

Acórdãos TRP**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**

Processo: 0434478
Nº Convencional: JTRP00037248
Relator: JOÃO BERNARDO
Descritores: TRESPASSE
 CONCORRÊNCIA DESLEAL
Nº do Documento: RP200410150434478
Data do Acórdão: 15-10-2004
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: AGRAVO.
Decisão: NEGADO PROVIMENTO.
Área Temática: .
Sumário: I - O trespasse pode implicar ou não a obrigação de não concorrência por parte do trespasante, consoante os ditames do princípio da boa fé contratual.
 II - Não sendo no caso concreto, proibida a concorrência, pode, independentemente do trespasse, o modo como esta é exercida dar aso à figura da concorrência desleal.

Reclamações:**Decisão Texto Integral:**

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

I –

B....., LDA., com sede na Rua, n.º .., em instaurou procedimento cautelar comum contra:

C..... e esposa D..... residentes na, n.º ..,,

Alegando, em síntese que:

Adquiriu, por trespasse, aos requeridos, o estabelecimento comercial deles, “E.....”;

O Requerido marido era também director técnico do mesmo e aí professor de diversas modalidades;

Em 25 de Agosto de 2003, depois de aliciarem clientes e funcionários que frequentavam o “E.....”, os Requeridos abriram ao público um novo ginásio denominado “F.....”;

Situado a menos de 200 m de distância do outro;

Referindo que a requerente não consegue fazer face às despesas e que o sócio-gerente dela não tem habilitações nem competência técnica suficientes;

Levando à perda de clientes do ginásio trespasado;

Estão eles - Requeridos - em negociação com um empresário do ramo para trespasar o novo ginásio entretanto criado.

Pediu, em conformidade:

A notificação dos Requeridos para se absterem de trespasar ou ceder o ginásio “F.....”;

O encerramento imediato desse estabelecimento;

A condenação deles em sanção pecuniária compulsória no montante de € 750 por cada dia de incumprimento.

Proferiu, na altura própria, o Sr. Juiz decisão do seguinte teor:

“Nestes termos, e pelos fundamentos expostos, deferindo-se parcialmente o requerido, determina-se que se notifique os requeridos C..... e D..... para se absterem de proceder ao trespasse ou à cedência do estabelecimento comercial de ginásio denominado “F.....”, sito na Rua, n.º .., em”

II –

Relativamente ao mais não deferido, recorre a requerente, concluindo as alegações com a enumeração dos factos provados (constante dos n.ºs 1 a 9) e mais o seguinte:

10. Ora, o meritíssimo juiz a quo, considerou manifesto que a actuação dos recorridos após o trespasse, ao abrirem um novo ginásio, a menos de 200 metros daquele, a

- apenas quatro meses depois do trespassse,
11. violou a obrigação de não concorrência que, sobre eles impendia.
 12. Para além disso, o recorrido marido contactou funcionários a clientes que frequentavam o ginásio explorado pela recorrente, aliciando - os para frequentarem o seu novo ginásio, e a desistirem da inscrição no ginásio daquela.
 13. Em consequência directa o ginásio da recorrente, perdeu clientes a atletas, desde a abertura do novo ginásio dos recorridos (Agosto de 2003) e não antes.
 14. E, nessa mesma medida, em prejuízo da recorrente.
 15. Tal a certeza a intensidade do "fumus boni iuris" - manifesta violação do direito da recorrente, que valoriza o interesse da recorrente a desvaloriza o interesse dos recorridos,
 16. E que justifica e dá mais força à tutela cautelar de conteúdo antecipatório da providencia requerida - o encerramento do ginásio dos recorridos,
 17. devendo por isso ser decretada.
 18. Tal certeza e evidência também se verifica, quanto ao segundo pressuposto da procedência da providencia cautelar não especificada - Fundado receio de lesão grave a dificilmente reparável - "periculum in mora",
 19. isto porque, apesar de o ginásio dos recorridos estar aberto desde Agosto de 2003, as lesões já verificadas - perda de clientela, com o consequente prejuízo,
 20. indiciam fortemente a verificação de futuras lesões mais extensas a bem mais gravosas para recorrente (perda cada vez maior da clientela, podendo chegar a por em causa a viabilidade económica da actividade da recorrente).
 21. Pelo que a continuidade a agravamento da lesão, fundamenta o receio.
 22. Por outro lado, a gravidade da lesão torna-a dificilmente reparável, isto porque antevê - se como difícil a obtenção efectiva de indemnização que cubra todos os prejuízos sofridos,
 23. porque tais prejuízos são de difícil avaliação pecuniária, pelo seu carácter variável, aleatório e difuso.
 24. Aliás, face à matéria provada, o prejuízo da recorrente a considerado irreparável uma vez que os factos permitem perspectivar uma situação de impossibilidade de reintegração específica da sua esfera jurídica,
 25. no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente.
 26. para além das contingências próprias da garantia patrimonial de futura indemnização, por parte dos recorridos.
 27. Por fim, porque de uma providencia antecipatória se trata, pretende - se e pode - se antecipar os efeitos da decisão definitiva, garantindo assim a utilidade da sentença,
 28. ao antecipar a tutela pretendida ou requerida,
 29. daí, que apesar de ser um dos pedidos na acção principal - o encerramento do ginásio e a condenação na sanção pecuniária compulsória.
 30. sempre podem a devem ser decretados, em sede de tutela cautelar antecipatória.
 31. Sem conceder, a tendo em conta o critério da proporcionalidade, nomeadamente a ponderação dos interesses dos recorridos, sempre se dirá que após o decretamento da providencia e a requerimento destes, pode ser substituída a providencia cautelar por caução.
 32. Por todas as razões expostas, deve ser decretado o encerramento do ginásio dos recorridos, bem como a condenação destes na sanção pecuniária compulsória peticionada.

Assim,

na parte em que a D. decisão julgou improcedentes os pedidos de encerramento do ginásio "F....." propriedade dos recorridos, e a condenação destes na sanção pecuniária compulsória, na quantia de 750 €, por cada dia de incumprimento, deve a mesma ser considerada nula por violação do disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 668º do C.P.C., uma vez que os fundamentos estão em oposição com a decisão.
E, por via disso, ser decretado o encerramento do ginásio "F.....", propriedade dos recorridos, e a condenação destes, na sanção pecuniária compulsória na quantia de 750 €, por cada dia de incumprimento.

Contra-alegou a parte contrária, sustentando que não se verificam os pressupostos para ser decretado a pretendida providência.

III –

**Ante as conclusões das alegações, as questões a decidir cifram-se em saber se:
Se verifica a apontada nulidade da decisão;
Se se verificam os pressupostos para ser decretada a providência quanto ao que não o foi.**

IV -

Na 1ª instância, o Sr. Juiz considerou provado o seguinte:

- 1) No dia 9 de Abril de 2003, foi celebrado contrato de trespasse entre a Requerente e os Requeridos, do estabelecimento comercial de ginásio denominado “E.....”, instalado e a funcionar na Rua, n.º .., em**;
- 2) Pelo preço de € 59 855,75;**
- 3) Após a celebração do contrato de trespasse, a Requerente passou a ocupar e a trabalhar nas instalações ora tomadas por trespasse;**
- 4) O requerido marido, além de proprietário do ginásio trespasado, era também director técnico do mesmo;**
- 5) O requerido marido era professor nas modalidades de “Step”, “Body-combat”, “Fit-box” e “Body-pump”;**
- 6) Por isso, sempre teve uma relação muito próxima com todos os clientes, atletas funcionários do ginásio, agora propriedade da requerente;**
- 7) Aproveitando-se deste facto, o requerido marido, passou a fazer constar, que iria abrir novo ginásio, muito em breve;**
- 8) Passou a contactar os clientes da requerente, no sentido de os aliciar a desistir da inscrição no ginásio desta;**
- 9) E a passarem a inscrição para o ginásio que iria abrir muito em breve;**
- 10) Aliciou funcionários e atletas da Requerente no sentido de deixarem de frequentar e trabalhar para a Requerente e passarem a trabalhar para o seu futuro ginásio;**
- 11) No dia 25 de Agosto de 2003, os Requeridos abriram ao público um estabelecimento de ginásio denominado “F.....”;**
- 12) Situado na Rua, n.º .., em, a menos de 200 m do ginásio “E.....”;**
- 13) A abertura ao público deste novo ginásio foi publicitada, no jornal “.....” de 12 de Julho de 2003, em anúncio de meia página a cores, e de 19 de Julho de 2003;**
- 14) O requerido marido faz constar o seu nome nos anúncios de publicidade e na identificação do novo ginásio;**
- 15) O ginásio explorado pela Requerente perdeu clientes e atletas, em número que não se conseguiu determinar, desde a abertura do novo ginásio;**
- 16) Os Requeridos têm referido que a Requerente não consegue fazer face às suas despesas;**
- 17) Os Requeridos têm referido que o sócio da Requerente G..... não tem habilitações nem competência técnica suficientes;**
- 18) Os Requeridos estão a negociar o trespasse do ginásio “F.....” com um empresário do ramo;**
- 19) Os Requerentes só muito recentemente tomaram conhecimento do referido em 18);**

V –

A nulidade das sentenças e, extensivamente, dos despachos, por contradição entre os fundamentos e a decisão, só tem lugar quando o juiz raciocina de um modo e contra o que raciocinou, conclui em sentido diferente. Ou seja, quando viola as regras lógicas ínsitas no próprio silogismo que constitui as ditas peças processuais.

Desta figura se distingue, pois, a contradição intrínseca da fundamentação e a não pertinência desta. Nestes casos haverá, antes, erro de direito.

Daqui se vê que a apontada nulidade é de verificação muito rara, praticamente confinada aos casos em que o juiz se distrai ao elaborar a parte decisória, não atendendo ao sentido que antes imprimira à fundamentação. Bem ao contrário do número de vezes em que é invocada.

**No caso presente, o Sr. Juiz fundamentou e decidiu em conformidade lógica com o que fundamentara. Discorreu sobre o que entendia serem as razões para deferir só parcialmente a providência e decidiu só deferi-la em conformidade.
Não se verifica a apontada nulidade.**

VI –

Quanto a procedimentos cautelares como este, temos, à partida, o artº 45º do Código da Propriedade Industrial de 1995 (o de 2003 está aqui afastado por razões manifestas de direito intertemporal).

Remete ele, contudo, para o processo civil, de sorte que subscrevemos os requisitos desta providência, já enunciados pelo Sr. Juiz, emergentes dos artºs 381º, 387º e 392º do CPC:

- a probabilidade séria da existência do direito invocado;
- o fundado receio de que outrem, antes da acção ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito;
- a adequação da providência à situação de lesão iminente;
- o não ser o prejuízo resultante da providência superior ao dano que com ela se pretende evitar; e
- a não existência de providência específica que acautele aquele direito.

VI – O requisito da probabilidade séria da existência do direito prende-se com a questão da concorrência.

Por regra, a concorrência é lícita, sendo mesmo encorajada e estimulada por várias disposições legais, quer de origem comunitária, quer de origem interna – cfr-se o artº 81º do Tratado de Roma, os Decretos-lei n.ºs 370/93 e 371/93, ambos de 29.10., assim como – e abstraindo agora de questões de direito intertemporal atinentes ao nosso caso – a Lei n.º18/2003, de 11.6.

VII –

Mas assumirá foros de ilicitude quando se trate de concorrência:

Proibida;

Desleal.

No primeiro caso, a concorrência é vedada por lei ou negócio jurídico.

No segundo é, à partida, permitida; só que é exercida com abuso da liberdade concorrencial.

VIII –

A questão de saber se o trespassante fica vinculado, por efeito do próprio trespasso, a não concorrer com o estabelecimento trespassado, situa-se, não no âmbito da concorrência desleal, mas da concorrência proibida (Assim, prof. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, 597).

Na verdade pondera-se a própria concorrência e não o seu modo de exercício.

Decerto, que, como veremos, a concorrência desleal não está excluída. Paralelamente ao puro exercício da concorrência pode concorrer o exercício abusivo que caracteriza a deslealdade.

IX – 1

A respeito da vinculação ou não do trespassante, por efeito do próprio trespasso, ao não exercício de concorrência – nos casos em que os contratantes nada estipularam – as opiniões não são unânimes.

Pela positiva, temos o Parecer do Prof. Nogueira Serens (CJ, STJ, IX, 2, 6 e o Ac. da Relação de Coimbra de 21.01.1997 (CJ 1997, I, pág. 27).

Pela negativa o Ac. desta Relação de 14.3.1996 (CJ, 1996, II, 200) e o Ac. do STJ que o confirmou (BMJ, 461, 451) [“O trespasso não impede, sem mais, que o trespassante abra outro estabelecimento onde comercialize produtos idênticos àqueles que comercializava no estabelecimento trespassado... A lei portuguesa não impede ao trespassante como obrigação principal ou acessória a obrigação de não concorrência. Esta não faz parte do trespasso.” – pode ler-se em tal aresto]. E, recentemente, veio a lume estudo circunstanciado do Dr. Nuno Aureliano sobre a matéria (Estudos em Homenagem do Prof. Galvão Teles, IV, 717 e seguintes). Socorrendo-se analogicamente do nº1 do art.º9º do DL nº 178/86, de 3.7 (respeitante ao contrato de agência) e do art.º 36º, nº1 e 2 da LCT, pronuncia-se também pela negativa.

Posição intermédia tem o prof. O. Ascensão (ob. e loc. citados): “A questão está em saber se ao contrato está associada uma obrigação de não concorrência. Isso só pode resultar da interpretação de cada singular contrato.

Parece-nos, porém, claro que, se no valor do estabelecimento se entrou em conta com o valor da clientela, o que será o caso normal, há uma obrigação implícita de não concorrência, pois o trespassante não pode depois beneficiar daquele elemento de que já foi remunerado pelo trespassante celebrado”.

Posição intermédia também defende o prof. Menezes Cordeiro, entendendo que o dever de não concorrência poderá ser uma exigência da boa fé (Estudos em Homenagem do Professor Doutor Galvão Teles, III, 419).

IX – 2

Em parte alguma a lei estatui o que quer que seja sobre este dever de não concorrência. Omissis é, nomeadamente, o artº 115º do RAU.

Por outro lado, o trespassante, constituindo uma transmissão definitiva do estabelecimento, pode operar através de qualquer contrato, típico ou atípico, que assumam eficácia transmissiva: compra e venda, doação, etc – Cfr-se Prof. Menezes Cordeiro, loc. citado.

Por outro lado ainda, é comumente admitida a figura do trespassante parcial que só perde essa natureza se se não mantiver o mínimo de elementos essenciais à existência e funcionamento do estabelecimento.

Temos, assim, uma realidade tão abrangente que não nos permite estabelecer qualquer regra geral sobre a imposição de não concorrência do trespassante. Basta pensar-se, por exemplo, no caso do trespassante levado a cabo por doação em que seria de todo ilegítimo exigir do doador qualquer conduta concorrencial abstencionista. Sem perder de vista, no outro extremo, que há estabelecimentos que, na imagem da clientela, se confundem com o proprietário, de sorte que se este os trespassar e abrir outro logo em frente, temos a transferência total dos clientes. [Decerto que, situações extremadas, podiam ter tratamento próprio pelo mecanismo do abuso do direito, não precludindo as posições afirmativas ou negativas referidas em IX – 1. Mas cremos antes ser mais curial ir para uma posição intermédia, evitando o recurso a tal mecanismo, ele mesmo, sempre particularmente controverso]

Assim, a consideração ou não consideração da vinculação do trespassante há-de ser encontrada nos princípios da boa-fé, conforme refere o prof. Menezes Cordeiro e é, aliás, apanágio das obrigações acessórias não especificamente estatuídas. [Cfr-se prof. Galvão Teles, Direito das Obrigações, 7ª ed. 17 e prof. Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, 9ª ed. I, 128]

Só valorando as circunstâncias do caso, se pode chegar a uma posição.

Nesta valoração cremos que releva o facto de no valor acordado se ter tido em conta o valor da clientela. Mas não só. Parece-nos poder relevar também a natureza do estabelecimento e sua inserção em contexto comercial. Assim, se se tratar dum estabelecimento inserido numa zona onde se multiplicam estabelecimentos do mesmo género, com impulso de procura enorme, sazonal ou não (v. g. zonas de sucessivos estabelecimentos de restauração, ou de vendas de produtos estivais junto a praias), parece-nos claro que, pelo princípio da boa-fé, seria incompreensível que o trespassante não pudesse abrir ali outro. No fundo a própria concorrência dinamiza a zona, vertendo em lucro o que poderia ser prejuízo.

X –

Transportando esta posição para o nosso caso, temos que não nos parece, sem mais – e esse mais devia ter sido alegado e provado pela requerente – que do trespassante havido tenha resultado a obrigação acessória para os trespassantes da não abertura do novo ginásio.

XI –

Onde eles prevaricaram foi já no domínio das regras da lealdade da concorrência.

Permitida esta, há-de o concorrente proceder com lealdade.

Esta encontra referência no artº 260º do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo DL n.º 16/95, de 24.1 (correspondente ao artº 212º do código anterior e ao artº 317º do de 2003, ambos afastados aqui por manifestas razões de direito intertemporal, mas, neste domínio, estatuidos do mesmo modo) assim redigido:

1 - Quem, com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, praticar qualquer acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, nomeadamente...

a)

b) As falsas afirmações feitas ... com o fim de desacreditar o estabelecimento...

Ora, deu-se como indiciariamente provado que os requeridos têm referido que a requerente não consegue fazer face às suas despesas, que o sócio-gerente da requerente não tem habilitações nem competência técnica suficientes.

Se tais afirmações forem falsas, temos logo por aqui o preenchimento do caso da alínea.

Mas, se forem verdadeiras, nem assim, deixam de conduzir ao mesmo ponto (Cfr-se prof. Ascensão, ob. cit. 452).

É que, conforme resulta da palavra "nomeadamente" e tem sido entendimento constante - prof. Ferrer Correia, Rev. de Direito a Economia, V, nº1, 14, Dr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial 161, Dr. Patrício Paul, Concorrência Desleal, 25, prof. Oliveira Ascensão, Direito Comercial - Direito Industrial, 1994, 66 e Ac.s do STJ de 10.12.96, BMJ 462, 452 e de 17.2.98, CJ STJ, VI, I, 1998 - pelo menos no domínio da ilicitude civil, a enumeração constante de tal preceito é exemplificativa.

Tudo se vai radicar, pois, na definição que ele integra. Definição essa que, afora a referência a "normas", reflecte profunda inspiração da constante do artº 10º - bis da Convenção da União de Paris, ratificada por Aviso publicado no Diário da Republica, I Serie, de 15.3.1975 (constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrario aos usos honestos em matéria industrial ou comercial).

E dentro desta definição geral, devem, a nosso ver, integrar-se aqueles actos de manifesta desacreditação.

XII -

Concomitantemente, dúvidas não resultam de que o aliciamento dos funcionários e atletas e, bem assim, dos clientes, no quadro que resulta dos factos, constitui, ele mesmo, um acto de concorrência desleal por agressão injustificada ao concorrente. Não cabendo em qualquer das alíneas daquele artº 260º, cabem manifestamente no regime geral definitório de que falámos no número anterior (Cfr-se, prof. Ascensão, ob. cit., 511).

.....

XIII -

Chegados à probabilidade séria da existência do direito, a que alude o artº 381º do CPC, passemos agora aos demais requisitos da providência, nomeadamente aos enumerados em segundo, terceiro e quarto lugares, que agora nos importam.

Na sua integração, há a ter em conta o que deixámos dito em X: Aos requeridos não estava - pelo menos indiciariamente que é o que importa atendendo a que estamos em sede de procedimento cautelar - vedada a concorrência, ou seja, a abertura de novo ginásio.

O que não podiam levar a cabo era os actos que se deixaram descritos e integravam antes a figura da concorrência desleal.

Daqui resulta que a adequação a que alude o n.º1 do artº 381º do CPC não se deve reportar ao estabelecimento, a todo o estabelecimento. Pode haver clientes, funcionários e atletas que ali desenvolvam as suas actividades e que para lá teriam ido, mesmo que não se tivesse passado o que se passou relativamente ao ginásio da requerente.

XIV –

Por outro lado, há a ter em conta que os procedimentos cautelares – não contando agora com o caso muito especial da restituição provisória de posse - não visam sancionar, não incidem sobre o que já se verificou. O que teve lugar pode interessar – e normalmente interessará – para fundamentar o receio de lesão e ponderar a delimitação previsível desta.

Assim, o desvio já ocorrido, de clientes, funcionários e atletas poderá ser objecto de indemnização, mas não constitui um perigo de lesão. Constitui antes uma lesão já consumada.

O encerramento do estabelecimento só constituiria um evitar (uma providência antecipatória, no dizer do n.º1 do artº 381º) se se alcançasse a ideia de que, encerrado, as pessoas voltavam ao da requerente. Subsistiriam efeitos da conduta reprovável que, assim, podiam ser afastados.

Mas nada disto é de considerar como resultante dos factos provados. Também por aqui o encerramento é de repudiar.

XV –

Pretende ainda a requerente a condenação dos requeridos na sanção pecuniária compulsória pretendida, fixada por cada dia de atraso no encerramento do ginásio. Não sendo este decretado, fica prejudicada tal pretensão.

XVI –

Nesta conformidade, nega-se provimento do recurso e confirma-se a decisão recorrida.

Custas pela requerente.

Porto, 15 de Outubro de 2004

João Luís Marques Bernardo

Gonçalo Xavier Silvano

Fernando Manuel Pinto de Almeida