

A PROIBIÇÃO DA USURA E A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS

Universidade Federal do Estado do Ceará

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em confirmação à regra de que em direito privado a técnica jurídica é decorrência das necessidades históricas, a sociedade em conta de participação foi criada na prática negocial medieval, com o fim de possibilitar o exercício da atividade comercial de forma anônima. Por motivos diversos, entre os quais a condenação social e a forte restrição à usura, o exercício da atividade comercial no medievo muita vez, preferencialmente, era realizada de forma anônima.

Apesar de não ter existido direito comercial em Roma, nos moldes em que consagrado na Idade Média, não se pode desprezar o impacto do direito Romano sobre o direito comercial, a partir da sua influência sobre diversos institutos. A regulação jurídica da usura, especialmente a sua proibição, foi importante para a conformação do direito hodierno, tendo sido determinante na criação da sociedade em conta de participação.

A presente comunicação versará sobre este tema.

De início, será caracterizado o direito comercial, em perspectiva que abrange a evolução histórica, a definição dos aspectos mais marcantes e a autonomia. Após, a velha questão da existência do direito comercial em Roma será analisada. Em seguida, será analisada a restrição à usura, na religião e no direito, como fundamento para a criação da sociedade em conta de participação. Por fim, serão identificadas as características definidoras da sociedade em conta de participação.

2. A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE COMERCIAL: DA ATIVIDADE COMERCIAL AO DIREITO COMERCIAL

Pressuposto para a análise da existência do direito comercial em Roma e da influência do direito romano sobre a regulação da atividade comercial é a perfeita caracterização do direito comercial, o que se passa a fazer.

2.1. Caracterização do Direito Comercial

O direito comercial foi um regime jurídico criado pelos e para os comerciantes, ao longo da Idade Média. Esclareça-se que desde o invento da moeda, em razão de sua função de padrão único de troca, a atividade comercial já era exercida, sendo caracterizada pela intermediação do acesso a bens móveis. Contudo, apenas naquela fase histórica, em razão de suas condições sociais, políticas e econômicas, o aludido conjunto de normas se destacou do direito comum então em vigor, constituído por uma mescla do direito romano redescoberto, do direito canônico e de costumes locais.

O direito então vigente era extremamente formal, o que dificultava o exercício e a evolução da atividade mercantil. A ausência de um poder político central, com fronteiras bem definidas, assim como a divisão da sociedade em corporações de ofício, colaboraram para o fortalecimento da classe dos comerciantes e para o reconhecimento da validade e exigência das normas de regência da atividade comercial, inicialmente elaboradas pelos próprios comerciantes, com base nas práticas negociais.

Tratando-se de uma atividade muito lucrativa, o comércio ensejou a acumulação de capitais à classe dos comerciantes, os quais passaram a exercer influência na disputa pelo poder político por meio de fornecimentos de recursos e capitais, exigindo por contra partida a liberdade de auto-regulação da sua atividade.

Assim surgiu o direito comercial, como direito autônomo, direito distinto do direito comum, de base fundamentalmente consuetudinária, criado pelo comerciante no seio de sua corporação e aplicado, de forma exclusiva, à sua classe. Com a sua evolução, o direito comercial deixou de ter aplicação restrita, excepcional, e passou a ser a regra na regulação do exercício das atividades econômicas.

2.1.1. A evolução do direito comercial: a comercialização da economia

A partir do âmbito de aplicação, pode-se dividir o direito comercial em fases que expressem os diferentes momentos de sua evolução.

O direito comercial, em uma primeira fase, pode ser definido como o conjunto de princípios e normas que regem a atividade dos comerciantes. Destaca-se o caráter subjetivo do direito comercial nesta fase, em razão da definição do seu âmbito de aplicação a partir da caracterização do comerciante.

Configurava-se como um regime jurídico mais ágil e bem menos burocrático do que o decorrente do direito comum então em vigor, em que se destacavam novos institutos jurídicos, criados ou aperfeiçoados pelos comerciantes, tais como os títulos de crédito e a falência.

A aplicação restrita do direito comercial, como já destacado, aplicado inicialmente de forma exclusiva ao comerciante, limitava a utilização dos novos e úteis institutos. Era fato que havia bastante interesse de pessoas que desenvolviam atividades econômicas diferenciadas do comércio em utilizar os novos instrumentos na realização de negócios. A efetivação utilização dos mesmos por não comerciantes acarretou a superação da primeira fase do direito comercial.

Na segunda fase, o direito comercial pode ser conceituado como o conjunto de princípios e normas que regulam a atividade dos comerciantes e os atos de comércio. Tal formulação jurídica possibilita a explicação teórica da extensão do âmbito de aplicação do direito comercial, que passou a ser aplicado ao comerciante e aos que praticassem atos de comércio, independentemente de sua condição subjetiva.

O direito comercial previsto nas codificações do Século XIX era expressão desta fase. Assim era previsto no Código de Comércio de Napoleão, o qual influenciou inúmeras outras codificações. No Brasil, em 1850 foram editados o Código Comercial e o Regulamento 737 (Código de Processo Comercial), sendo neste último definidos os atos de mercancia:

“Artigo 19. Considera-se mercancia:

§ 1º. A compra e venda ou torça de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º. As operações de câmbio, de banco e corretagem;

§ 3º. As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º. Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ A armação e expedição de navios”

A segunda fase do direito comercial importou em considerável ampliação de seu alcance, passando as suas normas a serem aplicadas aos comerciantes e aos praticantes dos atos de comércio, independentemente de sua qualidade pessoal.

A partir da segunda década do Século XX, novos valores passaram a repercutir no direito, como reação aos excessos decorrentes do ideário liberal. As ideias de solidariedade social, depois de maturadas no plano religioso e político, assim como de igualdade material, influenciavam os novos regramentos jurídicos, suprimindo privilégios e exigindo o tratamento igualitário daqueles que se encontrassem nas mesmas situações.

Tais ideias haviam de repercutir no âmbito do direito comercial, como de fato repercutiram. Embora não mais existissem as abissais diferenças entre o direito comercial e o direito civil, regime do direito comum (a diferença central que se mantinha era a restrição ao comerciante da submissão à falência), em pleno Século XX não havia como sustentar que um regime jurídico qualificado, criado pelo e para o comerciante, em razão de condições históricas específicas, não fossem estendido àqueles que assumissem os mesmos riscos e dificuldades inerentes às atividades econômicas.

No Código Civil Italiano de 1942, o regime originalmente aplicado ao comerciante passou a ser aplicado à empresa. Inicia-se nova era no direito comercial, que passa a ser definido como o conjunto de princípios e normas que regulam a atividade da empresa. No direito nacional, com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a ter no empresário (perfil subjetivo de empresa), cuja definição consta do artigo 966, do Código Civil, o núcleo central do exercício da atividade econômica e marco da aplicação do direito comercial.

Trata-se de nova ampliação do alcance do direito comercial. Alguns autores passaram a denominar o tradicional “direito comercial” como “direito da empresa”, a partir da definição dos novos parâmetros normativos.

O regime jurídico aplicado um dia ao comerciante, como exceção, passa a ser aplicado a todos os que se enquadrarem na noção de empresário. Sepultando qualquer dúvida sobre o tema, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2037, dispõe que salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas pelo Código referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.

2.1.2. As características do direito comercial

São apontadas como características do direito comercial a onerosidade, a simplicidade de formas, a elasticidade e a internacionalidade.

A onerosidade decorre da busca do lucro. Esta é a grande motivação do exercício da atividade empresarial. A existência efetiva do lucro pode não ocorrer, mas a finalidade da atuação é sempre lucrativa.

As formas das relações empresariais tendem a ser simplificadas, com o objetivo de adaptarem-se à dinâmica da atividade empresarial. Não há a supressão das formas, muitas vezes essenciais ao reconhecimento dos efeitos jurídicos, o que há é a adaptação das mesmas aos fins do direito comercial e à dinâmica da atividade empresarial.

Como consequência da liberdade típica do direito privado, o direito comercial é aberto a novos institutos, estando em freqüente atualização, assimilando, por exemplo, novos modelos contratuais, o que caracteriza a sua elasticidade.

A internacionalidade decorre da situação de que o direito comercial disciplina aspectos econômicos que transcendem fronteiras específicas. Ao contrário do direito civil, que é expressão da evolução histórica e cultural de cada nação, o direito comercial resulta e evolui como decorrência da experiência dos operadores econômicos, sendo influenciado por influxos que não se vinculam a bases territoriais específicas.

2.1.3. A autonomia do direito comercial

Constituído a partir da Idade Média, o direito comercial atende ao fim específico de ensejar um regime jurídico mais adequado ao exercício da atividade comercial.

O direito comercial é ramo do direito privado, entendido este como o conjunto de regras que regula as relações entre particulares, no campo pessoal, familiar e patrimonial, assim como as relações entre particulares e o Estado, quando este atuar sem poderes de império. Ao lado do direito comercial, é ramo do direito privado o direito civil. Tal dicotomia se estabelece pelo fato de que o direito comercial, pelos fins a que se destina, é revestido de *peculiaridades que definem* a sua especialidade e autonomia.

A fundamentação da distinção é baseada na necessária divergência entre a regulação dos atos de conservação e uso de bens próprios e na regulação dos bens utilizados no processo produtivo.

A questão a autonomia deve ser apreciada sob o ponto de vista formal e material.

Diz-se que há a autonomia formal de um ramo do direito quando a sua regência decorre de diploma normativo específico, destacado da regulação do direito comum. No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, a autonomia formal do direito comercial restou comprometida, uma vez que toda a parte geral do Código Comercial de 1850 foi revogada, permanecendo em vigor apenas a sua parte intermediária, que regula o direito marítimo.

A autonomia material decorre de institutos e princípios específicos. A unificação da regência do direito privado pelo Código Civil de 2002 em nada alterou a autonomia material do direito comercial. É fato que o direito comercial se expandiu, passando a reger todos os que se enquadram na definição de empresário, prevista no artigo 966, do Código Civil, entretanto, tal ampliação não elimina a especificidade dos institutos e princípios do direito comercial. A falência e recuperação de empresas, por exemplo, são institutos típicos do regime jurídico empresarial. Embora possam ser apontadas vozes dissonantes sobre a autonomia do direito comercial, a doutrina majoritária é pelo seu reconhecimento.

3. AINDA A VELHA QUESTÃO: EXISTIU DIREITO COMERCIAL EM ROMA?

A questão sobre a existência do direito comercial em Roma já foi exaustivamente debatida em doutrina, inúmeros autores se dedicaram ao tema. É certo que não existiu direito comercial nos moldes em que consagrado a partir da Idade Média, como um conjunto de princípios e normas sistematicamente organizado.

O que pode justificar a inexistência? É o que se pretende explicar ao longo do presente capítulo.

Já no direito Grego, que exerceu forte influência no direito romano, a distinção entre o direito comercial e o direito civil era muito nítida. No direito grego eram previstos processos comerciais («emporikáí díkai») regidos por regras especiais, assim como também existiam regras específicas de direito marítimo, autônomas, de base costumeira ou legislativa.¹

Apesar da influência grega, a distinção não se materializou no direito romano.

Na visão de PARDESSUS² e MOREL³, a inexistência do direito comercial, identificado como conjunto de normas sistematizadas, com unidade e coerência própria, pode ser justificada pela sua inutilidade, ou não necessidade ao longo da civilização romana.

GOLDSCHMIDT⁴ também é adepto da mesma justificativa. Contudo, também reputa a inexistência de normas específicas para regular o direito comercial pela forte tendência à abstração e centralização dos romanos, o que teria por consequência a igualdade entre os homens, afastando regulações específicas.

ALEXANDRE DE CASTRO CORREIA⁵ é crítico da posição de GOLDSCHMIDT, destacando que o alegado espírito de abstração dos romanos não os impediu de consagrarem

1 REHME, Paul. *História universal del derecho mercantil*. Madrid, 1941.

2 PARDESSU, Jean Marie. *Lois Maritimes*. Paris, 1847.

3 MOREL, François. *Les Jurisdictions commerciales au moyen age - etude de droit comparé*. Paris, 1847.

4 GOLDSCHMIDT, L. *Storia universale Del diritto commerciale*, trad. It. di V. Pouchaine e A. Scialoja, Torino, 1913.

5 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 65: 67-103, 1970.

muitas desigualdades entre as pessoas, tais como as existentes entre cidadãos e estrangeiros, libertos e ingênuos, pessoas “sui júris” e “alieni júris”, entre outras. Assim, a abstração e centralização dos romanos não seria impedimento ao reconhecimento da dicotomia entre direito civil e comercial.

O autor, entretanto, reconhece a desnecessidade da regulação específica do direito comercial em Roma, sustentando que eram previstas instituições de direito privado tendentes a satisfazer as necessidades interiores das transações comerciais.

HUVELIN é mais um autor a compartilhar a mesma compreensão sobre o tema, defendendo que as necessidades do tráfego comercial eram atendidas por institutos de direito privado, sugerindo que o direito romano albergava, de forma embrionária e incompleta, os caracteres desenvolvidos pelas legislações comerciais modernas.⁶

THALLER⁷ também aponta que a inexistência do direito comercial em Roma pode ser explicada pela desnecessidade de regulação específica, uma vez que a regência das atividades comerciais era realizada por institutos de direito civil que protegiam e contemplavam os interesses mercantis. Em tal contexto, assumia papel nuclear a administração oficial da justiça pelo pretor romano peregrino, que assegurava meios processuais de satisfação dos interesses mercantis.

CASTRO também assim conclui, ponderando, contudo, que se é verdade que não existiu direito comercial em Roma, especializado, é possível distinguir institutos de caráter mercantil, diferenciados dos do direito civil clássico.⁸

Assim, a mais lógica explicação para a inexistência do direito comercial em Roma é baseada na desnecessidade da regulação específica da atuação do comerciante durante o período romano.

É certo que o fenômeno econômico não explica, de forma isolada, o surgimento do direito comercial. Os componentes social e político são marcantes. A constituição de uma civilização burguesa e cidadã, assim como, a influência da burguesia no destino político foram vitais para o surgimento do direito comercial.

Em Roma faltavam tais componentes. O comércio era conexo à propriedade fundiária. Os comerciantes não eram influentes politicamente e eram excluídos social e politicamente, inclusive, excluídos da magistratura.⁹

Contudo, não se pode desprezar o impacto do direito Romano sobre o exercício das atividades econômicas e, especialmente, sobre o direito comercial, a partir da sua influência sobre diversos institutos. Muitos deles não foram decorrentes apenas do gênio criativo do legislador, mas foram moldados pela prática negocial, ao longo dos tempos, preservando diversos aspectos do engenho jurídico das regulações jurídicas pretéritas.

A regulação jurídica da usura, especialmente a sua proibição, foi importante para a conformação do direito hodierno, tendo sido determinante na criação de um dos formatos societários que ainda hoje são bastante utilizados, a sociedade em conta de participação.

6 HUVELIN, Paul. *Étude d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929.

7 THALLER, E. *De la place du commerce dans l'histoire générale*, *Annales de Droit Commercial*, 1892.

8 CASTRO, Alfonso. *Derecho mercantil y derecho romano. Nuevas observaciones sobre um problema antiguo*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2001, p.796-818.

9 CF. GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria – storia del diritto commerciale*. Bologna, Il mulino, 1993.

4. DA RESTRIÇÃO À USURA NO DIREITO E NA IGREJA

A restrição à usura compõe o ambiente que tornava o exercício explícito da atividade comercial pouco atrativo e que levou à criação da sociedade em conta de participação. No medievo, a restrição à usura decorria tanto do direito romano como do direito canônico.

4.1. Restrição à usura no direito romano

Na Roma antiga a maior característica do contrato de mútuo era a sua gratuidade, ou seja, a obrigação de restituir exatamente aquilo que se recebera. Talvez tal característica tenha decorrido da conexão existente entre as noções de mútuo e de fungibilidade, prevista no direito romano. A propriedade das coisas, possíveis de serem aferidas por peso, número e medida, era transferida efetivamente ao mutuário, que deveria devolvê-las nas mesmas condições.¹⁰

Ainda no Código de Justiniano a conexão se fazia presente, como se percebe no Título 14, do Livro III, das Institutas, *Quibus Modis Re Contrahitur Obligatio*.

Apesar do contrato de mutuo ser gratuito, nada impedia que, por pacto adjeto, fosse instituída a cobrança de juros.¹¹

A taxa máxima para a usura permitida no Direito Romano variou ao longo dos tempos, tanto em razão das condições econômicas que cambiavam como em decorrência do incremento do comércio marítimo e do risco assumido por aqueles que o financiavam.

Na Lei das XII Tábuas era fixada restrição, na Tábua Terceira, que regulava os direitos de crédito:

“TÁBUA TERCEIRA

Dos direitos de crédito

Se o depositário, de má fé, praticar alguma falta com relação ao depósito, que seja condenado em dobro; 2. Se alguém colocar o seu dinheiro a juros superiores a um por cento ao ano, que seja condenado a devolver o quádruplo; 3. O estrangeiro jamais poderá adquirir bem algum por usucapião; 4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias; para pagar; 5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado; 6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor; 7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério; 8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida; 9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos

10 PINHEIRO, Ivan Nogueira. Juros e usura no direito brasileiro: uma reflexão sob a perspectiva tomista. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

11 L. A. SCAVONE JÚNIOR. Juros no direito brasileiro. São Paulo, RT, 2003.

pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.”¹²

No Código de Justiniano, a previsão era de fixação dos juros entre 4% e 8 % ao ano, dependendo das características pessoais do mutuário e da sua efetiva condição de pagamento (1.4, t. 32 “de usuris” e t. 33 “de náutico fenore”).¹³

Com a queda de Roma, a aparente marcha de flexibilização das restrições aos contratos de mútuo sob juros foi interrompida, principalmente pela forte interferência da Igreja.

4.2. Da restrição à usura pela Igreja

Nas escrituras muitos autores fundamentam a impossibilidade de exigência de cobrança de juros no contrato de mútuo. Duas passagens são bastante referenciadas, a Parábola dos Talentos, em Mateus 25, 13-30 e Lucas 6, 32-35, em que se predica, baseado na caridade, o dever de emprestar mesmo a quem não se espera receber.¹⁴

A primeira, na verdade, é usada com frequência para justificar a cobrança de juros, uma vez que é feita reprimenda ao que recebe talentos e não os faz multiplicar, impossibilitando o lucro ao patrão. Contudo, a defesa do argumento da restrição a usura se dá pelo claro sentido metafórico da passagem, que explora as responsabilidades dos que são aquinhoados por Deus na construção de uma nova realidade social.

A argumentação mais consistente decorre da citação de Lucas. O mútuo deve ser sempre realizado como decorrência da caridade cristã, entretanto, a cobrança de juros não poderia ocorrer, por configurar injustiça.

O mesmo argumento, a preservação da justiça, é utilizado para explicar a expressa permissão da cobrança de juros no Deuteronômio, 23,19, que faculta aos judeus cobrar juros de estrangeiros. Seria uma forma de reparação da injustiça a que foram submetidos os judeus, por não poderem usufruir da terra prometida. Argumento que é fortalecido pela proibição de cobrança de juros dos próprios irmãos.

A partir das interpretações das escrituras, criou-se uma longa tradição de restrição à usura, o que se expandiu por todos os países cristãos. A lei humana fundada na vontade divina criava restrições à usura. Assim ocorreu nas Ordenações Afonsinas, editadas em 1446, no Livro II, Título XCVI. A mesma regra foi prevista nas Ordenações Manuelinas, editadas em 1521, no Livro II, Título XIV.

Nas ordenações Filipinas, editadas em 1603, a matéria é regulada de forma mais abrangente, no Livro IV, em diversos títulos, especialmente no LXVII, em que se proíbe a usura, cuja prática é sancionada com a perda do principal e dos juros, caso já recebidos, além da obrigação de pagamento de tudo em dobro para a Coroa e de grado de dois anos para a África.

12 CF. VIEIRA, J.L. (Ed.) Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas – Código de Excerptos. Bauru, Edipro, 1984.

13 Codex, 1.4, t.32-33, in W. KROLL; P. KRUGER; T. MOMMSEN; R. SCHOLL (ed.). Corpus Iuris Civilis, Berlin, Weidmann, 1954.

14 PINHEIRO, Ivan Nogueira. Juros e usura no direito brasileiro: uma reflexão sob a perspectiva tomista. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Já o Alvará de 14 de fevereiro de 1609, proibia entregar-se direito à risco aos oficiais e marinheiros dos navios da Índia. A restrição foi ampliada pelo Alvará de 23 de agosto de 1623, para alcançar todos os tipos de oficiais e navios.

Percebe-se que a proibição causou fortes dificuldades para a ampliação dos negócios da navegação, que demandava grande aporte de recursos. Foi neste contexto que o contrato de comenda se consolidou como alternativa de financiamento das atividades de navegação.

Em razão da grande importância da atividade de navegação, por meio do Alvará de 11 de maio de 1655, a regra da proibição da usura foi flexibilizada, com a permissão do financiamento das atividades de navegação por meio do contrato de mútuo a juros, atendidas certas condições. Pelo Alvará de 16 de janeiro de 1757, foi fixada a taxa máxima de juros em 5% ao ano.

5. DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A origem remota da sociedade em conta de participação reside no contrato de comenda, resultado da prática comercial medieval italiana, sendo que, segundo GRANDI, o seu documento mais antigo é de fonte veneziana, datado de 976.¹⁵ Do aludido contrato, a princípio utilizado para o exercício da atividade comercial marítima, surgiram as sociedades em conta de participação e a sociedade em comandita simples.¹⁶

A fundamentação econômica para a criação da sociedade em conta de participação não suscita grandes debates doutrinários, como atesta LOPES: *‘As causas foram evidentemente a proibição da usura e o clima medieval que impedia a nobres e prelados o exercício do comércio.’*¹⁷

De fato a proibição à usura impedia o empréstimo de recursos a juros, fazendo com que os proprietários de bens procurassem empregar os seus capitais de forma dissimulada, por meio da sociedade em conta de participação.

No direito nacional, as sociedades em conta de participação foram instituídas por meio do Código Comercial de 1850, com nítida influência dos Códigos Comerciais Espanhol (1829) e Português (1833).

Atualmente, a regulação da sociedade em conta de participação é prevista no Código Civil de 2002.

A sociedade em conta de participação é sociedade empresária de pessoas, em que, salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais. A sua não personalização é consequência da sua peculiar maneira de funcionar. É regida pelos artigos 991 a 996 do Código Civil. Subsidiariamente são aplicadas as regras das sociedades simples.

É aquela onde existem duas espécies de sócios, o ostensivo, em nome do qual são feitos os negócios, e o sócio oculto, que não aparece perante terceiros. É possível ter mais de um sócio ostensivo e oculto.

15 GRANDI, Salvatore Giovanni. *L'associazione in partecipazione*. Milano: Vallardi, 1939.

16 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960.

17 LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, página 08.

A sociedade existe apenas entre os sócios e não possui personalidade jurídica, nome social, capital, sede ou estabelecimento, sendo todos os negócios operacionalizados pelo sócio, ou sócios, ostensivos, que os farão em seus nomes e por eles responderão pessoalmente perante terceiros.

Pode ser formada para realização de apenas um negócio ou para funcionamento perene.

É uma sociedade oculta, entretanto, não é instrumento de fraudes. É formato expressamente admitido por lei e sua constituição não depende das formalidades exigidas para as demais sociedades. A existência da sociedade pode ser provada por qualquer dos meios admitidos na Lei. Com o advento do Código Civil, facultou-se o arquivamento do contrato social na Junta Comercial. Caso assim ocorra, o contrato não será disponibilizado a terceiros. O contrato social opera efeitos apenas entre os sócios.

A responsabilidade dos sócios ostensivos para com terceiros é sempre ilimitada, já que realizam as operações sociais em seu próprio nome. Os sócios ocultos só se responsabilizam para com os sócios ostensivos, e não de forma ilimitada, mas apenas na forma do que previsto no contrato social. O sócio participante não pode participar das relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de com ele responder solidariamente nas operações em que intervier.

A contribuição dos sócios constitui patrimônio especial, devotado aos negócios sociais, com feitos apenas entre os sócios. A falência do sócio ostensivo implicará na dissolução da sociedade e liquidação da conta social, cujo saldo constituirá crédito quirografário. Falindo o sócio participante, será aplicado o previsto nos efeitos da falência em relação aos contratos bilaterais do falido.

6. CONCLUSÕES

É certo que em Roma não existiu direito comercial, autônomo, independente do direito comum, considerado como conjunto sistematizado de normas jurídicas. Mas não existiu pela absoluta desnecessidade, já que as demandas dos comerciantes eram atendidas por institutos de direito privado.

No medievo vigia uma mescla de direito canônico, direito romano redescoberto e costume bárbaros, incapaz de servir de regulação à dinâmica econômica que se desenhava a partir da consolidação de um novo modo de vida, de uma civilização urbana e burguesa. Tais fatores levaram à constituição do direito comercial.

É este espírito inovador e contestador que enseja a criação da sociedade em conta de participação. Trata-se de forma peculiar de sociedade, despersonalizada e que não se apresenta a terceiros. A melhor compreensão do aludido formato pressupõe a análise de sua historicidade, das motivações que levaram à sua criação.

Moldada na prática comercial medieval, a partir do contrato de comenda, a sociedade em conta de participação atendeu ao interesse de todos aqueles que pretendiam aplicar os seus capitais sem o risco de serem acusados de praticantes da usura, sendo este o fundamento de sua criação.

Percebe-se, assim, a influência do direito romano e do direito canônico na evolução do direito comercial, algumas vezes pela recepção e outras, como na hipótese em análise, pela rejeição de institutos neles previstos.

7. BIBLIOGRAFIA

- CASTRO, Alfonso. Derecho mercantil y derecho romano. Nuevas observaciones sobre um problema antiguo. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2001, p.796-818.
Codex, 1.4, t.32-33, in W. KROLL; P. KRUGER; T. MOMMSEN; R. SCHOLL (ed.). Corpus Iuris Civilis, Berlin, Weidmann, 1954.
- CORREA, Alexandre Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 65: 67-103, 1970.
- GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria – storia del diritto commerciale. Bologna, Il mulino, 1993.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- GOLDSCHMIDT, L. Storia universale Del diritto commerciale, trad. It. di V. Pouchaine e A. Scialoja, Torino, 1913.
- GRANDI, Salvatore Giovanni. *L'associazione in partecipazione*. Milano: Vallardi, 1939.
- HUVELIN, Paul. Étude d'histoire Du droit commercial romain, Paris, 1929.
- LOPES, Mauro Brandão. A sociedade em conta de participação. São Paulo: Saraiva, 1990.
- L. A. SCAVONE JÚNIOR. Juros no direito brasileiro. São Paulo, RT, 2003.
- PARDESSUS, Jean Marie. Lois Maritimes. Paris, 1847.
- MOREL, François, Les Juridictions commerciales au moyen age, Paris, 1897.
- PINHEIRO, Ivan Nogueira. Juros e usura no direito brasileiro: uma reflexão sob a perspectiva tomista. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- REHME, Paul. História universal Del derecho mercantil. Madrid, 1941.
- THALER, E. De la place du commerce dans l'histoire générale”, Annales de Droit Commercial”, 1892.
- VIEIRA, J.L. (Ed.) Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas – Código de Excertos. Bauru, Edipro, 1984.

