

Raúl Rodrigues

Docente da Universidade Mandume

ESPECÍFICAS REFLEXÕES SOBRE:

- A FIANÇA EM ROMA
- A LIBERDADE CONTRATUAL E OS CONTRATOS DE ADESÃO.
- AS SOCIEDADES IRREGULARES.

A FIANÇA EM ROMA

INDICE

INTRODUÇÃO

1. - A importância do tema
2. - Objecto e delimitação da investigação

CAPÍTULO I – FASES DO DIREITO ROMANO

1. - Considerações iniciais
2. - Época arcaica
3. - Época clássica
4. - Época post- clássica
5. - Época justinianeia

CAPÍTULO II – CONCEITO E FONTES DAS OBLIGATIONES

1. - Preliminares
2. - Conceito de obligatio
3. - Fontes das obligationes

CAPÍTULO III – A FIANÇA COMO GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES EM ROMA

1. - Generalidades
2. - Fiança: traços característicos e análise do instituto
 - Traços característicos
 - Análise do instituto
3. - As três formas de fiança estipulatória
 - A “sponsio”
 - A “fidepromissio”
 - A “fideiussio”
4. - Outras formas de garantias pessoais de terceiro
 - O “constitutum debiti alieni”
 - O “mandatum pecuniae cedendae”
 - O “receptum argentariorum”
5. - Aspectos relevantes da fiança no Direito angolano
 - Breves considerações

- Noção
- Aspectos relevantes.

CAPÍTULO IV – CONCLUSÕES

A FIANÇA EM ROMA

INTRODUÇÃO

1. – A IMPORTÂNCIA DO TEMA

A romanística mantém-se como fonte subsidiária de aplicação do Direito. Reconhecidamente, é a origem de abundantes princípios e normas em nosso Ordenamento Jurídico. No entanto, a realidade curricular nas nossas universidades não inclui o estudo da disciplina de Direito Romano. Em razão disso, ficam identificadas consequências negativas, possivelmente insanáveis, que vêm atingindo as sucessivas gerações de estudantes formados na FDUAN¹.

Eis então que, cingidos ao tema em estudo, afigura-se importante analisar aspectos relevantes da fiança na sociedade romana, de enorme valia na área civil, para melhor compreender os institutos jurídicos actuais nesta matéria. Esta convicção, alargada às restantes esferas do Direito, deve manter-se vivificada no decurso do tempo. Na verdade, o sistema de princípios jurídicos chegam-nos do mundo antigo e, pela sua manifesta omnipresença, deve persistir no espírito do nosso legislador (bem como dos estudiosos) em todas as suas formais iniciativas. Logo, reflectir-se-á nos cursos leccionados nas nossas faculdades de Direito e proporcionará ao estudante visionar a origem e evolução do nosso aparato jurídico. Neste sentido, tem ainda o Direito Romano (especialmente o clássico) destacada importância. De facto, para além da faceta teórica eleva-se o seu valor prático, no interesse de diminuir o culto ao excessivo legalismo dos modelos burocratizados de Estado. Assim, fornece uma lição de experiência para o jurista contemporâneo e consciencializa-o da sua função constitutiva e criadora, na base da firmeza de princípios perante as transformações da vida jurídica. Além disso, fortalece a sua consciência no respeitante à própria autonomia e liberdade.

Por conseguinte, é de considerável influência prosseguir com o estudo do “*Ius Romanum*”, porquanto é fonte e procedência influente da nossa actual codificação jurídica. Por tal, não é em vão que se diz: o saber jurídico constrói-se e transmite-se por várias gerações. Por ser assim, impõe-se reabilitar o ensino do Direito Romano.

¹ FDUAN - Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

2. – OBJECTO E DELIMITAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO.

Em Angola, o fenómeno da recepção do Direito Romano manifesta-se por via do Direito português. Com efeito, as categorias jurídicas fundamentais (especialmente no Direito Civil) do nosso Ordenamento Jurídico têm origem na Roma Antiga. Esta notável obra assenta no incontestável génio criativo romano que construiu um universo jurídico sem precedentes no mundo. Dessa forma, é compreensível estudarmos o legado normativo e as suas valiosas experiências.

Dito isto, torna-se necessário esclarecer que a presente investigação tem como escopo o estudo da fiança em Roma, como garantia pessoal dos interesses do “*creditor*” perante o “*debitor*”.

Porém, este instituto, intimamente ligado à progressiva evolução das várias épocas históricas do Império Romano, fixada numa tradição de quase dois milénios, chegou ao Direito contemporâneo. Não é assim de estranhar, a viabilidade da sua aplicação nos nossos dias.

Realmente, é a partir do conhecimento desta garantia pessoal, situada no contexto da relação creditícia que se pode, na prática, observar a sua genuína génese romana.

De outro lado, é também patente que as transformações sociais ocorridas nas ulteriores fases de evolução do Homem, contribuíram para outra conformação da fiança. Por meio disso, o seu regime jurídico sofreu as devidas influências e moldou-se às exigências das novas realidades.

Oferecido este panorama, não se esgota tão fascinante tema. Contudo, de atenção a brevidade deste trabalho, cumpre então delimitar o objecto da presente exposição.

Assim, principiamos por abordar no primeiro capítulo (I) as diversas etapas do Direito Romano.

Para melhor compreender a evolução da civilização romana ajustamo-nos a sua divisão por épocas históricas. Nestas, ressalta-se o carácter do Direito em função das essenciais modificações, a fim de atender as exigências práticas de cada período.

No segundo capítulo (II), faz-se uma pequena apreciação do conceito e fontes das *obligationes*, como base iniciadora e precedência original da fiança. O discurso não entra em grandes pormenores, serve apenas de breve introdução para o estudo do tema base da nossa exposição – a fiança estipulatória.

A seguir, no terceiro capítulo (III) esmiúça-se o objecto principal da pesquisa. Para tanto, dá-se particular relevo às três modalidades de garantias pessoais de terceiro em Roma (*sponsio, fidepromissio e fideiussio*). De consequência, evidencia-se a importância destas formas de garantia no aumento da segurança relativamente ao cumprimento das obrigações. Decorrente disso, demonstram-se os traços distintivos de cada uma das mencionadas garantias. Depois, precisam-se outros processos não formais de garantias asseguradas por outrem que não o devedor, denominados de “*mandatum pecuniae cendadae*”, “*constitutum debiti alieni*” e “*receptum argentariorum*”.

Por fim, dá-se relevância à fiança em Angola, que incorporada na lei civil e comercial releva aspectos ligados a este instituto no Direito da antiga Roma.

Ao terminar a pesquisa (capítulo IV), extrai-se a síntese do que se revela mais importante acerca do objecto estudado.

CAPÍTULO I

AS FASES DO DIREITO ROMANO

1. – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O Direito Romano, como complexo de normas vigentes no extinto *imperium*, sofreu profundas transformações e desenvolvimentos durante os treze séculos de vigência; ou seja, desde a sua lendária fundação (século VIII a.C.) até à codificação Justinianeia (século VI d.C.)². Assim, integrou normas, intrinsecamente dependentes dos aspectos sociais, éticos e políticos que compuseram a era romana.

Neste longo processo histórico, assistiu-se a uma mudança contínua no carácter do Direito, de acordo com o desenvolvimento daquela antiga civilização, caracterizada pelas grandes alterações políticas, económicas e sociais.

Para melhor compreender essa evolução, costuma-se fazer uma divisão em épocas, baseadas nas modificações da organização política do Estado romano e, mais precisamente, no seu desenvolvimento interno.

Assim, didacticamente se distinguem: a época arcaica (753 a.C. (?) até 130 a.C.; época clássica (130 a.C. a 230 d.C.); época pós-clássica (230 d.C. a 530 d.C.); a época Justinianeia (530 d.C. a 565 d.C.)³

2. – A ÉPOCA ARCAICA

A era arcaica teve como marco inicial a suposta fundação de Roma (753 a.C.). Representa o período de formação e primitividade das instituições jurídicas⁴. De resto, é conhecida pela sua imprecisão, orientada por critérios formalistas impostos pelo

² Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, Introdução. Fontes, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, 1984, p. 43 e ss.

³ Este longo período é entendido por Sebastião Cruz pela designação de Direito Romano em sentido rigoroso (*strictum sensu*); considera em sentido amplo (*lacto sensu*) a tradição romanística que vai dos séculos VI a X, e em sentido muito amplo (*sensu latissimo*) enquadra o *strictu sensu* e *lacto sensu*. Ob. cit., p. 34.

⁴ Juan Clemente Zamora defende que nesta etapa rural, a estrutura política de Roma é o tipo de Cidade-Estado idêntica à grega. *Processo Histórico*, Livraria Renascença, Joaquim Cardoso, Editor Lisboa, 1946, p. 206.

arcaico “*ius civile*”, em que claramente se uniam o religioso, o jurídico e o moral⁵. Por conseguinte, o Direito era impregnado de normas derivadas ou ligadas à religião⁶, ou seja, prefiguradas na esfera do *fas*⁷ (normas da vontade divina).

Naquela época distinguiram-se duas fases: do “*ius civile*” exclusivo e do “*ius gentium*”.

Na primeira (até ao ano 242 a.C.), o Direito aplicava-se única e somente aos cidadãos romanos. Nesta, os “*cives*” eram considerados mais como membros da comunidade familiar do que como indivíduos⁸ e o Direito baseava-se em regras costumeiras (*ius non scriptum*) e alguns preceitos legais. Na verdade, o Direito arcaico teve como núcleo fundamental as “*mores maiorum*”⁹ (costumes dos antepassados), regras essenciais de convivência baseadas na tradição, com devoção religiosa.

A este período pertence a publicação da *Lex Duodecim Tabularum* (entre os anos 451 - 449 a.C.), conhecida como base para o desenvolvimento do sistema legal romano¹⁰. Tal codificação afastou as incertezas das interpretações das normas

⁵ Sobre este assunto Max Kaser diz que: “A mentalidade rural penetra em todos os ramos da vida espiritual, religiosa, moral, a língua, a arte, a política e o direito”. Direito Privado Romano, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, p. 18.

⁶ Até ao final do século IV o sacerdócio e a profissão jurídica reuniam-se numa só pessoa; isto é, só o pontífice podia ser jurista. No virar do indicado século esta actividade deixou de ser exclusiva dos sacerdotes, e dela passaram também a fazer parte os laicos. Para melhores explicações, veja-se Mário Bretone, História do Direito Romano, Nova História, Editorial Estampa, 1990, p. 119 e ss.

⁷ O *fas* era o Direito divino a ser aplicado nas relações entre humanos e a sua observância assentava em razões religiosas. Veja-se, entre outros, A. Santos Justo, Boletim Da Faculdade De Direito, Studia Iuridica, 50, Direito Privado Romano, Parte Geral (Introdução, Relações Jurídicas, Defesa dos Direitos) pp. 27-28; Raul Ventura, Direito Romano, Parte I, Direito Objectivo, As Suas Fontes e Divisões, Apontamentos do Sr. Professor, 1º ano do Curso Jurídico 1949-50, Reedição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958, pp. 7-8.

⁸ Agrupados em clãs familiares ou *gentes*, estes habitantes de Roma eram denominados de *patrícios* e constituíam o *populus romanum*. A eles se reservava o privilégio de reunir em assembleias (*comícios curiatis*) para debater e emitir votos às propostas de lei. De seguida, aprovadas pelo Senado, designavam-se de *leges curiatae*.

Mais tarde, com as reformas de Sécio Túlio (579-535 a.C.), os plebeus com capacidade económica para pagar impostos adquiriram o direito ao voto e exerciam-no nos *comícios centuriatis*. Com a implantação da República, o *populus romanum* passou a ser composto por patrícios e plebeus sem distinção. Nesta fase surgiu o Tribuno da plebe (magistrados plebeus com direito de veto contra as decisões do poder político e administrativo) e a *concilia plebis*, encarregado de votar os plebiscitos (deliberação da *plebe* à proposta submetida por magistrado plebeu).

⁹ Os “*mores maiorum*” significavam uma espécie de Direito Natural romano originário. Enquanto regras de convivência, foram respeitadas por sucessivas gerações e tinham consagração religiosa. Veja-se, para outros desenvolvimentos, Sebastião Cruz, ob. cit., p. 169 e ss.

¹⁰ Anteriormente em Roma, vigorava somente o direito oral. Por isso, a esta lei se lhe atribui o pioneirismo da codificação. Além disso, a partir da Lei das XII Tábuas os romanos puseram em prática as

consuetudinárias, trouxe maior estabilidade e tornou o Direito acessível a todos os romanos sem distinção¹¹. Neste sentido, prestou-se a melhor regular as conturbadas relações entre a nobreza patricia e plebeus¹², como garante para recomposição da unidade do Estado romano. O advento daquela histórica legislação constituiu ainda um princípio expresso na dessacralização de algumas instituições em Roma.

Na segunda fase houve o alargamento do Direito Romano às relações entre *cives* e peregrinos e entre os próprios “*peregrinus*”. Foi uma evolução gradual. Por consequência, criaram-se regras que visaram acompanhar as transformações de Roma, no sentido de disciplinar a vida jurídica entre estrangeiros ou entre estes e os romanos¹³. Na base estava o aumento da complexidade das relações jurídicas e económicas, em razão da expansão e domínio territorial de Roma. Esta, ao tornar-se um império universal conquistou outros núcleos comerciais importantes que antes já existiam. Assim, o “*ius civile*” começou a ter como destinatários os não-romanos. Para tanto, instituiu-se em 242 a.C. a figura do “*praetor peregrinus*”, magistrado com poderes para resolver as controvérsias em que participavam estrangeiros. Esta jurisdição determinou a introdução de novos instrumentos processuais que superaram os procedimentos arcaicos¹⁴. Em razão disso, implantou-se um Direito novo denominado “*ius gentium*”. Este não era uma entidade contraposta ou separada do “*ius civile*”. Na verdade, o “*ius gentium*” era precisamente aquela parte do “*ius civile*” que se aplicava também aos peregrinos. Estavam lançadas as bases para o esplendoroso Direito clássico.

3. – ÉPOCA CLÁSSICA

Este foi o período áureo do desenvolvimento do Direito romano, distinguido pela sua precisão. Na verdade, grande parte das inovações e aperfeiçoamento do Direito fizeram-se sentir nesta fase devido a extraordinária actividade dos magistrados e

diferenças entre Direito e não Direito. A assinalada lei foi também reconhecida como fonte de todo o Direito (*fons onimis publici privatiq ue iuris*).

¹¹ Originariamente só os sacerdotes controlavam e dirigiam a interpretação das normas jurídicas. Depois, a partir do século IV a.C., os juristas laicos passaram também a exercer esta actividade.

¹² As XII Tábuas enquadram-se nas lutas sociais do século V (já atrás referidas) e são resultado de uma profunda transformação social. Mário Bretone, ob. cit., p. 62.

¹³ A. Santos Justo diz que: “O primeiro período da época arcaica denomina-se de direito romano nacionalista ou quiritário; o segundo, época do *ius gentium* ou direito romano universalista”. Direito Privado – I – Parte Geral (Introdução à Relação Jurídica, Defesa dos Direitos, 2ª edição, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Iuridica* 50, p. 18.

¹⁴ Primitivamente, a estrutura do processo no sistema jurídico romano era denominado de “*legis actiones*”, e assente na oralidade. Veja-se, para tanto, Sebastião Cruz, ob. citada, pp. 332-333.

sobretudo dos “*iuris prudentes*”¹⁵. De consequência, as suas características evolutivas fizeram decair o excessivo formalismo e atenuar a influência religiosa. Contudo, o Direito não deixou de harmonizar a nova realidade social aos princípios antigos e tradicionais. De facto, as formas arcaicas enriqueceram-se com novos institutos.

Realmente, o exercício jurisprudencial¹⁶ contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento do *Ius* em Roma, e representou uma autêntica fonte de direito, embora tivesse partido dos escassos princípios civilistas. Atinente a esta evidência, teve especial relevo a emissão de pareceres jurídicos sobre questões práticas apresentadas aos “*iurisprudens*”, nas quais estes reconheciam o direito em cada caso e declaravam o “*ius*” (*respondere*); o “*iurisprudens*” instruía as partes sobre como agirem no foro (*agere*), bem como na orientação e aconselhamento aos leigos na realização dos negócios jurídicos privados (*cavere*)¹⁷. O “*respondere*” foi a função de maior destaque dos “*iurisprudens*”¹⁸ (compunha-se do “*responsa*” às questões de direito trazidas pelos particulares, magistrados ou juízes). Nesta se desmembravam o “*cavere*” e o “*agere*” e tudo era denominado de “*interpretatio prudentium*”¹⁹.

Os jurisconsultos clássicos, encarregados de adoptar os textos legais às mudanças do Direito vivo, utilizaram o método casuístico. Partiam do caso concreto para encontrar o *responsa* (solução) justo, a comum opinião. Pela “*ars inveniendi*” se chegava ao conceito de justiça²⁰. Por conseguinte, os jurisprudentes eram pragmáticos e contrários às abstracções dogmáticas, a meros fins especulativos e exposições teóricas. Sabiam separar o que não era juridicamente importante, a fim de criar figuras concretas,

¹⁵ “*Iuris prudentes*” é a pessoa que vive e sente o dia a dia e, que consoante as necessidades vão surgindo, as resolve; é a pessoa sabedora que, com grande sensibilidade e prudência, encontra a solução oportuna e a via adequada para resolução dos inevitáveis conflitos existentes”. Teresa Luso Soares, Estudos de Direito Romano, Volume 2, Lisboa, 1991, A.A.F.D.L., p. 12. Por ser assim, a interpretação dos prudentes (doutrina) foi determinante na formação do Direito.

¹⁶ “A jurisprudência que nós chamamos “clássica” começa com o principado de Augusto e dura até à dinastia dos Severos e mais adiante”. Mário Bretone, ob. cit., p. 161.

¹⁷ Segundo Max Kaser, “os *iurisprudentes* não elaboravam abstractas teorias de escola, antes prosseguiam na orientação prática que, partindo das criações dos prudentes, teve em vista a solução clara de casos jurídicos concretos apresentados pela vida”. Ob. citada, p. 20.

¹⁸ “O *respondere*, a partir de Augusto, assume carácter oficial, pois os imperadores concederam aos mais importantes juristas “*o ius respondendi ex auctoritate principie*”. Vera-Cruz Pinto, Conferência transmitida no 1º curso de mestrado no Lubango em 2005 – 2006.

¹⁹ Segundo Paulo Teixeira Pinto, esta tríplice função dos *prudentes* não deixou de se verificar em todas as épocas do Direito romano. Estudos de Direito Romano, Volume 2, Lisboa 1991, A.A.F.D.L. p. 250.

²⁰ “Por *ars* pode entender-se arte ou técnica. Mas, mais significativo na definição é o objecto: o *bonum et aequum*, ou seja, o justo”(2). Teresa Luso Soares, ob. cit., p. 11.

ao invés de conceitos gerais e abstractos²¹. Além disso, tiveram o grande mérito de transformar o rígido “*ius civile*” num sistema flexível e capaz de ser convertido no Direito comum de um império plurinacional.

De outro lado, fixa-se neste período a aprovação da *Lex Aebutia de formulis* (130 a.C.), que estabeleceu um novo sistema processual²². E assim, a partir desta lei, o pretor deteve poderes para demarcar os limites do litígio e podia orientar o juiz particular sobre a maneira de apreciar as questões de Direito. Fazia-o por documento escrito (a fórmula); com tais poderes, admitia ou denegava as acções (*denegatio actionis*) que lhe eram propostas²³. Por conseguinte, aquele magistrado (*praetor*) encontrava-se na situação de superar os limites da Ordem Jurídica existente e, desta maneira, passava ao campo da livre criação²⁴.

Notadamente, a estrutura da Ordem Jurídica romana repousava em três níveis delimitados; de modo que a criação, interpretação e aplicação do direito foi obra do legislador, do prudente e do magistrado²⁵.

Na última fase desta época, o trabalho desenvolvido pela jurisprudência (já distante da linha casuística) centrou-se em questões distintas daquelas que favoreceram a evolução do Direito e isto iria marcar o seu fim.

4. – ÉPOCA PÓS-CLÁSSICA

A divisão do império romano deu lugar a surgimento dos Direitos do Ocidente e do Oriente, altura em que se acentuou a fase decadente da cultura jurídica. Nesta época,

²¹ “O labor dos jurisperitos não é entendido nem como um conhecimento da lei ou do direito constituído, nem mera especulação sobre justiça, enquanto valor, mas como uma compreensão daquilo que diferencia o *ius* do *non ius*, com natureza criadora, forma adequada de expressar e concretizar ideias e princípios em solução de litígios e regras de comportamento de uma comunidade.” Eduardo Vera-Cruz Pinto, *As Fontes do Direito Romano (O Contributo de Raul Ventura Para o Seu Ensino, F.D. Lisboa)*, Separata de Homenagem ao professor Dr. Raúl Ventura, Edição F.D.U.L., 2003, Coimbra, p. 114.

²² Com esta lei surge um sistema de processo entre particulares mais ágil e dúctil, denominado de processo per formulas. Veja-se Sebastião Cruz, ob. cit., p. 333 e ss.

²³ Contudo, mesmo no redigir das fórmulas se eleva a capacidade genial dos jurisconsultos romanos. Desenvolviam a sua actividade em estreita colaboração com os pretores, ou eles mesmo ocupavam o cargo público. Para melhor aprofundamento desta matéria, veja-se, Teresa Luso Soares, ob. cit., p. 26.

²⁴ Porém, é de observar que não deixou de vigorar uma regra antiga a impedir o pretor de criar direito (*praetor ius lacere non potest*); no entanto, na prática esse obstáculo legal apresentava-se diminuído.

²⁵ Os magistrados (cidadãos eleitos pelo povo) produziam os *edicta* para reger a vida dos administrados. Aqui distinguiram-se os éditos dos pretores para administrar a justiça. Por volta de 130d.C., aquele conjunto de declarações mais valiosas constantes nos éditos foram codificadas e designavam-se de *ius honorarium*.

a ordenação jurídica era tarefa praticamente exclusiva do Estado, por meio das constituições imperiais²⁶. Decaiu a capacidade inovadora da jurisprudência, ou melhor, foi esta inibida de dar soluções argumentadas aos casos concretos.

Outrossim, no Ocidente surge um Direito corrompido, grosseiro e confuso. Havia uma noção pouco clara das clássicas instituições romanas. Era o Direito romano vulgar, assente em conceitos naturais juridicamente não elaborados.

Todavia, no Oriente criaram-se obstáculos a esta vulgarização e tratou-se de imitar o Direito clássico, mas influenciado por alguns princípios e ideias filosóficas gregas. Este foi o ponto de partida para a generalização das práticas jurídicas helenísticas. A despeito disso, destaca-se nesta etapa o renascimento dos estudos jurídicos, pelo surgimento das grandes escolas de Direito que permitiram conservar a jurisprudência clássica.

5. – ÉPOCA JUSTINIANEIA

Com Justiniano, no século VI, fizeram-se as compilações²⁷ e actualização jurídica dos numerosos textos do Direito Romano. Em ordem a este trabalho, surgiu o “*Corpus Ius Civilis*”, composto do Código, do “*Digesto*”, das “*Institutas*” e das “*Novellae*”. Todavia, o Direito nesta era já estava despido de primor técnico, das suas marcantes teorias e autonomia mental (eram raros os grandes jurisconsultos), pelo que se distanciou muito da época clássica. O ordenamento *justiniano* fez-se das construções jurídicas clássicas e das novas influências vindas do Direito helenístico e bizantino. Pode assim concluir-se que aquela obra legislativa fundada em concepções anteriores, codificou as regras vigentes. Mediante isso, impediu a invocação de qualquer preceito que nela não estivesse prevista.

De resto, as constituições imperiais (disposições normativas dos imperadores), ou *leges*, foram a única fonte de Direito neste período. Sendo que, a justiça era da competência dos juízes, funcionários do Estado.

²⁶ Diplomas legislativos promulgados pelo imperador e elaborados pelos mais distintos jurisconsultos no *consilium principis*.

²⁷ As compilações apoiaram-se nos escritos de juristas clássicos, tais como Gaio, Ulpiano, Florentino, Paulo e outros.

Em suma, esta grande obra representa a fase conclusiva do Direito Romano, e a ela se deve a sua preservação até aos nossos dias. O “*Corpus Iuris Civilis*” constitui a base do Direito privado e nele se concentra grande parte do saber jurídico romano.

CAPITULO II

CONCEITO E FONTES DAS *OBLIGATIONES*

1. - PRELIMINARES

Primacialmente, urge explicar a razão de se recorrer às fontes básicas do pensamento jurídico para dar melhores respostas aos quesitos do presente e apontar o futuro para o Direito angolano. Daí o interessante percurso às suas origens, como elo contínuo com o passado.

Na verdade, as fontes romanísticas continuam a servir de fundamento à doutrina no Direito e, sendo mais desenvolvida no Direito Civil, têm elevado destaque nas “*obligationes*”. De resto, esta parte do Direito Romano trouxe enormes contribuições para os Direitos nacionais modernos²⁸.

Realmente, o homem sempre viveu em relação e estabeleceu vínculos. De consequência, se percebe a importância das obrigações delineadas pela presença de um credor e um devedor no escopo de se subordinarem às respectivas prestações.

O instituto das obrigações é muito anterior ao nosso Direito Civil, advém do Direito Romano e, por essa virtude, importa fazer as apreciações que veremos a seguir.

2. – O CONCEITO DE “*OBLIGATIO*”

Literalmente, o vocábulo latino “*obligatio*” provém do elemento “*ligatio*”, que significa união ou acto de ligar. Como diz Antunes Varela, “A própria etimologia da palavra “obrigar” (de *obligare*, ou *ligare*; *ob-ligare* por causa de ligar para) faz sobressair o vínculo que prende os sujeitos da relação”²⁹.

Assim sendo, a substância de uma “*obligatio*” reflecte originalmente um enlace que se estabelece entre pessoas numa relação jurídica. Esta ligação sujeita-se a um compromisso que na antiguidade arcaica identificou-se com deveres morais, sociais,

²⁸ Sobre a contínua influência do Direito Romano após a extinção do Império, veja-se Franz Wieacker, *História do Direito Privado Romano*, 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 43 e ss.

²⁹ Antunes Varela, *Direito Das Obrigações em Geral*, Volume I, Coimbra, 1980, p. 113.

religiosos e jurídicos³⁰. Como se pode observar, não se estabelece uma diferença entre obrigação em sentido técnico, de qualquer outro dever na relação obrigacional.

Trazendo o vínculo ao campo que nos interessa, ou seja, ao Direito das obrigações, percebe-se a sua utilidade no conceito de “*obligatio*”. Nas palavras de Sebastião Cruz, originariamente “obrigação” era designada pelo vocábulo “*debitum*”³¹. Em outro momento, o termo não deixou de significar obrigação, mas adquiriu um carácter mais amplo.³²

Na verdade, a definição surgiu no ano 500 a.C., mas levanta-se alguma dificuldade acerca deste assunto. Pois, os *juris consultos* romanos consideravam que “*omnis definitio iure civile periculosa est*”³³.

No entanto, contrapondo-se a esta asserção, reconhece-se o difundido conceito nas Institutas de Justiniano: “A obrigação é o vínculo de direito pelo qual somos constrangidos a pagar, fora ou prestar, alguma coisa, segundo as leis da nossa cidade”³⁴.

Por outras palavras, é um acordo, no presente, que se projecta para o futuro, de conformidade à lei romana, e sujeita alguém a dar, prestar ou fazer alguma coisa em proveito de outrem^{35, 36}. Nesse sentido, o beneficiário da obrigação tinha o direito de exigir de outra pessoa (o devedor) uma prestação. Tudo decorre do laço jurídico existente para o seu cumprimento. Os romanos deram a este acordo a denominação de

³⁰ É um dever que pode ser forçado por acção. Por isso a obrigação, é considerada como a mãe das acções. Veja-se, BMJ n.º 168, Julho de 1967, p. 36.

³¹ Ob. cit., p. 194, nota n.º 222 - bis.

³² O alargamento do vocábulo veio significar obrigação civil, pretória ou natural. Sebastião Cruz, ob. cit., p. 194, nota 222 – bis.

³³ A. Santos Justo, ob. cit., p. 16.

³⁴ BMJ, n.º 16, Julho de 1967, p. 37.

³⁵ Inicialmente em Roma, a obrigação era um vínculo de sujeição pessoal, ou seja, o cumprimento da prestação alcançava o corpo do obligatus. Gradualmente, desenvolveu-se uma concepção patrimonial de obrigação, até que se reconheceu o património como única garantia de crédito. Veja-se, para tanto, Sebastião Cruz, ob. cit., p. 194

³⁶ O conteúdo da obrigação (*aportere*) tinha três espécies: *dare*, implicava dar algo, um direito ou um serviço; *facere*, um fazer, não fazer ou um devolver; *praestare*, responder ou garantir qualquer coisa, incluso uma obrigação. O objecto da obrigação era o acto que o devedor realizava em favor do credor.

“*obligatio*”^{37, 38}. Assim, a palavra “*obligatio*” era usada para expressar toda a relação jurídica entre o *creditor* e o *debitor*.

De início, a obrigação no Direito Romano consistia numa sujeição de natureza material e efectiva do devedor para com o credor. A exigência do cumprimento da obrigação dava-se com o corpo do devedor como se coisa o fosse. Só a partir da *Lex Poetelia Papiria* de 326 a.C. a obrigação deixou de representar uma sujeição corpórea para converter-se num vínculo jurídico, ou seja, num conceito abstracto. Assim, a execução do cumprimento passou a limitar-se aos bens do devedor.

Entre nós, a obrigação (*obligatio*) é um vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa (credor) tem a faculdade de exigir de outra (devedor) um comportamento (prestação) positivo ou negativo³⁹.

Desta forma, a obrigação é uma relação jurídica estabelecida entre os contraentes, cujo objecto consiste numa determinada prestação de natureza patrimonial. Neste ponto de vista, implica a existência no mínimo de dois sujeitos, um activo e outro passivo, resultante de vontades convergentes.

Em sentido técnico, o artigo 397º^{40, 41} do Código Civil dá um conceito de obrigação. Na sua amplitude, pressupõe um comportamento imputado a uma pessoa em direcção a uma prestação em favor daquele que possui o direito de exigir.

Conclui-se então, que a obrigação na actualidade está calcada no Direito Romano. Três factores o demonstram: no primeiro, destaca-se a natureza da obrigação (vínculo jurídico) entre as partes; em segundo lugar se releva o facto de se impor ao

³⁷ Aliás, bem diz Max Kaser que: “As raízes primitivas da *obligatio* são a responsabilidade pessoal, pelo facto de, para determinados fins, uma pessoa estar submetida ao poder de apreensão de outra pessoa”. Ob. cit., p. 195; Sebastião Cruz, ob. cit., p. 189, nota 216.

³⁸ Em Roma as obrigações dividiam-se em civis e pretórias: São civis as constituídas por força da lei ou reconhecidas pelo direito civil. São pretorianas as que o pretor criou pela jurisdição; podendo ser também denominadas de honorárias. BMJ n.º 168, Julho de 1967, p. 39.

³⁹ A. Santos Justo, ob. cit., p. 11.

⁴⁰ Diz o preceito que “A obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação”.

⁴¹ Mário Júlio de Almeida Costa dá um conceito de obrigação em sentido lato. Neste sentido apresenta-se esta como sinónimo de dever jurídico. Para mais pormenores, veja-se Direito das Obrigações, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 53 – 57.

devedor a prestação do acordado (pagamento de alguma coisa); por último, têm-se o elemento subjectivo (o constrangimento que impende sobre dado sujeito).

3. – FONTES DAS “*OBLIGATIONES*”

As fontes das obrigações são factos jurídicos que fazem nascer vínculos obrigatórios entre as pessoas.

No Direito Romano, as fontes obrigacionais desenvolveram-se na medida das transformações económicas comerciais e políticas ocorridas na sociedade.

Assim, até ao início da República, de acordo com as Institutas de Gaio, as fontes resumiam-se ao contrato e delito⁴² (época clássica). Portanto, eram muito restritos os factos reconhecidos como geradores de obrigações. Só podiam ser fontes aquelas especificamente determinadas no “*Ius Civile*”. Eram actos típicos e devido a sua importância foram chamados de “*summa divisio*”.

Segundo se afirma, a “*obligatio ex delicto*” foi a primeira a surgir e provinha de obrigações resultantes de actos ilícitos⁴³: “*furtum*”, “*rapina*”, “*iniuria*”, “*damurum iniuria datum*”. De consequência, infringido o direito de alguém, podia o lesado agir contra o autor de qualquer uma destas práticas, a fim de responder pelo prejuízo daí adveniente.

Diferentemente, o contrato era o ajuste de vontades entre interessados, reconhecido pelos “*iuris civile*”, e provido de obrigatoriedade (factos lícitos). Inicialmente as obrigações eram entre duas pessoas. Mais tarde admitiu-se a intervenção de uma pluralidade de credores e devedores. Originariamente, impunha-se o cumprimento de rígidas formalidades preestabelecidas na lei que prevaleciam em relação às intenções dos contratantes. Distinguiam-se dos pactos, porque as várias espécies de “*contractus*” tinham uma denominação e causa^{44, 45}. Ademais, os pactos

⁴² Veja-se A. Santos Justo, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 76, Direito Privado Romano – II (Direito Das Obrigações) Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 18.

⁴³ Contudo, Max Kaser comenta o seguinte: “Embora cedo se tivesse admitido que os delitos geram uma vinculação remível semelhante à dos negócios jurídicos geradores de responsabilidade, dos quais proveio o conceito de *obligatio*, Gaio trata ainda as obrigações contratuais como próprias e típicas, apresentando as delituais como que em apêndice”. Ob. cit., p.

⁴⁴ Veja-se BMJ n.º 168, Julho de 1967, p. 42.

não eram assistidos do formalismo prevalecente no Direito Romano, representando esta ausência de forma o nascimento de um simples acordo entre as partes.

Sendo assim, constata-se que o Direito Romano foi por excelência formalista. A forma era a base para vincular os contratantes, a fim de sobre estes produzirem-se os respectivos efeitos jurídicos.

Desta feita, se dá como exemplo os contratos verbais (*obligationes verbis*)⁴⁶, assentes na “*stipulatio*” (a promessa solene de entregar certa coisa), e formalizados na pergunta do credor e resposta do devedor. Portanto, consistia num diálogo entre as partes, que não necessitava de ser escrito, e nele o devedor prometia ao credor alguma coisa, de conformidade com o estipulado.

Todavia, a evolução da sociedade romana, na época pós-clássica, fez surgir novas figuras jurídicas não enquadradas nas mencionadas fontes obrigacionais. Tiveram a denominação de “várias espécies de causas” (algumas delas foram a gestão de negócios, a tutela, a curatela),⁴⁷. Por não serem contempladas no “*ius civile*”, não geravam obrigações. Em tal caso criava-se um vínculo designado pela expressão “*actione teneri*”. Por outro lado, manifestavam-se também outros factos não fundados nos contratos e que ocasionavam as “*actiones civiles*” protegidas pelo pretor. Portanto, só a lei operava para atribuir força de “*obligationes*”.

As Institutas de Justiniano (Direito Pós-clássico) previram outras fontes de direito obrigacional: o quase-contrato e o quase-delito. Ao que tudo indica são interpolações realizadas por peritos aos textos de Gaio. Tais “*obligationes*” não eram propriamente contratos ou delitos.

O primeiro, assim se denomina por não haver consenso entre partes; registava-se assim a ausência de um elemento peculiar aos contratos. Os quase-delito eram também actos ilícitos, distintos dos delitos, caracterizados não pelo dolo, mas pela mera culpa (negligência, imprudência). A sanção a aplicar era de natureza pecuniária. Com efeito,

⁴⁵ Entretanto, Max Kaser diz que na linguagem jurídica geral são designados por pactos, os contratos obrigacionais não exigíveis à luz do *ius civile*. Ob. cit., p. 227.

⁴⁶ Em Roma o “*contractus*” era realizado de quatro modos: “*verbis*”, “*re*”, “*litteris*” e “*consensus*”.

⁴⁷ Para complemento, veja-se Max Kaser, ob. cit., p. 225.

geravam obrigações, mas não eram estas expressas no “*ius civile*”. Tão-somente eram tuteladas pelo pretor⁴⁸ e por conseguinte, previstos no “*ius honorarium*”.

Portanto, esta classificação quadripartida das “*obligationes*” – contrato, quase-contrato, delito e quase-delito, dominou o Direito Justinianeu e influenciou as codificações contemporâneas.

No que é pertinente ao Direito angolano, o nosso Código Civil mantém o contrato como principal e tradicional fonte de obrigações (ao lado deste está a responsabilidade civil)⁴⁹.

Na verdade, hoje todo o acordo de vontade lícito pode criar, modificar ou extinguir obrigações. Neste sentido, os acordos não se limitam aos tipos estabelecidos na lei. Para além disso, a figura do contrato não se restringe ao campo das obrigações. Estende-se também a outras situações jurídicas geradas nas várias áreas do Direito privado, e mesmo do Direito público. Com isso, o nosso Direito não deixa de prever contratos tipificados na lei, mas admite amplamente os contratos atípicos e os inominados. Também a nossa legislação civil atende mais ao sentido exteriorizado das declarações de vontade das partes no vínculo, do que as suas intenções negociais.

Delineadas estas questões, vamos consolidar o nosso trabalho. Assim, de seguida, falaremos da fiança em Roma.

⁴⁸ Antunes Varela, ob. cit., p. 192.

⁴⁹ Outras fontes de obrigações são os negócios jurídicos unilaterais, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e a própria lei.

CAPÍTULO III

A FIANÇA COMO GARANTIA PESSOAL DAS OBRIGAÇÕES EM ROMA

1. - GENERALIDADES

As garantias pessoais são entendidas como aquelas obrigações acessórias que nascem e vivem ligadas à obrigação principal⁵⁰. Assim, exprimem a situação em virtude da qual o devedor acessório (terceiro) é compelido a cumprir a prestação devida ao credor, por força do inadimplemento do devedor principal.

Neste caso, “a obrigação apresenta-se como o mecanismo ou instrumento complexo de que o credor, recorrendo à colaboração do devedor, lança mão tendo em vista obter a satisfação de um seu interesse”⁵¹.

Para os romanos as garantias pessoais das obrigações constituíam uma maneira de assegurar o crédito dos credores que se viam prejudicados pela conduta do devedor.

Neste sentido o renomado professor Sebastião Cruz afirma: “A garantia é o aumento da segurança de que uma dívida será cumprida e de que, portanto, o credor será satisfeito”⁵².

Tal procedimento permitia ao “*creditore*” fazer-se pagar mais rapidamente, após o vencimento da dívida.

Primitivamente, o incumpridor da sua obrigação tinha de responder pessoalmente com o próprio corpo, mas progressivamente criaram-se as garantias patrimoniais das obrigações.

Portanto, para além das partes essenciais, isto é, credor e devedor, podiam ser incididas outras pessoas na obrigação, como o garante, ao lado do devedor. Decerto,

⁵⁰ Para assegurar o cumprimento das obrigações ou para reforçar o vínculo juntam-se outras relações jurídicas chamadas de garantias e nelas se distinguem as pessoais e as reais. No direito romano, as reais eram a fiducia, o pignus e a hipoteca. Veja-se Eduardo Vera-Cruz, *Direito Das Obrigações em Roma*, Volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997, p. 133.

⁵¹ Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussoria De Dívida, Sobre O Sentido E Âmbito De Vinculação Como Fiador*, Almedina, 2000, p. 8.

⁵² Ob. cit., p. 239.

estamos diante de uma garantia pessoal - a fiança, que deriva de obrigação assumida por terceiro, o fiador.

2. - FIANÇA: TRAÇOS CARACTERISTICOS E ANÁLISE DO INSTITUTO

2.1. - CARACTERISTICAS

A fiança remonta-se ao Direito da Antiga Roma. Nesta se desenvolveu e revelou a sua razão sócio-económica.

Assim, a fiança era uma garantia pessoal concedida ao “*creditor*” (credor) por um terceiro (fiador)⁵³, para que pudesse efectivamente vir a receber a prestação inicialmente devida por certo “*debitor*” (devedor)⁵⁴.

Como se compreende, a fiança representava um reforço contratual destinado à satisfação da primitiva obrigação⁵⁵.

Largamente utilizado no universo negocial romano, este tipo de contrato verbal cingia-se a determinado formalismo e foi um instrumento útil para garantia da prática mercantil em Roma.

Como contrato de garantia pessoal, a fiança estava compreendida nos limites da obrigação contraída pelo primitivo devedor. Nesta razão, não podia exceder os precisos termos formulados na obrigação principal. Porém, a garantia pessoal prestada através da fiança podia ser mais benévola que a obrigação contraída pelo principal devedor.

Percebe-se também, que o sistema contratual romano por muito tempo considerou o fiador como devedor solidário. Por conseguinte, admitia que o pagamento do débito fosse assumido por qualquer dos co-devedores. Somente na época Justinianeia (a partir de 529 a.C.) se reconheceu a qualidade do fiador responder subsidiariamente pela dívida. Assim, pelo incumprimento da obrigação principal se condicionava o

⁵³ Define-se fiador como “aquele que acompanha uma obrigação alheia, mesmo natural, para maior segurança do seu cumprimento”. BMJ n.º 168, Julho, 1967, p. 80.

⁵⁴ Para além das garantias pessoais outorgadas por um terceiro, existiam em Roma as garantias pessoais derivadas do próprio devedor: a “*arrha*” confirmatória, o “*constitutum debiti proprii*”, o “*stipulatio poenae*” e o “*insurandum promissorium*”. Veja-se, Vera-Cruz Pinto, ob. cit., p. 159 e ss.

⁵⁵ Para Sebastião Cruz, na terminologia antiga, *obligatio* representava o que na actualidade se denomina por garantia (especial) das obrigações. Ob. cit., p. 194, nota 222 bis.

benefício de excussão prévia dos bens do devedor principal. Neste sentido, o credor devia accionar primeiramente o primitivo devedor, conferindo-se assim carácter subsidiário à fiança.

É também importante recordar que a *praxis* negocial romana, a partir de Adriano (século II d.C.), introduziu o benefício da divisão da dívida por vários fiadores. Em razão disso, cada um dos garantes respondia na proporção devida.

Em resumo:

- a) - A fiança em Roma era um contrato de garantia pessoal não escrito e solene, que pressupunha a existência de um contrato principal.
- b) - A garantia da obrigação constituía um vínculo estabelecido entre o credor e um terceiro (fiador), que assumia o pagamento da dívida, caso o principal devedor não a solvesse.
- c) - A fiança não podia exceder os limites da obrigação principal; contudo, podia ser menos onerosa que a obrigação do primitivo devedor.
- d) - Inicialmente, o credor reclamava o seu direito a qualquer dos co-devedores (dívida solidária); mais tarde, na época Justinianeia, o fiador tornou-se subsidiariamente responsável pelo débito. Com Adriano, o “*debitum*”, existindo vários fiadores, era repartido na proporção de cada garantia.

Concluindo, a fiança produzia duas ordens de efeitos: aqueles que emergiam da reclamação do credor sobre o devedor; e os outros, provenientes da conexão entre credor e fiador.

2.2. - ANÁLISE DO INSTITUTO

Na linguagem romana o instituto da fiança era genericamente denominado de “*adpromissio*”⁵⁶. Esta vestuta instituição era uma forma de *intercessio* cumulativa^{57, 58} e

⁵⁶ Ao lado desta instituição existiu outra forma de garantia pessoal designada de *expromissio*. Nesta, o *expromissor* era um fiador. Assim, através de um contrato estipulatório (*stipulatio*) passava a responder como principal pagador; substituía o devedor principal e ele próprio assumia a dívida, quando exigida. Para outros pormenores, veja-se, Sebastião Cruz, ob. cit., p. 240 – 247.

⁵⁷ Consiste em alguém responder pela dívida de outra pessoa, conjuntamente. Para outros pormenores, veja -se, Sebastião Cruz, ob. cit., p. 247.

⁵⁸ A *intercessio* não se limita à cumulativa. Àquela ligam-se também outras garantias pessoais tais como, o “*mandatum peculiar cendendae*”, o “*constitutum debiti alieni*”, o “*receptum argentariorum*”, a

da sua própria essência ligava o credor a um novo devedor, que por uma “*stipulatio*”⁵⁹ se juntava ao devedor principal.

Esta segunda obrigação acompanhava a primeira. Neste caso, coexistiam de modo claro e inequívoco. Assim, pelo Direito, a primitiva obrigação tinha agora uma garantia de ordem pessoal para assegurar o necessário cumprimento. Deste modo, estava-se perante um tipo especial de solidariedade passiva.

Nas palavras de Sebastião Cruz, do lado passivo apresentavam-se assim duas obrigações, divididas entre o inicial devedor vinculado ao “*debitum*” (objecto da obrigação) e o *adpromitente* (fiador) integralmente comprometido no adimplemento do débito⁶⁰. Nesse mesmo sentido, Max Kaser diz que: “os antigos fiadores de apresentação (*vades, praedes*) não garantem ainda a prestação do devedor, mas assumem a responsabilidade de APRESENTAR uma pessoa (por ex. o devedor principal), ou uma coisa em certa data num lugar determinado (por ex. no Tribunal)”⁶¹.

Vê-se assim, que o adpromitente não é um devedor. Outrossim, responde pela dívida quando não paga.

Por conseguinte, a *adpromissio* era temporalmente posterior à primitiva obrigação. Não surgia no mesmo acto em que se constituía a obrigação garantida. De outro lado, a sua conformação não podia ser mais onerosa do que a obrigação principal, embora pudesse ser mais favorável ou vantajosa para o adpromitente. Qualquer limite acima do prescrito na dívida inicial era indevido. Por isso, impunha-se que ficasse circunscrita nos termos da primeira obrigação. Além disso, a obrigação contraída em primeiro lugar tinha que ser válida, para que a obrigação *adpromissio* se concretizasse.

“*expromissio*” (intercessio privativa) e a obrigação solidária. Nesta última, o intercedente vincula-se desde o início da dívida juntamente com o devedor. Veja-se Eduardo Vera-Cruz Pinto, ob. citada, p. 145.

⁵⁹ A “*stipulatio*” era um negócio verbal e solene do “*ius civile*”, proveniente do formalismo arcaico. Consistia estruturalmente numa pergunta (do credor): “*spondes mihi centum*”, e na resposta do devedor: “*spondeo*”. Este reduzido intercâmbio de palavras não escritas, impunha que fossem contemporâneas para produzir os respectivos efeitos jurídicos. Para melhor conhecimento, veja-se, entre outros, Sebastião Cruz, ob. cit., p. 305 e ss.

De outro lado, Pedro Romano Martinez explica que: “Inicialmente, a *stipulatio* era uma cláusula acessória aposta nos negócios jurídicos mas, com o tempo, talvez por volta do Séc. II, passou a fazer parte integrante dos contratos, tornando-se num dos *naturalia- negoti*”.⁽⁸⁾ Cumprimento Defeituoso Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 80.

⁶⁰ Ob. cit., p. 240, nota 288.

⁶¹ Ob. cit., p. 149.

Nestas condições a segunda obrigação somente surtia efeitos jurídicos válidos diante de uma obrigação inicial sem nulidades.

O Direito Romano durante a sua evolução reconheceu três modalidades de “adpromissio” ou fiança estipulatória: a “*sponsio*”, o “*fidepromissio*” e o “*fideiussio*”. Assim passamos a analisá-las.

3. - AS TRÊS FORMAS DE FIANÇA ESTIPULATÓRIA

3.1. - A “*SPONSIO*”

A “*sponsio*” era uma garantia pessoal do Direito Romano da antiguidade e assentava num acto produtivo de “*obligationes*”. Teve o seu ponto de partida na comunidade religiosa dos contratantes e, em razão disso, apresentou um fundo sagrado.

Assim, o desenvolvimento histórico desta instituição remonta à era arcaica⁶², e sendo entendida como uma primitiva forma de obrigações, fundava-se num juramento (formalidade oral) realizado pelo “*sponsor*” perante o sacerdote.

Portanto, a esta manifestação firmada na crença, há que pôr em relevância a natureza mágica das palavras. De resto, a magia e a religião uniam-se e eram aspectos do mesmo fenómeno na sociedade primitiva romana.

Por longo tempo esta “*obligatio verbis*”⁶³ prevaleceu na realização dos negócios jurídicos em Roma, mas a partir da Lei das XII Tábuas o vínculo religioso converteu-se num dever laico e civil reconhecido pela Ordem Jurídica.

⁶² Importa referir que na época arcaica existiu outra forma de garantia (corpórea) da “*obligatio*” – o “*nexum*”. Nesta, o próprio devedor subjugava-se ao credor e permanecia materialmente sujeito e obrigado (ao *creditor*) até pagar a dívida, que podia ser solvida por um terceiro. Portanto, o credor forçava o cumprimento da obrigação e sobre a pessoa do devedor recaía a responsabilidade pelo adimplemento da prestação. Com o advento da “*Lex Poethelia Papira*” de “*nexis*”, aboliu-se esta medida produto da “*manus iniectus*”. Por este instrumento, o devedor insolvente podia perder a liberdade ou mesmo a vida. A este propósito, veja-se Sebastião Cruz, ob. cit., p. 186 e ss.

⁶³ A “*obligatio verbis*” (contrato verbal) teve como fonte principal a “*stipulatio*” – a promessa solene de dar coisa certa. Formalizava-se com a pergunta do “*stipulator*” (credor) e a resposta do promissor (devedor). Aliás, a explicação para a origem da “*stipulatio*” vê-se na primitiva “*sponsio*”. Contudo, a maioria dos autores considera-a uma instituição recebida do “*ius gentium*”. Um estudo mais aprofundado é desenvolvido por Sebastião Cruz, ob. cit., p. 303 e ss.

Por conseguinte, substituiu-se o carácter religioso do vínculo e o valor mágico das palavras (fórmula assente numa pergunta e resposta pronunciadas oralmente) por outros critérios mais consentâneos para os habitantes de Roma, por influxo da prestigiada mentalidade jurídica romana.

Contudo, esta evolução da *sponsio* não transformou a sua feição originária. Manteve-se o formalismo, ou seja, não se suprimiu a oralidade. Somente passou a ser uma verdadeira norma legal.

Comenta Max Kaser que não existem nos textos jurídicos romanos o termo “*sponsio*” (tal como “*fidepromissio*” e “*fideiussio*”)⁶⁴, mas apenas o vocábulo “*sponsor*” (ou “*fidepromissor*”, “*fideiussor*”). Apesar disso, certo é que se encontra no termo uma obrigação assumida por terceiro, pela utilização do verbo “*spondere*” (se o contrato fosse a “*sponsio*”).

Assim, a obrigação do “*sponsor*” apoiava-se precisamente num ritual que se realizava pelo uso das palavras: “*Idem spondere? spondeo*”. Esta era a sua forma externa, assente na manifestação do consenso entre os contraentes.

Com a observância deste formalismo verbal – oral entre as partes (*idem spondere? spondeo*) se produziam os efeitos jurídicos do negócio⁶⁵. Contudo, qualquer ligeiro erro na estrutura pergunta/resposta mostrava o desinteresse em contratar. Na verdade, a obrigação gerava-se em função do conteúdo estruturado das palavras pronunciadas e, de consequência, dava-se garantia aos interesses do credor.

A “*sponsio*” estava circunscrita aos cidadãos romanos (somente era regida pelo *ius civile*) e não passava para os herdeiros do garante (*sponsor*). Extinguia-se com a sua morte, pois, o contrato era baseado na confiança e virtude das partes.

⁶⁴Ob. cit., p. 132.

⁶⁵ Esta forma contratual refere-se propriamente à expressão verbal. Reunia a pessoa que fazia a pergunta e o respondente. Era um acto presenciado por testemunhas e, em respeito a este contrato oral, deduzem-se as dificuldades que um surdo ou mudo tinham para formalizar um negócio jurídico em Roma. É de admitir que não podiam ser parte em relações contratuais do género.

De outro lado, o “*sponsor*” não respondia acessoriamente perante a “*principalis obligatio*”. Nesta razão, o credor podia demandar imediatamente o garante, por força da sua promessa. Na verdade, o cumprimento integral da obrigação principal ficava à escolha do credor.

No entanto, a obrigação do “*sponsor*” não podia ir além daquela a ser cumprida pelo devedor principal, embora pudesse fixar-se em valor menor. Por princípio, a obrigação mais onerosa não admitia a nulidade.

De outro modo, se a obrigação principal violasse as condições da sua validade, não deixava o “*sponsor*” de responder ao que era obrigado. Em face deste princípio, assistia ao credor o direito de exigir do garante o pagamento da dívida. A garantia era válida, porque sobre esta não repercutia a ineficácia da primitiva obrigação. Como diz o professor Vera-Cruz Pinto, a *sponsio* somente se liga ao objecto da obrigação precedente, sem atender à sua existência⁶⁶.

Entretanto, o pensamento jurídico romano a partir da república procurou dar particular amparo à situação do garante, pois até aquele período suportava de modo exclusivo o “*debitum*” do insolvente. Assim, a *Lex Appuleia* (publicada depois do ano 214 a.C.) providenciou que se o “*sponsor*” respondesse pelo efectivo pagamento da originária obrigação, podia exigir a correspondente restituição ao primitivo devedor e demais “*sponsores*”, no caso de haver uma pluralidade de garantes, para não suportar em definitivo mais que a sua parte da obrigação.

Mais tarde, o legislador através da *Lex Fúria* de “*sponsio*” vedou a possibilidade da garantia prestada em Itália sobreviver, vencido o prazo de dois anos. Observe-se, que no restante território do império a responsabilidade dos “*sponsores*” mantinha o princípio da solidariedade. De sua vez, se a obrigação incidisse sobre vários “*sponsores*”, cada um deles respondia pelo “*quantum*” determinado na respectiva “*stipulatio*”⁶⁷.

⁶⁶ Ob. cit, p. 148 - 149.

⁶⁷ Note-se que a “*stipulatio*” não era uma instituto limitado à parte passiva. O titular activo podia utilizá-la para colocar um terceiro em seu lugar na relação contratual. Este denominava-se de “*adstipulator*” e tinha mesmo direito do “*stipulator*” para exigir do devedor o pagamento do ajustado. Em razão disso, o primitivo credor beneficiava do privilégio de impor ao “*adstipulator*” a restituição de qualquer coisa que

Depois, a *Lex Publitia* determinou que, uma vez saldada a dívida por um dos “*sponsores*”, podia este reaver dos restantes, passado certo prazo, a obrigação prestada ao credor. De contrário, solucionava a controvérsia por meio da “*manus iniectio*”⁶⁸ *pro iudicato*”.

No aperfeiçoamento do Direito Romano, criou-se a *Lex Cicereia* (séc. II a.C.), a fim de suavizar a responsabilidade do “*sponsor*”. Este instrumento legal prescrevia a necessidade do credor publicitar a garantia. Para tanto, devia anunciar o seu valor, expressar o número de “*sponsores*” e os respectivos vínculos obrigacionais. Tudo na presença de testemunhas.

Todavia, o credor perdia a garantia se não fizesse a dita declaração no prazo de trinta dias. Para esse efeito, os “*sponsores*” deviam obter sentença judicial. Era o remédio jurídico hábil contra a demora de procedimentos do *creditor*.

Por último, decretou-se a *Lex Cornelia*. Nos seus preceitos impediu que um “*sponsor*” assumisse no mesmo ano garantias acima de vinte mil sestércios em proveito do mesmo credor.

Em suma, há sem dúvida uma evolução no sentido da garantia tornar-se mais dúctil, por força dos sucessivos instrumentos legais que antes não existiam, compreendido assim para eliminar as consequências da rigidez do *ius civile*.

3.2. - A “*FIDEPROMISSIO*”⁶⁹

O termo “*fides*” refere-se á confiança nos costumes comerciais em Roma. Por conseguinte, o valor prático do instituto (*fidepromissio*) assentava no respeito à palavra dada, à lealdade e à fidelidade. Assim surgiu a responsabilidade do garante no interesse do credor.

tivesse indevidamente embolsado. Para tanto, veja-se pertinente comentário de Vera-Cruz Pinto, ob. cit., p. 143.

⁶⁸ Sobre esta figura jurídica veja-se Sebastião Cruz, ob. cit., p. 195 nota 223.

⁶⁹ Num breve comentário sobre a “*fidepromissio*”, Santos Justo diz que: “O regime jurídico é muito semelhante ao da “*sponsio*” e, por isso, falava-se com muita frequência de “*sponsio-fidepromissio*”: produzir os mesmos efeitos, garantir as mesmas “*obligations*” e sofria as mesmas limitações legais”. Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 76, Direito Privado Romano – II (Direito Das Obrigações), Universidade de Coimbra, Lisboa Editora, 2003, p. 162.

Como antiga modalidade de garantia das obrigações fundava-se na “*stipulatio*”. Esta realizava-se pelo uso das palavras: “*idem fidepromitis? fidepromittos*”. Portanto, enquadrava-se numa estrutura composta pela pergunta do “*stipulator*” e a resposta do “*fidepromissor*”. Da unidade deste simples acto nascia o vínculo obrigatório, manifestado através do consenso⁷⁰.

Esta solenidade expressa de viva voz tinha carácter pessoal e, por conseguinte, não era transmissível aos herdeiros; ou seja, com a morte do “*fidepromissor*” extinguia-se a garantia.

Porém, este contrato não escrito destinado a garantir obrigações verbais era também utilizado por estrangeiros, não se limitava aos cidadãos romanos. Passou a ser um “contrato internacional”⁷¹ e começou a fazer parte do “*ius gentium*”, decorrência das modificações económicas que se registaram no interior do Direito Romano.

A “*fidepromissio*”, que coexistiu com a “*sponsio*”, tinha as mesmas consequências jurídicas: não podia exceder a obrigação principal, mas admitia ser de valor menor; não apresentava carácter acessório, ou melhor, o credor podia optar por exigir indistintamente a obrigação ao devedor principal ou ao garante. Interessa sobremaneira ressaltar, que o “*fidepromissor*” beneficiou das várias leis que restringiam a sua responsabilidade.

3.3. - A “*FIDEIUSSIO*”

No fim do período republicano, às duas primitivas formas de garantia acima descritas juntou-se uma terceira, a “*fideiussio*”. O vocábulo enfatiza mais a autorização responsável ou aval (*iussio*) apoiado na “*fides*”, do que a própria promessa⁷².

A implantação deste instituto foi progressiva. Este facto deduz-se do ambiente social e económico que lhe servia de fundo. Mais tarde, acabou por suplantar as formas

⁷⁰ Como se vê a “*fidepromissio*” era um contrato verbal, em que o elemento essencial consistia no pronunciamento dos “*verba*”, que deviam ajustar-se a esquemas fixados pela tradição e sendo alterados não nascia a “*obligatio*”.

⁷¹ Pode assim deduzir-se que este contrato verbal começou a ser celebrado em diversas línguas. Por isso, não é de afastar a hipótese da existência de intérpretes, por força do alargamento deste negócio jurídico a estrangeiros.

⁷² Testemunha isso Sebastião Cruz, ob. cit., p. 242-247.

precedentes, chegando a ser na época justinianeia a única figura da “*adpromissio*”. Na verdade, a “*fideiussio*” representou uma significativa evolução, manifestamente no sentido de simplificar a sua aplicação por todo o império romano.

Porém, não se abstraiu do formalismo externo no uso das palavras adequadas:

- “*idem fide tua esse iubes*”⁷³? (perguntava o credor).

- “*fideiubeo*” (respondia o garante)

Este formulário, oriundo do rigor arcaico, impunha que a resposta devia seguir-se imediatamente à pergunta. Assim, ambas partes ficavam ligadas por este vínculo jurídico assente no rito padrão, que se apresentava com carácter acessório.

No entanto, em sua aplicação, a “*fideiussio*” podia garantir qualquer “*obligatio*” (mesmo a natural), sem prazo de caducidade; em consequência, as pertinentes obrigações transmitiam-se aos herdeiros do “*fideiussor*”. Mas a “*obligatio*” principal afectada pela inexistência ou invalidade prejudicava a existência ou validade da “*fideiussio*”. Nestas circunstâncias, a “*fideiussio*” era ineficaz. Reconhecia-se também que este instituto era acessível não somente a cidadãos romanos mas também a estrangeiros (*peregrini*). Era o resultado de uma sociedade mais evoluída em razão da sua expansão e do crescente comércio internacional.

Por sua vez, o “*fideiussor*” não se obrigava a mais que o devedor principal, mas sempre era possível aceitar uma obrigação mais leve. Deve-se notar, que a “*fideiussio*” perdurava enquanto existisse a obrigação inicial. Todavia, uma vez satisfeita a dívida pelo primitivo devedor extinguiu-se a garantia.

Ressalte-se que as operações negociais celebradas ao abrigo deste instituto não eram limitadas pelas “*leges*” atrás mencionadas (Santos Justo diz que na vida prática a *Lex Cicereia* não deixou de vigorar)⁷⁴.

⁷³ Vera-Cruz diz que na forma externa a pergunta do credor é: “*id fede tua esse iubes?*”. Cfr. ob. citada, p. 151; Todavia, Luiz Menezes Leitão, diz que a fórmula era: “*in fide tua esse iubes? Iubeo*”. Cfr. *Garantias Das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 117.

⁷⁴ Ob. cit., p. 163.

Como se vê, existia uma obrigação solidária quanto ao pagamento da dívida. Ao credor era lícito escolher de entre o devedor principal e o “*fideiussor*” qual deveria ser accionado para cumprimento da “*obligatio*”.

Uma vez manifestada a opção para com um deles, ficava o credor definitivamente impedido de dirigir a sua acção contra o segundo.

Argumenta também Vera-Cruz, baseado em Paulo, 2, 17, 16 e C. 8, 40, 5, que o credor no exercício do seu direito de escolha configurado na “*litis contestatio*” (expressão da actividade jurisdicional para solucionar uma controvérsia) exigida contra o devedor ou “*fideiussor*”, provocava a extinção do vínculo obrigacional de um e outro⁷⁵. Como se vê outorgava-se ao credor o direito de preferir uma ou outra obrigação. Apresentada a preferência estava feita a escolha. Na realidade este acto era também um meio de extinguir obrigações.

Em defesa dos direitos do credor estabeleceu-se a “*fideiussio indemnitatis*”, que impunha ao “*fideiussor*” solver o restante da dívida garantida e não paga pelo devedor⁷⁶.

A partir de Adriano (século II a.C.), em caso de vários garantes, havia a oportunidade destes não aceitarem a reclamação do credor que excedesse a quota proporcional de garantia. Dividia-se o valor da obrigação garantida entre os diferentes adpromitentes. Cada um respondia na proporção da sua parte, passando a existir uma responsabilidade parcial (*beneficium divisionis*).

Na sua evolução, a “*fideiussio*” conferiu ao garante que pagasse a dívida por conta do devedor, o benefício de exigir do originário credor a cessão das acções dirigidas contra o principal obrigado (*beneficium cendendarum actionum*).

Em decorrência disto, podia reagir contra o devedor (obrigado) inicial através da “*actio mandati*” ou da “*actio negotiorum*” para cobrar o devido⁷⁷.

⁷⁵ Cfr ob. cit., p. 151. No mesmo sentido se manifestou Santos Justo: cfr ob. cit., p. 163-164.

⁷⁶ Santos Justo, ob. cit., p. 164.

⁷⁷ Em Roma não existia a acção de regresso e em função disso, a jurisprudência romana criou estes meios processuais para defesa dos direitos do “*fideiussor*”. Veja-se Santos Justo ob. cit., pp. 164 - 165. Vera-Cruz Pinto, ob. cit., p. 153.

Em época justinianeia, permitiu-se ao “*fideiussor*” negar o pagamento da dívida garantida enquanto o credor primeiramente não se dirigisse contra o devedor principal. Era a afirmação da natureza subsidiária do instituto. Justamente neste aspecto, a “*fideiussio*” tornou-se a origem da moderna instituição de fiança.

4. - OUTRAS FORMAS DE GARANTIAS PESSOAIS DE TERCEIRO

A jurisprudência romana encontrou ainda outras vias, reconhecidas pelo Direito pretório, para garantia pessoal de terceiro pelas dívidas. Estas eram o “*constitutum debiti alieni*”, o “*mandatum pecuniae cendendae*” e o “*receptum argentariorum*”.

4.1. - O “*CONSTITUTUM DEBITI ALIENI*”

Era uma garantia pessoal fundada num pacto em que um terceiro se obrigava a pagar uma dívida alheia (análoga ao próprio débito), num dado momento e no prazo certo. O “*constitutum*” podia resultar de dívidas que não fossem propriamente quantias em dinheiro. Instituído num acordo, se reconhecem elementos característicos de uma modalidade de fiança. Com isso não se quer dizer que o “*constitutum*” era análogo à “*fideiussio*”.

Na verdade, este pacto pretório regia-se por diferentes modalidades (de tempo, lugar, etc.), e apresentava-se independente da obrigação principal; por isso, esta não se considerava novada⁷⁸.

Deste ponto de vista, a nova obrigação não se cumulava com a antiga. Justamente neste aspecto, o débito do primitivo devedor permanecia em caso de continuar insolvente. Quer dizer, a responsabilidade gerada pelo originário devedor conservava-se até ao efectivo pagamento.

Na época justinianeia, esta modalidade de fiança teve um percurso autónomo; contudo, aplicou-se o “*beneficium divisionis*”, que a assemelhou à “*fideiussio*”. De resto, afirma Vera-Cruz referindo-se a outras opiniões, que só a intenção demonstrada

⁷⁸ Veja-se Eduardo Vera-Cruz Pinto, ob. cit., p. 157.

pelo devedor indicava estar-se diante de um “*constitutum*” ou da fiança estipulatória. Explica-se, porque o “*constitutum*” fundava-se tanto na prestação originária de uma “*stipulatio*” como de obrigação cujo montante não estivesse determinado⁷⁹.

4.2. - O “*MANDATUM PECUNIAE CEDENDAE*”

Chamado também de “*mandatum qualificatum*”, não era mais que um contrato consensual de mandato, assente na boa-fé, através do qual o mandante (fiador) dava o encargo a outrem (mandatário/mutuante) de se obrigar a realizar o empréstimo de uma soma em dinheiro ou uma quantidade de coisas fungíveis a um devedor (ou mutuário)⁸⁰. O mandatário cumpria a incumbência no interesse do mandante mas dirigido ao devedor. Por esta razão, sucediam-se dois contratos: de “*mutuum*” entre o mandatário e devedor e um segundo, de “*mandatum*”, estabelecido entre o mandante e o mutuante. Refira-se que estes vínculos contratuais podiam ser praticados por ausentes. Mostrava-se assim a possibilidade de evitar os contratempos da “*fideiussio*”⁸¹.

Deste modo, o credor (mandatário) tinha uma acção tanto contra o devedor por força do empréstimo, como contra o fiador, pelo mandato. Isto sucedia porque estava em causa um interesse misto. Assim, para recuperar o seu empréstimo o mandatário (mutuante) tinha de accionar preliminarmente o mutuário (terceiro). Só depois perseguia o mandante naquela parte do crédito que não estivesse paga. De outro lado, o mandato era assumido antes de constituir-se a relação principal e resultava numa garantia de obrigação futura.

O procedimento legal para o mandatário agir contra o mandante era a “*actio mandati contraria*”.

É de notar que o mandato foi admitido por Sabino como um verdadeiro “*mandatum*”. Contudo, outras opiniões incluem-no na esfera da fiança⁸². Esta última prevaleceu.

⁷⁹ ob. cit., p. 158

⁸⁰ Veja-se Vera-Cruz Pinto, ob. cit., p. 153.

⁸¹ A este propósito, veja-se Vera-Cruz, ob. cit. p. 153; Santos Justo, ob. cit., p. 166.

⁸² Veja-se Vera- Cruz Pinto, ob. cit., p. 154.

A autonomia deste instituto foi diminuindo com a aplicação do “*beneficium divisionis*”, do “*beneficium excussionis*” e do “*beneficium cendendarum actiunum*”. Em razão disso, o mandato qualificado acabou no Direito Justiniano por assemelhar-se à “*fideiussio*”.

4.3. - O “*RECEPTUM ARGENTARIORUM*”

Foi mais uma garantia pessoal reconhecida pelo “*ius pretorium*” e assentava num pacto em que o banqueiro, em função da sua responsabilidade, aceitava perante terceiros solver obrigações (presentes ou futuras) assumidas pelos seus clientes.

Por conseguinte, o banco comprometia-se a realizar dada operação creditícia em favor de um cliente que tivesse o propósito de efectuar um negócio jurídico com outra pessoa.

O pacto constitutivo para solvência da dívida alheia, nascida entre o cliente e credor, apresentou algumas características do “*constituim debiti alieni*”.

Porém, não se confundiam. Vera-Cruz alerta⁸³: Este “*pactum*” somente era realizado por um “*argentari*”; pelo contrário, o “*constitutum*” estava ao dispor de qualquer pessoa. Outra nota distintiva, o “*receptum argentariorum*” só se prestava a assegurar as dívidas dos clientes, ao passo que os “*constitutum debiti*” não excluía as dívidas próprias.

Explica também o autor português⁸⁴ que os negócios de “*receptum argentariorum*” eram passíveis de conter dada condição. Uma disposição desta espécie parece ser estranha ao “*constitutum*”. De outro lado, o “*receptum*” podia envolver negócios sem qualquer dívida, o que não acontecia no “*constitutum*”.

Por último, comenta o professor Vera-Cruz⁸⁵, a acção derivada do “*receptum*” não se limitava no tempo e era passível de transmitir-se aos herdeiros. Por isso, não se limitava a responsabilidade neste vínculo negocial. Neste sentido, o “*constitutum*”

⁸³Ob. cit., p. 158 - 159.

⁸⁴idem, p. 158-159.

⁸⁵ibidem, p. 158-159

primitivamente não excedia um ano e não beneficiava da sucessão hereditária, somente mais tarde esta última foi admitida.

Com o tempo (no período justiniano) extinguiram-se as referidas diferenças e o *constitutum fundiu-se* com o “*receptum argentariorum*”.

5. - ASPECTOS RELEVANTES DA FIANÇA NO DIREITO ANGOLANO

5.1. - BREVES CONSIDERAÇÕES

Na celebração de um vínculo contratual, uma das partes torna-se credora da outra. Desta maneira, o cumprimento da obrigação dependerá em última instância da sua solvência. Contudo, o credor pode precaver-se contra esta eventualidade e encarregar o devedor de apresentar um terceiro para garante da satisfação do seu direito; ou mesmo o devedor pode fazê-lo sem a anuência do credor, “embora o fiador se obrigue pessoalmente para com o credor”⁸⁶.

Na actualidade, a forma típica de assumir tal relação jurídica obrigacional, denomina-se de fiança⁸⁷.

Este instituto, é normalmente um contrato que exige o acordo de vontades entre fiador e credor para garantir o crédito. Por meio do contrato de fiança, uma parte (o terceiro) obriga-se a cumprir o pagamento do débito, caso o devedor principal se torne insolvente. Concebe-se também a aplicação deste instituto a qualquer direito de crédito⁸⁸. No caso, a prestação do devedor pode ser um “*dare*” ou um “*facere*”.

5.2. NOÇÃO

A redacção do n.º 1, artigo 627º do Código Civil diz que a fiança é a garantia pessoal proporcionada pelo fiador ao credor para cumprimento da obrigação do devedor. Segundo as lições de Monteiro Júnior: “a fiança é a garantia porque uma

⁸⁶ Cfr. Pires Lima/Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 644.

⁸⁷ Mais longe vai Manuel Januário Costa Gomes que de forma peremptória afirma: “Dentre as garantias de cumprimento avulta como estrela de primeira grandeza, a fiança”. ob. cit. p. 63.

⁸⁸ Nesta conformidade, a fiança pode garantir, de entre outras, qualquer obrigação resultante de facto ilícito. Cfr Pires Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 644, anotação n.º 2, apud Vaz Serra

pessoa assegura o cumprimento de uma obrigação assumida por um terceiro, ficando responsável por este, se a obrigação não for cumprida”⁸⁹.

Da boa análise e no mesmo sentido, diz Almeida Costa que: “A fiança analisa-se no facto de um terceiro assegurar com o seu património o cumprimento de obrigação alheia, ficando pessoalmente obrigado perante o respectivo credor”⁹⁰.

Tal como no Direito Romano, a garantia dada usa-se com a finalidade de defender os interesses do credor. De consequência, a condição de fiador visa assegurar o fiel cumprimento de uma obrigação com o seu património, caso o devedor principal (afiançado) não pague a dívida ou os seus bens não sejam suficientes para solvê-la⁹¹. Contudo, também pode ocorrer que a satisfação do crédito se limite a alguns bens patrimoniais do fiador (artigo 602º do Código Civil). O intuito da norma, por óbvio, impõe sobre esta questão antecipado ajuste entre os contraentes, excepto se a lei impuser o contrário⁹².

5.3. - ASPECTOS RELEVANTES

A fiança é um contrato acessório. Esta evidência provém do Direito Romano. Pois, a sua existência pressupõe um contrato primitivo, da qual deriva a garantia pessoal (fiança)⁹³.

Muito bem lembra Manuel Januário Costa Gomes: “A recondução da fiança supõe acessoriedade, que não ocorre nas obrigações disjuntivas ou subsidiárias”⁹⁴.

Desta forma, o contrato acessório liga-se a outro (originário) e é precisamente instituído para garantir o adimplemento da obrigação principal. Revela-se conforme e

⁸⁹ Noções de Direito Comercial, Lisboa, 1952, p. 274.

⁹⁰ Cfr ob. cit., p. 165.

⁹¹ Num recuo no período arcaico romano diz Manuel Januário Costa Gomes: “A previsão do artigo 627, n.º 1 afasta a hipótese (curiosidade histórica) da sujeição da pessoa física do fiador, em termos de o credor poder agir sobre este como se fora uma coisa.” Ob. cit., p. 130

⁹² Esta última posição é defendida no Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05 de Novembro de 2005, sobre “Unanimidade”. Nele se diz que: “1. O posicionamento de que a fiança pode ser constituída não só por contrato mas também por negócio unilateral, não está inexoravelmente afastado do regime legal acomodado a esta questão admitindo-se até que este entendimento é o que está ordenamente implantado na lei civil”, disponível em <http://www.dgsi.pt.jtrg.nsf> (recolhido em 19/04/2006).

⁹³ Veja-se n.º 2, artigo 627º do Código Civil.

⁹⁴ Ob. cit. p. 131.

no limite da responsabilidade do devedor inicial. O fiador cumpre a sua obrigação tal como resulta da dívida assumida pelo afiançado.

Na opinião de Costa Gomes: “O fiador só é responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor na medida em que, sendo o devedor responsável, ele assumiu um dever de cumprir especialmente conotado com o dever de cumprir do devedor”^{95,96}.

Logo, distingue-se da subsidiariedade, que consiste numa obrigação, a ser exercida somente depois de outra. È secundária, pois vem em segundo lugar relativamente à prestação principal⁹⁷.

Em regra, a acessoriedade e a subsidiariedade podem coexistir na mesma obrigação^{98,99}. O fiador responderá pela dívida se houver incumprimento do devedor principal e, nesta medida, responsabiliza-se pelo mesmo conteúdo da obrigação inicial (artigo 634º do Código Civil). Vislumbra-se assim a influência do Direito Romano.

De outro lado, a fiança é assumida pela forma imposta para o contrato principal. Os termos da responsabilidade do fiador podem ou não exigir solenidade em dependência da obrigação inicial. Porém, ambas devem respeitar a forma prescrita na lei. A inobservância implica nulidade (artigo 220º do Código Civil).

A fiança também pode ser prestada ainda que o devedor não dê o seu consentimento (artigo 628º do Código Civil). Pode ser aceita mesmo contra a vontade do devedor. Na verdade, é um contrato restrito ao fiador e credor^{100,101}.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ No mesmo sentido veja-se actualíssimo comentário de Pires Cardoso, *Compêndio de Noções de Direito Comercial*, Editora Livraria Sá da Costa, Lisboa, p. 241.

⁹⁷ Segundo Manuel Januário Costa Gomes: “O direito acessório é aquele que é conformado por um direito principal; o direito subsidiário é aquele que só pode ser exercido depois de outro. O direito acessório é um direito conforme um outro; o direito subsidiário é um direito de exercício posterior a um outro.” Ob. cit. p. 1219.

⁹⁸ A este respeito veja-se Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito Das Obrigações*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1984, p. 620.

⁹⁹ Todavia, dizem Pires Lima e Antunes Varela que a subsidiariedade não é característica essencial da fiança. “O fiador é desde logo pessoalmente obrigado e pode ser chamado a cumprir antes mesmo do devedor” (cfr art.(s) 640º e 641º). Ob. cit., pp. 644 - 645, nota 5.

¹⁰⁰ Refere-se Manuel Januário Costa Gomes que: “O fiador fica adstrito à realização de uma prestação própria, mas a sua fisionomia e conteúdo são ditados pela prestação a cargo do devedor”. Ob. cit., p. 134.

¹⁰¹ Cumpre acentuar que o vínculo contratual entre o credor e fiador não deixa de aproximar ao perímetro do contrato, o devedor principal. Nesse sentido, veja-se Luís Menezes Leitão, ob. cit., p. 119.

Logo, o credor exige um garante a fim melhor possibilitar o pagamento do crédito. Na sua situação, é o principal interessado na solvência do devido. Daí que o contrato de fiança assente na confiança. De resto, o credor só admite um fiador que possa responsabilizar-se de maneira idónea (idoneidade patrimonial)¹⁰², e com capacidade para contratar¹⁰³.

Assim, a fiança pode decorrer da vontade das partes (fiança convencional) e também ser imposta por lei (fiança legal), conforme artigo 629º do Código Civil. Também se admite a celebração do contrato de fiança para obrigações futuras ou condicionais. Nestes casos, o compromisso contratual sujeita-se às vicissitudes da obrigação principal, por força da acessoriedade.

Neste ponto de vista, a fiança não pode ser de valor superior ou mais onerosa que o débito principal, mas admite o vínculo contratual em condições mais favoráveis (n.º 1, artigo 631º do Código Civil) se excede o montante em débito ou apresenta encargos mais graves. Não incorre em nulidade, mas reduz-se aos limites da obrigação principal (n.º 2, artigo 631º do Código Civil).

Outro aspecto relevante: sendo nula a obrigação principal também é a obrigação de fiança (n.º 1, artigo 632º do Código Civil). No entanto, se a fiança foi prestada por incapaz ou está eivada da falta ou vício de vontade, não pode haver oposição do fiador se conhecia as anormalidades que inquinavam a relação jurídica (n.º 1, artigo 632º do Código Civil). Nestas condições a fiança é anulável¹⁰⁴.

É também importante frisar que a fiança, como contrato acessório, extingue-se com a antiga obrigação. Em outras palavras, solvido o débito não se mantém a garantia, como dispõe o artigo 651º do Código Civil. Por isso, qualquer causa extintiva da obrigação primitiva faz cessar a fiança.

¹⁰² O fiador ao assegurar a obrigação do devedor, responsabiliza-se “pessoalmente com o seu património perante o credor”. Cfr. Luís Menezes Leitão, ob. cit. p. 118.

¹⁰³ Cfr n.º 1, artigo 633º do Código Civil.

¹⁰⁴ Manuel Januário Costa Gomes diz que o vício da nulidade é aplicável mesmo que o fiador o conheça antecipadamente, se ocorre o previsto no n.º 1, artigo 632º do Código Civil. Cfr. ob. cit., p. 619.

Outrossim, o fiador que pagar a dívida subroga-se nos direitos do credor (artigo 644º do Código Civil)¹⁰⁵. Todavia, o garante só pode accionar o devedor principal inadimplente quando este é avisado do cumprimento da obrigação. Senão, frustram-se os meios de defesa estabelecidos por lei para o garante beneficiar do direito de regresso¹⁰⁶. De resto, sérias dúvidas se colocam, pois, se o devedor não tem como pagar o credor, também não terá para o fiador. Em caso do afiançado pagar a dívida, é requisito essencial o conhecimento deste facto por parte do fiador.

De outro lado, o fiador tem o direito de opor-se a responder pelo débito principal, se primeiramente não forem excutidos os bens do devedor inicial. A excussão de todo o património deste é uma condição prévia para o credor¹⁰⁷ (benefício da excussão)¹⁰⁸.

Havendo uma pluralidade de fiadores para pagamento da mesma dívida, há a responsabilidade solidária entre estes, visto ser lícito ao credor impor a qualquer co-fiador o cumprimento integral da obrigação. Contudo, se os fiadores declararam o benefício da divisão, somente são responsáveis pela parte a que se obrigaram perante o credor (artigo 649º do Código Civil).

Prevê-se também a hipótese do fiador, de sua vez, dar outro fiador ao credor em garantia da sua obrigação. Está-se diante da subfiança (artigo 630º do Código Civil).

Contudo, a garantia dada pelo subfiador goza do benefício da excussão, com respeito ao devedor principal e primeiro fiador. Ou seja, o credor deverá inicialmente excutir os bens do devedor principal, para depois se dirigir ao fiador e só assim está em condições de accionar o subfiador¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A este propósito Manuel Januário Costa Gomes diz: “Ao cumprir a sua obrigação, o fiador não está a cumprir também a obrigação do devedor, nem sequer a está a extinguir, já que o devedor se mantém vinculado nos mesmos termos, agora face ao ex-fiador, como credor sub-rogado”. Ob. cit., pp. 137-138.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, veja-se Pires Cardoso, ob. citada, p. 241.

¹⁰⁷ Cfr. n.º 1, artigo 638º do Código Civil.

¹⁰⁸ O benefício da excussão advém da subsidiariedade da fiança. Todavia, a subsidiariedade é uma característica não essencial da fiança. Cfr. Luís Menezes Cordeiro, ob. citada, p. 12. Aliás, a al. a) do artigo 640º do Código Civil expressa tal realidade, pois o devedor principal pode renunciar ao benefício da excussão.

¹⁰⁹ Cfr. artigo 643º do Código Civil.

Por último, é importante dizer que existe fiança para as obrigações mercantis (artigo 101º do Código Comercial). Esta apresenta certas particularidades em relação à fiança civil.

Assim, pode ser constituída por fiador que não seja comerciante; no entanto, a obrigação deve ter por objecto um acto comercial. A garantia dada pode fundar-se em instrumento escrito diverso do contrato principal ou como cláusula inserida na dita convenção.

O fiador é solidário com o afiançado quanto ao pagamento da dívida e no caso de o garante solver o débito subroga-se nos direitos do credor. Pela natureza da solidariedade a que se refere a lei, o novo credor tem os mesmos meios de defesa contra o primitivo devedor.

Assim, apesar da evolução da ciência jurídica, nota-se que o instituto da fiança actual tem laços estreitos com o Direito Romano.

CAPITULO IV

CONCLUSÕES

1. - O Direito Romano apresenta-se didacticamente dividido em quatro épocas distintas: Época arcaica (753 a.C. ? a 130 a.C.); Época clássica (130 a.C. a 230 d.C.); Época pós-clássica (230 d.C. a 530 d.C.); Época justinianeia (530 d.C a 565 d. C.).

2. - Características essenciais do direito nas diferentes épocas:

a) - Época arcaica – actos jurídicos revestidos de rígidos critérios formalistas. O *ius civile*, composto de normas costumeiras, estava impregnado de preceitos jurídicos de origem sagrada, e aplicava-se somente aos cives. Com a expansão de Roma é criado o “*praetor peregrinus*”, dá-se início à formação dos “*ius gentium*” que visou regular as relações entre estrangeiros e destes com os romanos. As questões de direito eram solucionadas pelos sacerdotes, depois entenderam-se aos juristas laicos.

b) - Época clássica – é o período áureo do Direito romano. Atenua-se o formalismo e a influência religiosa. Destaca-se a “*interpretatio*” dos jurisconsultos na construção do “*ius civile*”.

c) - Época pós-clássica – Decadência da “*interpretatio*”. Viveu-se do legado dos juristas clássicos. Neste período o direito foi vulgarizado e passou a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado. Sofreu influências do Direito dos povos do Oriente.

d) - Época justinianeia – elaboraram-se as grandes compilações de Justiniano. O Direito priva-se da precisão técnica e da criatividade que caracterizou a época clássica.

3. - Em Roma, a “*obligatio*” era um “*vinculum iuris*” pela qual uma pessoa se obrigava a realizar uma prestação em favor da outra.

4. - As fontes obrigacionais configuraram-se no contrato e delito. O primeiro assentava no acordo de vontades entre contraentes para produzir efeitos jurídicos. O segundo provinha de actos ilícitos.

Outras fontes de obrigação são descritas nas Institutos, o quase-contrato e quase-delito.

A evolução da civilização romana fez surgir novas figuras jurídicas não enquadradas nas fontes de obrigações e denominaram-se de “várias espécies de causas”.

5. - Para assegurar o cumprimento das obrigações entre o credor e devedor podia-se acessoriamente vincular um terceiro. Esta relação era denominada de garantia pessoal de terceiro – *intercessio cumulativa*, que revestia a forma de “*adpromissio*”. Celebrava-se através de uma “*stipulatio*”. Em razão disso, o novo devedor juntava-se ao devedor principal.

6. - As modalidades mais antigas da “*adpromissio*” foram a “*sponsio*” e a “*fidepromissio*”. No século I a.C. criou-se a “*fideiussio*”.

7. - Estas três formas da “*adpromissio*” tinham em comum a característica de serem uma “*obligatio verbis*”. Eram constituídas mediante a interrogação oral do credor e a correspondente resposta verbal do terceiro ou “*adpromitente*”. Assim juntava-se à outra obrigação precedente (do devedor principal).

8. - As obrigações dos “*sponsores*” e “*fidepromissores*” regulavam-se pelos mesmos princípios. Contudo, de início o “*sponsor*” respondia pelo cumprimento da obrigação com o seu próprio corpo. Ambas assentes em promessas solenes, não surtiam efeitos “*post mortem*”; o credor podia demandar um ou outro devedor; a validade ou invalidade da obrigação primitiva não afectava a obrigação de garantia, e esta não podia ser maior ou mais pesada do que a obrigação principal, embora pudesse ser mais leve. Mostrando-se excessiva não admitia a nulidade.

A “*sponsio*” reserva-se somente para os cives, ao passo que a “*fidepromissio*” era acessível aos romanos e estrangeiros.

Com a evolução do direito romano a responsabilidade proveniente da “*sponsio*” (mais antiga) foi atenuada com a publicação de várias leis no período republicano. Tais limitações também eram válidas para a “*fidepromissio*”.

9. - A “*fideiussio*” era mais uma autorização responsável que propriamente uma promessa. Não tinha prazo de caducidade; garantia qualquer tipo de obrigação e era transmissível aos herdeiros. A invalidade da obrigação principal prejudicava a garantia e era acessível aos “*cives*” e não “*cives*”. As leis que atenuaram as duas modalidades mais antigas não se alargaram a “*fideiussio*”.

Apesar disso, foram-lhe concedidos três tipos de benefícios: “*beneficium cendendarum actionum*”, “*beneficium divisonis*” e o “*beneficium excussionis*”. Em razão desta evolução, a “*fideiussio*” tornou-se subsidiária.

10. - O “*mandatum pecuniae cedendae*”, o “*constitutum debiti alieni*” e o “*receptarum argentariorum*” também serviam para constituir garantias próximas à “*fideiussio*”.

11. - Em Angola, o regime jurídico da garantia pessoal de terceiro (fiança) tem enorme influência da “*adpromissio*”.

12. - De consequência, o fiador visa assegurar o cumprimento da obrigação principal com o seu património. É um contrato de natureza acessória e o garante responde pela dívida garantida nas mesmas condições que o devedor principal.

As duas obrigações devem respeitar a forma prescrita na lei e a garantia pode ser aceita mesmo contra a vontade do afiançado.

13. - A obrigação contraída pelo fiador pode fundar-se num contrato (fiança convencional) e por força da lei (fiança legal). Assim, o fiador pode garantir quaisquer espécies de obrigações (civis, comerciais, presentes, futuras ou condicionais); a fiança mercantil pode ser prestada por não comerciante e este, apresenta-se solidariamente responsável pelo cumprimento da obrigação afiançada.

14. - Ao fiador são assegurados os benefícios da divisão (artigo 649º do Código Civil) e da excussão (artigo 649º do Código Civil). Daí também a subsidiariedade da fiança.

15. - A fiança não pode ir para além do que possa ser exigido ao devedor principal. A acontecer, não acarreta invalidade, mas é aceita em condições menos onerosas que as previstas na dívida principal.

16. - Por seu lado, o fiador pode apresentar outrem para garantir a sua solvência (subfiança).

BIBLIOGRAFIA

Almeida Costa, Mário Júlio, Direito Das Obrigações, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 1988.

Antunes Varela, João de Matos, Direito Das Obrigações Em Geral, Volume I, Coimbra, 1980.

B.M.J. n.º 168, Julho de 1967.

breitone, mário, História do Direito Romano, Nova História, Editorial Estampa, 1990.

Cardoso, Pires, Compêndio De Noções De Direito Comercial, Editora Livraria Sá da Costa, Lisboa.

Clemente Zamora, Juan, Processo Histórico, Livraria Renascença, Joaquim Cardoso Editor, Lisboa, 1946.

Costa Gomes, Manuel Januário, Assunção Fidejussória De Dívida, Sobre O Sentido E Âmbito De Vinculação Como Fiador, Almedina, 2000.

Cruz, Sebastião, Direito Romano (Ius Romanum) I, Introdução, Fontes, 4ª Edição, Coimbra, 1984.

Júnior, Monteiro, Noções De Direito Comercial, Lisboa, 1952.

Kaser, Max, Direito Privado Romano, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999.

Lima Pires/Varela, Antunes, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987.

Luso Soares, Teresa, Estudos de Direito Romano, Volume 2, Lisboa, 1991, A.A.F.D.L.

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de, *Garantias Das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006.

Romano Martinez, Pedro, *Cumprimento Defeituoso Em Especial Na Compra E Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 2001.

Santos Justo, A., *Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Iuridica, 76, Direito Privado Romano - II (Direito Das Obrigações) Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.*

Santos Justo, A., *Direito Privado - I- Parte Geral (Introdução à Relação Jurídica, Defesa dos Direitos)*, 2ª Edição, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito.

Teixeira Pinto, Paulo, *Estudos de Direito Romano, Volume 2*, Lisboa, 1991, A.A.F.D.L.

Vera-Cruz Pinto, Eduardo, *Direito Das Obrigações Em Roma, Volume I*, A.A.F.D. de Lisboa, 1997.

Vera-Cruz Pinto, Eduardo, *As Fontes de Direito Romano (O Contributo de Raúl Ventura Para o Seu Ensino, F.D. Lisboa) Separata de Homenagem ao professor Dr. Raúl Ventura, Edição F.D.U.L., 2003, Coimbra.*

Vera-Cruz Pinto, Eduardo. *Aulas proferidas no 1º Curso de Mestrado, Lubango, 2006.*

Wieacker, Franz, *História do Direito Privado Romano, 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.*

A LIBERDADE CONTRATUAL

E

OS CONTRATOS DE ADESÃO

INDICE

INTRODUÇÃO

3. - Considerações Iniciais
4. - Objectivos a Alcançar
5. - Divisão do Tema

CAPÍTULO I – A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE CONTRATUAL

6. - Preliminares
7. - A aplicabilidade da autonomia privada e da liberdade contratual
2. 1.- Autonomia privada
- 2.2. - Autonomia privada e direito subjectivo
- 2.3. - Autonomia privada e autodeterminação
- 2.4. - Autonomia privada decorrente da vontade
3. - Liberdade contratual
- 3.1. - Limitação à liberdade contratual

CAPÍTULO II – ANGOLA – BREVE REFERÊNCIA AOS MENCIONADOS PRINCÍPIOS

4. - Autonomia privada e liberdade contratual na Lei Constitucional
5. - Síntese

CAPÍTULO III – CONTRATOS DE ADESÃO

6. - A contratação em massa
7. - Denominação
8. - Características
9. - A instituição do sistema protectivo em Angola
10. - Os contratos de massa em Angola.

CAPÍTULO IV – CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

1. – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Este breve esboço jurídico envolve o estudo da Lei das Cláusulas Gerais dos Contratos (L.C.G.C.), recentemente publicada. Partindo desta realidade, é de antemão perceptível que a assinalada disciplina impõe uma conjugada aplicação com os Princípios Gerais do Direito. Por ser assim, o caminho da procura de possíveis soluções de como agir na protecção do aderente está de forma clara e precisa comprometida com tais princípios, decorrência lógica da força e importância que os caracterizam como alicerces de qualquer ramo de Direito.

Deste amplo rol, distinguem-se os princípios estruturantes do Direito Civil. Mas no transcorrer da análise que nos anima, importa somente destacar a autonomia privada e, em consequência directa, a liberdade contratual.

Logo, fez-se necessário situar cada um dos mencionados princípios, à luz das opiniões consolidadas na doutrina dominante. Constata-se, assim, a feição contemporânea destes instrumentos jurídicos.

A par do referido raciocínio, demonstra-se a correlação daquela realidade jurídica (autonomia privada) ao direito subjectivo, à autodeterminação e à vontade. Em bom rigor, a virtude de seus efeitos dão reconhecida essência à autonomia privada e são a génese para a sua justa aplicação no ramo da civilística. Atrelado aos ditos valores, mostra-se racional não subjugar aquele clássico princípio às abissais exigências do mundo moderno.

Nesta consonância, fala-se dos identificados princípios na vida jurídica angolana. Denota-se assim, a mútua relação entre eles e os modelos políticos adoptados em Angola desde 11 de Novembro de 1975. As circunstâncias explicam a diversidade de posições tomadas pelo legislador. Repare-se, contudo, os significativos passos dados na última década para reabilitá-los.

De seguida, e já no cerne do nosso estudo, mereceu especial reflexão o estabelecimento de vínculos negociais através dos contratos de massa. Assentam estes,

num figurino contrário ao clássico encontro de duas declarações de vontade, fruto da própria evolução do processo económico e do dinamismo comercial.

Como se sabe, por todo mundo são constantemente celebrados contratos entre proponentes e aderentes. Mas por uma questão de economia, segurança e praticidade, os primeiros sujeitos pré-redigem um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a toda uma série de futuras relações contratuais, destinadas a serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares. Na verdade, a massificação do consumo atingiu níveis difíceis de serem dominados pela generalidade das pessoas.

Por ser assim, esta técnica de formação de contratos determinou a intervenção do legislador angolano. O objectivo visa impedir o acentuado desequilíbrio na transacção de bens e serviços, posto que impera a limitação da autonomia privada e da liberdade contratual do aderente, garantia da estabilidade e paridade entre os comuns. Com efeito, em muitas situações o negócio jurídico deve ser revisto, a fim de se dar necessário amparo ao contratante submetido às cláusulas gerais do contrato, bastas vezes atentatórias dos princípios reguladores das relações contratuais. É necessário delinear o começo e desenvolvimento destas novas espécies de vínculos entre os homens, à luz dos anotados princípios nos negócios privados.

2. – OBJECTIVOS A ALCANÇAR

O advento da nova lei sobre as cláusulas gerais não deixa de representar um convite à reflexão. Apesar das inovações, apontam-se também determinados pontos críticos; se estes forem bem esquadrihados, podem revelar muito do que se espera compreender, diante das vicissitudes em torno do contrato nos dias de hoje.

Assim, torna-se importante conhecer os recursos a serem utilizados para manter a prestigiada aplicação dos princípios em análise e, por consequência, o estabelecimento de estipulações contratuais mais justas, segundo finalidades socialmente aceitáveis. Sem dúvida, nos nossos dias a autonomia privada e a liberdade contratual sofrem limitações ao confrontarem-se com a prestação de serviços em massa. Todavia, os valores sociais dominantes fornecem o arrimo necessário para a equivalência nas relações negociais.

Este é o objectivo traçado para este trabalho, do qual muito se escreverá, e necessariamente dará origem a novos diplomas legais.

3. – A DIVISÃO DO TEMA

Para o estudo desta temática, dividimo-la em capítulos, como de seguida se apresentam:

No primeiro (I) discorre-se sobre a autonomia privada e a liberdade contratual. Em face disso, num inicial plano, dá-se uma visão jurídica da autonomia privada. Para tanto, relevam-se os interesses dos particulares na ordenação das suas vidas em sociedade. Logo de seguida, caracteriza-se a sua intrínseca relação com a autodeterminação, o direito subjectivo e a vontade.

Num outro plano, aborda-se a liberdade contratual. De modo directo, se demonstra a preponderância do livre agir do homem na convivência com os demais, não obstante as restrições ao consentimento suscitadas pelos seus pares.

Apresentou-se também viável fazer uma fugidia incursão à consagração constitucional dos enunciados princípios na arquitectura jurídica angolana (capítulo II); nos últimos tempos o discurso é de renovação, depois de outras realidades jurídicas os terem praticamente suprimido.

Neste alcance, fixa-se o preciso delineamento para se falar dos contratos de adesão (capítulo III).

Feitas então as oportunas considerações, mostra-se que a aceleração do processo económico – social provocou o surgimento de novas técnicas de contratação em massa. Na verdade, estas adquiriram grande importância na sociedade contemporânea.

Confrontados com o anunciado fenómeno social, verifica-se a intervenção do legislador nacional e a conseqüente realidade vivida em Angola.

Finalmente, elaboraram-se as conclusões (capítulo IV) que sintetizam os aspectos mais pertinentes das questões desenvolvidas.

CAPÍTULO I

A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE CONTRATUAL

1. - PRELIMINARES

O Direito caracteriza-se como produto da convivência humana. Neste caso, desdobra-se numa teia de variadas relações jurídicas estabelecidas entre pessoas no âmbito do seu mundo cultural.

Assim, conceitua-se o Direito como um sistema de normas de conduta que coordenam e regulam as relações dos homens em confronto com outros agentes sociais. Santos Justo define-o como: “Conjunto de normas necessárias à convivência humana que se inspiram e fundamentam na ideia de justiça e têm na coercibilidade uma importante condição de eficácia.”¹¹⁰

Independentemente das definições que lhe atribuem, mais útil é buscar a sua finalidade. Por conseguinte, visa justamente conferir harmonia e estabilidade às manifestações no ambiente social; ou seja, procura assegurar o equilíbrio nas relações interpessoais, bem como a prevenção ou solução de conflitos e interesses.

Fundado neste reconhecimento, em generalizada e pertinente relação com todo o Ordenamento Jurídico, se encontra o Direito Civil. É constituído por vários princípios nucleares, dos quais irradiam diferentes normas que traçam as noções, concretizam e são fontes de acção segundo um ideal de justiça. De entre aqueles, distinguem-se os princípios de autonomia privada e da liberdade contratual.¹¹¹

Em sua sede, a Lei Constitucional angolana integra estes princípios, em íntima relação com os restantes, e com fundadas razões servem-lhe de base e parâmetro. Alguns estão implícitos, porque extraídos dos valores consagrados na nossa lei fundamental ou configurados como expressões nas regras jurídicas. Segundo Gomes Canotilho, os princípios são “normas com um grau de abstracção relativamente

¹¹⁰ Introdução ao Direito, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 36.

¹¹¹ Não se pode esquecer os outros princípios rectores do Direito Civil: da igualdade, da responsabilidade e da propriedade privada.

elevado”¹¹², que pela sua indeterminação carecem de um trabalho intelectual concretizador, e apresentam-se como autênticos “*standards* juridicamente vinculados nas exigências de justiça”¹¹³.

De outra face, poderão até existir conflitos entre princípios, mas isto não ocasiona a oportunidade de anulá-los diante da hipótese de algum deles ser inaplicável ao caso concreto, atenta a sua natureza complementar. Somente é necessário averiguar qual deve prevalecer em dado momento jurídico, pelo facto de poderem ser respeitados de acordo a determinada situação. Será através do contacto social que se fixará o seu grau de incidência. Eles convivem e não se sufocam ou se excluem. A compreensão de uns não implica o afastamento dos outros.

De facto, sintetizam-se os princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas”¹¹⁴. Como efeito, percebem-se como intrinsecamente justos, objectivam o mesmo fim e completam-se num todo harmónico, servindo de alicerces para a prática do Direito. São verdadeiros bastiões do Ordenamento Jurídico, posto que auxiliam a interpretação e aplicação da norma abstracta aos casos concretos.

A elevada dimensão do princípio da autonomia privada exprime-se mais visivelmente na liberdade contratual e o fundamento constitucional mais explícito está previsto no n.º 3, artigo 11º da magna lei¹¹⁵. Esta norma articula-se, entre outras, com os preceitos que tutelam a propriedade privada (n.º 4 do artigo 12º), o direito de livre escolha e exercício de profissão (n.º 3 do artigo 48º). Importa assim tecer outras considerações.

2. – A APLICABILIDADE DA AUTONOMIA PRIVADA E DA LIBERDADE CONTRATUAL.

2.1. – AUTONOMIA PRIVADA

¹¹² Direito Constitucional, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina 1999, pp. 1086 - 1087.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 299.

¹¹⁵ Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro - Lei da Revisão Constitucional.

Como já dissemos, o princípio da autonomia privada decorre a liberdade contratual. É inexorável esta ligação nas relações inter-individuais. Façamos inicialmente da autonomia privada. Etimologicamente, autonomia significa capacidade de reger-se por si mesmo, de agir espontaneamente¹¹⁶. A própria palavra já demonstra o seu alcance. Exprime a faculdade, o poder de determinada pessoa física ou jurídica traçar as normas da sua conduta sem que para tanto hajam imposições restritivas à sua acção. De facto, o sujeito privado de *per si* age na órbita dos seus direitos, regula todas as condições e modalidades dos seus vínculos.

Notadamente, ao homem cabe reger os seus próprios interesses e vincular-se com autonomia; isto é, com o poder de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as situações jurídicas em que participa¹¹⁷.

Neste domínio surge a autonomia privada. Para Sousa Ribeiro “é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”¹¹⁸.

Tanto é assim que, a autonomia privada significa o poder dos indivíduos reunirem os meios em ordem a atingir dado fim, e assim desencadeiam um comportamento protegido pela Ordem Jurídica. A isso corresponde a ordenação espontânea dos interesses das pessoas, consideradas em paridade nas relações de convivência. Numa ampla perspectiva, ela equaciona-se no espaço de liberdade reconhecido a cada sujeito dentro da Ordem Jurídica. De consequência, abrange tudo quanto podem fazer, do ponto de vista jurídico. Num papel mais restrito a autonomia privada assenta no espaço de liberdade geradora do direito, definida como uma área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as suas actividades jurígenas, conforme a sua vontade. Como bem salienta Menezes Leitão, “...existe uma permissão genérica de conduta, porque a todos os sujeitos da Ordem Jurídica é reconhecida esta

¹¹⁶ A palavra “autonomia” é de origem grega e compõe-se das palavras “autos” e “nomos”, significando por isso, traduzido à letra, estabelecer leis por si mesmo. (cfr. Heinrich Edwald Horster, A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2003, p. 52).

¹¹⁷ Neste sentido, entre outros autores, veja-se Carlos B. Burity da Silva, Teoria Geral do Direito Civil, Coleção FDUAN, Luanda, 2004, p. 134.

¹¹⁸ Problema Dos Contratos, As Cláusulas Gerais E Os Princípios Da Liberdade Contratual, Coimbra, 2003, p.21

possibilidade de produção de efeitos jurídicos, não havendo nenhum que dela seja excluído”¹¹⁹.

Porém, como princípio fundamental do Direito Civil não se pode absolutizar. Deve-se é balizar na liberdade e normal discernimento das pessoas comuns, afastando as ilimitadas actuações lesivas dos direitos alheios. Neste patamar, deve ser preservada, isto é certo, apesar das constantes tensões com os interesses da comunidade em geral. Por assim dizer, mitiga-se pela protecção social estendida aos demais actores nas relações privadas.

Por conseguinte, não deixa de ser um meio de realização do homem. Mas este deve admitir que a sua finalidade, traduzida nos valores humanos, está lado a lado com as restrições que envolvem a vida em convivência e todas as outras anotadas em lei. Em suma, não se autoriza um exercício contrário aos ideais da justiça e das exigências da equidade.

Vale agora ressaltar que a autonomia da vontade e autonomia privada não têm conteúdo idêntico nem se confundem¹²⁰. No preciso sentido, a expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjectiva, psicológica. Em princípio, limita-se a este domínio. Alcança os estados afectivos (ânimo, carácter, temperamento e intenção). Não quer isto dizer que a vontade interna se distancia da actividade jurídica das pessoas. Para esta converge e se entranha. Mas, a vontade (trazida no sentido literal do termo) fixa-se tão-somente no acto mental, na liberdade do pensamento, sem projecção para o mundo exterior.

No respeitante à autonomia privada, é o poder dos particulares regularem juridicamente as situações jurídicas próprias, concebendo-lhes conteúdo, forma e eficácia reconhecidas na lei; ou seja, conformam legalmente a vontade e transmitem o respectivo vínculo para o ambiente social.

¹¹⁹ Cfr. Direito Das Obrigações, Volume I, Introdução Da Constituição Das Obrigações, 5ª edição, Almedina, p.21.

¹²⁰ O professor O. Ascensão a este propósito prefere falar de autonomia privada, no sentido de nos libertarmos do dogma da vontade. Direito Civil, Teoria Geral, II, 2ª Edição, 2000, p. 79

Sendo assim, este princípio é a objectivação do teor da vontade irradiada no contacto em sociedade, susceptível de gerar efeitos aos destinatários.

Em suma, a autonomia privada indica a faculdade que possui dada pessoa em traçar a sua conduta de conformidade à sua vontade, impelida para novas e livres criações de autoconformar as diferentes situações jurídicas segundo uma resolução válida, livre de vícios ou defeitos, isto é, modelada por interesses legais, bem como de ordem pública ou bons costumes.

2.2. - AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO SUBJECTIVO

A autonomia privada ao manifestar-se no império da vontade é caracterizada essencialmente no direito subjectivo. Este configura-se na existência de um espaço de acção livre atribuído ou reconhecido ao indivíduo pela Ordem Jurídica no qual os demais não podem intervir. Alicerça-se na prerrogativa outorgada ao sujeito activo na situação jurídica de poder livremente exercer os seus direitos ou fruir e gozar tudo o que lhe pertence. Em razão disso, revela-se e actua, tendo como base um actor de direito (pessoa no sentido jurídico) legalmente protegido, em virtude do qual se lhe atribui o que é seu. Neste contexto, a pessoa está investida de um conjunto de faculdades e poderes para realizar os inerentes interesses. Santos Justo esclarece: “se se trata de exigir ou pretender, o adversário tem um dever jurídico; se o poder produz um efeito jurídico está numa situação de sujeição”¹²¹. Mostram-se assim dois planos: no primeiro, há um poder que decorre do direito subjectivo para defesa e protecção de qualquer espécie de bens materiais ou imateriais. Aqui constitui-se o dever jurídico que tanto provém do vínculo obrigacional estabelecido pelo mútuo consenso dos intervenientes, como também da rigorosa exigência de todas as pessoas não ofenderem direito alheio (direito absoluto). Assim se diz que é direito subjectivo em sentido restrito.

Na segunda perspectiva, a pessoa investida do poder emanado do direito subjectivo altera dada situação jurídica sem dependência da vontade de outrem. Para esta resta apenas a plena submissão (direito potestativo)¹²²

¹²¹ Ob. citada, p. 37.

¹²² Sobre esta questão, veja-se Manuel A. Domingos de Andrade, Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I, Sujeitos e Objectos, Reimpressão, Coimbra, 1992, p. 10 e ss.

Enfim, o direito subjectivo caracteriza-se no facto do homem poder criar com o que lhe pertence um campo existencial imprescindível à realização da sua condição própria¹²³. Pese embora as várias correntes doutrinárias germinadas em torno do direito subjectivo¹²⁴, consequência das transformações sociais e económicas, é imperioso não debilitar a posição central do ente humano em benefício de proposições jurídicas reducionistas.

Portanto, nas relações jurídicas a autonomia privada e o direito subjectivo, que não se confundem, entrelaçam-se com grande intensidade, conferindo um verdadeiro poder a cada um dos particulares na prossecução dos seus interesses.

2.3. – AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia privada é uma manifestação de autodeterminação¹²⁵. Expressa esta, o poder de estabelecer a própria conduta nas relações com outras pessoas. Por exemplo, quando se decide não exercer um direito. Entende-se, por vezes, utilizá-las como sinónimos¹²⁶. Contudo, a autodeterminação é vista em sentido mais amplo. Há na verdade uma forte conexão, isso não se discute. E assim é, porque a aplicação da autodeterminação apela à autonomia privada para a sua concretização, face às situações jurídicas estabelecidas entre particulares.

No entanto, a autodeterminação deve estar presente em todas as realizações lícitas da pessoa humana independentemente da sua validade no mundo jurídico.

A seu turno, e numa feição bem mais estrita, vê-se a autonomia privada. Esta integra-se no plano dos negócios jurídicos; concentra-se na liberdade de criar, transferir, modificar ou extinguir situações jurídicas, como fenómeno que se desenvolve no tempo.

¹²³ Na evolução do direito subjectivo surge um outro direito que não é de cada um em particular, mas é visto como uma soma dos direitos de cada um (não como direito colectivo). A isto se chamam interesses difusos: é de cada um mas como membro da colectividade. Sobre esta matéria, veja-se José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Civil, Volume III, Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, pp. 110 e ss.

¹²⁴ A este propósito, veja-se A. Santos Justo, *ob. cit.*, pp. 38 e ss.

¹²⁵ Considera Sousa Ribeiro que a autodeterminação é “o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a vida de acordo com as suas preferências”. *Ob. cit.*, p. 22.

¹²⁶ Para Galvão Telles, “autonomia significa em Direito autodeterminação”. *Direito Das Obrigações*, 7ª Edição (Revista e Actualizada) Coimbra Editora, 1997, p. 62.

Por sua vez, um significado maior, como se demonstra, verifica-se no princípio geral da autodeterminação. Tanto é assim que no seu âmbito se proporciona à pessoa agir sem influência alheia, sem esquecer, é claro, a validade geral dessa actuação. Manifestamente, deve esta respeitar as normas legais em vigor. Como se vê, a alta expressão dessas manifestações submete-se à supremacia da lei.

Isto posto, fica também claro que o ser humano é limitado pela auto-responsabilidade; deve responder pelos seus actos e, conseqüentemente, pelos possíveis excessos. Então é oportuno enfatizar, que a auto-responsabilidade está enlaçada à liberdade de autodeterminação. Em bom rigor, a auto-responsabilidade existe dentro da autodeterminação. Deve cingir-se aos seus limites. E esta, desde logo, só é reconhecida quando ao sujeito se contempla o livre desenvolvimento no processo negocial, porém exercido com razoável arbítrio.

Certamente, como valor fundamental imposto pela Ordem Jurídica, aquela exprime o livre de fazer ou não o que se quer; de realizar ou não qualquer actividade, desde que não haja norma proibitiva ou restritiva para a prática desses actos. Como já foi observado, o homem é um ser participativo, autodeterminado e heterodeterminado; isto resulta da vida de relação. Por tais razões, traça as suas próprias regras e livremente opta pelas possíveis alternativas, mas a faculdade de autodeterminar-se não lhe permite uma conduta que comprometa a liberdade alheia. É uma condição recebida do exterior que não pode ultrapassar. Impõe-se então respeitar os padrões sociais já estabelecidos, visando harmonizar as relações com o mundo que o cerca.

Em síntese, a autonomia privada reside na autodeterminação e como valor primordial deve ser suficiente para a livre decisão do próprio homem na vida com os restantes componentes da sociedade.

2.4. – AUTONOMIA DECORRENTE DA VONTADE¹²⁷

¹²⁷ As doutrinas sobre a vontade têm raízes antigas. Entretanto, o seu apogeu deu-se nos séculos XVIII e XIX, onde a vontade era valor fundamental. Todavia, este argumento conflituou com outras teorias. Contudo, hoje não deixa de ser indispensável na concretização do valor de liberdade nomeadamente para as declarações negociais. Para outros desenvolvimentos, veja-se Santos Justo, ob. citada, pp. 38 e ss.; Inocêncio Galvão Telles, Manual Dos Contratos Em Geral, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2002, p. 157 e ss..

A vontade exprime a faculdade de querer, a intenção de proceder desta ou daquela forma. A livre manifestação da vontade é que caracteriza a voluntariedade do acto, evidenciando as suas próprias motivações.

Desse modo, a autonomia reside na vontade. Esta, é a concretização do valor da liberdade. Conforma-se justamente na possibilidade do indivíduo querer ou não querer qualquer coisa, mas é da acção que resulta a manifestação da vontade do sujeito num caso determinado. Inevitavelmente, só no agir se reconhece a existência jurídica do acto.

Para Carneiro de Frada: “Existe uma síntese entre a vontade e a declaração, o acto de conformação jurídica e ao acto de exteriorização”¹²⁸. Neste alcance, a vontade não é suficiente para produzir efeitos jurídicos e sim a declaração de vontade. No mesmo sentido Galvão Telles diz: “A manifestação não pode faltar em caso algum; sem ela a vontade é impulso eu não sai do foro íntimo e que o Direito desconhece...”¹²⁹

Assim, exteriorizada a vontade (como facto disciplinado pelo Direito) passa esta a fazer parte do mundo jurídico e fica sujeita às consequências ditadas pela ordem legal¹³⁰. De contrário, a vontade, como acto mental, não é regulada pelo Direito. Só é tutelada pela Ordem Jurídica quando se manifesta para o exterior¹³¹.

A bem de ver, a declaração é o meio normal de revelação da vontade e, não sendo exteriorizada, não produz efeitos jurídicos¹³². Sob este aspecto, conta tão-somente a vontade declarada, porque faz gerar vínculos, produz o acto jurídico. Entretanto, não se pode coagir ninguém a declarar o que não tenha desejado. Nem a lei protege a falta

¹²⁸ Contratos e Deveres de Protecção, Coimbra, 1994, p. 66.

¹²⁹ Ob. citada, p. 155.

¹³⁰ O insigne Prof. O. Ascensão apoiado em considerações jusnaturalistas faz sentir que há uma ordem total e nesta, se insere a criação autónoma e a lei. Não se confundem, nem a lei apaga a autonomia. O que existe é um reconhecimento do poder do particular pela Ordem Jurídica. Veja-se Teoria Geral do Direito Civil, Volume III, Acções e Factos Jurídicos, Lisboa, 1992, p. 40 e ss.

¹³¹ Hoje, a exteriorização da vontade é também feita por meios informáticos. Sobre esta espécie de declaração, veja-se, entre outros, José de Oliveira Ascensão, Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 472 e ss.

¹³² Observe-se que a declaração importa sempre dada forma; uma certa maneira de exteriorizar a vontade. Entretanto, a forma especial, quando exigida por lei, deve ser respeitada. Sobre esta matéria, veja-se José de Oliveira Ascensão, ob. citada, p. 175.

de consciência do conteúdo do acto declarado. A pessoa é livre de se obrigar porque assim o quis e isso deve ser respeitado na exacta medida do seu querer.

Neste particular, se observa a expressa incidência da autonomia detida por dada pessoa relativamente ao modo de dar força à sua vontade. Àquela reserva-se uma área de actuação imune à interferência dos restantes integrantes da sociedade.

Na verdade, ninguém pode ser forçado a declarar aquilo que não quer, nem a ser compelido por força nenhuma externa a prosseguir ou abandonar o que propõe o seu entendimento. Havendo falta de harmonia entre a vontade e a declaração, seja por espontaneidade (assumpção inconsciente do acto) ou sob influência de outrem, nasce um vício de consentimento¹³³, pelo que o acto ou facto se afasta de qualquer validade jurídica. Na verdade, a vontade manifestada está em divergência com a consciência do declarante¹³⁴.

Por outra parte, a autonomia que cada um tem de realizar ou não qualquer coisa de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade são dois lados da mesma moeda.

Com razão se diz, que pela actuação humana reconhecida juridicamente se produzem os efeitos jurídicos (criar, ampliar, conservar ou proteger situações jurídicas). Ela é encarada através das declarações de vontade do emitente, porquanto esta determina a livre manifestação do homem na relação com o mundo circundante. Daqui busca-se conferir justa medida à vontade manifestada no universo jurídico.

Assim, se afirma que a vontade deve estar autonomizada, ou seja, livre de qualquer constrangimento para que a exteriorização se proceda validamente. De contrário, não há concordância entre a vontade de facto pretendida e a declarada por influência de motivos estranhos ao declarante. Aliás, se este conhecia o vício, é de presumir que a declaração seria diversa. Em princípio, não se exterioriza a vontade a

¹³³ Recorde-se que a vontade é considerada com valor legal desde que isenta de constrangimento, coação ou enganos. Para tanto, cfr. os artigos 240º e ss. do Código Civil. Importa ainda tecer considerações doutrinárias em torno da questão. A teoria da vontade caracteriza-se eminentemente pela subjectividade, assente na vontade psíquica do sujeito. Ao contrário, a teoria da declaração possui cunho objectivo, resguardado no conteúdo declarado, não dependendo do foro íntimo do emissor da declaração.

¹³⁴ O artigo 246º do Código Civil em sua primeira parte é claro e peremptório nestes casos.

outrem sabendo que se sofrerá uma lesão. Por isso, havendo divergência entre a vontade e a declaração decide-se em favor da última.

Desta maneira, pela livre ordenação da vontade humana, se inscreve a sua autonomia face às diferentes situações a que se vincula.

Contudo, não deixa de haver limites para a vontade, pois o homem está rodeado de leis naturais inflexíveis e padrões sociais rígidos. Por isso não há um querer individual incondicionado. Reconhece-se então, uma linha de demarcação que está incluída na própria manifestação da vontade.

Diante disso, é possível perceber que a vontade rege a vida do homem, mas sofre restrições quando o Direito positivo proíbe neste ou naquele sentido. No caso, se impõe ao sujeito o interesse generalizado (a vontade geral), que vai para além da vontade particular. Sob esse aspecto, o espaço reservado ao emitente da vontade reduz-se por normas imperativas, incidindo mesmo contra a manifestação que lhe deu origem quando ofende os requisitos de legalidade destinados a assegurar a paz social.

3. – LIBERDADE CONTRATUAL

A liberdade contratual é reflexo da autonomia privada¹³⁵ e no Ordenamento Jurídico angolano tem ampla expressão. O artigo 405º do Código Civil evidencia o reconhecimento da liberdade de fixação e modelação do conteúdo contratual. Galvão Telles adverte que em rigor “celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir neles as cláusulas que desejam, não são mais do que aplicações de liberdade de fixação do conteúdo do contrato, diferentemente do que pode sugerir a redacção do artigo.”¹³⁶

Com argumento mais amplo, O. Ascensão diz: “O artigo 405º do Código Civil fala em liberdade. Com esta se querem abranger a liberdade de criação e a liberdade de

¹³⁵ Cláudio Petrini Belmonte afirma que “...a liberdade contratual configura um instrumento técnico-operativo de um outro princípio mais amplo, a autonomia privada”. Cfr. A REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E A PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES – UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IURIDICA, Coimbra Editora, p. 65.

¹³⁶ Ob. cit., p. 62, nota (1).

estipulação. Ficam de fora a liberdade de negociação e a liberdade de vinculação. Mas daqui não se retira nenhuma intenção restritiva”^{137,138}.

Na verdade, as ilações que se retiram do sentido literal restritivo previsto na cláusula, notadamente se estendem a todos os factos que envolvem e conformam a celebração de qualquer negócio. Assim, assegura-se ao particular a possibilidade de fixar o conteúdo negocial pretendido, de seleccionar a contraparte e de se recusar a estabelecer o vínculo segundo a sua consciência e interesse. Implica também a liberdade de ajustar direitos e deveres a cumprir ou de determinar condições e contraprestações. Em suma, as partes são livres para contratar ou não fazê-lo, de escolher o tipo de negócio e o momento de se vincularem a outrem. Portanto, este princípio preconiza que os sujeitos têm como livre a disposição dos seus interesses. Mas, por via de consequência lógica, assumido o vínculo negocial restringe-se a liberdade individual, embora assente e sustentada na livre vontade do que se quer ou não fazer. Por ser assim, devem-se respeitar os ajustes celebrados e acima de tudo satisfazerem-se as exigências mínimas dispostas nas prescrições legais.

A bem dizer, a liberdade contratual deve ser entendida de forma a evitar a sua mitigação, porquanto subordiná-la a restrições acaba por prejudicar a segurança nas situações jurídicas firmadas entre os partícipes. Contudo, o espaço reservado aos particulares para auto-regularem as suas relações pode ser reduzido por motivos proibidos por lei ou que mereçam reprovação da moral.

3.1. – LIMITAÇÕES À LIBERDADE CONTRATUAL

Existem algumas limitações de ordem objectiva e em variadas situações a liberdade contratual sofre restrições em virtude da projecção do interesse social nas relações interindividuais.

Daqui resulta estarem instituídos limites à liberdade de fixação ou modelação do conteúdo dos contratos. Há um exacto rigor legalmente imposto que estabelece

¹³⁷ Direito Civil – Acções e Factos Jurídicos, II, 2ª Edição, 2000, pp. 94-95-96

¹³⁸ A respeito destas zonas de liberdade, veja-se José O. Ascensão, Teoria Geral do Direito Civil, Volume III, Acções e Factos Jurídicos, Lisboa, 1992, p. 50 e ss.

fronteiras, dentro das quais, a liberdade contratual pode ser livremente exercida.¹³⁹ Dentro deste espaço a liberdade negocial será reduzida ou aumentada de acordo com os interesses que se queiram tutelar.

O artigo 405º do Código Civil impõe à actuação das partes os limites da lei. O imperativo assim consignado pauta pela limitação da vontade e determina a submissão à Ordem Jurídica, independentemente do acto volitivo manifestado pelas partes.

Neste amplo contexto normativo não se deve contrariar a lei. De outra face, o negócio deve ser também possível, física e juridicamente, senão ocorre a nulidade. Ainda sob esta visão, o objecto negocial deve ser determinado ou no mínimo, determinável, se indicado pelo género, quantidade e qualidade. Caso haja desobediência, o negócio igualmente padecerá de nulidade¹⁴⁰.

Distinguem-se outras limitações à liberdade contratual dirigidas ao objecto do negócio, por considerações de ordem pública e pelos bons costumes (artigo 280º, n.º 2 do Código Civil). Assim, há um comando emanado super partes e é nesta visão imperativa que o negócio jurídico deve ser executado.

Na realidade, as vontades particulares têm de ser aparelhadas a cada passo aos interesses jurídicos dos demais e devem convergir com as determinações legalmente impostas.

Limitados a breve exemplo, indica-se, para tanto, o negócio de compra e venda de estupefacientes. Este não pode ser contemplado pelo Direito, ainda que preencha todos os demais requisitos. Pois, versa sobre um objecto considerado contrário à norma jurídica. Não há idoneidade do negócio contratual; ou seja, não existe adequação do bem a uma prestação patrimonial. Deve haver o cuidado de não recusar o que a lei limita. De certa maneira a liberdade contratual é preponderante, mas não pode ferir os interesses gerais legalmente protegidos¹⁴¹.

¹³⁹ Alguns fundamentos legais vêm expressos nos artigos 280º, 282º, 762º, n.º 2 do 1.025º, 1.080º, 1.093º e 1.146º, todos do Código Civil.

¹⁴⁰ Cfr. n.º 1 do artigo 280º do Código Civil.

¹⁴¹ Sobre esta matéria, veja-se Pires de Lima / Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, pp. 258 – 259 e 355 – 356.

De resto, as pessoas nas suas convenções inter-humanas devem respeito aos valores existentes no meio social e o seu agir tem de assentar em modos de conduta subordinados aos deveres morais ou bons costumes. A liberdade contratual tem de valorizar o carácter ordenador das delimitações observadas no seio da comunidade, segundo os ditames da sua consciência. Esta obediência tem de coexistir, sob pena de se considerarem nulos os negócios que colidam com o que é legalmente proibido.

Reconhecem-se também restrições à liberdade contratual quando determinados modelos contratuais são determinados por lei de modo suficiente. Falamos dos contratos típicos.

Estes tipos contratuais têm um regime próprio e as suas estipulações são disciplinadas e traçadas por lei. Neste caso verifica-se a tipicidade, ou seja, a taxatividade.

Portanto, os contratos são típicos porque se reconduzem aos tipos legais previstos no Ordenamento Jurídico¹⁴².

Na verdade, somos obrigados a afirmar que os tipos contratuais descritos na lei foram alicerçados sobre anteriores práticas desenvolvidas ao abrigo da liberdade contratual. Mas, o legislador de maneira hábil tipificou-os. A razão de fundo assenta no equilíbrio das relações contratuais segundo critérios de igualdade e justiça.

Esta visão não desassocia o domínio da lei do domínio da liberdade das pessoas. Ambos integram a vida social e a intervenção do legislador busca tão-somente impedir que os comportamentos individuais contrariem a aplicação concreta dos referidos ideais nas relações *interpartes*.

Contudo, não deixa de ser verdadeiro que as matizes dos tipos identificados na lei reduzem a liberdade contratual ou mesmo a autonomia privada. Contudo, não as esgotam. Na zona dos contratos típicos há liberdade, apesar de não ser total. As partes

¹⁴² Na literatura jurídica portuguesa encontra-se um estudo significativo sobre esta matéria. Para tanto, cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, Reimpressão da 1ª Edição, 1995.

sempre têm a liberdade de estipular as cláusulas que entenderem naquela zona não injuntiva. Com efeito, existe compatibilidade entre o uso dos tipos legais e a liberdade contratual, pois, há sempre uma margem para preencher o conteúdo do negócio jurídico; existem espaços que o permitem.

Neste passo, é premente fazer-se uma referência ao contrato atípico. Assim se diz daquele que não se sujeita a uma disciplina própria. Que não se submetem à tipificação legal. Isto traduz-se no facto de não existir uma regulamentação legislativa específica. Mas é lícito, em razão de estar sujeito às normas gerais dos negócios jurídicos e particularmente dos contratos. A base legal não pode ser preterida, apesar das cláusulas serem engendradas pelas partes. Assim, as vontades válidas ajustam-se no quadro da fértil iniciativa dos contraentes e permitem ao exercício mental humano dar um conteúdo eficaz aos seus legítimos anseios.

Nessa área jurídica não se prevê o “*numerus clausus*”, pois estes contratos não são objecto de regulação especializada na lei. Não têm padrão assinalado pela Ordem Jurídica.

Outra posição é aquela que confunde contratos típicos com nominados.

Há casos de contratos com nome consagrado na lei (*nomen iuris*); isto é, nominado. Possuem uma denominação e por ele se individualizam, distinguem-se. Por consequência assim devem ser mencionados. Contudo, as suas estipulações não obedecem a um modelo regulativo. Nos primeiros, como já vimos, há um esquema tipificado na Ordem Jurídica que ultrapassa a simples denominação legal (*nomen iuris*). Quer isso significar, que a designação legalmente expressa diferencia-se da concreta disciplina estabelecida na ordem positiva para a tipicidade contratual.

Efectivamente, na técnica jurídica os nominados encerram um nome. São particularmente qualificados, mas não se sujeitam a um modelo legal de referência. A uma descrição típica. Aliás, é de admitir que a dita denominação decorre do conteúdo regulamentado e não vice-versa, como poderia parecer se o adjectivo prevalecente fosse o termo “nominado”.

Na contraface deste, está o contrato inominado. Neste campo assume nevrálgica projecção a liberdade contratual. Na realidade, tais contratos são inominados por não se lhes reconhecer qualquer nome. A lei dispensa a imposição de uma denominação ao contrato. Aqui releva-se a riqueza do pensamento humano, embora sujeito aos princípios gerais do direito e às normas jurídicas instituídas. No fundo, está-se perante o contrapeso existente entre a autonomia privada e os interesses sociais.

Em suma, a liberdade das pessoas apesar de vinculada aos impulsos da razão humana, apresenta-se incontornável às considerações legais. Mas o quadro regulativo típico não é exaustivo e isto está patenteado na força e eficácia da liberdade contratual¹⁴³.

Na verdade, a dinâmica dos nossos dias evidencia a evolução consentida na proliferação de contratos atípicos (apesar de nominados), tais como: o “*franchising*”, o “*factoring*”, o “*leasing*”, a “*joint-venture*”, a agência, etc.¹⁴⁴.

No que tange ainda a limitações, é bem claro especificar o caso do dever jurídico de se contratar com determinada pessoa¹⁴⁵. Com efeito, a recusa de uma das partes não impede a conclusão do contrato. De contrário, sujeita o obrigado à respectiva sanção. Neste sentir, oferece-se o exemplo das concessionárias de sectores públicos que ao monopolizarem serviços básicos (água, electricidade, etc.), se obrigam a contratar com a colectividade em geral.

O emérito professor O. Ascensão denomina-os de contratos coactivos ou compulsivos¹⁴⁶. Deveras, não se podem ultrapassar os limites da liberdade jurídica de vinculação ou conclusão instituídos para aqueles contratos. Isso decorre do interesse público e da directa influência do serviço a prestar. Precisamente neste caso, o contrato importa também à sociedade, não apenas às partes contratantes, e servirá como medida

¹⁴³ Sobre esta matéria, veja-se soberbo trabalho desenvolvido por Pedro Pais de Vasconcelos. Cfr. ob. citada.

¹⁴⁴ No universo globalizado surgem cada vez mais aditamentos substanciais aos tipos de contratos. Em Angola estas novas relações contratuais estão tipicizadas na lei. Veja-se, para tanto, a Lei n.º 18/03, de 12 de Agosto - Lei Sobre os Contratos de Distribuição, Agência, Franchising e Concessão; Lei n.º 19/03, de 19 de Agosto Sobre os Contratos de Conta em Participação, Consórcios e Agrupamentos de Empresa.

¹⁴⁵ Pode-se a propósito ver os artigos 579º (proibição da cessão de direitos litigiosos); 887º (proibição da venda a filhos ou netos; 2.192º que é um caso de indisponibilidade relativa, todos do Código Civil.

¹⁴⁶ Direito Civil, Teoria Geral - Acções e Factos Jurídicos, II, 2ª Edição, 2000, pp. 94 - 95 - 96.

de actuação destas. Realmente este vínculo deixa de ser visto num quadro exclusivamente dirigido aos contraentes para se relacionar a certo contexto socio-económico. Por isso, recebe protecção legal, pois tal direito é também útil à comunidade.

Seguindo esta trilha, mencionam-se também os contratos-promessa. Nestes, as partes obrigam-se a celebrar um contrato futuro. Na verdade, o obrigado tem a liberdade de facto de não celebrar o negócio, mas sujeita-se às sanções constantes na lei¹⁴⁷.

Como já se afirmou, é sempre relevante a vontade do sujeito, mas neste caso, apresenta-se mitigada em resultado da própria natureza em que se alicerçou o dever jurídico; ou seja, nos expressivos termos anteriormente criados pelo mútuo consenso; é um dever assente na relação preestabelecida e exige o cumprimento. Neste âmbito, estão em causa certos princípios de matiz pública, tal como os bons costumes e necessariamente o respeito à ordem legal.

Porém, não deixa de haver a oportunidade das partes extinguirem o convencionado inicialmente. Aqui sobressai a liberdade de facto de cada um dos contraentes.

Em suma, as imperativas contraposições à liberdade contratual devem ser intrinsecamente confinantes com um exercício moderador, a fim de permitir a sua prossecução na base da eficácia convencional.

¹⁴⁷ Para mais aprofundamentos sobre esta espécie de contratos, veja-se, dentre outros, Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão, ob. cit., pp.216 e ss.

CAPITULO II

ANGOLA – BREVE REFERÊNCIA SOBRE A TRAJECTÓRIA DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA LIBERDADE CONTRATUAL

1. - AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE CONTRATUAL NA LEI CONSTITUCIONAL

Colhidas por observação directa as três últimas décadas da vida jurídica angolana, convém caracterizar em breve e fugidia resenha o curso da autonomia privada e da liberdade contratual.

Em sentido constitucional, e sob o romantismo da revolução, se extrai do artigo 8º da Lei de 11 de Novembro de 1975 que o estabelecimento das relações sociais justas em todas actividades produtivas tinha por base o desenvolvimento do sector público e das formas cooperativas. Subjacente a este imperativo, se restringiam nos artigos 9º e 10º do indicado diploma legal as realizações privadas e a propriedade particular não reconhecidas como úteis à economia do país e aos interesses do povo angolano. A razão de ser destas opções assentava na linha marxista – leninista instaurada em Angola.

Nesta perspectiva, institucionalizaram-se as formas de produção baseadas na propriedade comum que subordinavam o interesse pessoal aos de toda a sociedade. O colectivismo opôs-se ao individualismo. Na verdade, os bens privados eram admitidos mas a título secundário e complementar, aguardando a sua extinção logo que o sector público e cooperativo alcançasse um grau mais elevado de desenvolvimento.

Este regime jurídico-económico preconizava a apropriação pela colectividade dos instrumentos de produção. Decorrente disso, denota-se o preciso afastamento entre o Estado então vigente e a autonomia privada.

Por ser assim, o artigo 9º da lei n.º 7 de 2 de Fevereiro de 1978 consagrava a propriedade socialista como base do desenvolvimento económico e social. No bojo, estava a socialização da grande propriedade privada e a transformação da pequena propriedade particular à luz dos princípios socialistas.

Criaram-se assim as condições para concentrar os recursos materiais e financeiros sob a forma de propriedade do Estado.

Por conseguinte, toda a actuação individual apresentava-se limitada pelo projecto económico – social do Estado, sendo este demasiado ideológico e socializante.

A autonomia privada só muito timidamente se reflectia no aspecto patrimonial (mais na economia doméstica), e isso negativamente reflectia-se na liberdade pessoal. A liberdade do homem ligada às suas opções, o poder de fazer e não fazer, adquiriu um carácter vago, sem ritmo e descrente.

A Lei n.º 12/91, de 6 de Março, aprofundada pela lei de Revisão Constitucional n.º 23/92, de 16 de Setembro, visou uma alteração radical e interiorizou o reconhecimento, a par das garantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, consagrando os princípios basilares da economia de mercado.

Este fenómeno só pode ser explicado, entre outros factores, por uma mudança da postura ideológica do legislador, que passa a interpretar os institutos jurídico-civis (incluindo a autonomia privada e a liberdade contratual) não mais como parte das relações privadas previstas somente na lei civil mas agora expressas também na Lei Constitucional.

Todavia, na era pós-conflito armado (iniciada entre Março/Abril de 2002), precedida do processo de transição para a democracia pluripartidária (1991 para diante), surgiram situações generalizadas de pobreza, impeditivas do desenvolvimento psicossocial saudável na satisfação das necessidades humanas elementares. Em consequência, nasceu uma mitigada aplicação destes princípios em benefício de puros interesses individualistas.

Aliado a isso, a estagnação das unidades industriais, o colapso das estruturas, o desenraizamento brusco das pessoas dos seus locais de origem, as desigualdades geográficas nos indicadores sociais, a excessiva segmentação das funções administrativas nos sectores sociais e económicos, a falta de tradição municipalista e a

deficiente circulação de bens, apresentam-se como factores que influem no desenvolvimento das iniciativas dos particulares.

Contudo, encarada num quadro de reformas para eliminar estes obstáculos, as marcas da autonomia privada e da liberdade contratual, potenciadas pela democracia, alcançam todos os sectores da sociedade angolana e as ideias inovadoras contribuem para maximizá-las¹⁴⁸.

Hoje, no diálogo com os princípios normativos do universo civil positivados no direito angolano, procura-se situar explícita ou implicitamente os princípios da livre empresa ou da iniciativa privada como chave-mestra da realização individual do homem angolano, que neste prisma traça e contribui para a sua própria ordem jurídica.

2. - SÍNTESE

A segurança nas situações jurídicas exige a permanência destes princípios no Ordenamento Jurídico angolano. De resto, não dando resposta à autonomia privada e à liberdade contratual nascem desequilíbrios que afectarão as relações interpessoais. Contrariando a posição de Ana Prates, O. Ascensão defende: “... em toda a garantia constitucional de um sector privado da economia está implícita a garantia constitucional da autonomia privada, que é instrumento indispensável para a vida daquele sector (2)”¹⁴⁹

Urge então ressaltar, que existe uma relação intrínseca entre o tipo de Estado e a autonomia privada.

Logo, estes princípios têm feição contemporânea e a sua coerência e abertura como ideias (directrizes) protegem os interesses visualizados no Direito actual.

Efectivamente, eles estão inseridos nas novas concepções do Direito, em íntima conformidade com a sua função social.

¹⁴⁸ Com o fim de se tornar mais fiel aos princípios que norteiam as novas políticas, o poder político tem desenvolvido intensa actividade legislativa. Entre outras, têm-se como exemplo, a Lei n.º 10/94 – Lei das Privatizações e sua Regulamentação e o Decreto n.º 74/01, de 12 de Outubro que aprovou o programa de privatizações para 2001-2005.

¹⁴⁹ Teoria Geral do Direito Civil, Volume III, Acções e Factos Jurídicos, Lisboa, 1992, p. 37.

Ademais, a liberdade contratual é expressão da autonomia privada e aquela é corolário da liberdade individual no campo do negócio jurídico. É notória esta junção. Nestes termos, elas caminham juntas e a flexibilidade que as assiste visa essencialmente garantir estes princípios, no sentido de não serem encarados como verdades absolutas, mas tão-somente como verdades socialmente aceitas.

O sucesso dos instrumentos ora propostos são a superfície sólida para os angolanos afirmarem-se como seres heterodeterminados e autodeterminados, no quadro da ampla concepção de que todo o homem é detentor de direitos anteriores e oponíveis a qualquer Ordem Jurídica, tendo somente esta, a finalidade de possibilitar a expansão máxima da sua liberdade, como forma de o proteger e resguardar na relação de convivência com os demais seres humanos.

CAPÍTULO III

CONTRATOS DE ADESÃO

1. – A CONTRATAÇÃO EM MASSA

A evolução económica ocorrida no século XX trouxe repercussões nas relações negociais. A ênfase é assente no surgimento de uma cadeia de novas relações sociais caracterizadas pela massificação crescente. Assim, diante da concepção tradicional do contrato, em que as cláusulas eram previamente discutidas de acordo com a vontade das partes¹⁵⁰, colocou-se a necessidade das contratações realizarem-se com maior eficiência e rapidez. Sem dúvida, um grande número de pessoas começou a ter um comportamento diferente daquele baseado na regulamentação convencional dos interesses dos contraentes. Neste contexto, surge a contratação em massa.

Esta nova técnica contratual, marcada pelas vicissitudes do comércio jurídico, foi o meio encontrado pelos fornecedores de bens e serviços para atender às expectativas do mercado e às necessidades dos consumidores.

Para tanto, difundiu-se um complexo uniforme de cláusulas que começou a ser aplicado a toda uma série de futuras relações contratuais. Neste campo de actuação, de invariabilidade do conteúdo contratual, o fluxo mercantil comum dirigido a um maior número possível de interessados, assentava no esquema negocial de se oferecer em bloco cláusulas pré-fixadas num texto.

3. - DENOMINAÇÃO

Pelo que verificamos, esta espécie de contratos está presente na sociedade contemporânea e hodiernamente faz parte das relações negociais. Para as suas modalidades, formadas na base de impositivos contratuais, usam-se as expressões: “contratos *standard*” ou “padronizados”, “contratos tipo” ou “contratos pré-redigidos”. Outro termo é “contrato de adesão”^{151,152}, que na falta de melhor denominação, obteve a

¹⁵⁰ Na concepção clássica, “...o contrato é sucedâneo da prévia discussão e do livre acordo de vontade que se exprime no consentimento.” Cfr. Cláudio Petrini Belmonte, ob. cit., p. 66.

¹⁵¹ Menezes Cordeiro acha que a melhor denominação seria contratos por adesão; todavia, ao professor satisfaz-lhe o termo cláusulas contratuais gerais. Manual de Direito Comercial, I Volume, 2001, Almedina, p. 402.

¹⁵² O termo parece ter sido inventado pelo doutrinador francês Raymond Saleilles no princípio do século XX. Entre outros autores, veja-se Inocêncio Galvão Telles, Manual Dos Contratos Em Geral, Refundido e

preferência de alguns autores e só nos últimos tempos se vem dando predilecção a outras expressões¹⁵³.

Todavia, outras opiniões divergiram do termo adoptado. Como diz o professor O. Ascensão: “A terminologia era expressiva, mas poderá ser melhorada. A referência a um contrato de adesão dava a ideia de que se estaria perante um novo tipo contratual”¹⁵⁴. As reticências deste emérito jurista centram-se nos mecanismos dos contratos em série, sem prévios ajustes e devidas informações, porquanto se verificava uma contradição com os modelos tradicionais¹⁵⁵.

Na verdade, neste negócio jurídico não se discute caso por caso o conteúdo do contrato e a participação de uma das partes (a mais fraca) é tão-somente aceitar em bloco as cláusulas pré-formuladas de modo genérico e abstracto pelo estipulante; Só existe uma oferta única de bens e serviços a um número indeterminado de pessoas e não se disponibiliza qualquer alteração ao figurino contratual.

Diante disso, observa-se que o contrato de adesão não é um novo tipo contratual, mas apenas um método de contratação que pode ser aplicado a vários tipos contratuais.

4. – CARACTERÍSTICAS

O contrato de adesão nasce da necessidade de uniformização das cláusulas com o fim de promover maior dinâmica nas relações contratuais, num conjunto diversificado de situações uniformes.

Com efeito, na sociedade actual, utilizam-se os contratos de adesão na contratação em massa, justamente por ser de grande rapidez e assim possibilitam que o

Actualizado, Coimbra Editora, 2002, p. 312; Ferreira de Almeida, Contratos, I, Conceitos – Fontes – Formação, 2ª Edição, Coimbra, 2003, p. 143.

¹⁵³ A influência do termo francês “*Contrat d’adhésion*” (contratos de adesão) estendeu-se por alguns países romano-germânicos e mesmo da “*common law*”. Veja-se, para tanto, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito Das Obrigações, 11ª Edição Revista e Actualizada, Almedina 2008, p. 244.

¹⁵⁴ Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa fé, Separata da Revista da Ordem de Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, pp. 574 – 575.

¹⁵⁵ Galvão Telles de maneira mais expressiva diz: “tradicionalmente viu-se nos contratos, sempre o resultado de uma *luta de vontades*. Ob. citada, p. 139.

seu conteúdo seja oferecido aos interessados de forma homogénea. A estes resta apenas a oportunidade de aceitar ou não o que lhe é proposto¹⁵⁶.

Realmente, o parceiro contratual mais débil está estritamente condicionado à fórmula constante no impresso e não pode modificá-la, a ponto de tornar a sua escolha num pegar ou largar. Há uma predeterminação unilateral traçada pela parte que se apresenta em condição de superioridade e, nas particulares circunstâncias, a contraparte é forçada a aceitar o modelo de contrato imposto. Apenas é livre de aderir às normas que lhe são oferecidas, ou rejeitar¹⁵⁷.

Entre nós, alguns exemplos mais vulgarizados de contratos de adesão são as modalidades contratuais de seguros, transportes aéreos, marítimos, ferroviários, bancários e dos fornecimentos de bens imprescindíveis para a vida quotidiana (água, electricidade, telefones, etc.).

Nestes casos, existe indubitavelmente um contrato caracterizado pela bilateralidade e consentimento, embora a liberdade de contratar¹⁵⁸ seja minorada, em razão do seu modo de formação. Isto é, ao aceitante não se lhe permite modificar o conteúdo das cláusulas negociais. Como adverte Antunes Varela: “Entre os fins visados por semelhantes restrições destacam-se o de assegurar a lisura e a correcção com que as partes devem agir na preparação e execução dos contratos, o de garantir quanto possível a justiça real, comutativa (não a simples justiça formal expressa pela igualdade jurídica dos contratantes)¹⁵⁹ nas relações entre as partes, o de proteger a parte que dentro da relação contratual se considerar económica ou socialmente mais fraca e o de preservar a integridade de certos valores essenciais à vida de relação, como sejam a moral pública, os bons costumes, a segurança no comércio jurídico e a certeza no direito”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ A este respeito o professor O. Ascensão dá o seguinte exemplo: “Quando a negociação individual com o almocreve é substituída pela venda de milhares de bilhetes do metropolitano ou do comboio, é impossível pensar numa discussão individualizada sobre as cláusulas do contrato de transporte”. Direito Civil – Teoria Geral, Volume III, Relação e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, 2002, pp. 214 – 215.

¹⁵⁷ O preâmbulo do artigo 19º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho (Da Defesa do Consumidor) dá uma definição de contratos de adesão.

¹⁵⁸ A liberdade de contratar entende-se como a faculdade de celebrar ou concluir o contrato. Já a liberdade contratual se alarga à liberdade de fixação ou estipulação do conteúdo dos contratos.

¹⁵⁹ A igualdade formal assente nas ideias do liberalismo sofreu um revés no período pós IIª guerra mundial, dando causa ao anscimento da igualdade material, enraizada na realização máxima do Estado Social.

¹⁶⁰ Das Obrigações Em Geral, Volume I, 8ª edição, Coimbra Editora, Almedina, p. 261 e ss.

Por conseguinte, não se pode descurar que a predominância de uma só vontade no contrato pré-elaborado de maneira uniforme subverte o modo normal de formação dos negócios, afastando o equilíbrio dos interesses contrapostos. Assim, verifica-se a imperiosa necessidade de se precisar o conteúdo contratual, adoptando-se critérios ponderados para alcançar um resultado justo e que no essencial o contrato proposto se apoie no bem comum. Logo, isto implica ordenar as condutas em torno de alguns grandes princípios civilísticos que continuam a repercutir-se até aos dias de hoje: a justiça contratual, a boa fé objectiva, a igualdade, o enriquecimento sem causa, etc.

Para garantir que estas relações se desenvolvam de maneira equilibrada, cabe ao Estado intervir a fim de limitar os eventuais excessos surgidos na fixação dos termos contratuais de futuras situações concretas.

5. – A INSTITUIÇÃO DO SISTEMA PROTECTIVO EM ANGOLA

A matéria mereceu particular interesse de parte do legislador a nível mundial e neste domínio criaram-se mecanismos de controlo das cláusulas contratuais. A este propósito, novas denominações foram dadas: condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão, cláusulas abusivas, de entre outras¹⁶¹.

O Ordenamento Jurídico angolano fala em cláusulas gerais dos contratos^{162,163}. A razão da sua origem é destacada e compreendida na importância alcançada em nossos dias pelo contrato de adesão. Em suma, visa aquela responder às exigências de carácter económico, na salvaguarda do princípio das relações recíprocas entre fornecedor ou proponente e o consumidor ou aderente.

¹⁶¹ Veja-se, entre outros, O. Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral, Volume III, Relação e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, p. 213; Mário Júlio de Almeida Costa, ob. citada, p. 177.

¹⁶² Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro, D.R. n.º 13, I série.

¹⁶³ Em Portugal adoptou-se a expressão Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro). Contudo, como membro da U.E. transpôs a directriz n.º 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, através dos decretos-lei n.º (s) 446/95 de 31 de Agosto e 249/99 de 7 de Julho, que alteraram e republicaram o texto inicial.

Por isso, a protecção dos aderentes tornou-se o grande problema diante dos contratos de massa. Deparam-se outras realidades perante os interesses da parte em inferioridade negocial na relação jurídica¹⁶⁴.

Num amplo quadro, a Lei das Cláusulas Gerais dos Contratos, como lei especial, explicita o dever de comunicação e informação das cláusulas contratuais (artigo 2º), a prevalência das cláusulas sobre as quais tenha havido antecipado ajuste (artigo 4º); a proibição de cláusulas contrárias à boa fé (artigo 8º); e as nulidades diante de cláusulas proibidas (artigos 10º, 11º, 12º e 13º). Verifica-se assim, a salvaguarda de relevantes interesses sociais, tendo por escopo o equilíbrio contratual, invalidando cláusulas, a par da instituição de padrões de conduta nas relações massificadas.

O referido diploma legal, ciente da nova realidade fulcrada na sociedade de massas, disciplina no n.º 1 do seu artigo 1º que os contratos pré-estabelecidos de forma unilateral e dirigidos ao público sem a existência de prévia discussão entre os dois pólos do negócio jurídico, àquele se submetem.

Sem dúvida, daqui flui a preocupação do legislador. Com efeito, de maneira frequente constata-se a predominância ou a supremacia exclusiva de uma única vontade que dita a sua lei a uma colectividade indeterminada, obrigando-a antecipada e unilateralmente. Como consequência, abre-se espaço para o consentimento por adesão de um bloco de cláusulas contratuais em massa.

É imprescindível lembrar, que o regime jurídico da dita lei envolve as relações com a generalidade dos aderentes (n.º 2 do artigo 1º); não se limita aos consumidores finais¹⁶⁵. Alarga-se ao consumidor intermediário, ou seja, aquele que intervém nos vínculos estabelecidos entre empresas de bens ou serviços e, muito particularmente, estende-se a todas aquelas pessoas consideradas mais vulneráveis nos vínculos comerciais. Mesmo quando a predisposição das cláusulas é obra de terceiros, como na

¹⁶⁴ Neste sentido se posiciona a jurisprudência portuguesa. Cfr. Ac. T.R.C. de 16 de Março de 2004, sobre “Contratos De Adesão, Responsabilidade Bancária Pelo Pagamento de Cheques Falsificados, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/> (recolhido em 19/04/2006).

¹⁶⁵ Convém recordar que o legislador no n.º 1 do artigo 3º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho, dá um conceito alargado de consumidor. Assim, identifica-o “como toda a pessoa física ou jurídica a quem sejam fornecidos bens e serviços ou transmitidos quaisquer direitos e que os utiliza como destinatário final, por quem exerce uma actividade económica que vise a obtenção de lucros”.

hipótese de provir de ente público, não deixa de sujeitar-se ao consagrado nesta lei (n.º 3 do artigo 1º). Nesse ângulo, está-se diante do mesmo processo de aceitação global; não existe participação no conteúdo normativo do instrumento contratual¹⁶⁶.

Por outro lado, na prática da actividade económica muitas pessoas celebram contratos individualizados que não se enquadram num primeiro momento no texto básico do artigo 1º. No caso, fala-se da possível inserção de algumas cláusulas que não foram predeterminadas. Porém, a acontecer, não se descaracteriza o contrato de adesão. Neste sentido, serão consideradas aderentes e receberão protecção especial, desde que presentes os pressupostos previstos no citado preceito. Tutela qualquer aderente, pois não se limita a determinada relação negocial. O que está em causa é o método de contratação¹⁶⁷. Na verdade, a cláusula geral pode ser uma única ou um conjunto delas¹⁶⁸, mas sempre se adere a condições predispostas.

Assim, o artigo 1º tem uma amplitude no sentido de confluir maior protecção a totalidade dos aderentes, englobando pessoas que podem até não ser consideradas consumidoras finais, podendo, contudo, receber amparo legal.

Neste amplo entendimento, como já se afirmou, a participação de um dos sujeitos (o aderente) na situação jurídica emerge pela aceitação (artigo 2º) de um texto previamente formulado sem a sua intervenção. A oferta do predisponente dá-se de maneira uniforme. Não é direccionada a nenhum destinatário específico. Adopta-se dado conteúdo normativo para uma variedade de futuras relações concretas. Ao partícipe só lhe resta manifestar o seu consentimento através da própria adesão às condições impostas pelo pactuante mais forte na relação mercantil. Entretanto, convém lembrar que a aceitação não é realizada somente por escrito, mas também de forma verbal, em função do vínculo em bloco a todas as estipulações fixadas pelo predisponente.

¹⁶⁶ O poder público também utiliza contratos de adesão nas suas contratações em massa e em regra determina as cláusulas que serão utilizadas pelos seus concessionários nas relações com os consumidores.

¹⁶⁷ A mesma linha de pensamento é defendida por Galvão Telles. Ob. citada, p. 313.

¹⁶⁸ Este enunciado é reforçado com o § 1º do artigo 19º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho que enuncia: “A inserção de cláusulas no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Atento ao já dito, muitas vezes o parceiro contratual mais débil simplesmente adere ao instrumento negocial impresso prévia e unilateralmente. Em múltiplas ocasiões, nem sequer lê integralmente o assinado. Estas situações acontecem porque o instrumento negocial é longo e redigido em letras miúdas. Ora, ao predisponente (fornecedor) ¹⁶⁹ impõe-se agir de acordo com o princípio da transparência (artigo 3º), informando todo o conteúdo do contrato ao aderente ¹⁷⁰. Em virtude disso, o clausulado deve ser redigido de forma clara para possibilitar a qualquer aceitante de mediano nível o conhecimento oportuno das condições nele impostas ¹⁷¹. De acrescentar, que ao proponente impõe-se o ónus de provar ter feito a devida comunicação e cumprido com o dever de transmitir ao destinatário todo o conteúdo negocial (n.º 4 do artigo 3º) ¹⁷². Assim, neste domínio, a aceitação em bloco sem o conhecimento real dos termos contratuais, porque redigido no sentido de dificultar a compreensão do aderente, é um caso de reserva mental ¹⁷³ (artigo 244º do Código Civil). Contudo, este dispositivo, face à tendência evolutiva do Direito, mostra-se inadequado para proteger a parte mais débil nas actuais relações de consumo ¹⁷⁴. Tal afirmação não é despropositada, pois a conduta reprovável (vicio de consentimento), manifestada por palavras que escondem o pensamento, é agora passível de ser sanada mediante intervenção judicial (artigo 18º da L.C.G.C.), sustentada na protecção especial anunciada neste diploma legal. Com efeito, cabe ao juiz a tarefa de garantir o justo equilíbrio nos negócios jurídicos.

De toda a maneira, é de destacar que o texto oferecido em massa ao público interessado deve ter um regime de informação correcto e preciso para não provocar lesões ao contraente colocado em posição mais débil, por força dos efeitos das cláusulas

¹⁶⁹ Do conteúdo disposto no n.º 4 do artigo 3º da L.C.G.C. se extrai que o dever de informar envolve todos os integrantes da cadeia económica, ou seja, produtor, fabricante, importador, distribuidor, comerciante, etc.

¹⁷⁰ Em caso analisado no Ac. STJ de 27 de Setembro de 2005, SJ200509270021436 sobre o “Dever De Informar”, condenou-se o proponente por não ter proporcionado ao aderente num contrato de aluguer de automóvel o conhecimento efectivo das condições gerais do contrato de adesão. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf> (recolhido em 11 de Abril de 2006). No mesmo sentido veja-se Galvão Telles, ob. cit., pp. 313 - 314.

¹⁷¹ Apesar desta previsão legal impor a informação suficientemente precisa aos interessados, bastas vezes se vendem produtos no sul de Angola com redacção na língua inglesa ou afrikander. Assim também se viola o n.º 2 do artigo 15º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho.

¹⁷² Aqui invoca-se o princípio geral do ónus da prova expresso no artigo 342º do Código Civil.

¹⁷³ No momento da adesão há discrepância entre a vontade e a declaração. O aderente não percebe que celebra um contrato distante do desejado.

¹⁷⁴ Almeida Costa, em pertinente observação já dizia que o Código Civil era insuficiente para proteger o aderente. Ob. cit., pp. 184 - 185.

imprevisíveis. De contrário, são excluídas as estipulações que apresentem uma redacção no sentido de dificultar a compreensão do aderente (artigo 5º).

Verificada a impossibilidade de se retirarem as ditas cláusulas surpresa¹⁷⁵, frustram-se os interesses básicos previstos contratualmente. Incisivamente, aquelas colidem com a estabilidade e segurança do negócio jurídico, provocando a nulidade do contrato (n.º 3 do artigo 5º).

De outra importância é o disposto no artigo 4º (Cláusulas prevalentes). A este respeito deve-se dizer que nem sempre a fragilidade do aderente fulmina a oportunidade de discussão dos termos negociais com o fornecedor. Por vezes dá-se significado ao ajuste específico de uma ou outra cláusula¹⁷⁶. Deste critério decorre a prevalência das cláusulas negociadas sobre as outras não discutidas.

Por seu turno, nota-se perfeitamente que nos contratos celebrados em série a preocupação do legislador é a defesa dos aderentes. A linha que o norteia repousa indubitavelmente na supressão das regras da declaração da vontade. Bem por isso, a lei contém variadas disposições substantivas. Neste âmbito, tem visibilidade o preceito que proíbe as cláusulas ambíguas (artigo 7º) na visão de um contraente médio. É um norma basilar que revela uma nova ordem de princípios, instituída especialmente ao abrigo da lei em questão¹⁷⁷. Na verdade, um sem-número de cláusulas contratuais confusas colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

De qualquer modo, conforme se vê em Almeida Costa, antes de se publicar este diploma legal já se recorria aos princípios gerais do direito a fim de se amparar a parte

¹⁷⁵ O exemplo prático mais comum na vida comercial angolana da inserção de cláusulas surpresa nos negócios, verificam-se na venda de carros usados. Os vendedores compram enormes quantidades de viaturas no estrangeiro e comercializam-nas. Se dias depois surgir uma avaria, ao consumidor não se admite reclamação, porque num canto qualquer do parque de vendas existe um escrito a negar este direito. O argumento é: “São carros em segunda mão e é de prever tal situação”. Contudo, o n.º 3 do artigo 20º da Lei de Defesa do Consumidor veda esta espécie de recusa no negócio contratual.

¹⁷⁶ Em Angola, por vezes, os proponentes (especialmente os bancos comerciais) declaram aceitar propostas da contraparte (em regra pessoas abastadas). Contudo, mesmo estas excepções não fogem muito ao quadro contratual pré-elaborado.

¹⁷⁷ Para o prestigiado Prof. O. Ascensão “não se justifica e é irrelevante tal previsão legal”. Conferência proferida no 1º Curso de Mestrado, Lubango, 2006.

mais fraca no tráfico económico¹⁷⁸. Nos dias de hoje, a lei civil não deixa de ser subsidiária, como se explícita nos artigos 6º (Interpretação e integração) e 16º (Subsistência dos contratos).

Efectivamente, os princípios gerais que assistem o negócio jurídico incidem nesta nova modalidade contratual, quer no sentido de cobrir lacunas verificadas nas partes afectadas no contrato, como na eliminação de divergências interpretativas surgidas no instrumento negocial. Dessa forma, representam um declarado reforço dirigido à não vinculação a situações anómalas.

Outra manifestação neste regime especial encontra-se no artigo 8º, relativamente às cláusulas proibidas. Visam disciplinar os interesses contratuais. Por ser assim, veda a prática de determinados actos consignados na regra proibitória. Mais uma vez, desperta significativo interesse o recurso feito aos valores e princípios fundamentais de direito numa relação concreta.

Diante disso, observa-se um conjunto de exigências, do qual as partes devem pautar a sua actuação. Nessa consonância, apela-se à boa fé e valoriza-se a confiança recíproca para proteger interesses sociais. Em razão desse aspecto moral, na base do conjunto de princípios fundamentais de direito, se frisa que a feição pretendida para informar de validade e eficácia o contrato revela-se deficiente, quando visualizada por meio da boa fé. Trata-se de um parâmetro de carácter subjectivo assente na própria convicção da pessoa, na conformidade dos actos com a vida interior; ou melhor, no que está entranhado no comportamento dos contratantes, e simplesmente não é cabível evidenciá-la neste contexto. Pois, é sempre apreciada no seu sentido subjectivo, sendo de admitir que a cláusula está em plena contradição com a natureza deste célebre princípio¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Ob. cit., p. 185. Hoje, mantém-se a importância dos princípios gerais na solução de questões em torno das cláusulas contratuais gerais.

¹⁷⁹ O princípio da boa fé tem origem na “*bona fides*” do direito romano. Trazida ao direito canónico e depois ao “*Código*” de Napoleão, firmou-se nos tempos modernos através da jurisprudência alemã. Nesta, propagou-se a boa fé objectiva como norma de conduta e como instrumento para a interpretação dos negócios jurídicos. É um princípio importante não só para o direito das obrigações, mas também para outros institutos, tais como: abuso do direito, teoria da imprevisão e da base negocial, bem como na responsabilidade pré-contratual.

Apesar de não se encontrar disciplinado em todas as áreas do nosso Ordenamento Jurídico, o Código Civil faz menção nos seus articulados (artigos n.º 1 do 227º, n.º 1 do 243º, n.º 2 do 612º, 762º, entre outros). Além do mais, o princípio da boa fé caracteriza-se como um princípio implícito, tendo este,

Decorrendo disso, a confiança é subjectiva. Neste sentido, tem a ver com íntimo e carácter resultante da boa conduta das partes no ambiente contratual.

A mesma objecção se coloca ao enunciado na al. c) artigo 8º; igualmente faz referência à consciência individual e isto tem a ver com o lado psicológico. Diz respeito à intenção dos sujeitos, no domínio ou não dos detalhes da situação jurídica. A conformação subjectiva não se adequa ao preceito em causa.

Contudo, colocado este ponto divisório, é de admitir que o legislador pretenda acautelar as partes contra as finalidades de aplicação ampla de cláusulas predispostas. Nesse sentido, a formulação destas cláusulas devem equivaler a uma maneira de operar na relação contratual, tendente a uma conclusão harmónica dentro dos parâmetros sociais já reconhecidos. Sob estas considerações, seguramente se pretende sobrepassar a marcante ideia da subjectividade e, enfim, consagrar-se o singular princípio como garantia para uma colaboração honesta, leal e mais solidária na prossecução dos propósitos contratuais comuns^{180, 181}.

Por outro lado, no contexto das cláusulas proibidas, vale recordar que o fenómeno da predisposição unilateral do conteúdo contratual possibilita ao proponente direccionar como melhor lhe convém as futuras relações com os aderentes.

Assim, não é raro incluir cláusulas nos contratos de massa que garantem vantagens excessivas ao autor do conteúdo contratual, diminuindo os seus deveres na relação com a contraparte. Notadamente, a liberdade contratual passou a ter um sentido unilateral no âmbito das relações de consumo. O legislador consciente disso, restringe estas actuações em prejuízo da parte mais poderosa em dado sector económico.

a mesma importância que os princípios explícitos. Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, 2000, Almedina, pp. 223 e ss. De outro lado, o princípio da boa fé é matéria amplamente desenvolvida em excelente trabalho dos Prof.(s) Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da Boa Fé No Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1997.

¹⁸⁰ No mesmo sentido se analisa a boa fé expressa no n.º 3 do artigo 3º e n.º 2 do artigo 16º, ambos da L.C.G.C.

¹⁸¹ São comportamentos entendidos como deveres acessórios de conduta, cujo conteúdo deve aplicar-se nos contratos de adesão antes, durante e após o vínculo contratual. Sobre estes deveres, veja-se António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Ob. cit., pp. 603 e ss. No mesmo sentido, cfr. Inocêncio Galvão Telles, Direito Das Obrigações, 7ª Edição (Revista e Actualizada), Coimbra Editora, 1997, p. 17.

A actual lei elenca os acontecimentos susceptíveis de proibições de forma exemplificativa. Distingue-se nela as relações proibidas entre comerciantes e/ou entidades equiparadas (artigos 9º, 10º e 11º) e as que versam com os consumidores finais (artigos 12º, 13º e 14º).

Neste quadro, podem-se enumerar diferentes cláusulas interditas, tais como: as que exoneram a parte mais forte de responsabilidades, as diminuidoras das suas obrigações diante do incumprimento, as que elegem foros para dirimir conflitos diversos daquele onde reside o aderente, etc., etc..

Analisando genericamente as variadas enumerações, podemos verificar que se destinam a impedir os acentuados desequilíbrios atentatórios da liberdade contratual, favoráveis aos interesses do estipulante.

Em razão disso, a mencionada lei dispõe de dois tipos de proibições: as absolutas (artigos 10º e 13º) e as relativas (artigos 11º e 14º).

Desse modo, os artigos 10º e 13º vedam peremptoriamente todos os casos. As relativamente proibidas (artigos 11º e 14º) surtem os seus efeitos sobre matérias adoptadas em normas uniformes; ou seja, naquelas em que o modelo padronizado é preenchido sem possibilitar discussão para modificar as cláusulas preestabelecidas.

É também de reter, que as proibições à unilateralidade excessiva prevista em toda a secção II da lei em apreço (relações entre comerciantes e/ou entidades equiparadas)¹⁸², se aplicam às relações com os consumidores finais (secção III) e aos equiparados a estes (artigo 12º). Justifica-se a protecção a estes últimos, pois qualquer particular necessitado de contratar vê-se forçado pelas circunstâncias a aceitar os modelos impostos. Assim, as estipulações proibidas são causa de nulidade (artigo 15º). Contudo, recorrendo à aplicação subsidiária da lei civil, pode optar-se por processos de restauração do contrato através das regras da integração ou mesmo da redução (artigo 16º).

¹⁸² A oferta muitas vezes provém de entidades colectivas para outras pessoas não singulares. Veja-se, Mário Júlio de Almeida Costa, ob. cit. p. 177.

Na verdade, à luz da boa fé, as cláusulas contratuais podem ser revistas quando se tornem excessivamente onerosas ao aderente. Aqui não deixam de prevalecer os tradicionais princípios da autonomia privada e da liberdade contratual.

Nesta configuração, todas as cláusulas gerais consideradas desrazoáveis ou injustas no domínio das previstas proibições podem ser destituídas de validade através de pronunciamento judicial (artigo 18º).

As determinações do juiz sucedem-se em razão da acção inibitória que poderá ser arguida pelo Ministério Público, diante do explícito interesse da colectividade¹⁸³; ou também pelas associações de fins públicos (artigo 19º da L.C.G.C.)¹⁸⁴ contra todos os potenciais utilizadores das cláusulas gerais (proponentes e terceiros), mesmo na qualidade de pessoas jurídicas¹⁸⁵.

Isto visa ultrapassar as injustiças sofridas diariamente por milhares de aderentes, e ao atribuir-se legitimidade activa a estas pessoas jurídicas tem-se em conta o seu peso institucional.

Assim, o mencionado controlo judicial verifica o próprio conteúdo contratual, no interesse de acentuar o equilíbrio das obrigações assumidas. De outro lado, o consumidor, representado pelas entidades colectivas acima descritas, pode requerer ao tribunal uma decisão provisória¹⁸⁶ capaz de impedir o justo receio de que estipulações unilaterais causem excessiva desvantagem em contratos singulares (artigo 24º).

Na verdade, a existência de cláusulas proibidas não são exclusivas dos contratos de adesão. Podem ocorrer em contratos com diferentes características. Por exemplo, as cláusulas leoninas e as vexatórias, frequentemente são encontradas noutras modalidades contratuais. Daí, não constituir óbice a aplicação de grande parte desta lei aos contratos singulares.

¹⁸³ É relevante assinalar, segundo a jurisprudência, que a acção inibitória deve ser intentada com o objectivo de obter decisão que proíba cláusulas gerais dos contratos numa relação comercial concreta. Cfr. Ac. STJ, de 23 de Abril de 2002, sobre “Cláusula Contratual Geral, Acção Inibitória, Inutilidade Superveniente da Lide”, SJ 200204230034176, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.usf> (recolhido em 04/05/2006).

¹⁸⁴ Cfr. também artigo 34º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho.

¹⁸⁵ Cfr. artigo 20º da L.C.G.C.

¹⁸⁶ A tramitação processual para se obter a dita sentença é a fixada para os procedimentos cautelares não especificados, com as devidas adaptações (n.º 2 do artigo 24º da L.C.G.C.)

Resta também claro, que a partir do momento da emissão da sentença impeditiva pelo aludido órgão jurisdicional, a título definitivo, produzem-se os respectivos efeitos manifestados na lei civil. Este aresto também atingirá os futuros contratos nas relações de consumo que incluam o vedado por decisão judicial, alargando-se às cláusulas consideradas substancialmente equiparáveis (artigo 25º da L.C.G.C.). Portanto, amplia o conceito de coisa julgada nestas matérias e, por conseguinte, é distinto dos processos comuns.

Enfim, esta inovação de ordem processual em prol dos consumidores, tendente a conferir maior agilidade à realização da justiça¹⁸⁷, prevê também a publicitação da sentença (impõe legalmente uma referência concreta ao seu conteúdo) e o registo das cláusulas proibidas (artigo 23º e 28º). Estabelece-se assim um regime singular. Inibe a prática de acções desleais e anti-éticas, e demonstra um nível de sanção mais condizente com as relações de consumo.

Em conclusão, a L.C.G.C.¹⁸⁸ possui um conteúdo legal que afasta o excessivo peso da simples adesão contratual. Ela valoriza sempre o encontro de duas vontades e assim fortalece os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual nas relações massificadas.

6. – OS CONTRATOS DE ADESÃO EM ANGOLA

Em Angola, no contexto da economia global, os vínculos contratuais sem qualquer negociação dos seus termos não deixa de ter as suas particularidades. Por conseguinte, nem sempre a ausência de preliminar discussão funda-se no poder económico de uma das partes; sendo então de se conceber a marcada hipótese da necessidade (diante da monopolização de áreas-chaves da economia), da inexperiência latente e até da indiferença. Bastas vezes o aderente é semianalfabeto, assina tudo, inclusivé a cláusula que dispõe expressamente ter lido e entendido o predisposto. É uma realidade que não deixa de estar conjugada a outros grandes problemas que afectam a maioria dos angolanos. Na verdade, a aceitação das cláusulas gerais que lhes são propostas, tais como pagar os trinta dias de “consumo” de energia eléctrica

¹⁸⁷ A forma da acção é sumária (artigo 22º da L.C.G.C.).

¹⁸⁸ Iniciais da Lei das Cláusulas Gerais dos Contratos.

(religiosamente, todos os meses se fazem cortes de electricidade, há restrições, etc.) ou de água aos serviços municipais são deveres sem a concordante contraprestação.

Nos moldes descritos, há mais obrigações do que as criadas expressamente nas cláusulas do contrato.

Na realidade, o consumidor não antevê a mínima hipótese de livremente contratar ou de não fazê-lo; de estipular o conteúdo do contrato ou de escolher a contraparte, por razões de ordem económica, social, cultural e até psicológica.

Várias vezes o adiamento em vincular-se ao conteúdo contratual acarreta soberbas implicações na regular vida das pessoas e os proponentes, conhecedores destas implicações, utilizam práticas desonestas que de imediato não podem ser obstruídas.

Seguramente, o recurso às instâncias judiciais é moroso, prenhe de formalismos e desmotiva o pedido de qualquer pretensão indemnizatória. Pode também acontecer que os danos individuais sejam de pequeno valor patrimonial e como as despesas com um advogado são elevadas para um cidadão comum, o consumidor mantém-se inerte frente aos reconhecidos prejuízos¹⁸⁹.

Ademais, legalmente não se antevê uma outra intervenção jurídica célere e idónea. Não é sem razão que se põe em cheque, aqui e agora, a instituição criada para defesa do consumidor¹⁹⁰. Há uma indisfarçada impotência em promover a tutela jurisdicional, apesar da existência de instrumentos legais colocados ao seu dispor.

Também se verifica impossível estabelecer a desejada negociação particular. Só os acordos previamente elaborados têm força de lei entre as partes. Muitas vezes, face à

¹⁸⁹ Em Angola não se prevêem as acções populares. Há porém um senão, no § 2º do artigo 27º da L.D.C. faz-se referência expressa a admissibilidade de todas as espécies de acção. Até poderia abarcar as ditas acções populares (que como se sabe assentam num interesse mais público que privado), todavia, inexistente um regime para regulá-las. Por outra, nas acções judiciais em defesa do consumidor, em regra, não se cobram honorários do advogado (n.º 1 do artigo 20º da Lei de Defesa do Consumidor). Assim recorre-se à Assistência Judiciária (Decreto-Lei n.º 15/95, D.R. n.º 45, I Série), mas tais actuações quase sempre são atribuídas a advogados estagiários, de menor experiência. Tudo isto porque a remuneração pela O.A.A. é morosa, leva anos.

¹⁹⁰ A Lei n.º 15/03, de 22 de Julho foi publicada devido à reconhecida vulnerabilidade jurídica do consumidor. Estabelece órgãos e mecanismos de tutela para proteger os seus direitos.

desigualdade existente entre contraentes, o fornecedor (empresas de comunicações, de transporte, etc.) justifica a insatisfação do consumidor na prestação dos serviços, deslocando as suas obrigações para pretensos terceiros.

Exemplo: *“O senhor não tem energia eléctrica em sua casa porque a rede de cabos é antiga, ou, o seu bairro cresceu muito e a culpa não é nossa (empresa de energia); ou mesmo, não há electricidade, porque o problema está na falta de água na barragem, o seu mau estado ultrapassa-nos.”*

De outro lado, surge-nos também o estímulo ao consumo através da actividade publicitária. Grande parte da informação é feita através dos órgãos de divulgação (televisão, jornais, rádio). Mesmo nesses canais tolera-se ou desconsidera-se o dever de informar.

Há uma clara sensação de impotência. Além disso, faltam-nos associações civis fortes e em razão disso não há efectiva protecção aos excessos diários. Impõe-se divulgar os mecanismos de defesa que o consumidor tem ao seu alcance e dar a conhecer a todos as práticas proibidas dos fornecedores¹⁹¹. É fundamental que a L.C.G.C. seja efectivamente colocada em prática a fim de salvaguardar a parte em desvantagem nas relações de consumo.

Em suma, é necessário demonstrar a real função da lei e a sua importância para um desenvolvimento económico equilibrado. Só assim será possível respeitar integralmente os direitos fundamentais dos angolanos.

¹⁹¹ Estas exigências foram atribuídas ao Estado (artigos 7º e 8º da Lei n.º 15/03, de 22 de Julho), mas os programas para sua implementação não são conhecidos.

CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES

1. – A convivência humana gera vínculos que devem ser regulados pelo Direito. Assim este tem por finalidade disciplinar e harmonizar as relações sociais segundo princípios válidos e reconhecidos no seio da comunidade.
2. – Tais princípios são norteadores do comportamento humano e nesse aspecto coexistem, completam-se e fazem derivar normas e noções, segundo uma concepção de justiça.
3. – A Ordem Jurídica apoia-se nesses princípios gerais e dentre estes, se percebem os princípios nucleares do Direito Civil
4. – Neste determinante domínio se enquadra o princípio da autonomia privada que resguarda o da liberdade contratual. Em Angola têm cobertura constitucional e são um pilar irredutível de protecção à pessoa humana.
5. – Como base estruturante da lei civil, correspondem a uma concepção patenteada no plano individual e jogam um papel conformador no processo de auto-ordenação da vida dos homens, de conformidade com os próprios interesses na relação em que participam.
6. – No bojo da concretização desses princípios, reconhece-se que a autonomia privada decorre do princípio geral da autodeterminação do homem. Neste critério se manifestam igualmente os direitos subjectivos, configurados nos poderes e faculdades inerentes à condição humana de regulamentar os próprios interesses, dentro dos parâmetros legais. Assim, se outorga ao sujeito o poder de agir fundado na responsabilidade.
7. – A bem dizer, reconhece-se a ampla liberdade do homem. Esta evidencia-se na livre criação, estipulação, modelação e conclusão das relações negociais com os seus parceiros, à luz da lei civil (artigo 405º).
8. – Por outro lado, sempre ocorrem limitações à livre iniciativa. Aparelham-se a cada passo os interesses dos homens às determinações legais, de ordem pública e bons

costumes (artigo 280º do Código Civil), acrescidas da proibição de celebrar contrato com determinada pessoa (artigos 579º, 887º e 2.192º, todos do Código Civil), do dever jurídico de contratar e da subordinação aos contratos tipificados na lei.

9. – Contingências históricas de épocas anteriores permitiram que os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual em Angola fossem diminuídos, e em razão disso ficaram comprometidos. Hoje, há uma revalorização plena dos mencionados princípios radicada numa visão democrática imanente ao Estado de Direito.

10. – Outras práticas foram geradas nas relações contratuais para atender em grande escala a demanda colectiva. Assim, no domínio mercantil introduziram novas técnicas de contratação em massa. Vulgarmente denominam-se de contratos de adesão.

11. – Assim sendo, esta modalidade de contrato funda-se na apresentação de um texto negocial imposto unilateralmente por um dos contraentes (proponente) a fim de obter acentuadas vantagens, diminuindo os seus deveres em relação à contraparte (o aderente). Por ser assim, impede-se qualquer negociação susceptível de alterar os ditos contratos pré-redigidos e invariáveis, consubstanciando-se numa nítida colisão com a autonomia privada e a liberdade contratual.

12. – Esta questão revestiu-se de grande interesse e mereceu a intervenção do legislador angolano que visou reconduzir aqueles dois princípios à sua matriz original. Em razão disso, concebeu um regime legal adequado a proteger o aceitante na relação contratual (Lei n.º 4/02 de 18 de Fevereiro).

13. – As coordenadas consagradas na referida lei fixam-se na particular observância de dada disciplina vinculativa, face à aceitação passiva do aderente às cláusulas gerais dos contratos, dirigidas a prestações desproporcionadas.

14. - Neste contexto, elencam-se duas listas de proibições que a não serem respeitadas provocam a nulidade da cláusula controvertida.

15. – A anulação é obtida pelo recurso às instâncias judiciais e visa afastar a onerosidade excessiva das prestações a serem cumpridas em inferioridade jurídica no vínculo negocial.

16. – Em Angola, a utilização destes contratos uniformizados e a ausência de negociação apresentam-se como uma consequência gravosa para o nível cultural, social, económico e psicológico dos angolanos, em face das instituições monopolizadoras de bens e serviços.

17. - Para tanto, é urgente a intervenção das entidades estatais, cívicas e outras, no sentido de se tornarem equivalentes as prestações e neste contexto criar mecanismos rápidos de divulgação dos direitos elementares dos aderentes, aliados ao desmascaramento das práticas proibidas dos proponentes.

BIBLIOGRAFIA

Almeida Costa, Mário Júlio de, Direito Das Obrigações, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1984.

Almeida Carlos Ferreira de, Contratos, I, Conceitos – Fontes – Formação, 2ª Edição, Coimbra, 2003.

Andrade Manuel, Teoria Geral da Relação Jurídica, II, Facto Jurídico, Em Especial Negócio Jurídico, Coimbra, 2003.

Ascensão, José Oliveira, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-Fé, separata da revista da Ordem de Advogados, Ano 60, II, Lisboa.

Ascensão, José Oliveira, Teoria Geral do Direito Civil, Volume III, Acções e Factos Jurídicos, Lisboa, 1992.

Ascensão, José Oliveira, Direito Civil, Teoria Geral – Acções e factos Jurídicos, II, 2ª edição, 2000.

Ascensão, José Oliveira, Direito Civil, Teoria Geral, II, 2ª edição, 2000.

Ascensão, José Oliveira, Direito Civil – Teoria Geral, volume III, Relação e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, 2002.

Ascensão, José Oliveira, Aulas Proferidas no Iº Curso de Mestrado, Lubango, 2006.

Burity da Silva, Carlos Alberto B., Teoria Geral do Direito Civil, Colecção da FDUAN, Luanda, 2004.

Carlos da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição Actualizada por Monteiro, António Pinto/ Pinto, Paulo Mota, Coimbra Editora, 2005.

Frada, Carneiro, Contratos e Deveres de Protecção, Coimbra, 1994.

Gomes Canotilho, José Joaquim, Direito Constitucional, 3ª edição, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999.

Horster, Heinrich Ewald, A Parte Geral Do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2003.

Justo, A. Santos, Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003.

Lima,Pires / Varela,Antunes, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora.

Manuel da Rocha António/ Cordeiro, Menezes, Da Boa Fé No Direito Civil, Volume I, Coimbra Almedina, 1997.

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito Das Obrigações, Volume I, Introdução Da Constituição Das Obrigações, 5ª Edição, Almedina, 2006.

Reale, Miguel, Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 1997.

Ribeiro, Sousa, O Problema Do Contrato, As Cláusulas Gerais e O Princípio da Liberdade Contratual, Coimbra, 2003.

Sá, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais E Directrizes Sobre Cláusulas Contratuais Abusivas, 2ª edição Revista e Aumentada, Almedina.

Silva, Burity, Teoria Geral do Direito Civil, Colecção FDUAN, Luanda, 2004.

Telles, Galvão Inocêncio, Direito das Obrigações, 7ª edição (Revista e Actualizada) Coimbra, 1997.

Telles, Inocêncio Galvão, Introdução ao Estudo Do Direito, volume I, 11ª edição (refundida e actualizada), Coimbra Editora, 1999.

Telles, Inocêncio Galvão, Introdução ao Estudo do Direito, volume II, 10ª edição (refundida e actualizada), Coimbra Editora, 2000.

Telles, Inocêncio Galvão, Manual Dos Contratos Em Geral, Refundida e Actualizada, Coimbra Editora, 2002.

Varela, João de Matos Antunes, Direito das Obrigações.

Vasconcelos, Pedro Pais, Teoria Geral do Direito Civil, II, Coimbra Editora, 2002.

AS SOCIEDADES IRREGULARES

INDICE

INTRODUÇÃO

- 1.- Preliminares.
2. – Delimitação da investigação.

CAPÍTULO I – A UTILIDADE DOS CONTRATOS DE SOCIEDADES COMERCIAIS.

1. – O período anterior à revolução industrial
2. – O período posterior à revolução industrial.
- 3.– O pós-guerra em Angola e a sociedade comercial.

CAPÍTULO II – NOÇÃO DE SOCIEDADE, SEUS PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS.

1. – Noção de sociedade.
2. - Pressupostos, elementos e requisitos

CAPÍTULO III – A SOCIEDADE COMERCIAL COMO PROCESSO

1. – Percurso para formação da sociedade comercial.
- O contrato de sociedade.
- Registo e publicação.

CAPÍTULO IV – A SOCIEDADE IRREGULAR

1. – Introdução.
2. – Os negócios anteriores à escritura pública
- 2.2.- O n.º 1 do artigo 38º da L.S.C.
- 2.2. – O n.º 2 do artigo 38º da L.S.C.
3. - A sociedade comercial por documento particular
4. – A sociedade com escritura e sem registo
5. – A responsabilidade das sociedades não registadas para com os credores

CAPÍTULO V – VICIOS INERENTES À SOCIEDADE EM FORMAÇÃO

1. – Primeiras considerações
2. – Antes do registo

3. – Depois do registo

CAPÍTULO V – CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

1. PRELIMINARES

O homem na realização do seu bem-estar concebe projectos com a finalidade de lhe propiciarem um futuro melhor. Mas, por vezes, esses planos atingem grandes dimensões e provocam dificuldades de serem geridos individualmente. Nesta ordem de ideias, certos entes unem-se voluntariamente em torno de propósitos sociais, combinam esforços e criam um sujeito moral distinto deles próprios com o objectivo de distribuir trabalho, repartir lucros ou perdas.

Sob essa justificativa, porém submetido ao Direito, firmam-se acordos escritos eficazes e estáveis, assentes num instrumento denominado sociedade.

Ora, se tivermos presente a realidade societária no longo período anterior à revolução industrial, crucial referência de determinantes inovações tecnológicas, deparamo-nos que foi marcada pela própria organização técnica, económico-social e política das variadas épocas históricas.

Na verdade, a profundidade das relações comerciais têm origem nas fases mais recuadas da existência humana. Remonta à Antiguidade, perdendo-se no tempo. Mas, o ponto de partida para os actuais modelos societários está fixado no período medieval, posto terem existido ajustes duradouros de interesses entre indivíduos para desenvolver empreendimentos comuns e lograr resultados em dada actividade económica.

Com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e o conseqüente surgimento do sistema capitalista de produção, outros destinos conduziram-nos a mais evoluídas práticas de comércio. Surgiram modernas relações mercantis, intimamente ligadas a uma maior circulação de bens e serviços com um fim maior de lucro.

Nesta sede, a organização dos factores de produção, sobretudo após a IIª Guerra Mundial, influenciou rápida e substancialmente o crescimento das sociedades comerciais.

Hodiernamente, toma vulto com expressiva relevância e utilidade o contrato de sociedade. De facto, não se pode deixar de concluir que o intuito mercantil ganhou novos nortes, sob os efeitos das inovações tecnológicas, assumindo contemporaneamente impressionante dimensão.

Confinados nisso, verifica-se que no pós-guerra em Angola deflagrou com renovada importância o ente societário nas políticas de expansão da economia nacional. Em presença disso, o nosso universo jurídico reconhece diferentes classes de sociedades. Dentre estas, sobressai o ente mercantil.

Sem dúvida, no estágio da actual conjuntura económica, esta forma societária tem um maior grau de efectividade, mormente na reforma, liberalização e na inexorável modernização da actividade empresarial que se projecta em Angola.

Com efeito, não descuida o nosso ordenamento jurídico de consagrar constitucionalmente a liberdade de empresa e a iniciativa privada (n.º 3 do art. 11º), acompanhadas da liberdade de associação (art. 32º)^{192,193}, no sentido de se oferecerem variadas possibilidades à generalidade das pessoas e destas formarem diferentes tipos de sociedades legalmente previstos em sede própria.

Certamente por isso, se crê benéfico dar importância ao processo de formação das sociedades, numa conexão estreita com a lei comercial recentemente publicada¹⁹⁴.

Daí, o particular propósito de atender o longo procedimento disciplinador do esquema formativo da entidade mercantil, coincidente com um desfile de vicissitudes e contratempos a envolver os fundadores das sociedades.

Em face destas dificuldades, nem sempre se respeitam os congêntes preceitos ditados na lei mercantil para constituição do sujeito societário. Certamente esta situação

¹⁹² Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro - De Revisão Constitucional.

¹⁹³ Em lato significado, sociedade e associação vulgarmente, aplicam-se em sentido equivalente. Menezes Cordeiro corrobora com esta afirmação quando diz: "...temos diversas actuações de associações a que o Direito manda aplicar regras da sociedade." Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, Almedina, 2004, p. 753.

¹⁹⁴ Lei n.º 1/04, de 13 de Fevereiro, D.R. n.º 13, I Série.

dá causa ao surgimento das sociedades irregulares. Assim se tem entendido tal denominação no exercício de actividade social de natureza mercantil, justamente porque os pré-sócios não satisfazem determinadas formalidades legais de natureza constitutiva para explorar negócios comuns. Por sua essência, a irregularidade na fase de formação assenta na ausência de pacto colectivo escrito, ou este existe por documento despido da forma solene (escritura pública). Noutros casos, sobrevém a falta de registo daquele instrumento notarial. Temos assim que, qualquer destas inobservâncias legais conduzem-nos ao fenómeno já conhecido da irregularidade constitutiva da pessoa societária.

Mas isso não afasta nem exonera de responsabilidades as relações engendradas a nível interno e com terceiros. Nesse contexto, é que este trabalho se apresenta útil. Visa ajudar a esclarecer até que ponto é indispensável não adiar a situação irregular da sociedade comercial.

Ora, no intuito de agir de acordo com a lei, interessa sobremaneira a divulgação do regime jurídico aplicável não só aos pré-sócios, mas também às várias instituições públicas e privadas, especialmente aquelas vocacionadas para as acções de formação e apoio às pequenas e médias empresas. Appropriadamente, estas devem estar legalmente constituídas e habilitadas. De contrário, emerge a sociedade irregular, com sérios riscos de ser penalizada por inobservância das prescrições legais.

2. – DELIMITAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO

Assim, dividiu-se o tema em seis capítulos da maneira seguinte:

O primeiro (I) discorre sobre a utilidade do contrato de sociedade comercial para satisfação das necessidades dos sócios e da comunidade em geral, desde os tempos mais recuados aos nossos dias. Em decorrência, identifica-se a importância das sociedades comerciais no actual panorama nacional.

No capítulo seguinte (II), almejou-se ter como ponto de partida para melhor compreensão do tema escolhido, realizar uma abordagem em apertada síntese do conceito de sociedade à luz da lei civil. Esta é reconhecida pela sua aplicação supletiva. Fomos além e, na sequência, falamos também dos inerentes pressupostos, elementos, a

par dos requisitos enquanto factores de decisiva importância na constituição do sujeito de direito mercantil.

Com esse espírito, chega-se ao capítulo III. Versa sobre a sociedade comercial como processo e nele se fixa o percurso ordenado de constituição do ente mercantil, segundo o legislador nacional¹⁹⁵. Nesta perspectiva, o direito positivo angolano estabelece que o contrato social deve outorgar-se através de escritura pública, seguido de outras formalidades legais: a inscrição no competente registo comercial do acordo social (a fim de legitimar a sua existência como sociedade mercantil e de produzir os consequentes efeitos constitutivos); bem como a respectiva publicação, no sentido de a divulgar ou dar a conhecer ao público em geral. Só assim estaremos diante de uma sociedade comercial constituída regularmente.

No desdobramento destes intrincados procedimentos, segue-se então a análise à sociedade irregular (capítulo IV), foco central deste trabalho. Esta anomalia jurídica decorre do não cumprimento dos critérios objectivos visados na lei mercantil. O diploma legal em causa dedica cinco dispositivos sobre esta matéria (artigos 38º - 42º).

Por sua vez, constatado o incumprimento das indicações previstas na Lei das Sociedades Comerciais¹⁹⁶ no transcorrer do processo constitutivo da organização societária, quer no período anterior à escritura pública como na fase entre esta e o registo, tem lugar a assinalada irregularidade. Notadamente, em franco desabono da sua personalidade jurídica. Isso vincula-a a um regime diferente do previsto para as sociedades regulares.

De outra parte, há o particular cuidado de apontar os inconvenientes da incompletude do processo formativo das sociedades comerciais frente a terceiros, para além da responsabilidade patrimonial dos sócios antes e depois do registo da escritura pública, diante dos tipos societários previstos na lei.

¹⁹⁵ Nestas considerações, deve-se ter também em conta o Decreto-Lei n.º 42.644, de 14 de Novembro de 1959 – Registo Comercial, o Decreto-Lei n.º 42.645, de 14 de Novembro de 1959 - Regulamento do Registo Comercial, e a Lei n.º 1/97, de 17 de Janeiro, D.R. n.º 3, I Série - Da Simplificação e Modernização dos Registos Predial, Comercial e Serviço Notarial.

¹⁹⁶ Para aligeirar a denominação, daqui para diante utilizar-se-á a abreviatura - L.S.C.

Combinado a isso, dá-se conta da incompletude da sociedade em formação, por vezes, motivada por factores exteriores (por exemplo o conflito armado) à vontade dos sócios fundadores. Assim se proporciona uma visão geral desta sensível questão.

Em outro capítulo (V), focam-se os vícios inerentes às sociedades comerciais irregulares nos períodos que antecipam o registo definitivo e no momento seguinte a este acto público.

Encaminhamo-nos assim, para conhecer as invalidades na formação das sociedades comerciais, bem como os especiais efeitos produzidos perante casos afectados por estas anormalidades na fase da pré-sociedade.

O derradeiro capítulo (VI) apresenta as principais conclusões.

Vejamos, assim, dentro das nossas limitadas possibilidades, o material que a seguir se expõe.

CAPÍTULO I

A UTILIDADE DOS CONTRATOS DE SOCIEDADES COMERCIAIS

1. – O PERÍODO ANTERIOR À REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.

A prática da actividade mercantil remonta aos tempos imemoriais. Na verdade, a vida social em épocas passadas, tanto na relação entre diferentes povos como no seio das próprias comunidades, sempre se identificou com determinadas necessidades, nomeadamente a produção e a troca de variados bens.

Vemos, pois, que é da própria natureza humana prosseguir os seus interesses de forma agrupada, no sentido de melhor alcançar os almejados fins.

Por essa razão social, historicamente conhecem-se operações comerciais na vida de povos antigos¹⁹⁷ segundo uma certa disciplina, conformadas nos usos e costumes ajustados à satisfação de variadas necessidades. Mas, o começo da sua afirmação tem raízes no período medieval, em virtude da evolução e dinâmica das relações mercantis. Iniciada em algumas cidades costeiras do mediterrâneo¹⁹⁸, expandiu-se a outras latitudes geográficas¹⁹⁹.

Nesta época, destacaram-se as associações comerciais, a utilização dos cheques e dos recibos. Surgiu assim o mercantilismo, sistema de comércio com finalidade lucrativa. Era o início do capitalismo, permeado por novos valores sociais.

2. – O PERÍODO POSTERIOR À REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A revolução industrial no final do século XIX, no âmbito da evolução do pré-dito regime económico, trouxe enorme desenvolvimento à vida de relação entre os homens e a correlativa indispensabilidade de regar e proteger interesses divergentes. Era a fase da concorrência, do liberalismo económico e das grandes empresas comerciais.

¹⁹⁷ Nas civilizações clássicas – Roma e Grécia – houve a evolução das cidades, o desenvolvimento do comércio mundial e as primeiras regulamentações na fixação de preços, tributos, melhoria dos portos, policiamento dos mares, etc.

¹⁹⁸ A vida mercantil floresceu enormemente em cidades como Florença, Piza, Veneza e Génova, entre outras. Cfr. H.G. Wells, História Universal, Segundo Volume, Coleção Vida E Cultura, Edição “Livros do Brasil”, Lisboa p. 382 e ss.

¹⁹⁹ A expansão ultramarina de vários estados europeus influenciou o surgimento nos restantes continentes do novo modelo de relações económicas.

Sem dúvida, os avanços tecnológicos geraram grandes mudanças sociais, sobretudo depois da II Guerra Mundial. Essa conjuntura deu azo à evolução do fenómeno societário e a sua marcada utilidade como instrumento de progresso no mundo inteiro.

Nas últimas décadas, a contínua expansão económica, contribuidora proximidade dos mercados, trouxe o impressionante crescimento das sociedades do tipo comercial, à luz das aceleradas iniciativas mercantis no mundo global. Certo sendo, que o Direito também se vai adequando a esta nova roupagem económico-social.

Na verdade, o contrato de sociedade desempenha hoje uma função social indiscutível. Através da actividade comum dos seus membros, permite criar novas utilidades e contribui para resultados na vida económica actual de comprovada eficácia. É, por conseguinte, uma fonte de motivação humana sem precedentes²⁰⁰.

Nesta conformidade, a influência da sociedade comercial na Era contemporânea é uma determinante em todas as perspectivas de cooperação entre os homens, especialmente na afirmação da sua liberdade. Também é um pilar seguro da razão da sua existência como ser eminentemente gregário.

Nestas esferas, a referência notável foi a ruínosa experiência marxista. Os seus moldes centralizados trouxeram um paradigma de sociedade que limitou as relações privadas entre os homens no processo de produção, distribuição e troca de bens materiais²⁰¹.

A própria realidade acabou por trazer profundas mudanças no bloco dos países socialistas ao negar as suas formas de produção.

²⁰⁰ A reconversão operada em Angola para uma economia de mercado trouxe a inevitável explosão do nascimento de variadas sociedades. Nesta concordância, publicaram-se, entre outras, a Lei n.º 14/03, de 18 de Julho, D.R. n.º 56, I Série, vulgo Lei do Fomento do Empresariado Privado Angolano; Lei n.º 11/03, de 13 de Maio, D.R. n.º 37, I Série, Lei de Bases do Investimento Privado.

²⁰¹ Em Angola desencadeou-se uma política de confiscos e nacionalizações (Lei n.º 3/76 de 3 de Março, D.R. n.º 52, I Série) e consequente criação de Unidades Económicas Estatais. Passou-se do comércio de livre concorrência (vigou até 1974) para o comércio administrativo e centralizado, com o Estado a conceber, orientar e a executar os planos de circulação mercantil durante aproximadamente duas décadas. Controlou-se quase tudo, da venda do sorvete à extracção do petróleo.

Por seu turno, o mercado global surgido nos últimos anos, por força do constante avanço da tecnologia, provocou o aumento dos fluxos comerciais e favoreceu a formação de colectividades mercantis à escala mundial nas indústrias alimentar, farmacêutica, automóvel, de telecomunicações, etc. Reconhecem-se assim novos desafios face a esta insofismável realidade.

3. – O PÓS-GUERRA EM ANGOLA E A SOCIEDADE COMERCIAL

Em Angola, com a necessidade de inverter a situação no plano político e económico-social no período do pós-guerra, fizeram-se aumentar as possibilidades de sucesso dos empreendimentos. Assim, tornou-se premente constituir sociedades comerciais. Nesse quadro, o governo concebeu acções de formação e orientação empresarial^{202,203}.

Os resultados esperados como consequência imediata da sua implantação são: redução da miséria, combate ao desemprego, reestruturação e organização dos mercados, entre outros.

Assim, vários membros de diferentes entes mercantis desenvolveram actividades contidas em brochuras, nomeadamente: *Como montar uma fábrica de sabão, de vassouras, de concentrado de tomate, etc.*

Este estímulo e apoio à constituição de pequenas sociedades comerciais não impediu que se viabilizassem outras faixas distintas de empreendimentos. Nelas se incluem sociedades mercantis de média dimensão. O foco direccionou-se para as áreas agro-industrial, pescas, indústria ligeira e até camionagem.

A Lei das Sociedades Comerciais veio reforçar as previsões de expansão da economia nacional num futuro imediato. Visa, sobretudo, actualizar e modernizar o regime jurídico dos agentes comerciais de Direito privado e também reconhecer o papel

²⁰² O incentivo à criação de sociedades comerciais visou preferencialmente o pessoal excedentário da função pública e desmobilizados do exército.

²⁰³ Apresenta-se como exemplo o “Programa Nacional de Fomento ao Pequeno Produtor” na esteira do “Programa Novo Horizonte”

reservado às iniciativas de ordem individual para o desenvolvimento de Angola, num contexto de livre concorrência no mercado.

Com isso, é possível afirmar que houve uma marcante intensificação das relações económicas na vida dos angolanos, assistidas por forte dinâmica a que não é estranho o mercado global, onde o contrato de sociedade, como já o dissemos, é um ponto de referência; por tal, se dá ênfase, em momento posterior, ao seu processo de formação social.

Conclui-se então existir hoje uma audiência atenta aos novos tempos, sensível à realidade fáctica e ilustrada pelas novas concepções jurídicas. Estas, sobrepujam-se a ideais distorcidos que se revelaram impróprios para propiciar soluções promissoras em Angola.

CAPITULO II

NOÇÃO DE SOCIEDADE

SEUS PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS

1. – NOÇÃO DE SOCIEDADE

Para se aferir as características de uma sociedade é prioritário aflorar o magno problema da sua noção. Deste ponto de vista, interessa-nos a aceção que restringe o conceito de sociedade aos limites de sua compreensão dentro do mundo jurídico. O artigo 980º do Código Civil leva-nos a entender uma definição que serve de base a toda a espécie de contrato de sociedade, seja civil ou comercial²⁰⁴. Por via disso, esta é concebida como a reunião de duas ou mais pessoas, congregadas por força da contribuição de bens ou serviços, tendo em vista a exploração de um determinado negócio, cujos resultados (lucros) serão divididos entre elas^{205, 206}.

Não se abandonou até à data a noção genérica de sociedade expressa no Código Civil e é pacífico considerar aquele enunciado como ponto de partida compatível com o de sociedade comercial²⁰⁷. Na verdade, a Lei das Sociedades Comerciais (LSC) é omissa quanto a um conceito geral. Só regula no seu n.º 2 do artigo 1º o que são sociedades comerciais²⁰⁸. Nestes termos, deve-se buscar tal conceito ao Direito comum e aplicá-lo à sociedade mercantil, diante da ausência de expressa previsão legal.

Por conseguinte, a sociedade comercial tem por propósito a exploração de negócios de natureza mercantil ou industrial. Reguladas pela L.S.C., são constituídas

²⁰⁴ A classificação “contrato de sociedade” não encontra unanimidade na doutrina. Para outros desenvolvimentos, veja-se Ferrer Correia, *Sociedades Comerciais*, p. 39 e ss. e Joaquim Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, Almedina, pp. 90-91.

²⁰⁵ Tradicionalmente a sociedade é considerada como um acto jurídico plurilateral de natureza contratual.

²⁰⁶ O Código das Sociedades Comerciais vigente em Portugal, no n.º 1 do artigo 488º, autoriza a constituição de sociedades comerciais por negócio jurídico unilateral. Do ponto de vista legal, em Angola não se reconhecem as sociedades unipessoais de origem.

²⁰⁷ São comerciais todas as sociedades (incluindo as sociedades civis sob forma comercial) constituídas de conformidade aos tipos previstos na L.S.C.. Entretanto, no dizer de Menezes Cordeiro, as sociedades civis ajustadas à realização de um fim comum de natureza económica que não tenha carácter mercantil, exigem uma mediação interpretativa das suas cláusulas contratuais para se apurar a aplicabilidade ou não da lei civil. Veja-se ob. cit., p. 752 e ss.

²⁰⁸ Distintas das sociedades comerciais, são as associações constituídas em defesa de interesses ideológicos, laborais, morais, intelectuais ou outros; mas nelas inexistente a finalidade de auferir lucros. Não visam o proveito económico. Sustenta isso, a Lei das Associações n.º 14/91, de 11 de Março, D.R. n.º. 20, I Série.

por duas ou mais pessoas. Para satisfação do seu objecto, cada uma delas contribui com uma parte do seu capital, ou com o seu trabalho; ou seja, as pessoas reunidas criam um fundo patrimonial comum no sentido de obter benefícios, mediante a repartição de lucros e obviamente de perdas. Constituem-se por qualquer dos tipos reconhecidos na referida lei, independentemente da sua categoria e finalidade comercial.

Em consequência, existem sociedades civis com fins mercantis segundo o tipo legal adoptado. Assim sendo, a organização societária com tais características sujeita-se à legislação comercial e considera-se para todos os efeitos legais um ente jurídico mercantil. Todavia, sempre é possível aplicar supletivamente a lei civil. Pelo contrário, se a sociedade é comercial pelos fins que desenvolve e se diz civil no âmbito da sua constituição, deve considerar-se irregular²⁰⁹,²¹⁰. Como já foi divulgado, o tema em análise dará trato em tempo oportuno desta anomalia jurídica.

2. – PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS

No nosso campo jurídico, o contrato de sociedade é considerado como um acto jurídico de natureza contratual. Nesse âmbito, ressalta a conveniência mútua e imposição de formalidades legais ao negócio assente em determinados pressupostos, elementos e no preenchimento de certos requisitos.

Elucidativamente a lei angolana das sociedades comerciais²¹¹ refere-se aos pressupostos constitutivos do contrato de sociedade^{212,213} no artigo 8º. Consideradas realidades prévias ao negócio jurídico, são nem mais nem menos que as partes contratantes. Estas podem ser pessoas colectivas ou singulares. Necessariamente impõe-se um número mínimo de duas pessoas para as organizações mercantis.

²⁰⁹ As sociedades são civis se optam pela forma civil; são também denominadas sociedades civis puras. Em Angola não se coloca a questão de terem personalidade jurídica. Todavia Menezes Cordeiro, em oposição a diferentes autores, defende a aquisição de personalidade jurídica a tais entes civis em dadas circunstâncias. Veja-se ob. cit., p. 755 e ss.

²¹⁰ Repare-se que o regime jurídico previsto para as sociedades por acções impõe que sejam sempre consideradas comerciais, ainda que tenham objecto social eminentemente civil.

²¹¹ Lei n.º 1/04 de 13 de Fevereiro. Notadamente este diploma legal inspira-se na lei portuguesa que disciplina matéria idêntica.

²¹² Sobre as teorias contratuais e anti-contratuais, veja-se, de entre outros, António Ferreira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Coimbra Editora, p. 188 e ss.

²¹³ A denominação “contrato de sociedade” provoca sérios debates até aos dias de hoje. Sobre o assunto, veja-se Menezes Cordeiro, *Manual De Direito Das Sociedades*, I, *Das Sociedades Em Geral*, 2004, p. 393 e ss.

Os elementos que constituem o contrato de sociedade estão previstos no artigo 10º e referem-se às cláusulas que o integram, ou seja ao seu conteúdo. Neste caso, as exigências estipulativas constantes neste dispositivo são de carácter obrigatório geral e específico. Admite ainda cláusulas facultativas e acessórias. As primeiras, notoriamente ficam ao arbítrio dos pré-sócios. Não são essenciais ao contrato social. As outras, não dispõem sobre a matéria principal do acto constitutivo, porém a elas se ligam no cumprimento de obrigações dominantes.

Depois, os requisitos para preencher o negócio jurídico. São os aspectos reunidos nos pressupostos e elementos; ou seja, a legitimidade e capacidade²¹⁴ das partes. Ora, como se vê, são de ordem intrínseca. Decorrem da própria pessoa envolvida no processo convencional.

Assim, os intervenientes no quadro contratual devem ter uma posição que os legitime realizar o negócio jurídico. Manifestamente, pela legitimidade negocial se permite produzir efeitos válidos e vinculativos. Deste modo, revela-se a exacta virtude da actuação mostrar-se amparada em lei.

A capacidade, assente na vontade de pessoas capazes, afere-se pela lei civil (artigo 67º) e coincide com a lei comercial (n.º 1 do artigo 6º). Designa a qualidade do participante nos vínculos negociais para a prática de actos de comércio. Efectivamente, é a capacidade comercial. Àquele sujeito impõe-se aptidão e idoneidade para titular as relações jurídicas por ele pretendidas no exercício mercantil²¹⁵.

De outro lado, sempre importa referir que a validade do contrato depende da verificação de outras essenciais exigências; ou seja, não admite a presença de quaisquer vícios de consentimento como o erro, dolo, coacção, simulação e fraude. Implica

²¹⁴ Nos termos dos artigos 67º e 130º do Código Civil. Às pessoas singulares exige-se capacidade de exercício e não apenas a capacidade de gozo para serem partes num contrato de sociedade comercial, de acordo com o artigo 130º do Código Civil, com a nova redacção dada pela lei n.º 68/76 de 12 de Outubro, D.R. n.º 242, I Série.

²¹⁵ Há a capacidade das pessoas físicas, por um lado, e das pessoas colectivas por outro. Contudo, estas últimas expressam a sua vontade através dos seus órgãos constitutivos que, naturalmente, são compostos de pessoas físicas.

também que a manifestação da vontade negocial não colida com a lei e os bons costumes²¹⁶.

Meditados nisto, põe-se a questão de analisar o perfil formativo da sociedade comercial. Vamos dar trato desta matéria no capítulo seguinte.

²¹⁶ Os vícios estão previstos nos artigos 240º e ss. do Código Civil , no n.º 1 do artigo 47º e artigo 48º da L.S.C..

CAPÍTULO III

A SOCIEDADE COMERCIAL COMO PROCESSO

1. – PERCURSO PARA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE COMERCIAL

A sociedade em formação é assim designada, porque indica o ente em fase de instituição sob a égide da lei. Nela se identificam os actos para constituir uma sociedade comercial, que a final se terá como efectivamente estabelecida e perfeita.

Neste caso, à luz da L.S.C., exige-se para o processo formativo uma disposição ordenada de actos principais, a saber:

- Contrato de sociedade (sujeito a escritura pública)^{217, 218, 219}
- Registo do contrato²²⁰.
- Publicação do contrato.

O nosso Ordenamento Jurídico impõe também determinadas formalidades que antecipam a escritura pública. Estas são:

- A certidão de novidade da firma;
- O depósito do capital (por conta de cada entrada)²²¹; e
- A verificação das entradas em espécie;

1.1. - O CONTRATO DE SOCIEDADE

Para identificação de cada um dos tipos sociais, requer-se uma designação própria, a firma comercial (al. a), n.º 1 do artigo 10º da L.S.C.). De um lado, esta

²¹⁷ No processo formativo em que se impõe subscrição pública há duas fases distintas, mas que se completam: o contrato formado geralmente pelos promotores e subscritores e a deliberação da assembleia constitutiva.

²¹⁸ Também se exige escritura pública na constituição das sociedades derivadas da fusão, cisão ou transformação. Todavia, para estes casos a lei dá um tratamento diferenciado, porquanto estes sujeitos jurídicos surgem de sociedades formadas anteriormente.

²¹⁹ Importa também dizer que as sociedades comerciais não se constituem somente por contrato. O nosso legislador permite que também sejam criadas por lei no âmbito da actividade administrativa do Estado. (Veja-se Lei n.º 9/95 de 15 de Setembro, Lei das Empresas Públicas e Decreto n.º 8/02 de 12 de Abril, D.R. n.º 26, I Série).

²²⁰ Observe-se que as sociedades comerciais criadas por diploma legislativo, se precedem de escritura pública, sujeitam-se ao registo comercial e também se inscrevem no Ministério das Finanças (artigos 35º e 36º do Decreto-Lei n.º 8/02, de 12 de Abril e 124º da Lei n.º 1/97, de 17 de Janeiro, D.R. n.º 3, I Série).

²²¹ O capital social é um dos elementos do contrato. Juntamente com o nome, tipo, firma, objecto da sociedade e a sede social são menções contratuais obrigatórias (artigo 10º da L.S.C.)

permite distinguir uma de outra sociedade mercantil; por outro, a firma²²² sugere o exercício da actividade que constitui o seu objecto societário e sob a qual irão girar todos os futuros negócios²²³. A constituição da firma social deve obedecer a prévia fiscalização do ministério do comércio. Antes, requer-se uma certidão de novidade na Conservatória do Registo Comercial. É o pedido de certidão negativa da firma, a fim de evidenciar a autenticidade da pessoa colectiva projectada.

Cumprе аcentuar, que não se estabeleceram mecanismos para se evitarem as constituições de sociedades com as mesmas designações em províncias diferentes no território angolano. Na realidade, a firma deve estar apta a prevenir equívocos e mesmo usurpações. Todavia, os serviços competentes a nível nacional, no âmbito desta matéria, não têm uma exigente coordenação a fim de dar segurança aos fundadores das sociedades mercantis. Assim, a divulgação da firma pode não alcançar todos os cantos do país, originando uma protecção legal diminuta.

A propósito, tais colisões ficaram demonstradas quando os credores do Estado celebraram um acordo de regularização da dívida pública interna com o ministério das finanças²²⁴. De obediência a um critério de confirmação do aludido débito, surgiram embaraços entre empresas com denominações idênticas²²⁵. Claramente, isso tem repercussões nos objectivos de ordem geral e particular dos credores públicos.

Por sua vez, para a questão das entradas em moeda com curso legal (al. g), n.º 1 do artigo 10º da L.S.C.), impõe-se que o capital subscrito seja confiado a um estabelecimento de crédito, nos termos do n.º 1 do artigo 30º da L.S.C.. O correspondente recibo de depósito efectuado em nome da futura sociedade serve de prova a ser exibida perante o notário na elaboração da escritura constituinte.

²²² Impropriamente, muitas vezes também é chamada de denominação. Porém, esta se percebe como o nome a indicar o estabelecimento. A firma é a designação adoptada para o exercício do comércio.

²²³ A firma social uma vez registada, constitui um verdadeiro direito de propriedade incorpórea.

²²⁴ Veja-se a Lei n.º 16/2002, de 5 de Dezembro, D.R. n.º 97, I Série – Lei Quadro da Dívida Pública.

²²⁵ O caso flagrante aconteceu entre duas sociedades comerciais com firmas de grafia muito próxima: a primeira, era a Sociedade Comercial de Produtos do Mar – “Marimar, L.da”, com sede em Luanda e a outra, a Sociedade Comercial de Frutos do Mar – “Mar e Mar, L.da”. Descobriu-se o imbróglio porque os montantes em causa eram diferentes, apesar de muito mais tarde se terem revisto outros pormenores, nomeadamente, aquele relativo à numeração dada por províncias. Recorde-se também que a lei não prevê o princípio da unidade da firma.

No tocante às entradas em espécie (al. h), n.º 1 do artigo 10º da L.S.C.), estas consistem em bens diferentes de dinheiro, embora por este avaliáveis. Neste sentido, é elaborado um relatório por competente contabilista, com o conteúdo estabelecido no n.º 2 do artigo 30º da L.S.C., que verificará os ditos bens traduzidos em entradas. De seguida, o relatório deve estar a disposição do(s) outro(s) sócio(s) com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, relativamente à data de realização da escritura notarial (n.º 6 do artigo 30º da L.S.C.).

Em suma, está-se diante dos quinhões com que cada sócio (pessoa natural ou jurídica), igual ou desigualmente, contribui para a realização do capital social (al. f), n.º 1 do artigo 10º da L.S.C.). A partir desta data os valores das subscrições dos sócios perdem a sua individualidade e integram-se no património da sociedade. A esta pertencem de maneira exclusiva Assim, definitivamente destinam-se ao cumprimento do fim social.

Concluídas estas formalidades prévias, celebra-se o contrato de sociedade em qualquer cartório notarial (al. e) do artigo 89º do Código do Notariado), precedido da apresentação de uma minuta contendo os elementos comuns (artigo 10º da L.S.C.) e os específicos previstos para cada tipo societário. Deste modo, se fixa o estatuto social. Neste, devem constar todas as vicissitudes da sociedade, sejam elas relativas ao seu nascimento ou a quaisquer outras modificações importantes para a organização societária²²⁶. No entanto, o notário obriga-se a ler em voz alta o pacto social aos futuros sócios (al. i) do artigo 62º do Código do Notariado); estes, pela exibição dos seus bilhetes de identidade ou pelo conhecimento pessoal do agente notarial, podem confirmar ou rejeitar directamente qualquer pormenor constante no próprio contrato. Com isso, se dá forma legal às ajustadas vontades das partes e autenticidade própria ao acto público.

Outorgado o acto constituinte²²⁷, de conformidade com o n.º 1 do artigo 8º da L.S.C. e artigo 219º do Código Civil, têm os pré-sócios na sua posse a exigida escritura

²²⁶ O estatuto social assente num complexo de regras das actividades da organização, fixa-se num pacto colectivo das pessoas participantes, a surtir efeitos entre estes, bem como com terceiros.

²²⁷ Os doutrinadores debatem-se em torno das diferentes teorias da natureza jurídica do acto constitutivo da sociedade. A controvérsia de posições divide-se entre as teorias anti-contratuais e teorias contratuais. Contudo, tais doutrinas servem para orientar a determinação dos elementos essenciais configuradores da

pública²²⁸. Este procedimento é indispensável em razão da complexidade das suas cláusulas e das consequências advindas da constituição de um novo ente social.

1.2. - REGISTO E PUBLICAÇÃO

Evidencia-se agora fazer o registo da recém-nascida situação jurídica, através da sua inscrição na conservatória competente²²⁹ (artigo 3º do Decreto-Lei n.º 42.644 de 14 de Novembro de 1959). Há que reconhecer a legitimidade jurídico-comercial do contrato de sociedade e os futuros actos mercantis. Para tanto, deve-se requerer num prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data da escritura pública. Depois, a forma documental exigida para o contrato social é transcrita para uma ficha e pasta própria de registo devidamente legalizados,^{230,231} seguido do respectivo depósito^{232,233}.

Este acto público posterior à convenção escrita, obriga a apresentação dos seguintes documentos:

- Requerimento, com assinatura devidamente reconhecida, dirigido ao Conservador dos Registos
- Escritura Notarial
- Título de Contribuinte.

Oportunamente pagam-se os emolumentos e contra o registo recebe-se uma certidão^{234,235}. As despesas inerentes a todos estes procedimentos podem ser pagas com

natureza jurídica do acto constitutivo da sociedade comercial. Sobre esta matéria, veja-se Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, Deprint, volume I, II, III – 1975, Lex, 1994, p. 228 e ss; António Pereira de Almeida, Sociedades Comerciais, 3ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 188 e ss; José de Oliveira Ascensão, Direito Comercial, Volume IV, Sociedades Comerciais, Parte Geral, Lisboa, 2000, p. 233 e ss.

²²⁸ A exigência formal de escritura pública em matéria das sociedades comerciais implica uma excepção ao princípio da liberdade de forma contratual.

²²⁹ Os registos gozam da presunção legal de veracidade e autenticidade (artigos 363º, 370º e 371º do Código Civil).

²³⁰ Artigos 75º, 76º, 146º e ss da Lei n.º 1/97, de 17 de Janeiro, D.R. n.º 3, I Série, “Da simplificação e modernização dos registos predial, comercial e serviço notarial”.

²³¹ Os registos anteriormente eram escriturados em livros, mas a partir de 2004 passaram a ser redigidos em fichas e organizadas em apropriadas pastas.

²³² Artigo 149º da Lei n.º 1/97, de 17 de Janeiro.

²³³ A autoridade competente deve verificar os aspectos formais dos documentos apresentados, onde se relevam a legitimidade e o trato sucessivo (artigo 142º e 143º da Lei n.º 1/97, de 17 de Janeiro).

²³⁴ À inscrição lavrada na ficha respectiva por extracto resumido e dactilografado ou em computador, é-lhe atribuído um único número de registo. Ex.: N.º 087-05/0620, que compreende o número propriamente dito, seguido do ano e data do registo.

²³⁵ De recordar que a sociedade mercantil deve também fazer a sua inscrição fiscal, a fim de apresentar os elementos para o lançamento das tributações.

o capital social, se for caso de estar previsto no contrato, pois não consta como menção obrigatória. Cumpridos todos estes formalismos de natureza constitutiva, a sociedade passa a ser uma pessoa jurídica autónoma e capaz, que não se confunde com os seus membros. Há um reconhecimento legal do ente mercantil mediante a atribuição de personalidade jurídica (artigo 5º da L.S.C.). A outorga desta condição de pessoa jurídica permite-lhe coexistir com o homem no mundo obrigacional, dotando-a de capacidade de gozo e exercício. De facto, o substrato da personalidade jurídica é uma técnica instrumental de imputação de direitos, deveres e autonomia patrimonial compatíveis com a natureza especial da referida personalidade²³⁶. Vemos, pois, que o registo é um destacado mecanismo da própria operacionalidade da vida económica dos nossos dias.

Em suma, a ausência do contrato de sociedade autêntico ou do assinalado registo, seja pela entrega dos documentos extemporaneamente²³⁷ ou pela sua não apresentação a funcionários especializados²³⁸, tornará a sociedade irregular. Nessa condição, não beneficiará das prerrogativas consagradas em legislação comercial. Isso veremos a seguir.

Por fim, opera-se a publicação do registo do contrato social. Este acto, contemplado no artigo 71º do Código Comercial, fica a cargo da sociedade e visa dar notícia da constituição da sociedade comercial perante terceiros. Assim, qualquer interessado pode aceder ao conteúdo do título constitutivo. Esta declaração solene é feita em jornal oficial ou no Diário da República, II série.

De contrário, a não publicidade do acordo societário far-se-á ressentir nas relações jurídicas estabelecidas com terceiros de boa fé e torna-se inoponível a estes.

Elucidativamente, satisfeitos aqueles requisitos legais garante-se a completude do contrato de sociedade e a sua existência plena no mundo do Direito.

²³⁶ Veja-se, para tanto, o artigo 90º do Decreto-Lei n.º 42.644, de 14 de Novembro de 1959.

²³⁷ O registo dos actos constitutivos devem ser feitos no prazo de 90 (noventa) dias contados da data da sua lavratura (veja-se al. e) do artigo 3º) do Decreto-Lei n.º 42.644, de 14 de Novembro de 1959 – Registo Comercial).

²³⁸ Caso suceda este procedimento, o acto praticado por funcionário incompetente é nulo (cfr. n.º 1 do artigo 85º do Código do Notariado).

À margem destes actos, existem outros que visam complementar as exigências para o início da actividade mercantil²³⁹. Ora, diante deste exagerado ritualismo, o governo nacional criou o “Guichet Único de Constituição de Empresas”²⁴⁰. Trata-se de um organismo criado no interesse de simplificar o processo de constituição de sociedades comerciais, na medida em que todas as formalidades acima indicadas são realizadas na mesma instituição. Contudo, este serviço só funciona em Luanda. Apresentam-se, assim, imposições burocráticas exacerbadas no restante do país.

Enfim, o percurso completo de formação das sociedades comerciais é longo e o dinamismo desejado não se contemporiza com estes pesados procedimentos burocráticos e formais que, por vezes, ocasionam as situações a seguir descritas.

²³⁹ O legislador nacional criou o Decreto n.º 29/00, de 2 de Junho, publicado no D.R. n.º 22, I Série – Licenciamento da Actividade Comercial. Para tanto, condiciona-se o início da actividade comercial à existência de um alvará. A obtenção deste documento é antecipada da elaboração de requerimentos, de acordo com os n.º (s) 1 e 2 do artigo 11º do aludido diploma legal.

²⁴⁰ Decreto n.º 123/03, de 23 de Dezembro, D.R. n.º 101, I Série.

CAPITULO IV

A SOCIEDADE IRREGULAR

1. - INTRODUÇÃO

No actual tráfico mercantil surgem frequentemente organizações de fins comerciais que não tomam a feição jurídica apropriada, quer na fase embrionária do contrato de sociedade, como nos momentos subsequentes (registo e publicação).

Em rigor, as sociedades comerciais com esses defeitos no processo de formação conhecem-se especificamente como irregulares. Na base está a inobservância à nascença dos passos sequenciais necessários para se considerarem legalmente conformadas com as normas mercantis aplicáveis.

Com efeito, as irregularidades sucedem-se nas sociedades em vias de formação e verificam-se quando apresentam vícios de forma ou de fundo (artigo 44º da L.S.C.)²⁴¹. Entende-se que esta multiplicidade de situações se estendem às sociedades de facto²⁴² e à “pré-vida” das sociedades²⁴³. Contudo, deve dizer-se que as sociedades de facto resultam não somente daquelas sem baptismo legal, ou seja, que desde o seu início se mostram ilegalizadas (não foram constituídas na forma expressa na lei); mas também de sociedades originariamente regulares, com duração limitada, que funcionam depois de expirado o prazo fixado no contrato social. Seguindo a inicial linha de raciocínio, vemos que as sociedades de facto, por motivos circunstanciais, também exercitam negócios societárias. O traço significativo exprime-se na falta de poder legal para prosseguir tais interesses.

Todavia, neste particular, interessam-nos precisamente as sociedades irregulares, qualificação atribuída quando no germe infringem as exigências enunciadas na lei comercial.

²⁴¹ Ambos os vícios serão examinados em capítulo posterior.

²⁴² Para alguns autores, as sociedades de facto e as irregulares são a mesma coisa, ou seja, confundem estas duas realidades jurídicas.

²⁴³ O Prof. O. Ascensão assinala que a irregularidade não se apresenta em todas as fases de pré-vida da sociedade. Só a admite diante dos prazos vencidos de formação da sociedade. Cfr. Direito Comercial - Volume IV, Sociedades Comerciais, Parte Geral, Lisboa, 2000, p. 103. Assim também se aplicou o termo irregularidade no Acórdão do Tribunal da Relação do porto, de 24 de Janeiro de 2004, RP200601240526922 “Sociedade Irregular”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.usf> (recolhido em 19 de Abril de 2006).

Quanto a isso pode-se ainda tranquilamente afirmar que não há um definido critério de separação para as diferentes causas da não regularização das sociedades comerciais. Porém, o mais importante é que o texto legislativo aceita a irregularidade (ou a incompletion) da sociedade comercial. O contrário seria uma atitude radical e ilógica deixar de enfrentar esta realidade²⁴⁴. Mas, neste terreno, o próprio ordenamento não lhes prestigia a personalidade jurídica, porém não ignora a sua existência de facto. Por isso mesmo, atribui-lhes consequências jurídicas ante a sua natureza peculiar. Marcadamente, por razões explicáveis e compatíveis com a segurança e interesses subjacentes aos comprovados actos praticados naquelas circunstâncias.

Ora, muitas vezes os parceiros associam-se e organizam-se a fim de, em conjunto, traçar objectivos e dar eficácia ao que pactuam.

Mas, ousadamente, desenvolvem actividades preliminares (preparatórias e/ou lucrativas) sem aguardar pela constituição definitiva da sociedade. Por vezes a irregularidade é transitória e os intervenientes correndo os riscos por conta desta anomalia, concluem o processo formativo da organização mercantil em tempo aceitável para a realidade histórica angolana²⁴⁵. Nessa medida, julga-se estar na fase de “pré-vida” societária, figura atrás referida e distinta das sociedades de facto.

No entanto, as complicações surgem quando a pretendida sociedade persiste por sucessivos meses ou anos em coordenar e dirigir as actividades de produção e circulação de bens ou serviços sem completar a sua constituição. Amiúde, sob auspícios de uma firma comum desenvolvem actividades lucrativas sem terem presente um acordo escrito, ou redigem uma convenção mas, posteriormente, abandonam a intenção

²⁴⁴ Entretanto, outro critério legal ocorre para a qualificação da irregularidade das sucursais de sociedades comerciais estrangeiras estabelecidas em território angolano. Se no país de origem o sujeito mercantil obedeceu ou não a exigências previstas na génese da sua constituição, isto é problema a ser visto à luz do direito respectivo (artigo 3º da L.S.C.). Em Angola só importa que a dita sociedade não omita os requisitos da inscrição e publicação (artigo 5º do Regulamento do Registo Comercial, por força do artigo 4º da L.S.C.). Uma vez verificado o não cumprimento destes procedimentos formais, está-se perante a actuação irregular da sucursal. Contudo, não se aplica o regime legal das sociedades irregulares. São situações distintas, apesar de se reconhecer que a sucursal não tem personalidade jurídica própria. (Para a autorização do estabelecimento de sucursais de instituições financeiras em Angola aplica-se a Lei n.º 13/05, de 30 de Setembro - Instituições Financeiras, D.R. n.º 117, I Série).

²⁴⁵ Recorde-se que a s dificuldades relacionadas com constituição das sociedades encaixa-se num contexto nacional mais amplo. Um exemplo singular são os embaraços vividos fora de Luanda para se publicar a nova sociedade. O jornal oficial tem sérios problemas para implantar-se em todo o país e o recurso ao Diário da República é mais difícil e oneroso.

de celebrar a escritura pública ou o registo e respectiva publicação da sociedade comercial. A proliferação destas situações em Angola têm muitas vezes particular causa no prolongado conflito armado²⁴⁶, que no universo das dificuldades também inviabilizou o regular funcionamento das instituições do Estado, de entre as quais, aquelas vocacionadas para a formação das sociedades comerciais. Mas constata-se também existirem frequentemente sujeitos que, sob arranjo verbal, conjugam esforços para retirar lucros imediatos, em especial nas actividades empreiteiras. Por essa razão, estas práticas persistem nos dias de hoje e certamente darão causa a decisões jurisprudenciais.²⁴⁷

Em resumo, do acima explicado se extrai que a doutrina distingue as relatadas situações e a lei impõe um regime apropriado para os casos de irregularidade pré-societária. Aqui se integram as sociedades de facto^{248, 249} e os fundamentos básicos apoiam-se nos artigos 38º e seguintes da L.S.C.²⁵⁰.

Passemos então, de imediato, a esta análise.

2. – OS NEGÓCIOS ANTERIORES Á ESCRITURA PÚBLICA.

2.1. – O N.º 1 DO ARTIGO 38º DA L.S.C.

Efectivamente, o teor do artigo 38º da L.S.C. faz uma análise a dois elucidativos planos das relações sociais na fase preparatória anterior à escritura pública.

Com efeito, quando duas ou mais pessoas demonstram o exercício de actividade social com ânimo societário, sem possuírem um título contratual escrito entre eles que regule expressamente os negócios comuns, está-se diante da falsa aparência de sociedade (n.º 1 do artigo 38º da L.S.C.). Conforme sublinha O. Ascensão, este caso

²⁴⁶ Na verdade, muitas sociedades só completaram o processo formativo de maneira forçada. Na base esteve o processo de liquidação da dívida pública interna ao abrigo da Lei n.º 16/02, de 5 de Dezembro, D.R. n.º 97, I Série – Lei Quadro da Dívida Pública

²⁴⁷ Não é possível obter decisões judiciais sobre esta matéria, pois em Angola não existe um boletim de publicação das sentenças proferidas em tribunais.

²⁴⁸ Sob este ângulo não deixa de ser contraditório utilizar o termo sociedade, porquanto esta designa o próprio contrato social.

²⁴⁹ O renomado professor Menezes Cordeiro divide as sociedades irregulares em duas categorias: a sociedade material e a sociedade aparente (veja-se Manual De Direito Das Sociedades, I, Das Sociedades Em Geral, 2004, Almedina, p. 437 e ss.)

²⁵⁰ Para um comentário mais aprofundado destas matérias seria conveniente ter-se acesso aos trabalhos preparatórios da referida lei. Isso não foi possível, apesar de já existir a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos – Lei n.º 11/02 de 16 de Agosto, D.R. n.º 65, I Série.

“parece pressupor situações qualificadas por não haver a intenção de regularizar a sociedade – embora não necessariamente praticadas em fraude a terceiros”²⁵¹.

Na verdade, há uma real e efectiva vontade de efectuar transacções mercantis sob uma comunhão de interesses. Porém, em desrespeito às exigências legais mínimas. Com clareza, estes declarados comportamentos são constitutivos de uma sociedade aparente que não se cinge a meros fins económicos. Ostensivamente, têm específicos objectivos comerciais.

O busílis da questão está na imagem transmitida para terceiras pessoas que nas circunstâncias confiam na existência de uma organização mercantil regular.

Ora, proclama o n.º 1 do artigo 38º, que os representantes desta aparente sociedade ficam obrigados solidária e ilimitadamente pelas operações negociais realizadas em nome do mencionado ente societário. Inexoravelmente, o legislador nacional não fica ao sabor de condutas *contra legem*. Por ser assim, a lei não dá margem a exclusão de responsabilidades.

Vale lembrar que não se atribui personalidade jurídica a este sujeito jurídico aparente, mas perante a demanda intentada em juízo confere-se-lhe personalidade judiciária. No caso, é necessário ter presente que os negócios sociais não podem ser examinados sob o prisma simplista do interesse isolado de cada membro da dita sociedade. Ocorre isso, para assegurar aos credores a convicção de que serão satisfeitos os seus direitos nas obrigações referentes à sociedade aparente.

Veja-se agora este sugestivo exemplo:

A experiência angolana demonstra amiúde estar-se diante de sociedades aparentes. Nesta hipótese, surgem situações negociais em que um comerciante em nome individual (devidamente matriculado) combina com um parceiro estrangeiro, habitualmente residente no exterior de Angola, para desenvolverem actividades mercantis. Para tanto, este último contribui com bens de mediana monta (viatura de carga, materiais e equipamentos).

Todavia, o exercício individual exteriorizado cria a falsa aparência que existe uma organização societária²⁵². Um dos sujeitos apresenta-se como sócio e outro não contradiz e até um deles exhibe-se como

²⁵¹ Ob. cit., p. 100.

gestor comum. Ou melhor, nas relações com outras pessoas adoptam posições sociais da existência fáctica da sociedade comercial.

Tais comportamentos escondem uma sociedade aparente, reputada de irregular, porque os seus membros tornam irrelevante a constituição de um ente societário conforme o texto legal. Ocorrem assim os efeitos previstos no n.º 1 do artigo 38º da L.S.C.

2.2. – O N.º 2 DO ARTIGO 38º DA L.S.C.

Outra hipótese se observa na sociedade em formação. Praticam-se actividades especulativas organizadas sob acordo dos respectivos membros, mas não se consigna a declarada vontade na forma solene, a escritura pública. Quer dizer, exercitam-se actos próprios de uma sociedade mercantil, mas com a ausência da indicada formalidade nas relações internas ou com terceiros.

Neste intuito, a disposição da L.S.C. (n.º 2 do artigo 38º) equipara estas situações pré-societárias a das sociedades civis²⁵³. Não são típicos entes comerciais. Em decorrência, subordinam-se às determinações dos artigos 980º e seguintes do Código Civil²⁵⁴.

Aliás, já se fez referência que a natureza mercantil de uma sociedade depende exclusivamente de um critério formal, em função da adopção de um dos quatro tipos enumerados no artigo 2º da L.S.C.²⁵⁵.

²⁵² Na generalidade, estes comportamentos visam essencialmente fugir às exigências tributárias praticadas em Angola, dando a oportunidade de se arrecadarem grandes lucros, que transformados em divisas escapam habitualmente através das fronteiras terrestres. Contudo, parece-nos que se desconhecem os critérios legais de acesso a benefícios económicos e fiscais previstos na Lei n.º 11/03, de 13 de Maio, D.R. n.º 37, I Série – De Bases do Investimento Privado.

²⁵³ À sociedade civil falta-lhe o requisito da lucratividade; por isso, em oposição às sociedades comerciais, exercem actividades ditas civis.

²⁵⁴ Neste ponto de vista legal, a união de esforços e recursos para a realização de um fim comum não se sujeita a forma especial, à excepção das exigências estabelecidas em razão da natureza das entradas dos sócios para a sociedade (n.º 1 do artigo 981º do Código Civil).

²⁵⁵ O artigo 2º da L.S.C. aponta os tipos de sociedades seguintes: Sociedades em nome colectivo, sociedades por quotas, sociedades anónimas, sociedades em comandita simples e em comandita por acções. A escolha do tipo societário é da opção dos seus membros. Excepcionalmente, a lei impõe o tipo societário diante de dado objecto social. Por exemplo, as bolsas de valores constituem-se como sociedades anónimas.

Por conseguinte, há uma disparidade que colide com o prescrito no n.º 1 do artigo 8º, da predita lei. E não há nenhuma dificuldade em dizer que a sociedade ainda não é comercial²⁵⁶.

Por outro lado, a afirmada intervenção negocial poderá ter alguma correspondência com as regras comerciais, essencialmente pelos actos praticados (artigo 2º do Código Comercial); mas a sociedade é irregular (na análise de Menezes Cordeiro)²⁵⁷. Observando esta realidade, O. Ascensão diz que só “Haverá irregularidade quando passar o prazo razoável em que se esperaria a formalização do contrato social (além da hipótese de ter sido adoptada forma especial insuficiente)”²⁵⁸. Em suma, qualquer dos termos emerge da situação da sociedade não ter atingido o final do ciclo de formação. De qualquer maneira, o ente societário flutua entre o mercantil e o civil, mormente porque o texto da lei civil até não impõe uma conversão²⁵⁹.

Neste domínio, os representantes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelos negócios estabelecidos entre si e com terceiros, mas de modo subsidiário, apesar da falta de personalidade jurídica²⁶⁰. Os integrantes desenvolvem actividades sociais e ficam sujeitos à consequência dos seus actos, vindo a responder pelas obrigações que tenham constituído. Realmente, já existe um património social autónomo para pagamento das dívidas da pré-sociedade (n.º 2 do artigo 997º do Código Civil).

Ademais, é importante recordar que a responsabilidade dos mencionados membros da sociedade, em tal caso, está implicitamente ligada ao princípio de que não é justo apenas beneficiar dos lucros na actividade desenvolvida. Contudo, não deixa de se levantar a possibilidade de se apor aos ditos terceiros a limitação da responsabilidade

²⁵⁶ Pode acontecer que a constituição da sociedade seja precedida de um ajuste entre os sócios denominado contrato-promessa. O seu regime jurídico vem previsto no artigo 410º do Código Civil. Em razão disso, também se exige um instrumento público, por isso solene. No entanto, as cláusulas devem conter os elementos essenciais disciplinadores do contrato de sociedade definitivo.

²⁵⁷ Cfr. Manual de Direito Das Sociedades, I, Das Sociedades Em Geral, Almedina, 2004, p. 432.

²⁵⁸ Ob. cit., p. 103. A mesma opinião tem Pinto Furtado quando diz: “Na actual concepção da lei, supomos que deixou de ter cabimento fazer-se corresponder à sociedade eivada de vício de formação à velha categoria de sociedade irregular”. Curso de Direito, 5ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2004, p. 208.

²⁵⁹ Pinto Furtado configura a hipótese como invalidade do contrato, por vício de forma, e defende a conversão da sociedade. Ob. cit., p. 209.

²⁶⁰ Veja-se o artigo 5º da L.S.C.; falta forma autêntica (escritura pública), que exige ser registada. É uma situação excepcional.

dos sócios que não sejam administradores, de conformidade com o n.º 3 do artigo 997º do Código Civil. Mas os clamores da realidade até apontam para a partilha dos prejuízos por todos os integrantes sociais.

3. – A SOCIEDADE COMERCIAL POR DOCUMENTO PARTICULAR²⁶¹

Também é frequente em algumas regiões de Angola formarem-se sociedades comerciais pela outorga de um documento particular (acta privada com regras esparsas ou superficiais). Os associados autenticam ou reconhecem as assinaturas perante o notário e desenvolvem vários negócios sociais sob cobertura do dito contrato societário como se fosse um instrumento autêntico²⁶².

Aqui também se constata a carência de forma legal, pois não existe escritura pública. Desrespeitam-se os critérios expressos em leis próprias. Mas estes actos não podem ficar dependentes da autonomia da vontade ou ao dispor de qualquer entendimento dos sócios. Porém, ousamos dizer que na raiz deste fenómeno existe um marcado critério de natureza cultural, onde sobressai uma clara ignorância dos dispositivos legais em vigor, justificado também em parte pelas múltiplas dificuldades na divulgação do Direito. A prática evidencia estas considerações.

De outro sim, até pode acontecer que os pré-sócios desejem no futuro celebrar escritura pública, mas antevendo os difíceis procedimentos burocráticos, iniciam a actividade no interesse de não perderem os clientes de ocasião.

Todavia, tais opções, assentes num documento particular, seguramente provocam futuros litígios, pois não garantem a transparência, a certeza e a publicidade das descritas situações jurídicas.

Então, face a estes casos, a lei trata de aplicar o regime disposto para as sociedades civis (n.º 2 do artigo 38º da L.S.C.), em função dos adequados motivos.

²⁶¹ O Doutor Amaro da Luz abordou esta sensível questão em Conferência proferida em Luanda a 21.09.2004, no âmbito da Conferência Nacional dos Advogados de Angola, tema: “Problemática Dos Registos e Do Notariado na Justiça”

²⁶² Estas situações são passíveis de acontecer em regiões recônditas de Angola, para, por exemplo, desenvolver-se o negócio de venda de toros (Kundo Kubango), a fim de serem transformados em madeira noutra local.

Como se vê, no campo do Direito, a lei comercial não deixa de reconhecer a existência de sociedades sem o instrumento de constituição. Realmente, está-se diante do exercício de uma actividade económica organizada que se deve sujeitar à lei.

Em presença desta concertada actuação, há que proteger a confiança de terceiros diante do vício de forma. Na verdade, não se observam os precisos elementos compatíveis com uma sociedade comercial, mesmo sendo passível a existência de mecanismos organizados para a sua composição e funcionamento. Porém, distintamente não se verifica uma completa autonomia entre o ente social e a pessoa dos sócios. Isso obriga a buscar as soluções no Direito comum, cujas regras lhe são aplicáveis.

4. – A SOCIEDADE COM ESCRITURA E SEM REGISTO

É vulgar realizarem-se operações mercantis à margem do registo, dando-se início às actividades sociais sem promover a inscrição da sociedade²⁶³; isto é, sem nascer a pessoa jurídica, de conformidade com os mandamentos legais. Contribui enormemente para tal situação a complexidade dos actos prelevantes nas Conservatórias do Registo Comercial²⁶⁴, aliados à fraca competência de grande parte dos funcionários afectos a estes serviços.

Diferentes vezes isso decorre da preocupação da sociedade recém-nascida não ficar paralisada um rol imenso de tempo, porquanto esta realidade afronta a dinâmica que a caracteriza, mais ainda na fase do seu desabrochamento.

Não obstante, a ausência do registo comercial do contrato de sociedade é uma inobservância de formalidade essencial. Há um vício de formação do acto constituinte devido a não conclusão do processo formativo. Assim, está-se diante de uma entidade social inacabada²⁶⁵ segundo as normas da lei mercantil. De consequência, presencia-se a falta de personalidade jurídica. Contudo, não se ignora a sociedade e, consentaneamente, não estão afectadas as relações dos sócios entre si. Patenteia-se a

²⁶³ Com o registo da sociedade também se opera a sua matrícula. A inscrição e a matrícula são um único acto de registo (veja-se Decreto Lei n. 42.644, de 14/IX/1989, al. b) do artigo 2º e al. e) do artigo 3º).

²⁶⁴ Em Angola, a província de Luanda e as cidades de Benguela e Lobito têm as conservatórias do registo divididas: comercial e predial; automóvel, civil. Nas restantes províncias os serviços acumulam-se num só gabinete.

²⁶⁵ Pinto Furtado diz que a sociedade inacabada denomina-se de sociedade imperfeita. Ob. cit., p. 209.

subordinação destes negócios ao contrato societário e à lei comercial, com os devidos ajustes (n.º 1 do artigo 39º da L.S.C.)²⁶⁶.

Nesta vertente, há uma obrigação recíproca a nível interno com respeito aos membros sociais, maugrado o vício constitutivo. A bem da verdade, actuam no mundo negocial, visam a consecução de determinados objectivos comuns que originam deveres e responsabilidades.

Entretanto, o legislador enuncia ainda outra situação no n. 2 do artigo 39º da L.S.C.. Normalmente, todas as coisas em comércio são transmissíveis; mas neste quadro de efectiva irregularidade da sociedade²⁶⁷ impõe-se o seguinte: as participações sociais não são susceptíveis total ou parcialmente de passar por actos entre vivos para a esfera jurídica de outrem sem consentimento de todos os parceiros, sob pena de não produzir efeito algum relativamente à sociedade ou aos sócios. O poder de agir nesse sentido impõe a declarada unanimidade.

Resulta também semelhante exigência para as modificações do acordo social.

Nestes casos, está-se diante de direitos restritos aos titulares originários da pré-sociedade e somente por eles devem ser exercidos para a transmissão ser válida.

Quer isto dizer, que o imperativo consentimento unânime (voluntariamente manifestado) tem em linha de conta a não aquisição de personalidade jurídica pelo ente societário em formação. Falta a qualidade de direito que distingue a organização dos seus integrantes. Daí a explicada sensibilidade consagrada na lei em matéria de sociedades mercantis indevidamente constituídas.

5. – A RESPONSABILIDADE DAS SOCIEDADES NÃO REGISTADAS PARA COM OS CREDITORES

²⁶⁶ O legislador nesta previsão faz uma referência expressa ao *contrato definitivamente registado*; todavia a L.S.C. não prevê a constituição de sociedade mediante registo prévio. Aliás, a prática diz-nos que qualquer atitude do género deve ser prontamente inviabilizada pelos funcionários das conservatórias competentes.

²⁶⁷ Como atrás se sublinhou, nos ensinamentos de O. Ascensão, o ente social “é uma sociedade incompleta e não uma sociedade irregular”. Ob. cit. p. 102.

A nossa L.S.C. é recente e a sua redacção não foi ainda detalhadamente analisada pela jurisprudência e doutrina²⁶⁸. Daí, a nossa pesquisa doutrinária prestar-se, nesta altura, a atender a mais uma parte do nosso tema.

Podemos então dizer que a L.S.C. preocupou-se em tutelar um regime especial de protecção de terceiros, quando a sociedade aparece na vida mercantil sem ter feito a obrigatória inscrição do acto constituinte. A fundamentação legal para disciplinar esta relação vem prevista nos artigos 40º a 42º do referido diploma especial. Nestes se distinguem os tipos societários contemplados na lei.

Ao tratar daqueles preceitos, verifica-se que o elemento específico, essencial e comum presencia-se nos negócios realizados em nome da sociedade com terceiros; neste plano, traduz-se no consentimento de todos ou parte dos sócios na formação do vínculo contratual²⁶⁹.

Apoiados nisso, declara-se que a responsabilidade de forma directa, solidária e ilimitada é imputada aqueles que praticam o negócio. Ao invés, os sócios que não autorizaram só respondem na medida das importâncias das entradas a que se obrigaram.

Sob esta condição, só depois do registo definitivo do contrato de sociedade é que os negócios antes praticados se convertem em plenos actos sociais.

A essência da questão consiste na natureza jurídica da responsabilidade. Segundo Manuel António Pita “... a protecção a terceiros exige que os efeitos jurídicos do negócio entrem imediatamente na esfera jurídica de quem praticou o acto: mais tarde, se o processo de constituição da sociedade se concluir, aqueles efeitos poderão sair da esfera jurídica do agente e entrar na esfera jurídica da sociedade...”²⁷⁰

²⁶⁸ O legislador angolano foi buscar a sua fonte ao ordenamento português, e isto transporta-nos para a sua doutrina e jurisprudência.

²⁶⁹ Segundo a regra geral, os representantes das sociedades mercantis não ficam obrigados pelos actos que realizam em nome dos representados.

²⁷⁰ O Regime da Sociedade Irregular E A Integridade do Capital Social, Colecção Teses, Almedina, 2004, p. 414.

Ao contrário, Menezes Cordeiro defende que “os próprios negócios celebrados em nome da pré-sociedade devem ser cumpridos – ou nem haveria negócio! E se não o forem, a pré-sociedade incorre nas consequências do incumprimento”²⁷¹.

Em nosso ver, aqueles dispositivos são criticáveis nas suas variadas vertentes. A lei invoca a incompatibilidade da sociedade responder pelos negócios praticados pelos seus representantes e, por via de consequência, isto repercute-se de maneira directa no seu património individual.

Esta responsabilidade não tem em conta factores ligados à realidade angolana: imensas sociedades comerciais foram criadas no período de relativa paz (fins de 1990 até 1992), mas, já o dissemos, não concluíram a sua formação diante da ressurgida instabilidade militar. Sedeadas em províncias do interior e cercados por forças militares, ou mesmo naqueles períodos de reduzida intensidade da guerra, não deixaram de praticar negócios. Aliás, as oportunidades nessa altura davam maiores lucros.

Com o advento da paz definitiva, os mecanismos estatais não se instalaram de imediato e até aos dias de hoje ainda restam enormes debilidades nos serviços públicos, seja pela escassez ou menor competência dos funcionários que permaneceram nas localidades mais distantes (não têm a qualidade exigida), seja na inexistência de meios técnicos apropriados para satisfazer o utilizador dos preditos serviços. Isso tem importantes efeitos práticos.

No entanto, a lei implacavelmente não atende a estas situações excepcionais que por óbvias razões ainda se prolongarão por mais tempo.

Na verdade, bastas vezes a irregularidade da sociedade é exterior à vontade do agente que proporcionou a continuidade da exploração do negócio com terceiros. Por conseguinte, sente-se a necessidade de não atribuir de pronto responsabilidade directa destes agentes perante os credores.

²⁷¹ Ob. cit., p. 447.

De outra parte, os sócios que não autorizaram o referido negócio respondem pela obrigação de forma limitada; mas, por exemplo, numa sociedade por quotas²⁷² o montante mínimo do capital social é o equivalente em moeda nacional a USD 1.000.00 (mil dólares norte americanos). Sem sombra de dúvida é uma quantia irrisória. Em tais casos, os sócios nesta situação arcam com uma responsabilidade ínfima e possivelmente beneficiarão num futuro próximo de maiores lucros pelo desenvolvimento da actividade naquele aludido período.

De qualquer maneira, tratar isoladamente a responsabilidade de todos os sócios não é cabível. Se houver execução patrimonial, revelar-se-á um sentido de patente injustiça. Porquanto, é de todo aceitável que os bens da sociedade aumentaram pela gestão social. Assim, em primeira linha estes devem responder pelas relações estabelecidas com terceiros. Só depois se imputará a responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada aos sócios, de acordo com a particular forma das suas actuações.

Mais ainda, é evidente que todos os sócios tiveram a intenção de formar uma sociedade e aí se compreende o consentimento das partes contratantes. Fundado nisso, e como se afirmou, o espectro da guerra na fase de constituição da sociedade era visível. Contudo, os membros conscientemente aceitaram entrar com a sua quota na formação do ente societário. Esta é uma declaração inquestionável do desejo de correr os riscos e de obter ganhos futuros inerentes ao negócio. Por isso, não pode simplesmente ser afastada²⁷³. Os sócios fundadores acordaram nestas condições (até utilizaram a firma) realizar os mesmos fins (senão faltaria uma concertada comunidade de fins)²⁷⁴. Há nos integrantes o desejo inicialmente manifestado de operarem unidos por interesses comuns. Por conseguinte, as relações devem ser vistas, analisadas e interpretadas sob o ângulo da confiança mútua e, obviamente, na óptica dos interesses convergentes. Eles agem economicamente como um todo. Neste caso, nenhum membro pode ser tomado de

²⁷² A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é o tipo societário mais usual para a constituição de sociedades comerciais em Angola, segundo dados divulgados no Iº Seminário da Direcção dos Registos e do Notariado, Luanda, Junho de 2005.

²⁷³ Esta situação é aplicável aos distintos tipos de sociedade previstos na L.S.C.

²⁷⁴ A expressão latina “*affectio societatis*” deve neste pormenor ser bem entendida. Sobre esta figura jurídica, veja-se Acórdão do Supremo tribunal de Justiça, de 11 de Agosto de 2005 SJ200511080027406 (Contrato de Sociedade, Sociedade, Sociedade Irregular, Associação em Participação), que diz: “Mas o elemento essencial e específico de uma sociedade, ainda que irregular, é a chamada “*affectio societatis*”, ou seja, a intenção de cada um se associar com outro ou outros, para formação de uma pessoa colectiva distinta de cada um deles”, disponível em [http:// www.dgsi.pt/jstj.nsf](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf) (recolhido em 05-05-2006)

“escravo” da própria sociedade constituída naquele ambiente anómalo. Os negócios sociais devem ser entendidos dentro de um certo pé de igualdade. Daí ter-se a dívida e a qualidade dos actos como sociais. Sendo de admitir que os bens da organização respondam pelo mencionado débito, salvo se os representantes praticaram actos ilícitos ou abusivos em infracção à lei ou ao pactuado, nomeadamente o enriquecimento ilícito ou a prevalência dos interesses individuais sobre os sociais. Se for o caso, são individualmente responsabilizados.

Os mesmos fundamentos, com as devidas alterações, podem ser aplicados a terceiros. Pois, antecipadamente deviam, como pessoas de mediano discernimento, conhecer esta realidade ao tempo da celebração do negócio (a propósito do n.º 3 do artigo 40º da L.S.C.). Nas circunstâncias, os ditos terceiros não podem ser excluídos com tanta facilidade de uma situação por eles conhecida.

Em suma, a actual vida comercial não pode fazer um corte abrupto com o passado recente e a lei acaba, em certa medida, por reforçar esta situação factual ao permitir múltiplas actividades económicas sem grandes exigências formais.²⁷⁵ Neste diapasão, também se observa que é indiferente para a legislação comercial o momento do licenciamento da actividade mercantil. Só se exige um exemplar da escritura pública para se obter o alvará.

Por fim, resta dizer que a especial eficácia retroactiva dos negócios praticados antes do registo do acto constituinte não deverá ter limites, diante do atrás descrito. Mas, é previsível que esta realidade histórica seja transitória. Para tanto, a L.S.C. vigente deverá conter dispositivos que se adequem à anormalidade, quanto mais não seja por apelo às regras gerais fundadas na alteração das circunstâncias (artigo 437º do Código Civil)

²⁷⁵ Contrariamente a isso, as empresas chinesas que se relacionam com as suas congéneres angolanas impõem na fase anterior à realização dos negócios a apresentação de documentos originais da constituição definitiva da sociedade.

IV – VÍCIOS INERENTES À SOCIEDADE IRREGULAR

1. – PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

As sociedades irregulares estão sujeitas a um regime distinto daquelas legalmente constituídas. Isso já o sabemos. Todavia, impende observar que tais sociedades irregulares nascem e surgem na vida jurídica em consequência de um acto reconhecido por lei de natureza negocial. Sendo certo verificar-se algumas vezes o incumprimento de certas normas de procedimento que podem afectar a validade do contrato social. Disto resulta sujeitarem-se aos vícios que afectam os contratos na generalidade.

Mas, a especificidade dos contratos de sociedade comportam excepções ao regime geral.

Revestidos nessa certeza, importa ainda sempre recordar a questão apresentada no capítulo anterior sobre a realidade socio-económica vivida nos anos anteriores. Sendo geradora de flagrante instabilidade, reflecte-se no trato a ser dado às invalidades do contrato social.

Com isso, e por evidência, o regime jurídico instituído não deixa de criar um ambiente de enorme risco negocial (empresarial), que poderá inibir o desenvolvimento das actividades comerciais em Angola, ou mesmo onerá-las excessivamente.

Sem perder de vista este breve comentário, cabe dizer que em matéria das invalidades do contrato, a origem fundamental da irregularidade deriva do registo do acto constituinte.

Nessa perspectiva, sustentam-se dois momentos essenciais para aferir os vícios: antes e depois do registo definitivo do contrato social, conforme dispõem os artigos 43º e 44º da L.S.C., respectivamente.

2. – ANTES DO REGISTO

Afirma o dispositivo (artigo 43º) que o fundamento da invalidade do contrato de sociedade, a par dos actos e negócios desenvolvidos pelos respectivos sócios assenta na ausência do registo. Para tanto, apela-se ao regime geral (artigos 285º e ss. do Código Civil), sendo previsível a liquidação por sentença judicial da sociedade nos termos do artigo 55º da L.S.C..

Nas circunstâncias, os dois planos constantes no n.º 1 do artigo 43º da L.S.C. fundam-se na vontade dos sócios, mas a sanação da irregularidade só é possível ao completar-se o processo de formação. Ao contrário, abre-se a prevista oportunidade para se intentar uma acção judicial com todas as suas consequências (artigo 46º da L.S.C.).

Aparentemente tudo é linear; mas se a realidade exterior à sociedade não permitir a adopção de medidas rápidas, simplesmente o ente jurídico estará condenado a desaparecer da vida comercial.

Quanto a nós, devia-se prever um prazo transitório (um ano, por exemplo) para que as sociedades em formação se ajustassem aos termos da nova lei e os organismos públicos competentes se desdobrassem devidamente por todo o território para efectivar a definitiva constituição. Só assim se poderia tirar o real proveito das novas regras.

De outro lado, mesmo que se aplique o regime geral dos negócios nulos ou anuláveis (artigo 43º, *in fine*), não se antevê uma variante menos negativa para o futuro da sociedade, que persiste involuntariamente em manter o defeito jurídico.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 43º da L.S.C. alega que internamente o sócio tido como incapaz está impedido de praticar validamente actos comerciais e pode opor esta qualidade aos outros contraentes ou a terceiros de boa fé. Nestes termos, também se vedam os negócios usurários. Notadamente, esta matéria é própria do Direito Civil e deste se devem retirar os princípios reguladores. Por força dessa teoria, a vontade negocial do sócio deve assentar na sua autodeterminação para se caracterizar válida.

Importa, entretanto, distinguir se a incapacidade é adquirida, isto é, ulterior ao acto negocial. Neste caso, poderá agir por meio de representante legal. Em ordem disso,

poder-se-á dar sequência aos negócios em curso e aceitar aqueles já concluídos no interesse de respeitar os direitos adquiridos por outras pessoas.

3. – DEPOIS DO REGISTO

A situação é bem diferente depois de efectuado o registo. A partir do momento da inscrição do contrato social, a sociedade adquire personalidade jurídica. Assim se determina uma completa autonomia entre a sociedade e os sócios, bem como a situação jurídica de cada um destes.

O n.º 1 do artigo 44º e os n.º (s) 1 e 2 do artigo 45º elencam taxativamente variadas situações decorrentes dos vícios e comportam os efeitos jurídicos desfavoráveis (nulidade) aos tipos especificados de sociedades reguladas na norma referenciada²⁷⁶.

Como intrinsecamente está contido no primeiro preceito legal, declararam-se neste os vícios de forma e de fundo. A lei elabora uma tipologia.

Os primeiros sucedem quando há ausência dos elementos essenciais do contrato prefigurados nas al. (s) a), b), d) e e) do n.º 1. São defeitos concernentes a formalidades exteriores, que afastam a validade dos mesmos. Os outros vícios são de fundo (ausência de qualquer um dos requisitos do objecto social nos termos do artigo 280º do Código Civil, a incapacidade de todos os sócios fundadores, menção de um objecto ilícito ou contrário à ordem pública). Correspondem à ideia de ofensas à substância do próprio acto constitutivo; por isso são de ordem intrínseca. Em sentido amplo todos estes vícios são violações à lei.

Os vícios de forma que podem ser removidos constam do n.º 2 do artigo 44º (faltas de menção da firma, sede, indicação do valor da entrada de algum sócio e das prestações realizadas por conta desta, assim como da escritura pública viciada).

Para tanto, os sócios podem saná-los convencionalmente, por força do interesse social e, cremos, do bem comum, num prazo de 30 (trinta) dias. Assim, convoca-se uma

²⁷⁶ Os preditos artigos enumeram as sociedades por quotas, anónima ou em comandita por acções (artigo 44º da L.S.C.); as restantes constam no artigo 45º do mesmo diploma legal.

assembleia que se regerá pela tramitação processual prevista para alteração do contrato social, ou seja, há uma reconstituição do título. Prevê então a lei que aqueles específicos vícios possam ser corrigidos mais tarde e o instrumento público é revalidado. Deste modo, o ente societário tem a virtualidade de passar a existir conforme a lei.

Acrescem-se aos vícios acima previstos, outros que o legislador especificou para as sociedades em nome colectivo e em comandita simples. Nas circunstâncias, são aqueles não conformes ao Direito por incumprimento ou desrespeito às regras ou princípios imperativos; ou seja, conduzem-se às invalidades do negócio jurídico segundo a lei civil. Ainda nesse contexto, aos sócios da sociedade em nome colectivo e os comanditados obrigam-se a fazer constar na firma. De contrário, declara-se a nulidade.

Findo o período fixado de 30 (trinta) dias para ressaltar os vícios (n.º 1 do artigo 55º da L.S.C.), a lei dá oportunidade a todo o tempo para determinar-se a nulidade da sociedade por meio de acção declarativa interposta em juízo (n.º 1 do artigo 46º da L.S.C.). Depois segue-se a liquidação decretada por sentença (n.º 1 do artigo 55º da L.S.C.). Têm legitimidade para promovê-la qualquer sócio ou membro dos órgãos sociais, o Ministério Público²⁷⁷ ou demais interessados com fundados motivos.

Posto isto, é de afirmar que não pode haver liquidação de facto. Os sócios não podem limitar-se somente a encerrar as actividades comerciais. Além disso, a lei para antecipar os efeitos da decisão final do tribunal coloca à disposição da sociedade o tempo suficiente para regularizá-la. É a alternativa criada para evitar uma situação nefasta.

Por outro lado, a insegurança de decisões apressadas pode ser fonte de enormes custos. Em razão disso, os vícios sanáveis (n.º 3 do artigo 45º e n.º 2 do artigo 44º) só permitem o recurso à acção judicial 90 (noventa) dias depois da interpelação da sociedade para os ressaltar.

²⁷⁷ O Ministério Público, que detém competência para requerer a liquidação da sociedade, pode oficiar os sócios para num lapso de tempo de 6 (seis) meses regularizarem a situação (artigo 174º da L.S.C.).

Noutro momento, a nossa lei comercial conforma em dois dispositivos (artigos 47º e 48º) um conjunto de vícios da vontade e incapacidade para os diferentes tipos societários.

Cuida o n.º 1 do artigo 47º, que nas ditas sociedades de capitais o dolo, o erro, a coação e a usura quando presentes no caso concreto possibilitam à parte afectada retirar-se do ente social. Portanto, o sócio nas condições invocadas tem justa causa para pretender a sua exclusão. Assim é assegurado ao membro cuja vontade tenha sido viciada, exonerar-se da sociedade na hipótese de se verificarem os requisitos da lei civil para a anulação do negócio jurídico.

A regra em causa no seu n.º 2, determina que a incapacidade de um qualquer membro societário produz a anulabilidade do contrato social relativamente ao dito incapaz.

Em outras palavras: quando há conflitos entre sócios, em virtude de actos de inegável gravidade, coloca-se em causa a preservação dos laços contratuais. Permite-se então cortar o vínculo existente com o sócio, porque está em causa o espírito associativo. Mas a sociedade permanece em nome da estabilidade das relações negociais; ou seja, a lei só dá direito à exoneração do sócio lesado²⁷⁸. Obviamente para este fim, é indispensável convocar antecipadamente uma assembleia (extraordinária) para o referido sócio defender os seus direitos mediante procedimentos adequados.

No que tange às sociedades de pessoas, os mesmos vícios, a usura e a incapacidade, geram a respectiva anulabilidade do contrato social relativamente à parte que pratica actos nas designadas situações (artigo 48º da L.S.C.). Assevera ainda o mesmo dispositivo a hipótese de anular o negócio jurídico recorrendo às regras gerais, se tais vícios atingem todos os sócios. No entanto, isto só sucede se for inviável a redução do contrato social às participações dos restantes membros societários.

Por conseguinte, eventualmente pode ocorrer que os vícios desfigurem a possibilidade da actividade normal da sociedade comercial. Assim, apresenta-se

²⁷⁸ Os vícios da vontade e da usura seguem o regime geral quanto à verificação (artigos 246º, 247º, 249º, 250º, 253º, 254º e 256º), mas só dá direito à exoneração do sócio lesado.

inviável manter o contrato pactuado, porquanto nem a sua redução se torna uma solução viável. Em razão disso, sucede o perecimento da sociedade.

Como já foi visto, e sendo possível, deve-se ressaltar a irregularidade; senão, de modo cogente, procede-se à liquidação da sociedade através de competente processo judicial que declarará a sua nulidade ou anulabilidade (n.º 1 do artigo 55º da L.S.C.).

Contudo, o brocardo português de origem latina “*a lei não olha para trás*” é aqui inaplicável. Desse modo, consumada a dita liquidação, produzem-se os efeitos “*ex nunc*”; ou seja, manter-se-ão os actos negociais praticados em nome da sociedade, quer antes como depois do registo, respeitando-se assim os direitos de terceiros (n.º 2 do artigo 55º).

Neste propósito, os terceiros têm de estar de boa fé. De contrário, rejeita-se a sua protecção se a invalidade decorrer da simulação, ilicitude do objecto, da violação da ordem pública ou ofensa aos bons costumes (artigo 55º da L.S.C.).

CAPITULO V

CONCLUSÕES

1. – Em todas as épocas sociais o homem prosseguiu sempre os seus interesses de forma agrupada. Por conseguinte, nas relações humanas as operações mercantis têm origem remota.

2. - Mas, o molde actual de organização societária surgiu numa fase avançada do período medieval e consolidou-se no período capitalista, momento em que melhor se projectou a vontade humana. A revolução industrial, factor demarcante do desenvolvimento progressivo do homem, está na base da evolução e crescimento das sociedades comerciais.

3. - Com o avanço da tecnologia a partir da II guerra mundial, os mercados estenderam-se para novos horizontes, tornando aquele ente jurídico um instrumento de mais valia na actual era da globalização.

4. – Em Angola, o nosso sistema jurídico permitiu evidenciar e assegurar a constituição de inúmeras sociedades comerciais a partir de 1989. Mas, o momento de grande afirmação deste ente mercantil vem-se demonstrando no período do pós-guerra. Nesta fase, destaca-se, entre outras, a publicação em 2005 da Lei das Sociedades Comerciais.

5. – Tal legislação mercantil não tem uma definição de contrato de sociedade comercial. Por consequência, deve-se buscar o conceito generalizado de sociedade no Direito comum (artigo 980º do Código Civil).

6. -Em todo o caso, a lei comercial no n.º 2 do artigo 1º privilegia o objecto social como elemento definidor do ente mercantil, desde que cumpra todas as regras impostas para a sua constituição. Por outro lado, serão sempre consideradas comerciais as sociedades que adoptam um dos tipos consagrados na lei, ainda que tenham objecto social eminentemente civil (n.º 3 do artigo 2º).

7. – Neste diapasão, é indiscutível considerar-se a sociedade como um acto jurídico plurilateral de natureza contratual. Assim é que, por ocasião da sua constituição, deve-se atender aos pressupostos, elementos e requisitos, à luz da L.S.C..

8. – Para o caso, os pressupostos constitutivos do contrato social são as partes contratantes que na vida jurídica podem ser pessoas colectivas ou singulares. Os elementos, são as menções obrigatórias arroladas no n.º 1 do artigo 10º da L.S.C.. A combinação dos pressupostos e elementos determinam os requisitos que se consubstanciam na legitimidade e capacidade das partes.

9. – Com respeito aos fins da sociedade comercial, estes devem ser sempre lícitos, possíveis, sem vícios de consentimento e compatíveis com a moral e bons costumes.

10. – A regular constituição de uma sociedade comercial exige como actos principais a escritura pública, a inscrição no registo comercial e respectiva publicação do acto constituinte.

11. – Outras exigências na fase embrionária do ente mercantil antecipam a formalização do acordo societário. Estas resumem-se à certidão de novidade da firma, à subscrição do capital social e, se for o caso, à verificação das entradas em espécie.

12. – Ao contrário, ter-se-á como sociedade comercial irregular ou incompleta, porque funciona sem o preenchimento das formalidades exigidas por lei. Esta anomalia provoca a ausência de personalidade jurídica do ente social.

13. – Em razão daquelas principais formalidades, a lei elaborou dois critérios para caracterizar as sociedades irregulares (n.º (s) 1 e 2 do artigo 38º). Por um lado, qualifica como falsa aparência de sociedade, aquela que desenvolve actividade comercial continuada pelo uso de uma firma comum sem qualquer acordo legalmente formalizado. Neste caso, os sócios diminuem intencionalmente a importância de constituir um ente societário, segundo as exigências da L.S.C. No cumprimento das obrigações derivadas dos actos jurídicos que realizam, respondem solidária e ilimitadamente.

14. - Por outro lado, caracteriza-se uma sociedade comercial de irregular quando os sócios acordaram a sua constituição, incluindo os elementos obrigatórios gerais e especiais do tipo societário, mas não declararam essa vontade na forma solene exigida por lei, a escritura pública. Na relação entre si e com terceiros respondem segundo as regras civis.

15. – A carência de forma legal constata-se também na celebração do contrato social por documento privado. Assim, ficará a sua constituição dependente do respeito pelos critérios expressos na lei mercantil; porém, diante do exercício de actividade económica regula-se pelo disposto para as sociedades civis (n.º 2 do artigo 38º da L.S.C.).

16. – Por sua vez, enquanto as sociedades comerciais não possuem os seus actos constituintes devidamente registados e publicados, constata-se a incompletude do seu processo formativo. Contudo, não se ignora a sociedade e as relações internas regem-se pelo disposto na L.S.C., no que for compatível, e pelo próprio contrato social (n.º 1 do artigo 39º da L.S.C.).

17. – De outro lado, quando os sócios agem a nível externo sob o nome da sociedade não registada, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas. Esta responsabilidade pode variar em dependência do prévio consentimento do sócio e também de acordo à qualidade deste no concreto tipo societário.

18. – Não obstante, em Angola devia ter-se em conta a realidade socio-económica no concernente à responsabilidade directa dos sócios que praticaram o negócio jurídico perante os credores.

19. – O regime da invalidade do contrato de sociedade antes do registo (n.º 1 do artigo 43º da L.S.C.) determina a sua nulidade. O mesmo se consigna para as declarações negociais dos sócios que a integram. Para tanto, aplicam-se as previsões constantes nos artigos 285º e ss. do Código Civil, não sendo de afastar a liquidação do ente social por efeito de sentença judicial.

Contudo, seria conveniente adequar estas exigências legais à realidade socio-económica e cultural de Angola. Para tanto, deviam-se promover mecanismos que

dessem uma transitória protecção às sociedades caracterizadas de irregulares por factores exteriores à vontade dos sócios.

20. – Configuram-se também invalidades, as decorrentes da vontade viciada, da incapacidade e do negócio usuário nas relações internas e com terceiros (n.º 2 do artigo 43º da L.S.C.).

21. – A sociedade pode ser declarada nula depois do registo por qualquer das causas enumeradas no n.º 1 do artigo 44º, e n.º(s) 1 e 2 do artigo 45º da L.S.C..

Outras considerações são trazidas no n.º 2 do artigo 44º, e n.º 3 do artigo 45º, ao estabelecer um processo especial para extirpar aqueles vícios através da deliberação social, segundo os procedimentos previstos para alteração do contrato de sociedade.

22. – A nulidade pode ser requerida judicialmente por iniciativa do Ministério Público, dos sócios e membros dos órgãos sociais, ou através de qualquer terceiro com fundadas razões para agir. Todavia, concede-se à sociedade e aos sócios um prazo razoável para sanar o vício e regularizar o ente social.

23. – Qualquer sócio por quotas ou accionista tem o direito de se retirar da sociedade diante da vontade viciada, bem como da usura, desde que se configurem os requisitos da lei civil para anulação do negócio jurídico (n.º 1 do artigo 47º). Releva também a incapacidade para anular os actos praticados pelo incapaz nas relações sociais (n.º 2 do artigo 47º da L.S.C.).

24. - Nos outros tipos societários que encabeçam o artigo 48º, também se declara a anulabilidade do contrato social relativamente às partes diminuídas pelos vícios da vontade, usura e incapacidade, para ser titular de direitos. No mesmo sentido anular-se-á o negócio se as referidas anormalidades jurídicas atingirem todos os sócios e não for possível a redução do contrato social segundo as regras gerais.

25. – A invalidade do contrato societário é declarada em processo judicial e por efeito da sentença a sociedade entra em liquidação. Os negócios realizados antes da decisão do tribunal são válidos.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, Curso de Direito Comercial, Volume II, 3ª Reimpressão da Edição de 2002, Almedina, 2004.

Almeida, António Pereira de, Sociedades Comerciais, 3ª Edição (aumentada e actualizada) Coimbra Editora.

Cadernos “ABC Comercial, Programas Educativos” ABC Comercial Sobre Organização, Técnicas de Comércio e de Prestação de Serviços Mercantis, Direcção Nacional do Comércio Interno, n.º 3, 2000.

Cadernos “ABC Comercial” Sistema de Informação Estatística e Operativa do Sector do Comércio interno e Prática de Serviços Mercantis, Editados pela Direcção Nacional do Comércio Interno, Ano II – n.º 6 – Setembro 2001.

Cardoso, J. Pires, Compêndio de Noções de Direito Comercial, Livraria Sá Costa, Editora, Lisboa.

Carlos da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição, Actualizada por Monteiro, António Pinto/ Pinto, Paulo Mota, Coimbra Editora, 2005.

Cordeiro, António Menezes, Manual de Direito Comercial, Volume I, Almedina, 2001.

Cordeiro, António Menezes, Manual de Direito das Sociedades, I, Das Sociedades Em Geral, Almedina, 2004.

Cordeiro, António Menezes, Tratado de Direito Civil, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas, Almedina, 2004.

Correia, A. Ferrer, Lições de Direito Comercial, Volumes I, II, III, Reimpressão, Alex, 1994.

Furtado, Jorge Henrique Pinto, Curso de Direito, 5ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2004.

Júnior, A. Monteiro, Noções de Direito Comercial, Livraria Popular de Francisco Franco, Lisboa.

Lima Pires de/ Varela Antunes, Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Editora Coimbra.

Lopes, Teresinha, Direito Comercial (Moções de apoio ao estudo da disciplina no ano lectivo 1998/1999) U. A. Neto, Faculdade de Direito, Luanda 1999.

Luz, J. Amaro da, A Problemática dos Registos e do Notariado na Justiça, in site da O.A.A., Conferência proferida em Luanda a 21.09.2004 na Conferência Nacional dos Advogados de Angola.

Manual do Comerciante, 1ª Edição, República de Angola.

Pita, Manuel António, O Regime das Sociedades Irregulares e a Integralidade do Capital Social, Colecção Teses, Almedina, 2004.

Wells, H.G., História Universal, Segundo Volume, Colecção Vida E Cultura, Edição “Livros Do Brasil”, Lisboa.

Xavier, Vasco da Gama Lobo, Direito Comercial, Sumários das Lições do 3º ano Jurídico, Coimbra, 1977-78.

