

DO CONTRATO DE CONTA EM PARTICIPAÇÃO

Pelo Dr. JOSÉ ZACARIAS DE ALMEIDA SAMPAIO COSTA E NORA

PARTE I

SUMÁRIO:

- 1 — *Algumas palavras sobre o aparecimento e evolução da conta em participação.*

1. — A conta em participação, que, segundo alguns autores, foi já conhecida pelos romanos como tal, com a designação particular de *admissio* (1), sòmente teve, entre nós, regulamentação jurídica própria, no Código Comercial de 1833, em que FERREIRA BORGES consagrou legalmente as ideias, que em doutrina impor-

(1) LEGGI, 19, 20, 21, Doc. XVII, 2. Esta opinião está longe de ser unânime-mente aceite, por quanto outros autores, negando qualquer relação de analogia entre contrato e o instituto das sociedades, afirmam que a conta em participação não deve ter sido conhecida e praticada pelos romanos como tal, dizendo, até, que, dado o estado actual da ciência romanística, se não pode concluir que tal instituto existisse nessa época — cfr. CAROSELLI. *Associazione in partecipazione*, pág. 29 (este autor trata com grande desenvolvimento a evolução histórica da conta em participação).

Todavia, deve reconhecer-se que só um contrato da mesma natureza ou de estrutura semelhante à da actual conta em participação poderia dar satisfação cabal aos interesses, que a moral da sociedade romana dessa época e mais tarde o próprio direito público (uma lei do tempo das Guerras Púnicas proibia aos

tara dos jurisconsultos franceses clássicos (1) e que já anteriormente havia exposto no seu livro intitulado «Do contrato mercantil da sociedade».

Aquela afirmação não é contudo isenta de dúvidas, pois há quem afirme (2) que, anteriormente a FERREIRA BORGES e por força da lei de 18 de Agosto de 1769, § 10.º e do Assento de 23 de Novembro do mesmo ano, se podiam aplicar já as disposições que sobre esta matéria estavam consagradas no Código Comercial Francês e até na legislação anterior a ele, o que é bastante duvidoso.

Este código, considerando no seu art. 19.º apenas três espécies de sociedades comerciais — em nome colectivo, em comandita e anónima — demonstrava não querer considerar a conta em participação, como sociedade; porém, a verdade é que, ainda dentro do mesmo título — Das Sociedades — nos arts. 47.º a 50.º, regula este instituto, preceituando, até, no art. 50.º, «que não está sujeito às formalidades prescritas para as outras sociedades», o que leva a concluir que tal código considera a conta em participação uma verdadeira e própria sociedade, doutrina que foi posteriormente consagrada pela lei de 24 de Julho de 1921 (3).

O Código Comercial de 1833, à semelhança do que aconteceu

Senadores o exercício do comércio), collocaram em aberta inconciliabilidade, e que as crescentes necessidades da vida mercantil procuravam a todo o custo aproximar: — a carência de grandes somas de capitais, para fazer face às operações de grande vulto, por um lado; por outro, a situação dos mesmos, que se encontravam na mão dos grandes senhores, para quem o comércio era uma actividade aviltante, apenas exercida por individuos de índole inferior.

Portanto, embora apenas como instituto económico, sem regulamentação jurídica autónoma, vivendo associado com institutos análogos, é crível que a conta participação tivesse sido praticada pelos romanos e mediante a qual os servos se obrigavam em seu próprio nome, e movimentavam, em seu próprio nome também, os capitais dos seus senhores, que por seu turno participavam nos lucros.

(1) Sobretudo, SAVARY, POTHIER, JOUSSE, etc.

(2) Cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano XDII.

(3) Cfr. POULLE, *Traité Theorique et pratique des associations en participation*.

com vários outros (1) e dominado pelas mesmas ideias, consagrou expressamente tal doutrina, pois no art. 571.º diz «as associações em conta de participação são verdadeiras sociedades mercantis e podem definir-se as reuniões de duas ou mais pessoas comerciantes, sem firma, para lucro comum e social, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual somente. Esta sociedade também se denomina momentânea ou anónima».

Porém, o Código Comercial actual, porque teve como fonte, principalmente, o Código Comercial Italiano de 1883, parece seguir uma orientação diversa daqueloutro, o que se pode concluir não só da letra da disposição do art. 224.º, correspondente ao art. 571.º do Código de 1833, como ainda das palavras do próprio autor do projecto: «o Código actual para tirar todo o pretexto à identidade da conta em participação com a sociedade, não quis, muito intencionalmente, dar-lhe o nome vulgar de associação em conta de participação. É pois um contrato *sui generis* (2).

É esta dualidade de orientações que tem dado origem à existência de um dos principais problemas, relativo a esta matéria, cuja resolução é da mais alta importância (3) e cuja diversidade de soluções, que lhe tem sido dadas, tem levado, como é óbvio, a atribuir à conta em participação regimes jurídicos totalmente diferentes: — o problema da determinação da sua natureza jurídica.

Entre nós, como lá fora, sobretudo em Itália, onde tal assunto tem sido versado com particular atenção, quer a doutrina, quer a jurisprudência se mostram bastante incertas, o que pode atri-

(1) O Código Comercial Espanhol de 1829; o brasileiro, o alemão de 1866, o belga, que reproduz, com pequenas alterações, as disposições correspondentes do Código Comercial Francês, consideram a conta em participação uma sociedade.

(2) Cfr. VEIGA BEIRÃO, *Direito Comercial Português. Esboço de um curso*, pág. 81.

(3) Porque, sendo a lei portuguesa bastante deficiente na regulamentação deste contrato, as suas lacunas deverão ser integradas, nos termos do art. 3.º do Código Comercial, que manda atender aos casos análogos que só poderão determinar-se depois de resolvido aquele problema.

buir-se, já à infinita variedade de casos em análise, já à duplicidade de pontos de vista, já, e ainda, ao facto de modernamente o problema ser posto com a preocupação de as duas soluções para ele propostas inicialmente — natureza jurídica de sociedade, ou natureza jurídica de contrato de crédito — não serem suficientes, mas antes de se tentar criar abstractamente um novo tipo de contrato em que se enquadraria a conta em participação, preocupação que afinal nos aparece sòmente como uma fonte de embaraços.

O método a seguir para a sua resolução será (1) : — analisar cada um dos problemas, objecto deste trabalho, de per si, procurando dar-lhe a solução mais justa e mais conforme com a vontade dos contraentes e com os interesses em jôgo, abstraindo de qualquer solução a dar ao problema da natureza jurídica; e, finalmente, em face das soluções dadas e como resultante delas, procurar solucionar o problema agora posto, attribuindo ao contrato em análise a natureza correspondente ao regime jurídico pré-estabelecido.

Dadas estas noções de carácter muito geral, sobre a evolução histórica da conta em participação, entremos pròpriamente no estudo desse instituto.

(1) A conselho do Ex^{mo} Mestre da Cadeira.

PARTE II

DO CONTRATO

TÍTULO I

Noções preliminares

SUMÁRIO:

1 — *Noção de conta em participação.*

2 — *Caracteres essenciais:*

- I — Necessária actividade comercial, como objecto do contrato.
Carácter económico deste;
- II — Os bens conferidos são administrados, bem como as operações a realizar são celebradas, por um, por vários ou por todos os contraentes em seu nome individual;
- III — O contrato mantém-se oculto perante terceiros;
- IV — Os bens conferidos passam em propriedade para o património do titular (I) ou titulares.

1. — O legislador português definiu a conta em participação, no art. 224.º do Código Comercial, nestes termos: «Dá-se conta em participação quando o comerciante interessa uma ou mais pessoas ou sociedades, nos seus ganhos e perdas, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual sòmente.

(1) Convém precisar a terminologia a empregar, evitando, assim, possíveis confusões: — designar-se-ão, respectivamente, por *participes* e por *titulares*, os indivíduos que sòmente conferem bens e participam nos lucros e perdas da empresa, em tudo o mais, sobretudo nas relações com terceiros, ocupando um lugar de estranhos à mesma; e aqueles outros que ficam, além daquelas obrigações dos participes, com a obrigação de celebrar as transacções com terceiros, em seu nome exclusivo, empregando, nelas, os bens conferidos.

Empregar-se-ão estes termos, de preferência, aos correntes de *sócio secreto* e *sócio ostensivo* ou então *associante* e *associado*, por se entender que a designação de *sócio* dada aos contraentes implicaria, dentro de certos limites, resolvido já o problema da natureza jurídica que só mais adiante será tratado. Até lá, portanto, empregar-se-á aquela terminologia, e depois de resolvido aquele problema, empregar-se-á, das terminologias apontadas, a que estiver de acordo com a solução a que se chegar.

§ único. «A conta em participação pode ser momentânea, relativa e determinadamente a um ou mais actos de comércio e sucessiva, abrangendo até o comércio todo que exercer o que dá participação».

Porque existe uma definição legal deste instituto, será essa noção de conta em participação que servirá de ponto de partida ao estudo que vai iniciar-se e da qual procuraremos extrair os seus caracteres essenciais, capazes, porque tais, de a individualizar, no confronto com os instituto semelhantes.

2. — Todo o negócio jurídico é individualizado, em face de outros negócios jurídicos com que mantenha afinidades mais profundas, por um conjunto de caracteres, que, imprimindo-lhe uma feição particular, não podem deixar de ser tomados em conta pelo legislador, para a determinação do regime jurídico a aplicar-lhe.

I — Ora, se se atentar no fim que os contraentes se propõem com a celebração de um contrato de conta em participação, nos termos do art. 224.º do Código Comercial, verifica-se que a intenção das partes é a consecução de um fim de lucro, muito embora se sujeitem, em contra-partida e eventualmente, ao risco de sofrer as perdas.

Simplemente, este segundo aspecto é puramente eventual; o contrato é um meio de que as partes se servem para atingir o fim que têm em vista e que se concretiza principalmente na divisão dos lucros provenientes do bom exito da *actividade mercantil*, *objecto necessário do contrato de conta em participação* — cfr. § único do art. 224.º: — realizada pelo titular.

Porque as partes se propõem, com um contrato desta espécie, um fim lucrativo, este imprime-lhe uma primeira característica, ligada à atrás mencionada, numa relação de meio para fim: — a conta em participação é um *contrato económico*.

II — Mas, porque os interesses individuais são, na realidade, essencialmente egoistas, não deve causar admiração que as partes utilizem, dentro dos limites em que a lei lh'o conceder, dos meios ao seu alcance, os que considerem mais convenientes para

conseguirem o seu intento. Ora, se este é o fim de lucro, e é o caso da conta em participação, tendo as partes diversos meios de o conseguir, elas poderão, contudo, optar pelo contrato de conta em participação, de preferência a qualquer outro, dentre aqueles com que poderiam atingir o mesmo fim.

Porém, qual a causa desta preferência? É que a conta em participação, sendo um contrato económico, possui outros requisitos particulares, que podem proporcionar aos contraentes, em certas condições, porque tais, um meio mais fácil, uma forma mais cómoda de atingir o fim tido em vista.

É que na conta em participação, os bens que as partes conferem, como meio para a consecução dos lucros, são administrados, bem como as operações donde tais lucros hão-de advir, são realizadas «por um só, por alguns ou por todos os contraentes, *mas em seu nome individual*», enquanto o outro ou outros contraentes se contentam, no momento em que a isso tenham direito, a perceberem a sua parte nos lucros da gestão daqueles, reservando-se, no que respeita a esta, uma influência meramente secundária, ou até não tendo influência alguma, se do contrato consta que tal foi a vontade das partes, que neste ponto é soberana nos termos do art. 227.º do Código Comercial.

Contudo, convém precisar o verdadeiro alcance da letra da lei: — ao declarar-se, no art. 224.º, que a conta em participação é um contrato pelo qual ficam «... trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual sòmente», não se quere, como tal afirmação, dizer que os outros ficarão ou terão por missão trabalhar em nome da conta. O que se quis afirmar — e nisto reside a segunda característica da conta em participação — é que, apesar de os actos constitutivos do objecto do contrato serem celebrados em nome individual dos titulares (1), aqueles que, pelo

(1) Não deve estranhar-se que se celebre uma participação entre indivíduos que se reservem, todos, poderes de titular, pelo facto de terem que agir perante terceiros em seu nome individual apenas. É compreensível, visto que cada um seria partícipe em relação às operações realizadas pelos outros e, ao mesmo tempo, titular em relação às operações que ele próprio realizasse. É uma relação mais complexa, mas não deixa de ser legal e compreensível.

contrato ficam com essa obrigação, os realizam, contudo, no interesse comum de todos os participantes, que por qualquer motivo se não reservaram iguais poderes.

III — Uma outra característica, intimamente relacionada com a mencionada anteriormente, é constituída pelo facto de o contrato celebrado entre o partícipe e o titular se manter oculto ou ignorado de terceiros, nas relações que entre eles e o titular se estabeleçam.

Com efeito, compreendia-se mal, ou não se compreendia até, que devendo a conta em participação manter-se oculta aos olhos do público, o titular apparecesse a celebrar as transacções em nome da conta ou em nome comum. Porque tal contrato se deve manter ignorado de terceiros, é que se impõe ao titular a obrigação de agir em seu nome individual apenas.

Mas dizer que a conta em participação se deve manter ignorada de terceiros, não é fazer uma afirmação, dando às palavras empregadas um sentido absoluto, significando que tal contrato se deve manter completamente desconhecido, absolutamente secreto, pois o público, alguns terceiros até, com quem o titular da conta contrate, podem ter conhecimento particular da sua existência.

O que se quer dizer é tão somente que, apesar de ele — público — poder ter esse conhecimento, que possa, até porventura, induzi-lo a celebrar com o titular algumas transacções, tal conhecimento, porém, lhe não é dado pelos meios próprios de publicidade ou de registo e que, portanto, apesar de existir, o contrato de conta em participação não perde apesar disso — repetimos — a sua natureza de contrato secreto.

IV — Segue-se, finalmente, uma quarta característica, que segundo alguns autores (1) constitui até o elemento essencial da

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI in *L'associazione in partecipazione*. PADOVA, 1930, BONNECASE in *De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation*, pág. 5 e segs. É esta ainda a solução seguida pelo código italiano no seu art. 236.º, como se verá ao tratar-se desta matéria, e ainda a adoptada pelo H. G. B. Germânico, § 335.º

existência do contrato: — a transferência integral da propriedade dos bens conferidos pelas partes, em vista do fim lucrativo comum, para o património do titular, o que se torna perfeitamente compreensível se se atentar nas características atrás mencionadas, cuja existência arrasta necessariamente à verificação desta última.

Na verdade, sendo o titular que pelo contrato é obrigado a celebrar, para com terceiros, as transacções em proveito comum, mas em seu nome individual; sendo por outro lado, obrigado, nessas transacções a empregar os meios de que dispõe e que são afinal os bens conferidos, como se compreende que, não podendo ser a conta manifestada na sua existência aos olhos de terceiros, o titular fosse alienar bens ou obrigá-los — que no fundo é uma forma indirecta de alienação — se lhe não pertencem, se não tem sobre eles qualquer direito?

Daqui se vai indubitavelmente à conclusão de que a propriedade de tais bens, uma vez celebrado o contrato, por força deste e devido aos seus caracteres particulares, deve transitar para o património do titular, ficando este com a obrigação de dispor dela apenas para a realização do negócio ou negócios, que constituem o objecto do contrato de conta em participação.

TÍTULO II

DO REGIME JURÍDICO

Capítulo I

Noções gerais

SUMÁRIO:

- 1 — *A liberdade das partes na escolha do regime jurídico da conta em participação. Seus limites.*

1. — Compulsando as diversas disposições do Tít. III do Liv. II do Código Comercial, verifica-se que, dado o preceituado no art. 227.º, em matéria respeitante à determinação do regime jurídico, as partes gozam da maior liberdade para manifestarem, com relevância, a sua vontade, tendente a estabelecer o regime

para o contrato que mais lhe convier, dentro do âmbito que lhe é traçado pelas disposições, sobre a conta em participação, existentes no código comercial — arts. 224.º a 229.º — e contra as quais a vontade das partes não pode manifestar-se, mas antes devendo-lhe obediência nos termos do cit. art. 227.º: — «A conta em participação regula-se, *salvo o disposto neste título, pelas convenções das partes*».

Assim, dentro destes limites, as partes gozam de liberdade plena, no estabelecimento, segundo as suas conveniências, das proporções em que cada uma participará nos lucros e perdas, na escolha da forma do contrato, na escolha das condições da realização do mesmo, etc. E compreende-se que seja esta a boa doutrina.

É um bem — diz-se (1) — que o legislador tenha deixado esta amplitude; delimitar em norma fixa a faculdade das partes, significava cometer um arbítrio de todo condenável; bem se compreende, de facto, que as relações a regular entre os contraentes sejam tanto maiores quanto maior fôr o capital conferido pelo partícipe, no confronto, bem se entende, com o capital da empresa. Tais relações podem ser, consoante as hipóteses, as mais simples e as mais complicadas. Assim, as relações que se estabelecem, por meio de um contrato de conta em participação, entre uma empresa cujo capital é de 200 contos e um partícipe cujo *apport* é apenas de 5 contos, não podem ser as mesmas que se estabelecem entre uma e outro, quando o partícipe confira bens no valor de 120 contos, numa empresa cujo capital era apenas de 80 contos.

Lógico é, portanto, que se deixasse ao livre arbítrio das partes a escolha da regulamentação de tais assuntos, bem como a solução a dar aos conflitos, ou divergências, que tais factos suscitem, pois são elas que, ponderando os seus interesses, melhor que o legislador podem ajuizar e conseqüentemente estabelecer a melhor e mais conforme regulamentação jurídica dos mesmos.

Uma só limitação se deve colocar a esta faculdade: — a liber-

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI in *op. cit.*, pág. 168.

dade das partes não deve ser ampla, até ao ponto de lhes permitir poderem obliterar os extremos característicos da participação, expressamente fixados na lei.

Consequentemente, a disciplina que porventura se pretenda estabelecer, para cada um dos problemas respeitantes ao regime jurídico da conta em participação, tem de ser e deve ser, pela própria natureza das coisas, genérica (1), pois o variado número de hipóteses, examinadas na prática, em que se manifesta com relevância jurídica o princípio da liberdade contratual, fazem com que, na realidade, os casos de conta em participação se apresentem diversamente, escapando assim a uma determinada disciplina jurídica, rígida, que porventura se estabelecesse, com base na análise de uma certa hipótese.

Considerando o disposto no art. 227.º do Código Commercial, para a determinação do regime jurídico a estabelecer para o contrato de conta em participação, ter-se-á de atender a três ordens de factos que se sobrepõe, proferindo entre si, para o determinar convenientemente: — em primeiro lugar, analisar cuidadosamente as disposições do Tít. III do Liv. II do Código Commercial, procurando verificar se, com a letra das mesmas disposições ou tão somente com o seu espírito, o legislador teria tido a intenção de regular certa questão, porque, se se concluir afirmativamente, a vontade das partes manifestada em contrário será ineficaz (2), por força do art. 227.º que lhe impõe a subordinação ao disposto naquele título.

A vontade das partes apenas tem relevância na determinação do regime jurídico em tudo aquilo que a lei não previu ou, prevendo, não regulamentou expressamente; em tal situação — e temos a segunda ordem de factos a considerar — a vontade das partes é soberana na estipulação da regulamentação jurídica a aplicar e que será, indubitavelmente, a que mais se harmoniza com os seus interesses; porque é soberana, a ela teremos que atender.

(1) Mas tão somente no campo da conta em participação.

(2) Cfr. TITTO RAVA, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, pág. 58 e MOSSA in *Diritto Commerciale*, págs. 246 e segs.

Finalmente, se no decorrer das investigações feitas se concluiu que, nem o título respeitante à conta em participação, se procurou regular certo aspecto da questão e que nem sequer as partes curaram de lhe estabelecer a disciplina que, para ele, julgavam a melhor, procurar-se-ão preencher as lacunas assim existentes de acordo com o disposto no art. 3.º do mesmo Código, aplicando as disposições de outros contratos, que contenham a regulamentação mais própria e mais adequada ao fim contratual e aos interesses dos contraentes, que se debatem, em tudo aquilo que fôr lógico, justo e legal.

É conveniente acrescentar que se deve ter sempre em vista que tal doutrina que por via analógica se venha a aplicar, só poderá, de facto, ser aplicada no que não contrarie a índole própria, a particular estrutura do contrato de conta em participação, que constituirá, portanto, como é óbvio, o limite a ter em vista na escolha da disciplina jurídica, e além do qual se não poderá passar, pois a não ser assim, dar-se-ia às partes, ou então, seríamos até nós, que pretendendo tal, desejaríamos conceber um contrato de conta em participação em que não tivéssemos de respeitar os seus elementos característicos essenciais.

Em resumo, verifica-se que a determinação do regime jurídico deste contrato se cifra, por um lado, na determinação do âmbito das disposições do Tít. III do Liv. II, para assim se precisarem, por exclusão, os limites rigorosos do princípio da liberdade contratual prescrito no art. 227.º; por outro lado, analisar os interesses em jôgo, procurando na lei outros contratos em que se debatam interesses idênticos e aplicando à conta em participação, dentro da sua estrutura especial, a disciplina jurídica que porventura o legislador tenha estabelecido para estes últimos.

É o que se procurará fazer.

Capítulo II

DA FORMA DO CONTRATO

SUMÁRIO:

- 1 — *Não exigência de qualquer forma particular, como condição de existência ou validade do contrato.*
- 2 — *Possibilidade da existência de forma escrita e até de documento autêntico.*

1. — Seguindo neste capítulo uma orientação diferente da seguida pelo Código Comercial Italiano, que serviu de fonte ao Código Comercial Português, o nosso legislador não exigiu, para efeitos de prova, que o contrato de conta em participação revista qualquer formalidade especial, preceituando no art. 228.º: que «a formação, modificação, dissolução e liquidação da conta em participação podem ser estabelecidas pelos livros de escrituração, respectiva correspondência e testemunhas», ao passo que a correspondente disposição do Código Italiano (art. 238.º) é expressa em exigir a forma escrita.

Esta diversa orientação, significa que o legislador português quis muito intencionalmente deixar o contrato de conta em participação, no que respeita à forma externa que pode revestir, sujeito ao princípio geral do art. 686.º do Código Civil aplicável em matéria comercial, por força do art. 3.º do Código Comercial.

Muito embora esta seja a doutrina da lei portuguesa, não deixa de reconhecer-se como preferível a doutrina seguida pelo Código Italiano, pelos benefícios ou vantagens que proporciona, ou, pelo menos, devido aos inconvenientes que pode evitar olhada a questão sob o ponto de vista da prova da existência do contrato, quando se permita, como é o caso da lei portuguesa amplamente, qualquer meio de prova, nomeadamente a prova por testemunhas e por correspondência.

Com efeito, dadas certas circunstâncias, correr-se-á o risco em amudado número de casos, de se dar como provada a existência de contratos que nunca existiram ou que, existindo sòmente por momentos, nunca chegaram a produzir qualquer efeito

Poder-se-á objectar que é um princípio geral da lei portuguesa, a ausência de formalidades externas para os actos e contratos, e isso é verdade.

Mas qual a vantagem prática de tal princípio, comparada com os inconvenientes que a sua aplicação pode originar?

Se a jurisprudência prática dispusesse sempre de meios seguros e eficazes, para verificar com certeza positiva e evidente a existência das convenções contratuais que se celebram entre as partes, sem dúvida que a doutrina que, de tal princípio, dimanaria seria a mais conforme, pois qualquer formalidade que se exigisse, além de inútil, viria apenas constituir mais um entrave ao desenvolvimento da actividade contratual, que hoje constitui o principal ramo da actividade humana.

Mas tal não acontece; pelo contrário, a inconsistência da prova baseada nas declarações dos homens é evidente, porque estas são geralmente falíveis, insuficientes ou ainda por merecerem pouco crédito. Por esta razão, para dar vida a certo contrato, devem exigir-se certas formalidades mais ou menos onerosas conforme a importância do contrato. Sendo a importância da conta em participação clara e evidente na vida prática e dada, por outro lado, a diversidade de condições que existem de contrato para contrato, produto do princípio da liberdade negocial, estabelecido no art. 227.º, parece melhor a doutrina seguida pelo Código Comercial Italiano, exigindo que a conta em participação conste de documento escrito.

No mesmo sentido escreve-se: «convém não esquecer a importância, cada vez maior, que vão adquirindo as transacções celebradas por meio da conta em participação, o que exige mais garantias eficazes para a prova da sua constituição e existência, pois seria estranho que, por exemplo, a participação numa empresa de construção de caminhos de ferro pudesse ser provada por testemunhas» (1).

Não deve confundir-se, porém, a forma externa, na qual as partes têm completa liberdade de escolha, com as formalidades internas ou elementos intrínsecos da conta em participação, em que o princípio da liberdade contratual cessa. É fácil compreen-

(1) Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Da conta em participação*, pág. 82

der que assim seja, pois seria inconcebível que se pudesse apelar de conta em participação um contrato cuja estrutura fosse a de um contrato diferente, de enfiteuse, por exemplo. Para que aquele exista é necessário que as partes estipulem no título constitutivo do contrato — qualquer que seja a forma externa que revista, oral ou escrita, pública ou particular — um certo número de formalidades ou requisitos que lhe dão a estrutura particular de contrato de conta em participação. Sendo assim, conclui-se que a vontade das partes na escolha destes elementos intrínsecos se deve submeter absolutamente aos que o legislador considerou típicos, capazes de, só pelo facto de existirem, atribuírem ao contrato a estrutura particular de contrato de conta em participação.

Quais são, porém, essas formalidades internas ?

É intuitivo que o contrato deve conter no seu título constitutivo o suficiente para identificar as pessoas que nesse contrato intervém; que se indique qual o objecto do contrato e qual dos contraentes ou quais — se forem mais do que um — ficarão com a obrigação de realizar perante terceiros as transacções, isto é, qual deles será o titular; qual o valor dos bens com que cada um entra para a constituição dos meios necessários para atingir o fim, etc.; requisitos que, dada a analogia de interesses e de situações, são afinal quase os mesmos que os exigidos no art. 114.º do Código Comercial para as sociedades, disposição essa que deve aplicar-se à conta em participação em tudo o que não for contrário à sua natureza.

Que se trata de coisas distintas, que não devem por isso confundir-se, mostra-o o facto de, se as partes reduzirem por convenção o contrato a documento autentico, isto é, celebrarem o contrato por meio de uma escritura pública e tal escritura for nula, isso não implica que o contrato de conta em participação o seja, desde que se possa provar a existência das formalidades intrínsecas ou elementos constitutivos da conta em participação por qualquer outro meio dos mencionados no art. 228.º, visto que se trata de um contrato meramente consensual em que, portanto, a nulidade formal do título, que as partes escolheram para provar a sua existência, não importa a nulidade do contrato em si mesmo.

2. — Apesar da consagração de tal doutrina, que dá às partes plena liberdade na escolha, em matéria de formalidades externas, é todavia possível figurar hipóteses em que, mercê da natureza particular da conta em participação, o contrato tenha, em certas condições, de constar de documento autêntico.

Com efeito, o legislador português exige, para que a transmissão de bens imobiliários se opere, uma condição a que poderá chamar-se *sine qua non*: — que a transmissão conste de escritura pública. Ora, por hipótese, pelo participe são conferidos, a título de *apport*, bens de natureza imobiliária.

Entende-se que, sendo condição essencial para a existência da conta em participação que a propriedade dos conferimentos passe integralmente, embora não em termos absolutos (1), para o património do titular, tal contrato tenha que constar de escritura pública (2), pois do contrário resultaria que os bens não passariam para o património do titular, isto é, não haveria conferimento, e um contrato de conta em participação nos termos do art. 224.º e seguintes, sem conferimento, é inconcebível (3).

Já atrás se disse que a vontade das partes não pode ser manifestada, com relevância jurídica, dentro do âmbito da conta em participação, contrariamente ao disposto no Tít. III do Liv. II; isto é, tal liberdade não deve ser concedida até ao ponto de permitir-lhes que constituam um contrato de conta em participação sem o respeito pelos elementos característicos essenciais deste contrato (4); tudo isto veio a propósito para se afirmar que, ainda que os contraentes dispusessem de modo contrário, tal disposição seria ineficaz no campo da conta em participação, que, em tais circunstâncias, não existiria.

Este, um caso nítido, em que o contrato de conta em partici-

(1) Como adiante se demonstrará, ao tratar este assunto.

(2) É até a doutrina expressa para as sociedades, no art. 1.250.º do Código Civil e que, dada a natureza particular da conta em participação e a analogia de situações, deve aplicar-se no nosso caso.

(3) No mesmo sentido, vidé *Riv. Dir. Com.*, 1932, II, pág. 587.

(4) Cfr. FLECHTEIM, in *Die stille Gesellschaft*, 1934, § 335.º nota 12, nel *Trattato Duringer-Hachenburg* e OSCAR CAROSELLI, *op cit.*, pág. 166.

pação tem necessariamente de constar de documento autêntico, sob pena de inexistência, não obstante a consagração do princípio da liberdade das partes em matéria de forma.

Na prática, porém, e estas são até as hipóteses mais frequentes, a conta em participação consta geralmente de documento escrito, minorando em larga medida a dificuldade de prova do contrato, derivada da ausência de tal formalidade. Os contraentes, movidos por interesses pessoais e egoístas, quase sempre, no intuito de obstar a que a parte contrária, de futuro, possa violar, fundada na falta de prova ou na prova testemunhal falsa, as disposições contratuais, negando-se ao cumprimento das suas obrigações e até mesmo arrogando-se direitos que pelo contrato não tenha, fazem geralmente constar o contrato de documento escrito.

É certo, porém, que o art. 228.º do Código Comercial apenas menciona, como meios de provar a existência da conta em participação, «... livros de escrituração, respectiva correspondência e testemunhas», não mencionando os documentos escritos expressamente constituídos para esse fim. Contudo, essa enumeração legal não pode deixar de considerar-se meramente exemplificativa, já porque não fazia sentido que fosse admitida a prova testemunhal e não o fosse a prova documental, já porque a própria letra do art. 228.º consagra abertamente tal opinião: «A formação... *podem ser...*» dá claramente a entender que a enumeração dos meios probatórios feita, é puramente exemplificativa, dado que as partes podem provar a conta em participação por aqueles meios, mas também podem prová-la por outros meios diferentes dos mencionados no art. 228.º, como sejam o escrito particular e a escritura pública.

Mas, a conta em participação é um contrato que se deve manter ignorado do público; como se compreende que possa ser celebrado por escritura pública? É que as duas situações são absolutamente compatíveis, porque, como já se disse, aquela característica essencial deriva, não tanto do facto de o contrato se ter que manter absolutamente secreto, mas antes do facto de as operações serem realizadas pelo titular em seu nome individual apenas, por tal forma que não existe qualquer incompatibilidade, não sendo de algum modo prejudicada aquela característica.

Capítulo III

DA CAPACIDADE DOS CONTRAENTES

SUMÁRIO:

1 — *Ideias gerais. Necessidade da qualidade de comerciante no participante que desempenha a função de titular.*

1. — Na jurisprudência de todos os povos e em todos os tempos, o livre consentimento de pessoas legalmente capazes, manifestado com o fim de atingir a consecução de actos legítimos, foi, desde sempre, considerado o elemento essencial de toda a espécie de contratos. Sempre que a respeito de qualquer objectivo, permitido por lei, acorde o livre consentimento de duas ou mais pessoas, juridicamente capazes de exercer os seus direitos, aí se encontra geralmente a essência fundamental de toda a relação jurídica contratual.

Regra geral, as coisas passam-se desta maneira. Porém, a lei, por virtude da natureza particular de certos e determinados contratos e especialmente da protecção de certos interesses, exige condições especiais de capacidade em todos ou em alguns dos contraentes, que constituem, como que condições essenciais de validade dos mesmos, por ser princípio geral de direito «não obstar à nulidade do acto a capacidade de um, ou até da maioria dos contraentes, pois, em qualquer dos casos, será sempre nulo.

Colocado em termos gerais o relevo que possui o problema da importância do estudo das condições de capacidade dos contraentes daquele tipo de contratos, para os quais o legislador propôs regras especiais de capacidade, há que analisá-las.

E surgem, naturalmente, as perguntas: quando é que determinada pessoa jurídica se poderá considerar capaz para celebrar um contrato de conta em participação? Haverá algumas condições especiais a que tenham que obedecer os contraentes ou, pelo menos, alguns deles? Quais são?

Ao definir conta em participação, o art. 224.º diz: — «Dá-se

conta em participação quando o *comerciante* interessa uma ou mais pessoas...»).

Logo, fácil se torna concluir que nem todas as pessoas juridicamente capazes de se obrigarem, civilmente, podem interessar outrém nos ganhos ou perdas de certos actos comerciais que pratiquem, para o efeito de se considerar estabelecida, entre elas, uma conta em participação.

Quanto ao partícipe, reputa-se capaz (1) desde que obedeça aos requisitos sobre capacidade, expostos na teoria geral de direito civil, o mesmo não acontecendo, porém, com o titular, por virtude do art. 224.º do Código Comercial exigir que seja *comerciante* para se considerar legalmente capaz para interessar uma ou mais pessoas ou sociedades nos seus ganhos e perdas, no que aquele diploma se afastou da doutrina seguida pelo Código Commercial Italiano que lhe serviu de fonte e que não exige qualquer requisito especial de capacidade.

Quando é que se poderá dizer, porém, que certa pessoa jurídica é *comerciante*, para os efeitos mencionados?

A questão foi resolvida na Cadeira de Direito Commercial, onde se concluiu que devem considerar-se *comerciantes* os sujeitos mencionados no art. 13.º do Código Commercial, não sendo necessário, contudo, que tal qualidade exista, no caso da conta em participação e em certas condições, já no momento da celebração do contrato.

Efectivamente, concluiu-se, quando se estudou este assunto, naquella cadeira, que se devem considerar *comerciantes* nos ter-

(1) Note-se que, quando aqui se fala no problema da capacidade, embora sucintamente, se tem em vista apenas a capacidade de exercício de direitos e não a capacidade de gozo, mera susceptibilidade de direitos e obrigações que pertence a todo o homem, pelo simples facto de o ser — art. 1.º do Código Civil. O termo *capacidade* será, portanto, empregado na acepção de capacidade concreta e efectiva, que se traduz no poder de exercer todos os direitos emergentes da capacidade de gozo de direitos, comum a toda a humanidade.

mos do art. 13.º, n.º 1 «aqueles que, tendo capacidade para praticar actos de comércio, façam deste, profissão».

Mas que actos serão esses, cuja prática continuada atribui a quem os celebra a qualidade de comerciantes? Concluiu-se que a lei só podia referir-se aos actos de comércio objectivos e não aos subjectivos, pois estes, pressupondo aquela qualidade no praticante, não a atribuem jãmais; concluiu-se ainda que nem a todos os actos objectivos a lei se quis referir no n.º 1 do art. 13.º, por dever distinguir-se, quanto a estes, os que são comerciais intrinsecamente e aqueles que o são, apenas, por conexão. Nesse artigo, a lei teve em vista só aqueles e não estes.

Mas para que se adquira a qualidade de comerciante não basta praticar um acto ou vários actos isoladamente, muito embora sejam objectiva e intrinsecamente comerciais. É necessário que essa prática seja continuada, de tal forma que a pessoa que assim proceda possa razoavelmente considerar-se mediadora entre a oferta e a procura. Só nestes termos existirá uma pessoa com a qualidade de comerciante, que faz, na terminologia da lei, «do comércio profissão».

Dadas estas noções preliminares, apliquem-se à hipótese da conta em participação. Esta, nos termos do § único do art. 224.º do Código Comercial, pode ter por objecto um ou vários actos de comércio ou até um comércio inteiro; portanto, desde que se celebre um contrato de conta em participação, que tenha por objecto um comércio inteiro ou a prática de vários actos apenas, mas cuja natureza e continuidade, na maneira como sejam praticados, sejam de tal ordem que se possam considerar suficientes para atribuir a qualidade de comerciante a quem quer que os pratique, o titular da conta em participação, não sendo em tais casos comerciante no momento da celebração do contrato, uma vez que por força deste, é obrigado à prática daqueles, adquirirá, por esta via, a qualidade de comerciante.

O exercício profissional do comércio a que se refere o art. 13.º e, portanto, a qualidade de comerciante que, ele deriva, começa em tais hipóteses ao mesmo tempo que a conta em participação, sendo esta o meio de realizar aquele e pode terminar quando esta terminar também. É o que sucede, por exemplo, quando o titular não tem recursos com que possa estabelecer e explorar, por si

só, a actividade para cuja exploração a conta se constituiu, recursos que o participe lhe fornecia (1).

Quando, porém, a conta em participação tiver por objecto a prática de um só acto comercial, ou então de vários, mas cujo número, porque reduzido, e cuja prática, porque não continuada, são incapazes de atribuir a qualidade de comerciante a quem os pratique, torna-se-á necessário que a pessoa que, pelo contrato deve ficar a desempenhar as funções de titular, seja já comerciante, sem o que não poderá constituir-se um contrato de conta em participação nos termos do art. 224.º do Código Comercial.

Mas não será tal doutrina contrária à intenção do legislador? Porque exigirá a lei tal condição?

Por presumir, certamente, que só o comerciante tem a ciência especial do comércio e por desejar que lhe sejam aplicadas as prescrições que a lei comercial estabelece, já no interesse daquele, já e sobretudo, no interesse dos terceiros com quem contratar (2).

Ora, colocando em plano secundário a primeira parte da razão de ser da exigência da qualidade de comerciante no art. 224.º, porque é de interesse absolutamente pessoal, em que estão em jogo, simplesmente, os interesses do próprio indivíduo que dá participação, uma vez que ter conhecimento da prática do comércio, ou não ter, é uma situação que apenas pode prejudicar o próprio interessado, devendo ele ser o juiz dos seus interesses, atente-se na razão de ser essencial daquela exigência, que afinal é constituída pela necessidade de aplicação, aos titulares, das prescrições da lei comercial, tendentes à protecção dos interesses de terceiros que com eles contratam.

Ora, se assim é, vê-se que, muito embora não seja «ab initio» comerciante, o titular, naquelas condições, adquirirá essa qualidade, posteriormente à celebração do contrato, sendo de apli-

(1) Cfr. ADRIANO ANTERO, *Comentário ao Código Comercial Português*, loc. próprio; CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, loc. próprio.

(2) Cfr. por exemplo, o rigoroso processo de falência que só aos comerciantes se aplica.

car-lhe. igualmente, aquelas prescrições, pelo que não ficará frustrado o fim da lei, estando antes tal solução absolutamente de acôrdo com a sua razão de ser.

Ocorre ainda acrescentar que nem o art. 224.º, nem qualquer outra disposição legal, exigem, directa ou indirectamente, que o titular possua no momento da celebração do contrato a qualidade de comerciante, mas apenas que o seja, durante a execução da conta em participação.

E o que se disse para os comerciantes em nome individual, se deve aplicar ainda às sociedades comerciais, dada a doutrina que é de concluir em face do art. 104.º do Código Comercial.

Com efeito, concluiu-se, também, na Cadeira de Direito Commercial, que o art. 104.º, n.º 2, não é um requisito essencial à existência de uma sociedade comercial, como parece à primeira vista; mas, apenas, um simples requisito de regularidade; para que uma pessoa colectiva seja simultâneamente comercial e regular, torna-se necessário que reuna os dois requisitos; para que um «ente colectivo», na terminologia italiana, seja apenas comercial, basta que se tenha constituído» para a prática de um ou mais actos de comércio (1).

Com razão se afirmava, então, que a doutrina exposta àcerca dos comerciantes em nome individual era de aplicar às sociedades comerciais, com esta diferença: — para que aqueles pudessem adquirir a qualidade de comerciantes, por intermédio do desempenho da sua função de titulares, era necessário que a conta em participação se constituísse para o exercício do comércio ou para a prática de vários actos nos termos expostos; para as sociedades comerciais, basta apenas que se constituam para a prática de um acto mercantil, podendo acontecer que, quanto a este, ela interesse uma ou mais pessoas, ficando na qualidade de titular, por reunir todos os requisitos de que a lei faz depender a capacidade para, nessa qualidade, celebrar contratos de conta em participação (2).

(1) Cfr. *Lições de Direito Commercial*, segundo as prelecções do Prof. Dr. MÁRIO DE FIGUEIREDO, de A. QUEIRÓ.

(2) No mesmo sentido, ADRIANO ANTERO, *op. cit. loc. cit.*; CUNHA GONÇALVES, *op. cit. loc. cit.*

Capítulo IV

DO OBJECTO DO CONTRATO

SUMÁRIO:

- 1 — *A propriedade das entradas dos participantes transmite-se ao titular, por mero efeito do contrato; diversas opiniões e sua crítica. O conferimento de mera indústria; dúvidas.*
- 2 — *Distinção entre conferimento de simples direitos de gozo e conferimento com pacto de restituição «in natura».*
- 3 — *Ganhos e perdas; o que se deve entender por tal para efeito do contrato de conta em participação; sua repartição.*
- 4 — *O partícipe poderá ser responsabilizado por uma quota das obrigações do titular, de montante superior à sua entrada.*
- 5 — *Poderão as partes convencionar que só o titular sofrerá as perdas, enquanto ambos participarão nos lucros?*
- 6 — *Momento em que se deve proceder à partilha dos lucros e das perdas.*
- 7 — *Liquidação da conta em participação; como se faz.*

1. — O objecto dos contratos é regulado pelo Código Civil (1), nas disposições do qual se prescreve, como condição *sine qua non* de validade de qualquer contrato, que o objecto respectivo seja física e legalmente possível.

Dentro dos princípios estabelecidos, nesta parte, por aquele diploma, para os contratos em geral, tendo em vista, para o caso particular da conta em participação, a exigência do § único do art. 224.º (2), as partes podem escolher livremente o objecto (3) do contrato e regulá-lo, dentro dos limites em que a lei lh'o conceder.

Pela particular estrutura da conta em participação e tendo em

(1) Cfr. arts. 669.º a 671.º do Código Civil.

(2) É necessário que tenha por objecto uma actividade mercantil.

(3) Neste termo *objecto*, engloba-se, geralmente, não só as coisas conferidas a título de «apport», como o acto ou actos, ou até, o comércio inteiro que o titular terá que realizar, empregando aquelas coisas, como ainda o fim tido em vista com toda esta actividade, que é afinal a obtenção de lucros e responsabilidade por perdas, eventualmente.

Porém, para efeitos de exposição, distinguir-se-á entre objecto *pròpriamente*

vista a sua natureza especial, o estudo do seu objecto suscita problemas próprios, àcerca dos quais o ponto de vista, quer da doutrina quer da jurisprudência, não é unânime.

Como se sabe, as partes propõe-se fins lucrativos, com um contrato desta espécie, responsabilizando-se pelas perdas que porventura possam advir de tal actividade. Ora, se nem sempre que haja um fundo comum há, necessariamente, responsabilidade por perdas e direito a lucros, a divisão dos lucros e perdas arrasta indubitavelmente a existência desse fundo.

As partes têm, portanto, de se cotizar, conferindo certos bens para a constituição desse fundo comum (1).

Pergunta-se: — quem ficará com a propriedade desses bens? ou seja: — Qual a situação desses bens, em relação ao partícipe e em relação ao titular?

Claro que, como acontece em quase todos os problemas, as opiniões dividem-se, variando consequentemente entre os dois extremos; isto é, entre os que afirmam que cada um dos participantes fica titular do direito de propriedade das coisas que confere (2) e os que, por outro, lado afirmam que, uma vez conferidas, as coisas passam em propriedade para o património do titular, para que este, em seu próprio nome e como coisas suas, as possa empregar, para a consecução do fim comum perante terceiros (3).

Antes de entrar propriamente na análise do problema, convém notar que a comparação entre a lei italiana e a lei portuguesa leva à conclusão de que o legislador português se orientou

dito e fim do contrato, ficando aquele termo englobando as duas primeiras ordens de casos enumeradas, a que se poderia chamar «meios» e o termo fim significando o fim último das partes, ou seja, a obtenção de lucros e eventual responsabilidade pelas perdas e sua repartição.

A lei portuguesa parece seguir critério identico — cfr. art. 120.º do Código Comercial — quanto às sociedades.

(1) Adiante se estudará a natureza deste fundo.

(2) BORSARI, *op. cit.*, n.º 614 — GALLUPI, *op. cit.*, n.º 226 citados in *Corso di diritto commerciale*, de VIDARI, n.º 1.731.

(3) Cfr. OSCAR CAROSALLI, *op. cit.*, pág. 160 — TITTO RAVÁ, *op. cit.*, págs. 68 e segs.

fundamentalmente, por aquela, divergindo apenas essencialmente em dois requisitos :

— não permitindo que a conta em participação fosse dada por quem não fosse comerciante — arts. 224.º e 225.º do Código Comercial,

— ser dispensado o começo de prova escrita — art. 228.º

Afastadas estas consequências, a doutrina de um é basilarmente a doutrina do outro, e assim servem para o entendimento do texto português, na parte não divergente, os estudos que em Itália se tem feito, àcerca desta matéria, das disposições correlativas do Código Comercial Italiano (1).

Ora, dada a estrutura particular da conta em participação, as funções que o titular tem a desempenhar, a situação especial e o modo como as desempenha, já para com terceiros, já para com o próprio partícipe, parece que a boa doutrina, e não se duvida mesmo afirmá-lo, é aquela segundo a qual a propriedade dos conferimentos passa, por efeito do contrato, integralmente, embora não de um modo absoluto, para o património do titular.

Não vale a pena perder tempo a demonstrar a importância da resolução de tal problema; sòmente se deve notar que da sua solução depende a determinação do direito de disposição desses bens, por parte dos contraentes, isto é, se continuam a poder dispor deles conforme entendam, ou se há uma situação determinada, que pela natureza das coisas, lhes seja imposta por lei e qual essa situação.

É doutrina quase unânime, nos modernos autores italianos, que o art. 236.º do Código Comercial Italiano estabelece, de um modo inderrogável, que as entradas dos participantes passam em propriedade para o património do titular, o qual agindo, segundo

(1) Cfr. despacho do juiz da 1.ª vara de Lisboa, de 3 de Janeiro de 1928 e o relatório que precedeu o Código Comercial, edição da Universidade de Coimbra, pag. 10, onde se afirma expressamente tal orientação.

o disposto no contrato e em seu próprio nome, serve ao mesmo tempo os interesses dos restantes partícipes (1).

Passando, portanto, a propriedade dos conferimentos para o património do titular, integralmente, verifica-se quão infundada é a doutrina que pretende distinguir entre direito de propriedade e poder de disposição, pertencendo ao titular apenas o segundo, enquanto o primeiro ficaria pertença do partícipe respectivo (2).

A admissão de tal doutrina, nos termos expostos, levaria a consequências verdadeiramente absurdas e abertamente contrárias ao espírito da lei. Efectivamente, colocando o problema em relação à falência do titular, por exemplo, a aplicação da doutrina acima enunciada, traria como resultado que o partícipe poderia reivindicar a propriedade das coisas por ele conferidas, pois o falido apenas tinha o direito de disposição, que por efeito do contrato tinha adquirido, o que seria uma injustiça manifesta, atento o prejuízo que tal situação poderia ocasionar aos credores do titular-falido, que, de boa-fé e ignorando o contrato existente, com ele haviam contratado.

Ora, por outro lado, crê-se que a lei italiana, dispondo de modo imperativo que a propriedade das coisas conferidas passará para o titular — nos termos do cit. art. 236.º — teve precisamente em vista proteger a boa-fé de terceiros, naquilo em que o carácter oculto da conta em participação os pudesse prejudicar. Porém, se se aceitasse aquela doutrina, ir-se-ia contrariar abertamente o espírito da lei (3).

A distinção feita por CANDIAN é, portanto, absurda, porque se não pode conceber que se pudesse dispor das coisas perante terceiros, conservando simultâneamente o partícipe a proprie-

(1) Cfr. TITTO RAVÁ, *op. cit.*, pág. 68. Este autor afirma, e com certa razão, que «il problema della proprietà degli apporti é effectivamente il problema centrale dell'associazione in partecipazione». — OSCAR CAROSALLI, *op. cit. loc. cit.*

(2) CANDIAN in «Società, comunione, partecipazione, procura» in *Riv. dir. Comm.*, 1931, II, págs. 629 e segs. e in «L'indebita appropriazione dell'associante» in *Riv. dir. Comm.*, 1933, II, pág. 115.

(3) No mesmo sentido ASCARELLI in «Associazione in partecipazione e trasferimento della proprietà» in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, pág. 568. Contra CANDIAN, «Il processo di fallimento», págs. 153 e segs.

dade das mesmas. O art. 236.º, impondo imperativamente a transferência da propriedade das coisas conferidas para o património do titular, não se quis referir apenas ao poder de disposição, mas sim à propriedade integral. E tanto assim é, que o poder de alienação por parte do titular no confronto de terceiros, das coisas conferidas pelo partícipe, não sofre limitações algumas, ou melhor dizendo, sofre aquelas limitações que a protecção dos interesses dos mesmos terceiros lhe exigem que sofra, no sentido de que ele poderá dispor dessas coisas, ainda que para um fim diverso daquele por virtude do qual foram conferidas, sem que o partícipe possa reivindicá-las, mas tão sòmente exigir a indemnização por perdas e danos ao titular pelo seu procedimento anti-contratual, já que a tutela da boa-fé de terceiros, que constitui a razão de ser do art. 236.º, não permite outra solução (1).

E, até aqui, a solução defendida impõe-se como sendo a única aceitável e a verdadeiramente legal. Porém, importa saber se a base de que se partiu para chegar a tal solução será legal e lógica, também.

Será de facto o art. 236.º do Código Comercial Italiano, uma norma de natureza imperativa? Sendo-o, imporá terminantemente a passagem da propriedade das coisas conferidas, para o património do titular?

Note-se que são dois problemas distintos, no sentido de que a solução do primeiro não impõe necessariamente a solução do segundo. Com efeito, pode-se chegar à conclusão de que a norma do art. 236.º citado é de natureza imperativa, sem que isso signifique, de modo algum, que a conclusão, a extrair dessa disposi-

(1) A solução deste problema tem ainda particular importância para a determinação da natureza jurídica do ilícito cometido pelo titular, quando dispuzer das coisas conferidas pelo partícipe, para fim diverso do estabelecido no contrato, pois que, sendo a propriedade dessas coisas pertencente ao titular, embora dentro de certas condições, tal facto constituirá apenas um ilícito civil, pelo qual terá que indemnizar o partícipe, não constituindo jãmais um ilícito criminal, dado que não é concebível uma apropriação indevida *in re propria*. O mesmo se não poderá dizer, se se não atribui a propriedade das coisas conferidas ao titular — Cfr. *Riv Dir. Comm.*, 1935, II, págs. 120 e segs.

ção, seja a de considerar que a lei impõe expressamente a transferência, para o património do titular, da propriedade das coisas conferidas pelo partícipe (1).

O citado artigo dispõe: «Os partícipes não têm algum direito de propriedade sobre as coisas caídas na associação, ainda que por elas conferidas. Podem, porém, estipular que, nas relações entre associados, as coisas por eles fornecidas sejam restituídas *in natura*».

Não há dúvida que se trata de uma norma de natureza imperativa; várias considerações o afirmam. Assim, em primeiro lugar, o confronto da primeira parte do artigo com a segunda parte, o demonstra com clareza, porque, se assim não fosse, não seria necessário abrir como que uma excepção ao disposto na primeira parte, já que, pelo art. 237.º do Código Comercial Italiano, é dada às partes a faculdade de estabelecer o regime jurídico que melhor lhe aprouver, «salvo o disposto nos artigos precedentes».

O legislador estabeleceu-o, porém, porque se tratava de uma norma imperativa, contra a qual se não podia dirigir à vontade das partes, por ineficaz, prescrevendo que, não obstante a afirmação imperativa da primeira parte do artigo, os contraentes podem todavia estipular, *sòmente*, que as coisas por eles conferidas sejam restituídas *in natura*.

Convém contudo notar que tal faculdade não lhe foi concedida *de plano*, mas antes delimitadamente, o que só poderia fazer através de uma norma imperativa, impondo, em vista dos interesses que se propunha tutelar, que tal pacto só valeria «entre os associados».

Em segundo lugar, a letra do art. 237.º, dispondo que as partes não podem dispor contrariamente às normas dos artigos precedentes, induz à mesma conclusão.

Destas considerações se conclui, indubitavelmente, que a disposição do art. 236.º do Código Comercial Italiano é de natureza imperativa.

(1) E, de facto, já houve quem entendesse tal disposição de modo contrário, como adiante se verá.

Poder-se-á concluir, porém, da mesma disposição, que ela impõe a transferência da propriedade das coisas conferidas para o património do titular? Não teria, antes, o legislador, com a fórmula negativa adoptada no art. 236.º do Código Italiano, pretendido apenas delimitar os direitos do partícipe sobre as coisas conferidas, sem pretender atribuir a propriedade de tais coisas ao titular?

Que o partícipe não fica com direito algum sobre as coisas conferidas, di-lo expressamente o art. 236.º: «I partecipanti non hanno alcun diritto di proprietá sulle cose cadenti nell'associazione...».

Pergunta-se: — quem ficará então sendo, nesse caso, o titular do direito de propriedade de que essas coisas são objecto? A conta em participação? De modo algum se poderia admitir tal solução, porque a lei portuguesa, bem como a italiana, são expressas em declarar que «a conta em participação não representa para com terceiros individualidade jurídica diferente da dos que nela intervém, e não tem firma ou denominação social, património colectivo e domicílio».

De modo que uma única solução é possível: — atribuir a propriedade de tais bens aos titulares da conta. Tal doutrina, além de ser a mais consentânea, não só com a letra, mas também com o espírito da lei, é ainda reforçada pela consideração de que sendo o titular, pelo contrato, a pessoa encarregada de celebrar as transacções em *seu próprio nome*, mantendo-se, como é próprio deste contrato, tal situação ignorada de terceiros, entende-se que ele só poderia dispor desses bens, se, perante estes, ele figurasse como sendo o seu proprietário e, de facto, tal situação é-lhe concedida pelo contrato de conta em participação (1).

Resolvidos aqueles dois problemas, cuja origem reside precisamente na maneira diversa como tem sido entendida a disposição do art. 236.º do Código Commercial Italiano, importa, antes de mais, determinar qual a amplitude do efeito legal, imposto nesse artigo.

(1) No mesmo sentido *Riv. Dir. Comm.*, 1935, II, págs. 115 e segs. — contra CANDIAN na mesma *Revista in loc. cit.*

Quid juris, se as partes dispõem contrariamente ao preceituado na lei, estabelecendo que os bens conferidos não passarão para o patrimônio do titular? Produzirão tais declarações algum efeito? Produzirão todos os efeitos? Ou, pelo contrário, será nulo o contrato celebrado nestes termos?

Uma só solução é possível: — o contrato não deve ser nulo, porque, desde que as partes manifestem claramente a sua vontade, e esta seja concorde no sentido de atingir determinado fim lícito, existe sempre um contrato, inatacavelmente válido. Simplesmente, porque a lei exige certas condições especiais para alguns contratos, como acontece para a conta em participação, com as quais a vontade das partes manifestada se não conformou, elas celebram, não um contrato de conta em participação, porque não cumpriram as exigências, *sine qua non*, que a lei estabelece para a existência de um contrato de tal natureza, mas um outro tipo de contrato, em que tais exigências não sejam prescritas.

De resto, a conta em participação é simplesmente um meio, ao lado de tantos outros, com que as partes tentam obter fins lucrativos. Ora, em nada contraria a opinião defendida e muito menos a lei, se em vez de os contraentes lançarem mão de um certo meio, sujeito a certas condições essenciais para a sua existência, lançarem, antes, mão de um outro, análogo, em que a lei dispense a verificação de algumas dessas condições.

A tese oposta tem sido sustentada com base em dois argumentos: — um tirado do art. 227.º, segundo o qual as partes, tendo inteira liberdade para o estabelecimento do regime jurídico que mais lhe convier tal vontade deve ser respeitada, o que no caso presente daria como resultado a existência de um contrato de conta em participação, sem que se verifique a transferência da propriedade das coisas conferidas pelo partícipe para o patrimônio do titular.

Este argumento, porém, não colhe, porque a liberdade concedida às partes pelo art. 227.º é condicionada, pelo mesmo artigo, ao disposto no título do Código respeitante à conta em participação; ora, muito embora lá não esteja expressamente declarado que tal transferência se deve operar, já se afirmou — nunca é demais repeti-lo — que as conclusões a que se chega, em face da

interpretação das correspondentes disposições italianas e que devem impor-se como sendo extraídas das disposições da lei portuguesa, visto que o legislador do Código Comercial Português se orientou fundamentalmente por aquele diploma nesta matéria (1), a prescrevem imperativamente.

Por outra via, entende-se que a liberdade das partes não deve ir a tal ponto que lhes permita celebrar um contrato de conta em participação, sem respeitar os elementos característicos essenciais de tal contrato (2).

O outro argumento consiste em afirmar que, em tal caso, se se não considera válido como contrato de conta em participação o contrato celebrado nestes termos, então deve ser considerado nulo por falta de consentimento. De facto — diz-se — as partes quiseram celebrar um contrato de conta em participação e para a celebração do mesmo manifestaram a sua vontade de certa maneira; mas, devido ao modo como a manifestaram, conclui-se que tal contrato não é afinal de conta em participação, mas de outra espécie. Logo, tudo se passa como se não houvesse qualquer manifestação de vontade, porque as partes não quiseram celebrar um contrato que não fosse de conta em participação.

Também este argumento não procede, porque o que efectivamente as partes quiseram, foi celebrar um contrato de espécie diferente do contrato de conta em participação, muito embora lhe dessem esta última designação, como se conclui da sua expressa e clara manifestação de vontade.

Ora, considerar nulo um contrato, em tais condições celebrado, seria anti-económico (3), e já que o fim de lucro, que as partes se propõe, pode ser atingido por várias formas — porque, pois, considerar nula uma dessas formas, um desses caminhos, só porque as partes lhe chamaram uma coisa diferente daquela que realmente lhe deviam ter chamado?

As coisas, de resto, são o que são e não aquilo que se lhes

(1) Cfr. despacho do juiz da 1.^a vara de Lisboa, já citado e relatório que precede o Código Comercial, in *loc. cit.*

(2) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 161.

(3) Cfr. TITTO RAVÁ, *op. cit.*, pág. 71.

chama, e por isso, desde que haja um contrato realmente válido, muito embora se lhe dê uma designação diferente daquela que na terminologia legal se lhe devia dar, válido deve continuar a ser, apesar dessa deficiência, e jãmais se deve considerar nuiio por falta de manifestação de vontade.

Ainda dentro do problema da determinação do efeito legal, prescrito no art. 236.º do Código Comercial Italiano, ocorre precisar o seu verdadeiro alcance, no que respeita ao facto de a lei dizer que o partícipe perde a propriedade dos bens que confere, que é adquirida pelo titular.

Com esta afirmação do art. 236.º do Código Comercial Italiano, de que «o partícipe não tem algum direito de propriedade sobre as coisas *cadenti nell'associazione*, ainda que por ele fornecidas», não terá o legislador, ainda que de um modo indirecto, querido afirmar que o partícipe, perdendo o direito de propriedade sobre os bens que conferiu, adquire contudo algum direito sobre as coisas conferidas pelo titular ?

A clareza da lei a tal respeito, estipulando expressamente que o partícipe não tem qualquer direito de propriedade sobre as coisas caídas na associação, leva à conclusão de que ele não adquire qualquer direito de propriedade sobre as coisas conferidas pelo titular, pois umas e outras são *cadenti nell'associazione*.

De resto, a expressão «... ainda que por ele conferidas» é bastante elucidativa, pois significa que, ainda que as coisas sejam conferidas pelo partícipe, este não terá qualquer direito sobre elas, já que quanto às outras o problema nem sequer se deve pôr.

A razão de ser do art. 236.º nos leva à mesma conclusão. O titular é, dos contraentes, aquele que fica encarregado de operar externamente, e portanto deverá concluir os negócios da conta com os terceiros em seu próprio nome; bem se compreende, pois, que seja a ele e a mais ninguém que respeite a propriedade das coisas, que constituem os meios para a consecução do fim contratual.

Finalmente, o fim tido em vista pelos contraentes impõe a solução defendida, como sendo a única possível; de facto, esses bens, ao serem conferidos, têm uma função e um fim, que é aumentar o crédito do titular, engrandecendo o seu património,

garantia comum dos credores e serem empregados por ele nas transacções a realizar no interesse comum.

Mas, como se compreende que tais bens vão responder pelas obrigações do titular, lhe aumentem o seu crédito, perante terceiros, se eles lhe não pertencem em propriedade, dado que a conta em participação não pode existir perante terceiros? Como se compreende que ele os possa alienar definitivamente, se lhes não pertencem?

Diz-se (1) : — ele é considerado mandatário a título social: que o seja, não se contesta; mas o que se não compreende ainda, é que ele possa arrogar-se direitos de propriedade sobre esses bens, transaccionando-os, uma vez que esse mandato, que afinal é o contrato de conta em participação, não pode existir perante terceiros. Que esse mandato seja de natureza especial, como querem aqueles autores, afirmando que se trata de um mandato do tipo da comissão, tanto importa, pois em nada altera os termos do problema. Efectivamente, o comissário, agindo como o titular da conta em participação, em nome próprio, mas no interesse comum, responsabiliza, perante terceiros, sòmente o que lhe pertence e não o que pertence ao comitente, que perante terceiros não existe.

O mesmo acontece com o titular que, agindo, actuando em nome próprio, mas em benefício comum, sem tornar o público conhecedor da existência do contrato, não poderá responsabilizar perante este, pelos seus negócios, senão os bens que lhe pertencem em propriedade exclusiva. Sendo assim, uma de duas : — ou aqueles bens não passam em propriedade ao titular, mas não realizam a sua função, não constituindo conseqüentemente um conferimento próprio de um contrato de conta em participação; ou, então, querendo realizar essas funções, terão necessariamente de passar em propriedade ao património do titular.

Tais bens não poderão pertencer à sociedade, pessoa autónoma, porque esta, na conta em participação, não existe (2), nem

(1) Cfr. VIDERI, in *Corso di diritto Commerciale*. n.º 1.755, págs. 491 e segs. — CUNHA GONÇALVES, in *Comentário ao Código Comercial Português*, loc. cit.

(2) Cfr. VIDERI, op. cit. loc. cit.

tão pouco ficarão em conpropriedade, ainda que de natureza especial (1) porque tal situação concederia o direito de conpropriedade ao partícipe e o art. 236.º é claro em determinar que o partícipe não terá qualquer direito de propriedade sobre as coisas caídas na associação, doutrina cujo valor integrador das lacunas da lei portuguesa, já foi salientado.

Portanto, a parte do património constituída pelo conferimento do partícipe deve necessariamente passar em propriedade para o património do titular — o que este confere já está em seu nome e em seu nome continua —, que é a única pessoa que, perante terceiros e em seu nome individual, dispõe desses mesmos bens (2).

O problema da propriedade das entradas levanta, porém, particulares dúvidas, quando colocado em relação ao «apport» de mera indústria, devido à solução proposta para aquele em teoria geral.

Efectivamente, devendo entender-se, por indústria do conferente, o seu trabalho, um processo industrial, os seus conhecimentos especiais (3), elementos absolutamente pessoais e portanto inalienáveis, estes não podem constituir, autonomamente, o objecto pròpriamente dito de um conferimento, por não poderem passar em propriedade para o património do titular (a não ser quando conferidos por este mesmo), visto não reunirem as condições necessárias à constituição de um «apport» de conta em participação, isto é, serem objecto de transferência e de propriedade.

No domínio de uma rigorosa técnica jurídica não pode falar-se, em tal hipótese, dada a particular estrutura do contrato, num verdadeiro e próprio conferimento, quando apenas se queira conferir a indústria pura e simples, porque devendo entender-se por tal a faculdade pessoal de executar certos serviços — habilidade

(1) Cfr. CUNHA GONÇALVES, *op. cit. loc. cit.*

(2) No mesmo sentido OSCAR CAROSELLI, *L'associazione in partecipazione*, e TITTO RAVÁ, *Associazione in partecipazione e società irregolare*, págs. 73 e segs.

(3) Cfr. JOSÉ TAVARES, *Das sociedades e empresas comerciais*; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, págs. 206 e segs.

ou ciência — mercê do emprego da qual podem resultar lucros para a empresa, não é legalmente concebível, a menos que o partícipe se escravizasse, que o titular se possa arrogar direitos de propriedade sobre a força laborativa ou sobre a habilidade do partícipe (1).

Se tal conferimento jãmais poderá passar em propriedade para o património do titular, por inalienável, não poderá existir «apport» e, sem este, é inconcebível a existência da conta em participação (2).

Não podendo existir com autonomia, poderá, contudo, servir de meio para a constituição de um verdadeiro e próprio conferimento. Com efeito, essa faculdade do partícipe — a sua indústria — , quando executada, tem um certo valor económico traduzido no lucro derivado dessa execução, dando lugar a uma remuneração a que o partícipe tem direito. Ora, essa remuneração tanto pode ser recebida por este, enquanto tal, como deixada nas mãos do titular a título de «apport».

Que, em tais casos, com mais propriedade do que num simples conferimento de indústria, se poderá falar num conferimento de dinheiro, aliado numa relação de meio para fim, a um contrato de prestação de serviços, é verdade. Seja, porém, como fôr, o certo é que se pode afirmar que a indústria, embora não autonomamente, pode, pelo menos de uma maneira indirecta, constituir o objecto de um conferimento para efeitos de celebração de uma conta em participação (3).

2. — Como é óbvio, podem ser conferidos a título de «apport» simples direitos de gozo; mas, dizer isto, não equivale a afirmar que, em tais hipóteses, se estará perante um conferimento de certos bens, com pacto de restituição *in natura*, pois trata-se de situações distintas, embora ambas admitidas por lei.

No primeiro caso, apenas se confere o simples direito de uso

(1) No mesmo sentido WIELAND. *Handelsrech.*, págs. 774 e segs.; LASTING. *Die stille Gesellschaft*, pág. 705.

(2) No mesmo sentido *Riv. di Dir. Comm.*, 1932, II, pág. 587.

(3) Cfr. FLECHTEIM, *op. cit.*, § 337.º, n.º 4; WIELAND, *op. cit.*, pág. 775.

que se tem sobre determinado bem, que passará sem mais nada para o património do titular, não podendo os credores do titular mover execução contra a propriedade desse bem, que nunca deixará de pertencer, em tal hipótese, ao partícipe, mas apenas contra o direito de uso, pois só este constitui o objecto do conferimento.

No segundo caso, é conferida a propriedade de uma coisa que, por efeito do contrato, passa para o património do titular. Simplesmente, se não chegar a ser consumida ou empregada em vista do fim lucrativo comum (1), havendo pacto de restituição *in natura*, ela deve, no fim do contrato, ser devolvida *in natura* ao partícipe. Assim, *A* participa numa empresa de *B*, conferindo, a título de «apport», uma maquinaria, com pacto de restituição *in natura*. Se os credores de *B* executarem essa maquinaria, *A* já não poderá reivindicar a mesma; se, porém, tais bens não chegaram a ser empregados pelo titular, nem os credores moveram contra eles qualquer execução, *A* poderá, com base naquele pacto, umavez findo o contrato, reivindicá-los e *B*, por seu turno, será obrigado a devolver-lhos.

Há simplesmente que estabelecer uma restrição à amplitude do pacto de restituição *in natura*, pela qual tal pacto não poderá opôr-se a terceiros, com quem o titular contrate, já porque o art. 236.º do Código Comercial Italiano — cujo valor interpretativo para a lei portuguesa já foi colocado em relevo — o diz expressamente; já porque admitir o contrário, era permitir que terceiros de boa-fé fossem prejudicados nos seus interesses, que a lei teve sempre em vista proteger, abrindo consequentemente caminho à prática de injustiças que nenhum princípio justifica.

3. — Os bens constitutivos dos «apports», são conferidos em vista do objecto mediato ou fim das partes, que se traduz na obtenção de lucros. O que se deve, porém, entender por lucro?

Efectivamente, nem todos os ganhos do titular, uma vez ini-

(1) Ou alienada para qualquer outro fim, pois sabe-se que, em tal hipótese, o partícipe a não poderá reivindicar, mas, apenas exigir do titular a indemnização, por perdas e danos, respectiva.

ciada a execução do contrato, se podem considerar lucros da conta em participação, dos quais, portanto, aquele terá que prestar contas no momento da liquidação do contrato. Os ganhos e as perdas que dizem respeito à conta em participação são apenas os provenientes do exercício, da execução do contrato; os proventos pessoais do titular, não podem ser considerados ganhos da administração, para efeitos de liquidação e partilha, porque não são ganhos do exercício (1). Se, no interesse comum, o titular contrai uma obrigação para com um terceiro e, num momento posterior, aparece como seu herdeiro, a confusão não aproveita ao partícipe; assim como, se durante a execução do contrato o titular gasta certas reservas que tinha arrecadado num momento anterior à celebração do mesmo, o partícipe não tem sobre elas qualquer direito, porque não são ganhos do exercício.

Obtidos lucros ou existindo perdas, importa determinar a medida ou percentagem que a cada um dos contraentes respeita por efeito do contrato.

Compulsando as diversas disposições legais, chega-se à conclusão de que as partes são inteiramente livres em acordarem na percentagem em que participarão nos lucros e nas perdas, atento o disposto no art. 227.º do Código Comercial e, no caso de silêncio, deve aplicar-se a lei, devendo por força do art. 3.º do mesmo Código e dada a analogia de interesses que em ambas as hipóteses se debatem, aplicar-se o art. 118.º, n.º 2, que preceitua que todo o sócio é obrigado «a quinhoar nas perdas na proporção convencionada e, na falta de convenção, na da sua entrada», entendendo-se ainda que, por igual razão, tal doutrina se deve aplicar quanto aos ganhos (2).

4. — Como consequência da regra estabelecida para a divisão dos ganhos e das perdas entre os contraentes, verifica-se que o partícipe pode, dentro de certos limites, responder por uma quota das obrigações do titular, de montante superior ao seu «apport».

(1) Cfr. FLECHTEIM, *op. cit.*, § 337.º nota 6.

(2) Cfr. VIDARI in *Corso di diritto commerciale*, pág. 497; TITTO RAVÁ, *op. cit.*, pág. 60.

Para melhor análise do problema, dada a diversidade de situações, oriundas da estrutura particular deste contrato, distinguir-se-á :

a) — *Responsabilidade do partícipe, pelas obrigações do titular, perante terceiros.*

Nesta hipótese, é indubitável que não responderá por essas obrigações, senão na medida do valor da sua entrada, e mesmo neste caso, apenas de uma maneira indirecta, uma vez que tal responsabilidade advém, não do facto de lhe poderem exigir pessoalmente tal responsabilidade, pois o art. 229.º do Código Comercial diz expressamente que «por os actos da conta em participação é *unicamente* responsável para com terceiros aquele que os praticar», mas sim de tal entrada passar em propriedade para o património do titular, que constitui, como de direito, a garantia comum dos seus credores.

É fácil compreender o porquê desta orientação: os bens conferidos pelo partícipe, ficam, por efeito do contrato, propriedade do titular, integrando-se no seu património. Portanto, em nada se contraria o carácter oculto deste contrato e a consequente irresponsabilidade característica do partícipe relativamente a terceiros, por tal modo que, se tais bens continuam em poder do partícipe até ao momento da sua execução pelos credores, estes poderão accioná-los directamente, porque o fazem no exercício de um direito próprio, que lhe pertence, porque lhe é conferido pelo art. 2.360.º do Código Civil (1).

(1) VIDARI, *op. cit.*, n.º 1778, pág. 508, diz que em tal caso existe acção indirecta dos credores do titular contra os bens do partícipe, porque aqueles podem accionar os direitos e acções do próprio devedor, a fim de obterem o pagamento dos seus créditos. Todavia, não pode existir qualquer acção contra os bens do partícipe, como tais, mas sim uma acção directa, contra bens que não pertencem àquele, mas ao titular devedor, e isto porque, se assim se entendesse, era de admitir a figura da *acção subrogatória*, que de acordo com o Prof. Dr. M. ANDRADE — *Lições de Direito Civil do V ano* — não existe como princípio geral, mas apenas nos casos especiais mencionados na lei — cfr. por exemplo, art. 2.040.º do Código Civil —, razão que, conjugada com o carácter secreto da conta em participação, com a sua não existência perante terceiros, leva à negação daquele poder

b) — *Responsabilidade do partícipe perante o titular, pelas obrigações assumidas no interesse comum.*

O problema toma um aspecto inteiramente diferente, sendo de aplicar aqui a doutrina do art. 118.º, n.º 2 do Código Comercial, pela qual o partícipe responderá pelas perdas, na proporção convencionada e, na falta de convenção, na proporção da sua entrada, o que leva à conclusão de que poderá responder por uma quota nas perdas superiores ao montante da sua entrada.

De facto, se as partes pactuam que as perdas e os ganhos serão de meias, isto é, que cada uma se responsabilizará por metade das perdas, para o que o partícipe conferiu bens no valor de 10 contos, por exemplo, e o titular no valor de outros 10 con-

dos credores accionarem os bens do partícipe como tais ou como propriedade da conta. Efectivamente, os credores, para o fazerem, necessitariam de provar que, embora não sendo o devedor proprietário desses bens, todavia eles respondiam pelas obrigações que contraíu em seu nome individual, isto é, teriam que provar a existência da conta em participação, o que não lhes é permitido, porque a lei lhe nega existência para com terceiros; logo, não poderiam executar tais bens. Tal doutrina, porém, é a consequência lógica da maneira de ver de VIDARI: segundo este autor, os bens conferidos pelo partícipe não passam em propriedade para o património do titular, mas ficam pertencendo à conta em participação propriamente dita. Ora, atenta a natureza secreta de tal contrato, isto é, a sua inexistência para com terceiros e a necessidade de responsabilizar tais bens pelas obrigações do titular, sob pena de não realizarem a sua função, não podendo ser havidos, como «apport», diz aquele autor que os credores têm acção indirecta contra esses bens, o que, como se viu, é contraditório, porque é inadmissível uma realidade bifronte; isto é, que internamente consista em ser um património de uma pessoa colectiva, e externamente apareça propriedade exclusiva de um só dos contraentes — Cfr. *Riv. Dir. Comm.*, 1932, II, pág. 586.

Por isso CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vendo o absurdo da solução dada por VIDARI, afirma que os bens conferidos se encontrem, nas relações internas, numa situação de compropriedade, enquanto nas relações com terceiros o titular é proprietário exclusivo. Também tal situação não satisfaz, porque, ou se é proprietário, ou se não é. Depois, se tal acontecesse, nem dos seus próprios bens que houvesse conferido o titular poderia dispor, porque o art. 2.177.º do Código Civil diz que «o comproprietário não pode todavia dispor especificadamente de qualquer parte do objecto comum...». Por isso, este autor lhe chama compropriedade de natureza especial...

O que deve ser é que o titular, quer para com terceiros, quer para com o

tos; se por hipótese houver perdas no valor de 30 contos, o partícipe será responsável por uma quota das perdas de 15 contos, superior, portanto, ao valor do seu conferimento (1).

E o que se passa, no caso de convenção, se passa, *mutatis mutandis*, quando as partes nada estipulam, porque se deve aplicar suplectivamente aquela norma por força do art. 3.º do Código Commercial, que preceitua deverem as partes quinhoar *na proporção* da sua entrada, relativamente ao fundo total formado pelas várias entradas.

Mas convém acrescentar que o partícipe apenas responderá pelo excedente além da sua entrada, em relação à quota efectiva das perdas pela qual teria que responder perante o titular, na medida em que este tiver satisfeito tais obrigações com bens pròpriamente seus e que não havia conferido, porque só em tais condições terá legitimidade para exigir do partícipe aquele excedente.

Esta doutrina está longe de ser pacífica, porque há quem afirme que o partícipe deve cobrir as perdas apenas com o valor da sua entrada, chegando-se até a afirmar que se não deve considerar expressão correcta, em tais hipóteses, aquela que diz «o partícipe responde na medida da sua entrada», porque, sendo as relações estabelecidas entre este e o titular simples relações de crédito e débito respectivamente, o partícipe não tem obrigação pessoal alguma de cobrir as perdas da administração do titular (2).

Outros, mais moderados, afirmam que, sendo o partícipe ex-

partícipe, é sempre proprietário dos bens conferidos (neste último caso, porém, em condições especiais e dentro de certos limites que attribuem, como se verá, a tais bens uma natureza especial também).

Portanto, no confronto com terceiros, o partícipe é irresponsável, pelas obrigações assumidas pelo titular, sendo apenas, como que responsabilizado por uma via indirecta através da propriedade do seu «apport» que pertence ao titular e que ao ser executada o é directamente como propriedade deste e não daquele.

(1) Cfr. VIDARI, *op. cit.*, pág. 497 — VIVANTE *Tratatto*, pág. 510, n.º 834, no mesmo sentido.

(2) Cfr. TITTO RAVÁ in *Associazione in partecipazione e società irregolare*, pág. 79.

cluído da gestão, pela própria natureza do contrato, renunciando a administrar, é lógico que termine, por isso, com o confiar completamente na habilidade, e dentro de certos limites, na honestidade do gerente, colocando um limite ao próprio risco, isto é, que se não responsabilizará pelas perdas senão até ao montante da sua entrada (1).

O problema, afinal, consiste em analisar a presumível vontade das partes, por ser inteiramente soberana na determinação da medida da sua responsabilidade. Simplesmente, no domínio da participação, na sua forma genuína, própria, entende-se que tal se não poderá admitir, sendo certo que, não obstante a validade de uma declaração de vontade naqueles termos, em tal hipótese se não estaria perante um contrato de conta em participação, mas diante de um contrato de outra espécie, porque aquele só existirá quando as partes colaborarem, unirem os meios de que dispõe, por *certa forma*, para produzir bens novos e repartir estes na *proporção* dos meios com que cada uma contribuiu para a sua obtenção, se outra coisa não for convencionada.

Ora, *essa forma* é que constitui a estrutura particular da conta em participação; mas, ao constituí-la, as partes não querem somente dividir entre si e proporcionalmente os ganhos; a sua execução pode trazer como resultado eventual perdas, podendo estas ir, no seu total, além do total do capital conferido.

Se tal se verificar, as partes querem ainda sofrer junta e *proporcionalmente* as perdas havidas. O inconveniente, que pode advir com a sua exposição ao risco derivado do facto de a administração pertencer ao titular somente, atenua-se ou quase desaparece pelo direito que acode ao partícipe de pedir a dissolução da conta, quando porventura o gerente proceda menos honestamente, actuando em seu proveito exclusivo ou por qualquer atitude semelhante.

Finalmente, o art. 224.º do Código Comercial, preceituando que o titular poderá interessar «... nos seus ganhos e perdas», parece consagrar a doutrina defendida, não consentindo que no domínio

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 175.

da conta em participação a medida da responsabilidade do partícipe pelas perdas havidas seja fixa, dada a maneira como fala conjuntamente em ganhos e perdas, parecendo significar tal expressão que o legislador se quis referir à participação proporcional e não fixar percentagem certa.

É compreensível esta dualidade de regime, quanto à responsabilidade do partícipe pelo passivo do titular, resultante dos negócios da conta, porque neste caso estamos no puro domínio da conta, em que se devem aplicar as normas legais e as convenções contratuais, visto que esta existe nas relações internas, podendo cada um dos participantes demandar e ser demandado pelas obrigações contratuais; ao passo que, nas relações com terceiros, a conta em participação é inexistente, aparecendo apenas o titular individualmente com o seu património — constituído pelos seus bens próprios e pelos bens conferidos — e que é a única garantia das suas dívidas para com os credores.

5. — A doutrina exposta no número precedente, quase que impõe a resolução desta questão, não obstante haver autores (1) e até códigos (2) que expressamente aceitam a solução segundo a qual as partes poderão convencionar que o partícipe quinhoeirá nos ganhos, mas não participará nas perdas.

Que tal convenção seja admissível no domínio contratual, é ponto que agora não interessa. O que não pode é admitir-se, no domínio do contrato de conta em participação, semelhante acordo de vontades, por contrário, não só à letra da lei, como ainda ao seu espírito.

Com efeito, o art. 224.º estabelece, imperativamente, que só existirá conta em participação, não quando o comerciante interessar uma ou várias pessoas nos seus ganhos apenas, mas somente quando as interessar «nos seus ganhos e perdas» conjuntamente, e só neste caso.

(1) Cfr. CUNHA GONÇALVES, in *Da conta em participação*, pág. 78; TITTO RAVÁ, *op. cit.*, pág. 60.

(2) Código Comercial Alemão, § 336.º «... na sociedade tácita ou de conta em participação pode convencionar-se que o sócio secreto não participará nas perdas mas não poderá ser excluído dos lucros».

Como se compreenderia que existisse uma participação tal como o legislador a concebeu nos arts. 224.º e seguintes do Código Comercial, sem que houvesse conferimentos por parte do partícipe ? (1).

É certo que se afirma que o § 6.º do art. 118.º do Código Comercial, que deve constituir direito subsidiário nesta matéria, preceitua que no caso de o conferimento consistir apenas na indústria, a isenção por perdas não terá de ser estipulada (2).

Mas repare-se que o facto de ser considerado direito subsidiário, nos leva já a afirmar que só deve prevalecer tal argumento se não houver a regulamentação expressa no título consagrado à conta em participação; ora, segundo se concluiu já, tal solução se encontra prescrita no art. 224.º

Depois, a conta em participação é um contrato, cuja natureza e estrutura particulares devem constituir limite à aplicação analógica de disposições que regem outros institutos, a doutrina das quais não pode contrariar portanto aquela natureza. Ora, se se não pode conceber um contrato de conta em participação sem conferimento do partícipe, como pretender aplicar por analogia uma disposição que o permite ? (3).

Há, até, quem (4) vá mais longe do que nós, afirmando que as partes não poderão estabelecer percentagens diferentes, respeitante a um dos contraentes, segundo se trate da participação nos ganhos ou nas perdas, isto é, a sua liberdade apenas existe relativamente à escolha da percentagem, com a restrição de que tal proporção terá que ser aplicada tanto aos ganhos como às perdas, não sendo válida, no domínio da conta em participação

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 162; *Riv. Dir. Comm.*, 1932, II, pág. 587.

(2) Cfr. CUNHA GONÇALVES, *op. cit. loc. cit.*

(3) Convém notar ainda que a disposição do § 6.º do art. 118.º do Código Comercial é uma excepção ao disposto no n.º 2 dessa mesma disposição e, como excepcional, não pode aplicar-se por analogia.

(4) Cfr. BRÉGLIA in *Il negócio jurídico parziário*, págs. 87 e segs. e OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 166. Reconhecendo a originalidade desta doutrina, este último autor afirma: «su questo punto la nostra opinione é in completo contrasto con tutta la dottrina nostrana e straniera».

pura e simples, a convenção segundo a qual o partícipe, por exemplo, na divisão dos ganhos quinhará em metade e, na divisão das perdas, apenas na proporção de um terço do total delas.

No domínio de uma construção jurídica pura, é possível que tal doutrina tenha possibilidades de consagração legal. Porém, a sua menção neste lugar vem confirmar a solução defendida, segundo a qual o partícipe não poderá deixar de quinholar nas perdas, desde que se queira celebrar um contrato de conta em participação, pois que se é difícil de conceber uma conta em participação — na opinião daqueles autores — em que sejam diversas as proporções a observar na divisão das perdas e dos ganhos, por maioria de razão se não poderá conceber um contrato daquela natureza, em que uma das partes se não responsabilize, sequer, por qualquer soma das perdas (1).

6. — À primeira vista, conclui-se, e logicamente parece que assim devia ser, que a determinação do momento em que se deve proceder à partilha dos lucros ou ao rateio das perdas entre os contraentes, dado o silêncio da lei, é objecto da regulamentação convencional, nos termos do art. 227.º do Código Comercial.

Porém, uma análise mais profunda da disposição do art. 224.º leva a concluir que só poderá definitivamente proceder-se à partilha, depois de terminado o contrato. Com efeito, conjugando o disposto no corpo deste artigo, com o disposto no seu § único, se conclui que a conta em participação se dá, quando o comerciante interessa o partícipe nos seus ganhos e perdas respeitantes ao objecto do contrato que pode ser constituído por um só acto, por vários ou até por um comércio inteiro.

Acresce ainda que «de verdadeiros ganhos e de verdadeiras perdas, só pode falar-se, depois de executado o contrato de conta em participação» (2).

Mas isto não quer dizer que, convencionalmente e muitas vezes por disposição da lei, se não deva proceder à partilha ou balanço dos ganhos e perdas periodicamente, sem que o contrato

(1) Parece ter sido esta a orientação do legislador em matéria de sociedades, como pode deduzir-se das disposições dos arts. 1.242.º e 1.310.º do Código Civil.

(2) Cfr. OSCAR CORASELLI, *op. cit.*, pág. 1.770.

tenha ainda terminado; basta pensar na hipótese da conta em participação ter por objecto immediato o comércio todo, que exercer o que dá participação, a que seriam de aplicar os arts. 62.º e 63.º do Código Commercial que obrigam este a prestar contas anualmente.

Porém, tal doutrina em nada contraria a opinião acima firmada, dado que tal partilha, a ser efectuada nesses momentos, tem carácter meramente provisório, ficando sujeita à correcção final, isto é, à divisão final dos ganhos e perdas globais, que pode, até, alterar, profundamente, a divisão ou divisões anteriormente feitas.

7. — Finalmente, e ainda neste capítulo, estabelecida a proporção e o momento em que se deve fazer a partilha dos lucros, importa estudar o problema da liquidação da conta em participação. Como se faz?

«Dissolvida a participação — diz VIDARI (1) — cessam as faculdades do titular; este deverá prover à liquidação e prestar contas da própria administração, de acordo com o contrato ou com a lei, para se poder assim proceder à divisão dos lucros e das perdas».

Deve-se, neste ponto, inteira obediência à vontade das partes, manifestada no contrato, de acordo com o art. 228.º do Código Commercial.

Porém, pode acontecer que as partes nada tenham convencionado; em tal caso, *quid juris?*

Sabido que a conta em participação, não tem personalidade jurídica e que as normas sobre liquidação das sociedades comerciais são principalmente ordenadas para garantia dos credores sociais, que faltam naquele caso — art. 137.º do Código Commercial (2) —, pode concluir-se que não poderá ser objecto de uma liquidação pròpriamente dita.

Porém, isto não significa que não possam ser applicadas as normas sobre liquidação de sociedades, *em tudo o que não fôr contrário à natureza e estrutura particulares daquele contrato*,

(1) *Op. cit.*, pág. 501, n.º 1.770.

(2) *Cfr. VIDARI, op. cit. loc. cit.*

devendo ser o processo de liquidação, aproximadamente o mesmo (arts 130.º e segs. do Código Comercial).

A liquidação da conta em participação poderá mesmo ser feito judicialmente, sendo o processo, para tal, o regulado nos arts. 1.122.º e segs. do Código de Processo Civil, como ainda se deve aplicar, no caso de na liquidação extra-judicial, se tornar necessária a intervenção do Poder Judicial, o processo indicado no art. 1.131.º do mesmo Código, porque :

a) — Se, pelo § 2.º do art. 131.º do Código Comercial, conjugado com o art. 147.º do mesmo Código, se permite que as sociedades irregulares e nulas sejam dissolvidas e liquidadas judicialmente, não se vê razão para não permitir a liquidação judicial da conta em participação, cujos contraentes estão, pelo menos, em igual situação aos associados daqueles organismos;

b) — Depois, não se conhece mais nenhum contrato que se dissolva e se liquide, que não seja o de sociedade, o que leva à conclusão de que, na falta de regulamentação convencional, relativamente à liquidação judicial, bem como à liquidação extra-judicial, se devem aplicar por analogia as normas sobre esta matéria, estabelecida para as sociedades (1), dada a identidade de situações e a semelhança de interesses em jôgo.

Não será, porém, contrariar os princípios fundamentais de direito, aplicado por analogia um processo especial, como é o da liquidação das sociedades, a casos não previstos ?

Crê-se que não, porque a afirmação de que os processos especiais não podem aplicar-se por analogia, quando feita em termos absolutos, está longe de ser correcta. Existem pelo menos duas hipóteses em que se podem aplicar a casos análogos àqueles para que a lei os criou :

1) — Quando a lei expressamente o autorizar;

2) — E, ainda, quando as disposições substanciais da lei reguladora da hipótese, para que a lei adjectiva estabelece processo

(1) No mesmo sentido Acórdão do Tribunal do Porto de 1 de Abril de 1927; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano XDII.

especial, forem expressamente aplicadas pela mesma lei substantiva a outras hipóteses (1).

Poderá objectar-se que não há qualquer disposição que mande aplicar ao contrato de conta em participação as disposições sobre sociedades; mas tal disposição reputa-se absolutamente dispensável, quando a analogia resulta nitidamente das respectivas disposições legais.

Com efeito, tal analogia está clarivamente expressa no emprego das palavras «liquidação e dissolução» do art. 228.º do Código Comercial, pois, como se verá, tais actos são típicos do contrato de sociedade, no qual só e conjuntamente existem.

Uma razão de equidade vem reforçar, ainda, mais esta doutrina: — é que sendo um processo especial determinado por certas circunstâncias particulares das situações a que se aplica, desde que essas circunstâncias se verifiquem em outras hipóteses análogas — como acontece entre a conta em participação e as sociedades cuja analogia é evidente — tais processos, especiais embora, devem aplicar-se, dado que a equidade exige que as situações idênticas sejam tratadas de maneira idêntica também.

Concluindo, sempre que as partes estipulem como deve ser feita a liquidação, deve respeitar-se o convencionado; não existindo qualquer convenção, deve a liquidação ser feita nos termos dos arts. 130.º e segs. do Código Comercial, podendo ser feita judicialmente nos termos do art. 1.122.º do Código de Processo Civil, *em tudo o que aplicação dessas disposições não contrarie a natureza particular da conta em participação, nos termos expressos* (2).

(1) Cfr. Prof. Dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Apontamentos das suas lições sobre processos especiais e comerciais*, coligidos por ANTÓNIO PINTO DA COSTA, pág. 50.

(2) No mesmo sentido, Acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de Março de 1925; Acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de Março de 1927; Acórdão do Tribunal do Porto, de 1 de Abril de 1927; BARBOSA DE MAGALHÃES in *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano XDII; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.* págs. 113 e segs. — Contra, CAROSELLI, *op. cit.*, págs. 153 e segs.

Capítulo V

DOS EFEITOS

SUMÁRIO:

I — EFEITOS EM RELAÇÃO AO TITULAR:

- 1 — *Obrigaçào de celebrar as operaçõeS, para a realizaçào das quais a conta se constituiu; liberdade de escolha dessas operaçõeS; ausência de qualquer remuneraçào especial; obrigaçào de prestar contas.*
- 2 — *Pode, dentro de limites, concluir novos contratos de conta em participaçào, sem consentimento do partícipe.*
- 3 — *Não poderá concorrer por seu interesse exclusivo, à celebraçào de negócios da mesma índole dos que constituem o objecto do contrato de conta em participaçào.*
- 4 — *Outros efeitos.*
- 5 — *Inoponibilidade do contrato em relaçào a terceiros; consequências.*

1. — Como é sabido, uma das características do contrato de conta em participaçào é o titular realizar as transacçõeS em seu nome individual, apesar de no interesse comum.

A sua liberdade na escolha das transacçõeS a realizar varia consoante o objecto do contrato; se este apenas consiste na realizaçào de certas e determinadas transacçõeS, o titular fica por esse facto vinculado a tal convençào, não podendo, consequentemente, empregar os meios conferidos em transacçõeS diversas, porque, se proceder de tal modo, incorrerá na obrigaçào de indemnizar o partícipe pelas perdas e danos, que desse procedimento anti-contratual, lhe advierem, já que, em homenagem à boa-fé de terceiros, que o legislador teve em vista proteger, tais actos, embora anti-contratuais, serão válidos e os bens alienados não poderão ser reivindicados (1).

Porém, se o contrato nada estipula, quanto às operaçõeS que devem constituir o objecto da conta, o titular goza de liberdade,

(1) Cfr. art. 236.º do Código Comercial Italiano, cuja razão de ser, como se viu, é a protecçào da boa-fé de terceiros, com quem o titular contrate em seu nome individual.

para decidir acerca não só das operações que mais convém realizar, como ainda do modo por que devem ser realizadas, independentemente de qualquer obrigação de indemnizar o partícipe, pelas perdas que daí resultem.

Mas a sua irresponsabilidade, neste caso não é ilimitada (1), pois aquela liberdade não é concedida até ao ponto de se permitir que o titular, baseado nela, actue com manifesto prejuízo para a conta e em seu proveito exclusivo, porque, não só o art. 224.º, ao referir-se amplamente a «ganhos e perdas», quis significar que a divisão deve abranger todos e quaisquer ganhos e perdas, desde que resultem da execução do contrato, não podendo o titular, portanto, agir em seu proveito exclusivo, como, ainda, porque o permitir-se-lhe tal procedimento, imoral e injusto, levaria a um locupletamento à custa alheia, o que seria anti-contratual.

Como *dominus negotii*, o titular tem portanto a obrigação de promover a gestão da conta em participação, se a empresa que dá participação já existe, ou então criar a própria empresa, no caso contrário. Quando não cumpra nestes termos tal dever, terá que indemnizar o partícipe pelos prejuízos que lhe causar, jámais podendo existir uma execução directa e coactiva do contrato, ainda que se trate de uma obrigação de fazer, jurìdicamente não fungível (2).

Pelo desempenho das suas funções de titular, este não terá direito a qualquer remuneração especial, desde que tal não haja

(1) Acresce ainda que, na concessão desta liberdade ao titular em tais casos, é necessário ter em vista a importância da relação em que o partícipe se encontra para com o titular, pois não é justo que, quando aquele tenha conferido a quase totalidade do fundo contratual e este apenas uma pequena parte, se negue ao partícipe o poder de obstar a qualquer actividade, que o titular pretenda exercer e que possa originar perdas, quando o contrato seja mudo a tal respeito. O problema da liberdade do titular deve ser resolvido em face de cada concreto, concedendo-lha ou negando-lha, conforme fôr de justiça.

(2) Visto que ninguém pode ser coagido a prestar qualquer coisa ou facto. No mesmo sentido, SARFATTI, *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di fare o di non fare*, págs. 481 a 528; POLANO, *Le obbligazioni*, págs. 125 e segs.; OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 169. Contra MAKOWER in *Handelsgesetz buch mit commentar*, § 335.º, VI, b; FLECHTEIM, *op. cit.*, § 335.º notas 16 e 21.

sido convencionado no contrato, porque se entende que, aceitando figurar num contrato desta espécie, naquela situação, sem mais nada, implicitamente se obriga ao desempenho de todas as atribuições inerentes a essa mesma situação, independentemente de qualquer remuneração, tendo apenas direito, no caso de silêncio das partes, tão somente à sua percentagem nos ganhos (1).

Deve prestar contas dos ganhos e das perdas havidas, no tempo e pelo modo descritos, tendo conjuntamente o direito de exigir que o partícipe se abstenha de intrometer-se na realização das transacções.

2. — O titular pode, como é óbvio, concluir posteriormente novos contratos de conta em participação, sem consentimento do partícipe, desde que o faça dentro de certos limites, nada havendo que o impeça, posto que com esse comportamento não prejudique os legítimos direitos daquele.

Para isso, torna-se necessário que a nova conta em participação tenha por objecto interessar outras pessoas naquela quota dos ganhos e perdas a que o titular tem direito pelo primitivo contrato, nunca podendo ultrapassar, como é evidente, esse limite, porque a ser assim, viria fazer participar o novo partícipe em ganhos e perdas a que não tinha direito, comportamento que poderia causar um manifesto prejuízo ao primitivo partícipe, por se poder traduzir em uma possível diminuição da sua percentagem nos lucros, que efectivamente lhe pertence pelo contrato celebrado.

Tal comportamento do titular cifrar-se-ia, afinal, numa alteração do contrato, resultante de uma manifestação unilateral de vontade, o que é proibido pelo art. 702.º do Código Civil, por os contratos celebrados «não poderem ser alterados senão por mútuo consentimento dos contraentes».

Porém, outra será a doutrina, se as novas participações celebradas visam fazer quinhoar os novos partícipes nos lucros e nas perdas, que o titular obtiver da execução da conta em parti-

(1) Cfr. VIDARI, *op. cit.*, n.º 1.756; este autor opina que o titular tem direito de se fazer pagar pelos honorários devidos pela sua actividade de administrador, seja ou não tal retribuição pactuada, bastando somente que não seja excluída.

cipação inicial, por em tal caso não fazer mais do que dar participação nos lucros que lhe pertencem exclusivamente, reputando-se tais contratos perfeitamente válidos (1).

3. — Porque só o titular pode celebrar as transacções, entende-se que existirá sempre a proibição da concorrência, em relação aos negócios para a realização dos quais a conta em participação se constituiu, ainda que não estipulada expressamente no contrato; e não, apenas, quando este tenha por objecto operações certas e determinadas, relativamente a estas, não valendo tal proibição quando a conta em participação tiver por objecto o comércio em geral. Qual a razão desta última orientação?

Porque na hipótese de o objecto ser constituído por operações certas e determinadas — diz-se — não poderá o titular concorrer, relativamente a essas operações, porque assim ele poderia tornar menor a sua obrigação de fazer quinhoar o partícipe nos ganhos da empresa, enquanto no caso do objecto do contrato ser a realização do comércio em geral se não poderá falar de uma verdadeira e própria concorrência (2).

Mas pergunta-se: — neste caso, se não for proibido ao titular a concorrência, poderá ou não este «tornar menor a sua obrigação de fazer quinhoar o partícipe nos ganhos da empresa, celebrando as transacções rendosas em seu proveito exclusivo? Poderá ou não poder falar-se, em tal hipótese, de uma verdadeira concorrência, isto é, de um concurso de vontades que disputam os mesmos benefícios?

O comércio em geral cinde-se, em última análise, em uma série de actos comerciais que se praticam continuamente; se o titular, concorrendo, quere praticar um desses actos em seu proveito exclusivo, desde que a prática desse acto faça parte do objecto do contrato, porque se integra na actividade económica a que as partes, por comodidade, chamaram «comércio em geral», ele não deverá poder practicá-lo em seu proveito exclusivo, mas

(1) Cfr. TITTO RAVÁ, *op. cit.* págs. 80 e 81.

(2) Cfr. TITTO RAVÁ, *op. cit. pág. cit.*; contra, NAVARRINI, in *Tratatto*, vol. V, pág. 143.

deverá prestar contas dele, por se considerar praticado em favor da conta em participação, pelo titular desta. A lei, ao falar em «interessar nos seus ganhos e perdas», dá a entender que nesta expressão se englobam todas as perdas, bem como todos os ganhos, resultantes dos negócios celebrados pelo titular, que possam integrar-se dentro do objecto da conta em participação.

O contrário seria dar ao titular a faculdade de actuar em prejuízo da conta e em seu proveito exclusivo, o que, além de ser contrário à lei, seria imoral e injusto, por ludibriar as legítimas expectativas do partícipe naquilo em que ele tinha confiado na honestidade do titular (1).

Por estas razões, menos fundada parece a opinião dos que afirmam (2) que em qualquer hipótese o direito de concorrência existirá sempre, porque «mancando la societá, non é possibile parlare di divicto di concorrênza; ma essendovi un dontratto, le parti potranno essere giudicate sollo rispetto ad esse e rispetto ad esse non tanto como astratta figura giuridica, mas come concreta intercorrenza di rapporti», respondendo qualquer das partes, se o seu procedimento for anti-contratual, independentemente da questão de estar ou não sujeita à proibição de concorrência.

É curioso notar que os autores que assim opinam são os que defendem que o titular «non deve certo operare a danno dell'azienda e a sua personale vantaggio», o que parece contraditório (3).

4. — Uma vez celebrado o contrato, o titular não poderá, jàmais, ser destituído do seu cargo, e conseqüentemente substituído por outrém, por vontade dos partícipes, não só porque passando a propriedade dos bens conferidos por mero efeito do contrato, para o seu património, ela só poderia passar para o patri-

(1) No mesmo sentido STAUB in *Kommentar zum H. G. B.*, § 335.º, nota 2; GOLDMANN in *Das Handelsgesetzbuchs*, § 335.º

(2) Cfr. WIELAND in *Handelsrecht*, pág. 781, nota 19; LIEMANN-RING, *op. cit.*, § 335.º, nota 16; FLECHTEIM, *op. cit.*, § 335.º, nota 26; OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 171.

(3) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 171.

mónio do substituto, pela dissolução do primitivo contrato e consequente celebração de um outro, em que este último figurasse como titular, como ainda o art. 702.º do Código Civil o proíbe, pois que «os contratos legalmente celebrados não podem ser alterados senão por mútuo consentimento», que nesta hipótese não existe, por se discutir precisamente se os partícipes podem destituir o titular do seu cargo, independentemente da vontade deste último (1).

Na mesma ordem de ideias, não pode o titular fazer-se substituir por sua exclusiva vontade, entendendo-se por tal o facto de, inicialmente, o titular ser uma pessoa jurídica singular e posteriormente se transformar numa pessoa jurídica colectiva, o que implica uma substituição daquele, por sua vontade exclusiva e unilateral, e que por ser um procedimento contrário ao disposto no cit. art. 702.º do Código Civil, faz surgir para o partícipe o direito de recusar-se a prosseguir no contrato, pedindo portanto a dissolução da conta (2), já que «o titular não pode transformar tanto a administração que as suas características venham substancialmente alteradas» (3).

5. — Não tendo a conta em participação existência para com terceiros, o titular age, perante estes, em seu nome individual, embora no interesse comum, sendo por isso, também, o único responsável pelas obrigações assumidas na realização das transacções constitutivas do objecto da conta e oferecendo aos seus credores, como única garantia, todo seu património, constituído, não só pelos bens que inicialmente lhe pertenciam, como ainda,

(1) Contra VIDARI, *op. cit.*, n.º 1.557 que, considerando o titular um mandatário puro e simples do partícipe, pela aplicação das normas do mandato, chega à conclusão de que «il caso de revoga é possibile». Ao contrário de conta em participação, porém, que, sendo um contrato de natureza e estrutura particulares, em que, como se verá, as relações que se estabelecem entre partícipe e titular são relações mais complexas do que as simples relações de mandante e mandatário, não poderão aplicar-se pura e simplesmente as normas relativas ao mandato, por inconciliáveis com a sua índole própria.

(2) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 170.

(3) Cfr. FLEGGTEIM, *op. cit.*, § 335.º, nota 17 e ainda 16 e 18.

por aqueles que foram conferidos pelo partícipe a título de «apport», os quais, por efeito do contrato, ficam a fazer parte integrante do mesmo património.

Daqui resulta lógicamente que todos os seus credores podem, sem qualquer preferência ou distinção que não seja derivada de qualquer garantia especial, mencionada na lei, pagar-se dos seus créditos sobre esse património. Todos os credores são credores do titular, único sendo o património que, pelas obrigações do mesmo, responde (1).

SUMÁRIO:

II — EFEITOS EM RELAÇÃO AO PARTICIPE:

- 1 — *Obrigaçào de conferir tudo o que prometeu.*
- 2 — *Direito à obtenção de balanços; suas condições. Outros direitos do partícipe.*
- 3 — *Situação do partícipe resultante da inoponibilidade da conta, para com terceiros.*

1. — Correspondentemente à obrigação que para o titular surge, por efeito da celebração do contrato — realização das transacções constitutivas do seu objecto, — surge para o partícipe a obrigação de conferir tudo o que prometeu, pelo modo e no tempo convencionado, cujo inadimplemento o constitui, por sua vez, na obrigação de indemnizar aquele pelos danos e perdas que porventura, com essa mora ou inadimplemento, lhe tiver ocasionado, nos termos do § 5.º do art. 118.º do Código Comercial, doutrina que, dada a analogia de interesses a regular, se deve aplicar, contrariamente ao que em Itália se tem sustentado (2) de que esta norma do Código Comercial teria sido estabelecida pelo legislador, em vista da particular natureza das sociedades comerciais.

(1) Cfr. no mesmo sentido TITTO RAVÁ, *op. cit.*, pág. 67; OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 175.

(2) Cfr. VIVANTE in *Tratatto*, vol. II, pág. 536; no mesmo sentido do texto MARGHERI in *Delle società e delle associazioni commerciale*, pág. 639; NAVARRINI, *op. cit.*, pág. 140.

O «apport» deve ser avaliado no momento em que é conferido, passando a propriedade dos bens que o constituem para o património do titular, nos termos expostos, ficando normalmente a entrada do partícipe expressa no valor da propriedade desses mesmos bens. Mas nem sempre é mister que assim seja; pode, efectivamente, acontecer que apenas se convencie que o partícipe entre com bens no valor de 20 contos, por exemplo; se posteriormente conferir bens mobiliários ou imobiliários, ou destas duas categorias conjuntamente, que sejam aceites sem qualquer reclamação pelo titular, é de presumir que tais bens tenham sido conferidos no valor de 20 contos, independentemente de qualquer avaliação no momento do conferimento.

2. — Operado este integralmente, nasce para o partícipe, dadas certas circunstâncias, o direito de obter balanços anuais dos negócios, porque estando os bens, que conferiu, adstritos a um fim determinado, não se lhe deve recusar o poder de fiscalizar, inspeccionar, controlar, por meio de balanços anuais, o cumprimento do contrato, por parte do titular.

Diz-se, muito intencionalmente, «dadas certas circunstâncias», visto que tal direito está condicionado pela verificação conjunta de dois factores: — a duração do contrato, e a importância da quota do partícipe em relação ao capital total da conta em participação.

Com efeito, se se compreendia mal, ou até, se se não compreendia, que na hipótese de o contrato durar apenas dois meses, e, neste meio tempo, por coincidência, o titular ter de compilar e estabelecer o balanço anual obrigatório, conforme determina a lei, se concedesse ao partícipe o direito de exigir cópia desse balanço, dada a breve duração da conta em participação, muito menos se compreenderia que, sendo o capital conferido por este, insignificante relativamente ao capital total, se lhe concedesse igual direito, porque tal concessão viria muitas vezes prejudicar a actividade mercantil do titular, o que se tornaria injusto, pela pequena importância da entrada do partícipe relativamente ao capital total.

Compete, portanto, ao juiz, segundo o seu prudente arbítrio em face de cada caso concreto, apreciar as circunstâncias men-

cionadas e conseqüentemente conceder ou denegar tal direito ao partícipe. Mas, uma vez concedido esse direito, ele poderá fazer valê-lo contra a vontade do titular, podendo até, se este se recusar indevidamente a fornecer-lhe os dados e as informações a que tem direito, obtê-los pela exibição judicial dos livros e dos papéis (1).

A exclusão de comungar nas perdas, resultantes das operações reprovadas ou proibidas no contrato, ou de operações que o titular haja, porventura, celebrado, excedendo os limites do mesmo, é um direito que assiste ao partícipe, dando lugar o seu exercício à conseqüente indemnização de perdas e danos, que é devida pelo titular por ter procedido anti-contratualmente.

3. — Finalmente, o partícipe é uma pessoa ignorada para terceiros, para os quais não existe, não podendo, portanto, assumir obrigações como tal e enquanto tal, no interesse da conta.

É verdade poder conceber-se que, num contrato de conta em participação celebrado nos termos do art. 224.º, fiquem todos os contraentes com o poder de realizar as transacções, em seu nome individual; cada um destes titulares é partícipe em relação às operações realizadas pelos outros, e, não obstante ser partícipe, pode realizar transacções no interesse da conta. Porém, convém notar que cada um dos contraentes, nestas circunstâncias, goza de duas situações diversas: da *situação de partícipe*, enquanto participa nos ganhos e nas perdas das operações realizadas pelos outros; da *de titular* relativamente às operações que celebra e nas perdas e ganhos das quais aqueles quinhoam também. Ora, quando realiza as transacções, realiza-as como titular e nunca como partícipe.

Portanto, se o partícipe puro e simples assumir obrigação, embora no interesse da conta, ficará por essas obrigações, assim

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 173. Há até quem afirme, em caso de perigo, manifesto, o partícipe poderá obter o sequestro judiciário, pois pode haver interesse na conservação de um título ou documento, de grande força probatória, por ser título constitutivo de um direito — cfr. CONIGLIO in *Il sequestro giudiziario e conservativo*, pág. 265, n.º 28.

contraídas, inteiramente responsável; o seu património ficará totalmente à disposição dos credores, devendo entender-se por património do partícipe o conjunto de bens que efectivamente lhe pertencem, visto que, quanto aos conferidos, uma vez que tal, passaram em propriedade para o património do titular, deixando por conseguinte, de pertencer àquele, que deles não poderá já-mais dispor posteriormente a celebração do contrato, nem consequentemente os seus credores particulares poderão pagar-se sobre esses bens (1), em homenagem ao princípio «nemo ad alium transferre potest plus jus, quam ipse habet».

O Código Comercial parece consagrar tal doutrina no art. 229.º, interpretado de acordo com o art. 225.º do mesmo Código. Aquele diz que «por actos da conta em participação ficará responsável para com terceiros aquele que os praticar» e o art. 225.º afirma que em caso algum o partícipe poderá celebrar as transacções; logo, não pode assumir obrigações por conta do contrato, ficando, portanto, inteira e individualmente responsável por as que assumir.

Porém, isto não significa que em caso algum o partícipe possa assumir obrigações, quando para tanto tiver poderes expressamente concedidos pelo titular, por meio do mandato, tudo se passando, em tal hipótese, é certo, como se fosse o titular que agisse, podendo tais poderes ser concedidos, tanto no próprio contrato da conta, como separadamente, o que em nada contraria a natureza e estrutura particulares daquela.

O partícipe tem de viver ignorado, na obscuridade, onde o coloca a própria estrutura do contrato, por forma que, se toma um comportamento tal, que deixe crer a terceiros que com o titular contratam, que seja parte no contrato por modo que eles podem razoavelmente ter concluído que poderiam contar com o seu património, para garantir a responsabilidade do titular pelas obrigações assumidas, ele será solidariamente responsável com este, nos termos do art. 100.º do Código Comercial, deixando de se estar em tal hipótese no âmbito de conta em participação (2).

(1) A não ser, depois de liquidada a conta, que esses bens regressem, por virtude ou não do pacto de restituição in natura, ao património do partícipe.

(2) Cfr. VIDARI, *op. cit.*, n.º 1.781, pág. 510.

Capítulo VI

DO FIM DO CONTRATO

SUMÁRIO:

1 — *Causas que de um modo geral podem determinar a dissolução da conta em participação. Alguns casos duvidosos e sua resolução.*

1. — Pela identidade de situações entre os contraentes e analogia de interesses em jôgo, várias vezes já colocados em relevo, entende-se que tem aplicação, dentro dos limites em que a estrutura particular da conta em participação permitir, a doutrina do art. 120.º do Código Comercial (1). Assim, a conta em participação terminará;

a) — Findo o tempo por que foi estabelecida, não havendo prorrogação, porque é intuitivo que, sendo constituída por tempo determinado, uma vez decorrido ele, deve considerar-se terminado o contrato.

b) — Pela consecução do fim contratual, ou, mais exactamente, pela realização da operação ou operações, ou indústria comercial, à qual o contrato estava conexo, ou então pela impossibilidade de atingir esse fim (2).

A improdutividade da empresa poder-se-á equiparar à impossibilidade de consecução do fim contratual, para efeito de determinar a dissolução da conta?

Embora teòricamente o problema seja susceptível de discussão, distinguindo-se improdutividade da impossibilidade de prosseguir em certa empresa (3), na prática, porém, as duas situa-

(1) Cfr. no mesmo sentido Acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de Março de 1925; Acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de Maio de 1927; Acórdão do Tribunal do Porto, de 1 de Abril de 1927; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 112.

(2) Não é difícil encontrar exemplos de impossibilidade de prosseguir numa empresa; assim, celebra-se um contrato de conta em participação para a exploração do comércio de metais; posteriormente é publicada uma lei que proíbe tal actividade mercantil. Trata-se de um caso de manifesta impossibilidade legal.

(3) Cfr. FLECHTEIM, *op. cit.*, § 339.º, nota 16; OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 180.

ções equivalem-se, pelo que pode qualquer delas determinar a dissolução da conta em participação. Na verdade, com um contrato desta espécie, as partes têm em vista a obtenção de lucros, embora eventualmente se sujeitem às perdas. Uma vez demonstrado que tal fim é inatingível, por a empresa ser improdutiva, isso equivale praticamente, à impossibilidade da consecução desse fim, integrando-se tal hipótese no n.º 2 do art. 120.º do Código Comercial.

Claro que se tem em vista, apenas, a improdutividade manifesta e definitiva e não a improdutividade momentânea, porque esta pode deixar de existir de um momento para o outro, não produzindo, conseqüentemente, a dissolução da conta em participação.

c) — Pela falência do titular, porque, ficando os bens conferidos, por simples efeito do contrato, propriedade deste e sendo a conta em participação inoponível a terceiros, todos os bens que pertençam ao titular serão apreendidos para a massa, ficando-se, portanto, sem os meios próprios e necessários para atingir o fim contratual das partes. Em tal hipótese, a conta em participação dissolve-se.

Contudo, afirma-se (1) que «se ambos os sócios forem comerciantes, pode a participação continuar, quer porque esta é estranha à falência, quer porque o sócio secreto, podendo ser, simultaneamente, sócio ostensivo, pode realizar sozinho as operações de interesse comum».

Tal doutrina parece inadmissível; em primeiro lugar, sabe-se que o partícipe, que o é pura e simplesmente, não pode intermeter-se na realização dos negócios da conta; depois, passando todos os bens conferidos para o patrimônio do titular falido, que, por virtude da sua situação de falência, seriam apreendidos para a massa, ainda que o partícipe fosse comerciante, — como continuar a execução do contrato, se os meios tinham sido apreendidos? Finalmente, se, *ab initio*, o partícipe que, muito embora sendo comerciante, se não reservou poderes de titular, posteriormente, só o poderá fazer por meio de uma alteração profunda ao

(1) Cfr. CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 113.

contrato inicial, que, uma vez decretada a falência ao primitivo titular, não poderá ser introduzida, porque exige nos termos do art. 702.º do Código Civil o mútuo consentimento dos contraentes, e o falido não poderá dá-lo válidamente, porquanto tal consentimento envolveria uma passagem de certos bens que se encontravam no seu património para o património do novo titular, e o art. 1.158.º do Código de Processo Civil inibe o falido de dispor dos seus bens havidos ou que, de futuro, lhe advenham.

d) — A falta de cumprimento, por parte de qualquer dos contraentes, pode valer como causa, por parte do contraente que cumpriu, para pedir a dissolução do contrato.

e) — A morte, interdição, inabilidade do titular, por virtude das funções que tem a desempenhar.

A morte do partícipe, se assim se houver convencionado, crê-se que não ocasionará a dissolução do contrato, porque, dada a situação deste perante a conta em participação, os seus direitos são perfeitamente exercitáveis pelos seus herdeiros e, portanto, aquela convenção é perfeitamente admissível (1).

Mas, se tal convenção não existe, a morte daquele ocasionará a dissolução da conta pela própria natureza das coisas, sendo até de aplicar, dada a identidade de interesses em jôgo, as regras dos arts. 120.º §§ 1.º e 5.º do Código Comercial, bem como o princípio geral do art. 1.276.º, n.º 4 do Código Civil que expressamente consagrou a doutrina de que a sociedade deve dissolver-se pela morte ou interdição de qualquer dos contraentes.

Há até casos em que, indiscutível e necessariamente, tal facto produz aquele resultado, como, por exemplo, quando, pelo contrato, ele se obriga a contribuir com a sua actividade pessoal, como meio de realizar o seu «apport», pelo que provoca, em tais hipóteses, a dissolução do contrato, não apenas a morte do partícipe, mas ainda toda e qualquer causa que impeça essa actividade.

Por fim, convém observar que em muitos destes casos é difícil distinguir se uma certa causa determina a dissolução do con-

(1) Esta opinião está expressamente consagrada no § 338.º do H. G. B.

trato *ope legis*, ou se apenas cria, para quem de direito, a faculdade de requerer tal dissolução, por tal forma que, se o não fizer, a participação continuará.

f) — Apesar de menos importante do que qualquer das outras, mencionar-se-á ainda a vontade das partes, como motivo de dissolução do contrato.

Capítulo VII

DA NATUREZA JURÍDICA

SUMÁRIO:

- 1 — *Doutrina segundo a qual a conta em participação é essencialmente um contrato de crédito. Sua crítica.*
- 2 — *O contrato de conta em participação é antes um verdadeiro e próprio contrato de sociedade.*
 - a) De jure constituendo;
 - b) De jure constituto.
- 3 — *Haverá fim comum na conta em participação?*
- 4 — *Ausência de personalidade jurídica.*

1. — Surge, em última análise, o problema da natureza jurídica da conta em participação, cuja solução há-de ser elaborada, sobre o regime traçado nas páginas precedentes. Não faltam teorias que lhe atribuam as mais variadas naturezas, de acordo com o pensamento dos autores que as defendem.

Assim é que, segundo uma teoria muito em voga, as relações, existentes entre o titular e o partícipe, são puras relações de crédito (1), já que, pelo contrato de conta em participação, o partícipe, conferindo bens cuja propriedade passa para o patrimó-

(1) Dentro da orientação da natureza de relação de crédito, atribuída à conta em participação, aparecem várias outras teorias, como sendo a que lhe atribui a natureza de um contrato de troca — cfr. TITTO RAVÁ onde é citada, *op. cit.*, pág. 42; — a que lhe atribui a natureza de um contrato de mútuo qualificado — cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, págs. 151 e segs., etc.

nio do titular, fica apenas com o direito de crédito à percentagem nos lucros (1).

Mas, ocorre perguntar: — E na hipótese de haver perdas? Sabe-se que o partícipe não poderá eximir-se à participação nestas. Como compreender, então, a existência de um crédito, que afinal se traduz numa obrigação que, nestas hipóteses, existe para o partícipe?

Como conciliar, com esta doutrina, a admissão do pacto de restituição *in natura*, aceite pela lei portuguesa? Compreende-se mal, de facto, que perdendo o partícipe definitivamente os bens que confere em troca do direito de crédito, relativo à percentagem nos ganhos, mais tarde os venha novamente a adquirir, porque a isso tem direito.

Mais: se pura e simplesmente se estabelecessem, entre titular e partícipe, relações de credor e devedor, a que título se justificaria o direito concedido ao partícipe de controlar e inspeccionar, nos termos expostos, a administração do titular e o dever deste de não poder subtrair-se àquele controle?

Prova evidente de que a natureza da conta em participação se não acomoda dentro de tal orientação, não falando, por agora, na vontade das partes a que, como elemento essencial à constituição de todo o contrato, se deve atender para a determinação da natureza jurídica dos mesmos (2).

2. — a) — Crê-se que uma única orientação parece a aceitável: — analisar o comportamento das partes, a sua intenção, o fim que tiveram em vista com a celebração de um contrato desta espécie, procurando atribuir-lhe, como resultante da coordenação destes diferentes elementos, a natureza apropriada.

Depois de analisados convenientemente estes problemas,

(1) Cfr. OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 176.

(2) Note-se que, sendo um contrato de crédito, como quer CAROSELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*, como é possível aplicar à conta em participação as normas sobre sociedade? E no entanto tal autor sente necessidade disso, pois considera que aquela termina, pelas mesmas causas porque geralmente termina o contrato de sociedade. Cfr. *op. cit.*, págs. 180 e segs.

conclui-se que as partes, embora disponham do conferimento feito pelo partícipe, contudo esta atitude é meramente secundária, funciona como simples meio relativamente ao fim último, ao fim principal a que se propuzeram: — obtenção, e consequente divisão, dos lucros.

Se é assim, — então para que eleger um elemento do contrato, que segundo a vontade das partes é meramente instrumental, elemento decisivo para a determinação da natureza jurídica do mesmo, e não se atende, antes, à intenção final, ao fim principal dos contraentes: — divisão dos lucros e responsabilidade pelas perdas?

Mas, ainda que se siga o pensamento dos que olham a transferência da propriedade do «apport» como elemento decisivo, convém notar que essa transferência, na intenção das partes, está longe de ser em sentido absoluto, mas antes limitada, porque estas, ao mesmo tempo, dispõem sobre o modo como o titular deve empregar os bens que recebe em propriedade dessa maneira, mencionando qual ou quais as operações a cuja realização tais bens ficam adstrictos, estabelecendo ainda qual a medida em que o partícipe quinhoará nos lucros e perdas (1).

Desde que se façam estas observações, se vê quão infundada é a opinião dos que vêm no contrato de conta em participação um contrato de crédito, porque deve concluir-se que o partícipe não quer, na verdade, despojar-se indefinitivamente dos seus bens, em benefício do titular, adquirindo em troca um direito de crédito, mas antes querem colaborar, para produzir bens novos, que, depois, serão, entre eles, repartidos.

O facto de a entrada do partícipe passar em propriedade para o património do titular, não é decisivo para se aderir à tese contrária, porque, em tal caso, considerar-se-ia fim aquilo que é um simples meio para a consecução do verdadeiro e próprio fim.

(1) No mesmo sentido MARCHIERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, pág. 534 e segs.; MOSSA, *Riv. Dir. Comm. — Il passaggio in proprietà dell'apporto è l'arégola: l'impedimento od il limite al pieno passaggio in proprietà è dato dell'utilità dell'apporto per lo scopo dell'associazione*, 1932, II, pág. 604.

Também, ao celebrar um contrato de sociedade, como aqui a intenção das partes não é transferir um direito que permita o gozo exclusivo e definitivo, pelo sócio administrador, de certos bens, pertencentes aos outros sócios, mas antes, reunir os meios de que dispõem para conseguirem o fim lucrativo, o qual pode ser atingido mediante situações diversas.

O que interessa às partes é ter à disposição os meios de que têm necessidade, para atingir o fim social por determinado caminho; mas, uma vez que aqueles meios estão destinados a serem consumidos no interesse comum, a não serem absorvidos por uma das partes unicamente, de preferência às outras, porque assim o preceitua o contrato, pouco importa que o direito real relativo a esses bens diga respeito a um ou a outro dos participantes, ou a todos conjuntamente ou finalmente a terceiros. Tudo depende da estrutura própria do contrato, que as partes escolherem como melhor meio de atingir o fim lucrativo a que se propõem. Todavia, a sua natureza permanece inalterável.

O modo mais simples, até, de atingir o fim de obtenção e divisão dos lucros e das perdas eventuais, consistiria em estabelecer que as entradas dos sócios ficariam em comunhão, que ficariam em comunhão os bens adquiridos e que os débitos e créditos seriam comuns, também. Assim se atingiria, quase automaticamente, a repartição dos ganhos e das perdas, porque bastaria fazer terminar a comunhão para, em cada momento, se saber qual a quota de débitos e créditos de que cada sócio é titular nos bens comuns. Cada sócio poderia, em resumo, ser directamente obrigado por terceiros e ser ao mesmo tempo proprietário *pro quota*, dos bens sociais.

Porém, este sistema, sendo o mais simples, não é o único possível. Assim, por exemplo, nas sociedades comerciais, ele foi abandonado, pois nem os sócios são comproprietários dos bens sociais, nem são devedores para com terceiros. Os bens sociais, bem como a titularidade dos débitos e dos créditos, pertencem a uma pessoa jurídica, autónoma, e só indirectamente, mediante certos direitos, os sócios obtém aquela participação nos ganhos e perdas da empresa, para a qual se organizaram em sociedade.

Tudo isto para explicar que não deve causar admiração, se as

partes, em vez de atingirem o fim social, por qualquer dos meios expostos, pactuem de modo diverso, estabelecendo que todos os direitos que interessem à empresa social, que entre elas existe, pertençam aparentemente a uma só delas, enquanto as outras se reservam apenas a participação nos ganhos e nas perdas; que aquela das partes que exerce os direitos sociais, fique também titular dos «apports», para que, visto ser ela que vai agir, em seu nome individual, perante terceiros, ela possa atingir o fim comum, com menor risco de o contrato se tornar conhecido.

É o que acontece com aquela espécie de sociedade a que a lei chama conta em participação.

Dentro desta orientação, conclui-se que o titular não pode servir-se da propriedade adquirida, senão em vista do fim para a consecução do qual a participação se constituiu; o conferimento do partícipe pode ser absorvido, em parte ou no todo, pelas perdas; pode até não bastar para cobrir a parte destas, que lhe respeita; mas, se no fim do contrato, qualquer coisa desse conferimento ficar, o titular deve restituí-la. Logo, as partes não querem adquirir um direito definitivo uma contra a outra, como naquelas doutrinas; mas antes querem associar-se, unir os seus bens, os meios de que dispõe, para correr juntamente o risco de certos negócios e dividir os ganhos resultantes dos mesmos.

Para todas as partes o fim é único e, porque o é, vem da vontade contratual; o partícipe obriga-se a conferir o seu «apport»; o titular obriga-se, além disso, a empregá-lo nos negócios da sua própria gestão; um e outro, assim prometendo e operando, querem conjuntamente correr os riscos de uma actividade mercantil que empreenderam. Esta vontade de dividir os ganhos de uma empresa e de se sujeitar as eventuais perdas é o elemento característico das sociedades e, neste sentido, a conta em participação é uma verdadeira e própria sociedade (1).

b) — Será semelhante doutrina a consagrada na lei portuguesa ?

(1) Cfr. no mesmo sentido TITTO RAVÁ, *op. cit.*, págs. 43 e segs.

Esta, no art. 1.240.º do Código Civil, considera, como elementos essenciais à existência de uma sociedade, os três requisitos seguintes :

- 1) — duas ou mais pessoas civil ou comercialmente capazes;
- 2) — que ponham em comum qualquer coisa; e
- 3) — com o intuito de repartirem entre si os proveitos que possam resultar dessa comunhão (1).

Não existindo dúvidas, que se encontram na conta em participação, no primeiro e terceiro dos requisitos particulares que a lei exige para a existência de uma sociedade, elas surgem, contudo, ao procurar analisar-se a existência do segundo, pelas contradições que existem entre a exigência de um fundo comum, condição *sine qua non*, parece, e a regulamentação de certas espécies de sociedades em que essa comunhão de bens não existe e, até, em que não pode existir, pela própria natureza das coisas.

E ocorre perguntar : — qual o alcance da expressão «pondo em comum» do art. 1.240.º do Código Civil, considerada condição essencial à existência de uma sociedade ?

Na resolução do problema da determinação do verdadeiro alcance daquela expressão, importa saber : — será a «comunhão de bens» condição essencial para que exista uma sociedade ? E, não o sendo, que sentido atribuir àquela expressão ?

A comunhão de bens, no sentido técnico da expressão, em que existe a indivisão do objecto sobre que recai o interesse, relativamente ao qual se verifica a pluralidade de sujeitos activos, não constitui condição essencial para a existência de uma sociedade segundo a lei portuguesa, porque não só existem exemplos de sociedades em que esta a não exige, existindo apenas, como que uma situação de facto, a que erradamente se tem attribuído

(1)Estes requisitos, juntamente com os outros dois — mútuo consenso e objecto possível — essenciais a todos os contratos, são fundamentalmente os indicados pela generalidade dos autores, como elementos essenciais à constituição de uma sociedade, cfr. JOSÉ TAVARES. *Das sociedades e empresas comerciais*; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, comentário ao art. 1.240.º MENARA *Delle Società*, vol. I, págs. 120 e segs.

tal natureza, como casos há, ainda, em que, existindo uma sociedade segundo a mesma lei, todavia a comunhão de bens não poderá existir jãmais, por incompatível com tal situação.

São exemplos do primeiro caso as parcerias, as quais consideradas, pelo legislador, sociedades não têm, todavia, património comum, separado do dos parceiros; efectivamente, ainda que fiéis à definição do art. 1.240.º do Código Civil, não se vê, em tais contratos, onde estão os bens que são «postos em comum»: há realmente o intuito lucrativo e a sujeição às perdas — elemento característico das sociedades —, mas não há quaisquer bens colocados em comunhão.

O proprietário do prédio rústico continua sendo seu único proprietário, como se vê do tratamento que o Código Civil dá à relação estabelecida — art. 1.299.º e segs.; — de resto, é bem claro o art. 1.303.º, que manda aplicar aos parceiros as disposições dos artigos relativos aos direitos e obrigações dos locadores e arrendatários, em tudo o que não for regulado por disposições especiais (1).

Do mesmo modo a regulamentação da parceria pecuária, não deixa admitir que os gados, seu objecto, deixam de ser, por um só momento sequer, propriedade única do seu proprietário anterior, podendo este, como a mais vincada expressão do seu direito, reivindicar, nos termos do art. 1.317.º, o gado que for alienado pelo pençador sem o seu devido consentimento.

Temos, pois, sociedades, segundo a lei portuguesa, sem qualquer comunhão de bens, sem quaisquer bens comuns, na acepção jurídica da expressão.

Mas há mais: — é que existindo apenas «comunhão de bens» quando sejam vários os titulares de direitos, verifica-se que existem na lei portuguesa espécie de sociedades em que aquela nunca poderá existir, por absolutamente inconciliável com a estrutura e natureza típicas destas últimas. Acontece isso nas sociedades comerciais que, segundo o art. 108.º do Código Comercial, constituem uma individualidade jurídica diferente da dos associados,

(1) Esta doutrina foi confirmada pelo art. 983.º do actual Código de Processo Civil, que manda aplicar à parceria agrícola as disposições do mesmo código sobre arrendamentos de prédios rústicos.

sujeito dos direitos sociais. Logo, ter-se-ia, a querer manter-se a essencialidade da comunhão de bens nas sociedades, que conciliar duas noções inconciliáveis: — unidade com pluralidade de sujeitos, comunhão com personalidade, pois aquela só existe quando são vários os titulares de direitos; mas, uma vez reconhecida a personalidade do ente colectivo, sujeito ou titular passa a ser um só — a sociedade — desaparecendo assim a comunhão.

Porém, houve já quem quisesse conciliar estas duas noções dizendo: — «comunhão é um *género*; a sociedade uma *espécie*, uma comunhão qualificada com o intuito do lucro» (1) «a sociedade comercial é uma comunhão com o intuito de lucro a realizar mediante o exercício de actos de comércio» (2), Logo, sempre comunhão.

Mas, como será possível reconhecer, às comunhões qualificadas ou sociedades, a personalidade jurídica, sem que deixem de ser comunhões?

É que — diz-se — conferidas as coisas em comunhão, deixam os conferentes de ser proprietários, porque deixam de ter um poder exclusivo sobre elas; não podendo as coisas comuns, logicamente, ser *res nullius*, o direito tem que pertencer a alguém e esse alguém só pode ser o grupo. Ora se o grupo, a colectividade passa a ser sujeito dum direito, surge por isso a pessoa jurídica (3).

Mas certo é que o autor, para fazer permanecer a ideia de que a comunhão permanece nas sociedades, faz desaparecer a própria comunhão, porque outra coisa não significa o dizer que proprietários (ou titulares do direito comum, diferente do de propriedade) não são os participantes, mas sim as colectividades a que eles dão lugar, ou sejam unidades (4).

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nelle società e nelle comuniore*, pág. 8 da *Riv. Dir. Comm.*, 1913, I.

(2) Autor *cit.*, pág. 13, *op. cit.*

(3) Autor *cit.*, pág. 31.

(4) Pela não exigência de património comum requisito essencial à existência de uma sociedade, cfr. FERRARA, *Teoria della persona giuridiche*, pág. 501; HOENICER, *Innengelbschaft n. Innensyndikat* in *Z. H. T.*, págs. 459 e segs.; PINTO COELHO, *Da compropriedade*, vol. I, págs. 137 e segs. O próprio código alemão no § 705.º não faz tal exigência, cfr. CAROSELLI, *op. cit.*, pág. 144.

Logo, só há comunhão quando o direito pertence aos participantes, não podendo existir quando a titularidade do mesmo pertence ao grupo.

Tudo isto para explicar que a expressão «pondo em comum» não constitui requisito essencial à existência de uma sociedade, segundo a lei portuguesa (1).

Qual o seu verdadeiro alcance? Diremos que o legislador, com essa expressão, teve apenas em vista exigir a afectação de um fundo social, constituído pelos bens conferidos pelas partes, ao fim lucrativo comum, pelo que, embora não constituindo uma «comunhão de bens» em sentido técnico ou jurídico, constituirá um fundo social, economicamente comum (2); isto é, um fundo constituído pelas partes, que se encontra afectado a aquele fim, pouco importando a forma porque tenha sido constituído, a sua natureza jurídica, a sua existência ou inexistência em relação a terceiros, bem como a situação jurídica desses bens, que o direito real relativo a eles, pertença a um, a vários ou a todos os contraentes, ou ainda a um terceiro. A sua natureza económica, tida em vista pelo legislador no art. 1.240.º, permanece inalterável.

A expressão «pondo em comum» deve ser sinónimo desta outra: — «afectando ao fim comum certos bens, que, porque tais, ficarão economicamente comuns também», sendo a sua natureza económica que o legislador teve em vista ao exigir um fundo comum, como condição essencial, porque, se assim se entender, então já é possível encontrar em toda e qualquer espécie de sociedade da nossa lei um fundo comum.

Será, contudo, comum o fim tido em vista pelas partes, na conta em participação, para que possa fornecer a natureza de,

(1)E a solução toma maior relevo, para aqueles que atribuem às sociedades, qualquer que seja a sua natureza, personalidade jurídica, porque sendo assim, a comunhão nem sequer poderá existir jámais, dada a inconciliabilidade de noções. Cfr. PINTO COELHO, *Da compropriedade no Direito Português*, págs. 147 e segs. Contra, GUILHERME MOREIRA, *Da personalidade*, págs. 467 e segs. Z. H. G. B. n.º 335; MOSSA na *Riv. Dir. Comm.*, 1932, II, pág. 602, diz que tal património é um património de fim.

(2)No mesmo sentido *Lubert e Zeitschrift f. H. R.*; RITTER, *Commentar*,

econòmicamente comum, aos bens que à sua consecução se encontram affectados ?

Note-se que, quando no campo contratual se fala em «fim comum» ou em «comunhão de interesses», quer aludir-se ao facto de as partes quererem uma idêntica situação jurídica, que se presta a dar satisfação, no fundo, aos interesses egoístas das mesmas. Na conta em participação verifica-se isto mesmo, porque as partes não querem situações diversas, que só poderão satisfazer uma delas na medida em que prejudiquem a outra; antes querem reunir os meios para concluir certos negócios, cuja conclusão serve igualmente o interesses particular de cada uma delas, pelo que constitui, relativamente a todas, um «fim comum».

Para a sua consecução são necessários fundos, meios, um património; este, que é constituído pelos bens conferidos pelos participantes, fica vinculado àquele, numa relação de meio para fim, de acessório para principal, e apesar de juridicamente pertencer em propriedade ao titular da conta, econòmicamente tem a mesma natureza, constituindo o fundo comum exigido pelo art. 1.240.º do Código Civil.

A própria responsabilidade, que os contraentes assumem entre si pelas perdas, importa inegavelmente a existência desse fundo social, embora apenas econòmicamente comum, porque se esta comunhão de bens não importa a repartição de lucros e perdas, esta acarreta necessariamente aquela (1); mas, assim como a responsabilidade pelas perdas e titularidade dos ganhos pode ser assumida para com terceiros por um só dos contraentes — o titular — não deixando de ser económica e contratualmente comuns, não deve estranhar-se também que, pela mesma razão, se atribua idêntica natureza aos bens conferidos, em vista da obtenção daqueles, apesar de juridicamente pertencerem a um só dos contraentes.

Logo, é a esse fundo social que se refere o art. 1.240.º do Código Civil, com a expressão «pondo em comum» e ele existe ainda na conta em participação, pelo que esta é uma verdadeira e pró-

(1) No mesmo sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano XDII; TITTO RAVÁ, *op. cit.*, págs. 42 e segs.

pria sociedade, por existirem nela os requisitos particulares de que a lei faz depender a sua existência.

Tal doutrina está ainda de acordo com a letra das disposições que regem especialmente esse instituto.

Assim, o art. 226.º diz «a conta em participação não tem património colectivo», isto é, não tem um património próprio, pertencente à própria conta, considerada como individualidade jurídica, distinto do património dos próprios associados, o que não impede que tal contrato seja um verdadeiro e próprio contrato de sociedade nos termos expostos.

E o mais importante é que o legislador, não obstante o fundo social se encontrar em poder de um só dos contraentes, ao estabelecer o regime jurídico do contrato, considerou a conta em participação uma sociedade. Na verdade, o art. 228.º do Código Comercial percebeu «a formação, modificação, dissolução e liquidação da conta em participação...».

Tais actos são tipicamente próprios da vida das sociedades, com a agravante de os actos de «dissolução e liquidação» só no contrato de sociedade se verificarem. Todos os contratos se formam; muitos se modificam; mas nenhum outro, a não ser o de sociedade, é susceptível de se dissolver e liquidar.

Ora a conta em participação, dissolvendo-se e liquidando-se, nos termos do art. 228.º, é necessariamente uma sociedade, havendo alguma coisa mais que uma simples relação de crédito. Esse «alguma coisa mais» constitui um vínculo social que estabelece entre os participantes relações jurídicas mais complexas do que as que existem entre credor e devedor.

E nem se diga que «a formação, modificação, dissolução e liquidação» são actos próprios de todo e qualquer contrato e não exclusivamente das sociedades, porque tal atitude constitui uma «heresia jurídica» (1).

Então o empréstimo, o aluguer, o penhor dissolvem-se e liquidam-se? O mandato, a compra e venda, a doação, a enfiteuse, dissolvem-se e liquidam-se? O transporte, o arrendamento, a fiança dissolvem-se e liquidam-se?

(1) Cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit. loc. cit.*

Com excepção do casamento, que por ser um contrato de natureza especial, particularmente civil, não sendo susceptível de se modificar, se dissolve (1), mais nenhum contrato se dissolve e liquida.

A mesma conclusão se chega, relativamente à natureza jurídica da conta em participação, pelo confronto do texto do art. 228.º do Código Comercial, com o correlativo do Código Comercial Italiano (art. 238.º), cujo valor interpretativo é assaz conhecido, que estipula: — «a associação em participação é isenta das formalidades estabelecidas para a sociedade» (2).

Que quer tal disposição significar, senão que o legislador italiano considera expressamente tal contrato como uma sociedade? A não ser assim, seria incompreensível tal disposição, porque então diria apenas que a conta em participação estava isenta de formalidades.

Outras razões, embora de carácter secundário, tem sido invocadas por aqueles (3) que pretendem negar à conta em participação a natureza jurídica de uma sociedade, porque se diz ainda:

I — Tanto não é uma sociedade que o Código Comercial lhe não deu tal designação, nem sequer a de «associação».

É verdade. Mas as coisas são o que são e não o que se lhes chama e, se se notar que o Código Comercial é bastante imperfeito, sob o ponto de vista da terminologia que emprega, ter-se-á respondido cabalmente ao argumento;

II — A não menção da conta em participação no art. 105.º do Código Comercial.

Também é verdade. Mas não deixa também de ser verdade

(1) Apesar de que, em algumas disposições da lei civil, o casamento é considerado como um contrato de sociedade — cfr. arts. 1.203.º e 1.218.º do Código Civil.

(2) Cfr. no mesmo sentido o art. 50.º do Código Comercial Francês.

(3) Cfr. VEIGA BEIRÃO, *op. cit. loc. cit.*; TEIXEIRA DIREITO, *loc. cit.*; Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Fevereiro de 1929. Em Itália seguem esta opinião OSCAR CAROSELLI, *op. cit.*, págs. 146 e segs.; AULETTA, *Il contratto de Società Commerciale*, págs. 159 e segs.

que não se mencionaram lá as sociedades cooperativas, nem as parcerias marítimas e, tanto umas como outras, não deixam de ser espécies diferentes de sociedades comerciais, embora aquelas adoptem na sua constituição, nos termos do art. 207.º, § 1.º do Código Comercial, uma das formas mencionadas no art. 105.º e as parcerias marítimas, nos termos do art. 495.º do mesmo Código, ou a forma de sociedade em comandita ou a de conta em participação.

Ora, daqui se conclui que a parceria marítima, ou umas vezes é sociedade e outras não é, consoante tiver adoptado uma dessas formas, ou é sempre sociedade, qualquer que seja, das formas mencionadas, a que adopte, verificando-se pelas disposições que especialmente a regulam — art. 495.º, §§ 1.º e 6.º — que, ainda que tenha adoptado a forma de conta em participação, tem um caixa, tem compartes, tem distribuição de lucros e perdas, o que mostra que tem um fundo comum dos termos expostos, sendo, portanto, uma sociedade.

III — O código trata a conta em participação em título diferente do que dedicou às sociedades.

Efectivamente, tendo no Liv. II, um título — II — em que trata «Das sociedades», não regula nele a conta em participação, mas sim, no título III. Porém, atendendo ao facto de tal diploma não primar pelo método, nem pela coerência, o valor deste argumento anular-se-á, pois que, com o mesmo fundamento, não deveriam ser consideradas sociedades comerciais, nem as parcerias colectivas nem as parcerias marítimas, mesmo quando constituídas sob a forma de sociedades em comandita, uma vez que o Código Comercial se ocupa delas em título diverso daquele.

IV — Invoca-se, finalmente, o espírito do legislador, clara e evidentemente manifestado nas palavras do autor do projecto (1): «na conta em participação não há comunhão, mas

(1) Cfr. VEIGA BEIRÃO in *Direito Comercial Português. Esboço de um curso*, pág. 81: é de notar que a parte do código que trata da conta em participação, é de elaboração do autor do projecto.

apenas a cedência de uma parte do interesse da empresa a favor de outrém. O Código actual, para tirar todo o pretexto à identificação da conta em participação com a sociedade, não quis, muito intencionalmente, de certo, dar-lhe o nome vulgar de associação de conta em participação».

Observar-se-á apenas que a opinião ou declaração do autor do projecto, especialmente quando posterior à publicação do código, não pode constituir só por si o chamado «espírito do legislador» ou «espírito da lei», o qual, para ser bem determinado, deve resultar da atribuição, às palavras empregadas, do verdadeiro e preciso alcance.

«Ora, foi porque não atentou nas palavras que empregou no projecto — comenta BARBOSA DE MAGALHÃES — que o ilustre autor teve muitas vezes o desgosto de ver interpretar disposições do Código Comercial em sentido diferente do que, dizia, ter sido a sua intenção» (1).

Logo, também de *jure constituto*, a conta em participação é uma sociedade, já porque reúne todos os requisitos de que a lei faz depender a existência de um contrato desta espécie, já porque é a doutrina que mais se coaduna com os interesses em debate, expressos na intenção das partes, ao celebrarem um contrato dessa natureza, já, e ainda, porque foi intenção do legislador português considerá-la como tal, como se conclui da letra das disposições a ela relativas (2).

Sendo, porém, uma sociedade, a conta em participação tem uma estrutura particular, devido à qual certos caracteres das sociedades comerciais, reguladas nos arts. 104.º e segs. do Código Comercial, se não encontram nela, provocando uma certa diversidade de regime, o que bem se compreende, porque então escusava de se regular autonomamente e de se lhe chamar conta em participação.

(1) Cfr. *cit. aut. op. cit.* Serve de exemplo a solução dada na Cadeira de Direito Comercial, ao interpretar-se a norma do art. 2.º do Código Comercial.

(2) No mesmo sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*; VIDARI, *op. cit.*; FLAGELLA, *Di Dritto controverso in tema de associazione in partecipazione*; TITTO RAVÁ, *op. cit.*; Acórdãos da Relação de Lisboa, de 4 de Março de 1925 e de 21 de Maio de 1927, etc.

Uma das principais diferenças é constituída pela ausência de personalidade jurídica — cfr. art. 108.º do Código Comercial.

É certo que o art. 226.º do Código diz apenas que «a conta em participação não representa para com terceiros individualidade jurídica diferente da dos que nela intervêm...». Logo, a *contrario sensu*, se pode concluir, parece, que nas relações internas a conta em participação tem uma individualidade jurídica diferente da dos sócios; e como, de facto, já assim se entendeu (1), se bem que, erradamente, porque tal não deve ser.

A afirmação do art. 226.º parece ser, neste ponto, gratuita, se se atender à razão de ser da existência da personalidade jurídica das sociedades. Na verdade, esta foi criada, unicamente, para proteger os credores sociais, desintegrando do património dos associados certos bens, que eles conferem, que ficam sendo propriedade do ente social, e sobre os quais os credores deste podem pagar-se, de preferência a quaisquer credores particulares dos sócios.

Ora, na conta em participação, não existindo esta para com terceiros, como individualidade jurídica não existirá jàmais, porque cessa a sua razão de ser; tanto mais que, admitindo, por momentos, apenas, que tal personalidade jurídica existisse apenas entre os sócios, quando surgissem quaisquer conflitos entre estes e o ente social, aqueles em tais condições ficariam sendo considerados *terceiros*, e quanto a estes, o art. 226.º diz que tal individualidade não existe.

Por outras palavras: — a individualidade jurídica de um ente social, dada a sua razão de ser, ou existe para com terceiros, ou não existe nunca. Na conta em participação, o art. 226.º proíbe a primeira hipótese (2); logo, não existe qualquer individualidade jurídica diferente da dos associados.

(1) Cfr. VIDARI, *Corso di diritto Commerciale*, n.º 1.736, vol. II; PARDESSUS in *Cours de droit commercial*, vol. IV, pág. 284; BARBOSA DE MAGALHÃES in *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano XDII.

(2) E, a confirmar tal inexistência, o art. 229.º, estipulando que «pelos actos da conta em participação é unicamente responsável, para com terceiros, aquele que os praticar» isto é, o titular, única pessoa que, nos termos do art. 225.º pode

O art. 226.º tem, porém, a vantagem de demonstrar que o legislador português admitiu a existência de sociedades mercantis, sem personalidade jurídica, apesar da disposição do art. 108.º, inaplicável à conta em participação, em homenagem à sua natureza particular, expressa na proibição do citado art. 226.º do Código Comercial.

José Zacarias de Almeida Sampaio Costa e Nora

realizar as transações, e nunca a conta em participação como individualidade autónoma, porque como tal, jãmais existe. No mesmo sentido CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial*; BOISTEL, *Manuel de droit commerciale*, n.º 366.