à autonomia privada, ainda que as possam não transmitir todos os elementos é necessário assegurar que com o conjunto dos elementos transmitidos não existe uma descaracterização de tal ordem que se deixe de ter um estabelecimento, uma vez que não tem condições de funcionar.

Problematização em torno da existência da obrigação de não concorrência, com fundamento na boa fé, na sequência de trespasse de estabelecimento comercial: indicação das diferentes teses e respetivos fundamentos.

Referência à necessidade de uma justificação materialmente relevante da obrigação de não concorrência, em particular em face do direito constitucionalmente consagrado da livre iniciativa económica e das regras da União Europeia a respeito da livre concorrência. Eventual colisão com a liberdade de iniciativa económica (art.º 61.º CRP) e as regras de defesa da concorrência.

Identificação dos diferentes âmbitos/ dimensões da limitação material, espacial e temporal da limitação de concorrência.

4. A “**Jardim do Adeus Lda.**”, pode ser considerada insolvente? Podem os credores da “**Jardim do Adeus Lda.**”, requerer a declaração de insolvência? Qual a ordem de satisfação dos seguintes créditos: o crédito do “**Banco Grantido**”; os honorários do **Dr. Raúl**, que foi nomeado administrador da insolvência; o crédito da “**Flor Export-Holanda S.A.**”, pela venda de flores?

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

Pronunciar-se acerca da eventual situação de insolvência da “Jardim do Adeus Lda.”, 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.

Distinção entre dívidas da massa insolvente (artigo 51.º CIRE) e créditos sobre a insolvência; identificação do crédito do administrador da insolvência como dívida da massa insolvente (art.º 51.º/1/b CIRE).

Distinção entre créditos garantidos (remissão para os artigos 174.º e 175.º do CIRE) e créditos comuns (remissão para o 176.º), nos termos do art.º 47.º/4 CIRE; Prioridades decorrentes da qualificação: credores da massa (art.º 172.º CIRE) e credores garantidos (art.º 174.º CIRE).

Assim: o processo paga-se a si próprio, os honorários do Dr. Raúl (artigos 46.º/1, 51.º e 172.º); o crédito hipotecário do Banco que é um crédito garantido (art.º 174.º/1 do CIRE e 86.º ss. CC) e o crédito do fornecedor de flores que é um crédito comum (art.º 176.º do CIRE).