Doutrina & Atualidades

A "AFFECTIO SOCIETATIS" NO DIREITO ROMANO

GABRIEL JOSÉ BERNARDI COSTA

Resumo: A affectio societatis não só é tema frequente na literatura jurídica brasileira moderna, como é também recorrente em vários casos levados ao Judiciário Contudo, pouca atenção é conferida à análise histórico-jurídica do assunto. A expressão affectio societatis e sua ideia subjacente tiveram origem no Direito Romano, no qual os jurisconsultos romanos clássicos se viram frente à necessidade de traçarem um elemento particular ao contrato de sociedade, dando-lhe linhas claras e apartando-o de figuras assemelhadas. Neste trabalho analisa-se a affectio em suas origens, tal qual era compreendida pelos romanos. Para tanto, fez-se uso da exegese dos textos jurídicos romanos, procurando deles inferir o sentido clássico da ideia de affectio societatis. Consequentemente, o tema das interpolações foi enfrentado ao se explorar a bibliografia sobre a matéria. Ao fim, notou-se que a affectio societatis era um elemento usado na caracterização e, mais importante, na diferenciação do contrato romano, atuando como um adendo ao consenso, como uma intenção dirigida a constituir uma sociedade. Era uma noção não apenas diferente, mas também operada pelos romanos de maneira diferente daquilo que se costuma encontrar no ambiente jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Affectio societatis; Animus societatis; Communio; Contrato; Direito comercial; Direito Romano; Sociedade.

Abstract: The *affectio societatis* not only is a frequent theme in brazilian juridical literature, but is also recurrent in many cases taken to the Judiciary. However, little attention is

given to the legal and historical analysis of the matter. The term affectio societatis and its underlying idea had its origens in Roman Law, in which the roman classical jurists were faced with the need to outline a particular element for the partnership contract, giving it clear lines and separating it from similar figures. In this paper, the affectio is analysed in its origens, as it was comprehended by the romans. To do that, the roman legal texts were submitted to an exegesis. in order to infer the classical meaning of the idea of affectio societatis. Consequently, when exploring the biliography, the theme of interpolations was faced. At the end, it was noted that the affectio societatis was an element used in the characterization and, more importantly, in the differentiation of the roman partnership contract. It acted as an addendum to the consensus, as a driven intention to constitute a partnership. It was a notion not only different, but also operated differently from what it is commonly found in the brazilian juridical environment.

Keywords: Affectio societatis; Animus societatis; Commercial law; Communio; Contract; Partnership; Roman Law.

Os romanos não ofereceram nenhuma definição abstrata do contrato de sociedade, ou *societas*, mas das fontes se pode inferi-lo como aquele contrato consensual, sem efeitos perante terceiros, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigavam a pôr em comum bens ou trabalho para, juntas, perseguirem um fim lícito e repartirem entre si os resultados.

Ele era um contrato *iuris gentium*, e não *iuris civilis*, como sugeriram alguns autores;¹ ou seja, era aberto a todos os estrangeiros e romanos e destinado a ser um contrato de todos os povos, sobretudo daqueles habitantes da Bacia do Mediterrâneo que tivessem relações com Roma.²

- Gai. 3, 135: "Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis".
- Gai. 3, 136: "Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit".4
- 1. M. Bianchini (Studi sulla Societas, Milão, Giuffrè, 1967, pp. 1-118, sobretudo pp. 15-30), por exemplo, sugeriu a existência de um aliud genus societatis, de uma outra espécie societária, caracterizada como uma sociedade do ius civilis contraposta à sociedade do ius gentium. Essa sociedade seria constituída apenas entre os cidadãos romanos, que teriam que utilizar uma legis actio para concluírem o acordo e fornecerem efeitos reais ao contrato, a fim de formarem um condomínio de bens entre os sócios. Para a autora não haveria uma construção jurídica unitária sobre a societas, mas diferentes sociedades que se assemelhariam por certas características presentes em todas elas. A tese da autora italiana nunca chegou a receber muita aceitação e, como informa A. Guarino ("Societas consensu contracta", in A. Guarino, La Società in Diritto Romano, Nápoles, Jovene, 1988, pp. 47-48), a opinião da doutrina permaneceu praticamente unânime em considerar a existência apenas do contrato iuris gentium de sociedade. Contrapontos a cada argumento trazidos pela tese de M. Bianchini foram traçados por F. Bona em artigo específico ("Società universale e società questuaria generale in Diritto Romano", in Studia et Documenta Historiae Iuris, vol. 33, 1967, pp. 366-389).
- 2. C. Arnò, *Il Contrato di Società Corso di Diritto Romano Lezioni Raccolte dagli Studenti F. Palieri e G. Berto*, Turim, Giappichelli, 1938, pp. 2-3.
- 3. "As obrigações por consenso ocorrem nos casos de compra e venda, de locação e condução, de constituição de sociedades e mandatos."
- "Dizemos nestes casos que as obrigações são constituídas porque não é exigida nenhuma

Gaio é muito claro em posicionar a *societas* junto dos outros contratos consensuais, compra e venda, locação e mandato, compondo os quatro contratos desenvolvidos no *ius gentium*.⁵ A consequência dessa acomodação excluía toda exigência de declarações solenes para sua constituição, fosse pela emissão de determinadas palavras ou pela utilização de outros instrumentos formais, como também demonstram as *Instituições* de Justiniano, ⁶ I. 3, 22 pr. 1:

"Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire".

Afora reforçar a posição da *societas* dentre os contratos consensuais, o fragmento acima também explica brevemente as consequências da qualidade desses contratos, fazendo notar, também, sua oposição aos contratos reais. Diferentemente destes, os consensuais dispensariam a entrega de uma coisa para sua perfeição.⁸

especificidade verbal ou escrita, bastando para tal que estejam de acordo os indivíduos que fazem o negócio. Por esta razão, estes negócios podem fazer-se mesmo entre ausentes, recorrendo, por exemplo, à troca de cartas, ou aos serviços de um intermediário. Em outras situações, porém, uma obrigação verbal não pode ser constituída entre ausentes."

- 5. M. Talamanca, *La Società Corso di Lezioni di Diritto Romano*, Pádua, CEDAM, 2012. p. 55; V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1950, p. 28.
- 6. V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., pp. 63-64.
- 7. "As obrigações consensuais contraem-se nas compras e vendas, locações e conduções, sociedades e mandatos. Diz-se que a obrigação dessas espécies se contrai pelo consentimento, por não haver nenhuma necessidade de escritura nem da presença das partes, nem é preciso dar-se nada para a obrigação subsistir; mas basta os contratantes consentirem."
- 8. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., p. 64.

Menções aos traços consensuais da societas encontram-se, igualmente, fora das obras genéricas das *Instituições* de Gaio e Justiniano. No Título 17, 2 (*pro socio*), do *Digesto*, referente ao contrato de sociedade, podem ser apontadas outras alusões à consensualidade – Mod. 3 reg. D. 17, 2, 4 pr.: "Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est".9

O texto de Modestino serviu de base a algumas proposições, sobretudo no início do século passado, que sustentaram uma sociedade real, isto é, uma *societas re contracta* oposta à *societas consensu contracta*. ¹⁰ Tal conclusão teria sido atingida em virtude da aproximação da expressão *re coire societatem* com a expressão *re contrahitur obligatio*, encontrada em Gai. 3, 89-90, e relativa aos contratos reais. ¹¹

Ao contrário daquilo que o texto possa sugerir, ele não fundamentaria uma *societas re contracta*, ¹² mas estaria a indicar as várias

- 9. "Não há dúvida de que se pode constituir uma sociedade com uma coisa, com palavras ou por um mensageiro."
- 10. C. Arnò (Il Contrato di Società Corso di Diritto Romano Lezioni Raccolte dagli Studenti F. Palieri e G. Berto, cit., p. 45), por exemplo, sustentava a existência de um aliud genus diferente da societas consensual e do consortium ercto non cito, que, segundo ele, seria constituído não pelo consenso, mas re, com um elemento real em sua constituição. Semelhantemente, E. Szlechter (Le Contrat de Société en Babylonie, en Gréce et à Rome Étude de Droit Comparé de l'Antiquité, Paris, Sirey, 1947, pp. 260-263) também propôs a existência de uma sociedade de caráter real, na qual a contribuição de bens seria um elemento da própria existência da sociedade.
- 11. A. Poggi, Il Contratto di Società in Diritto Romano Classico, vol. 1, Turim, Tipografia Sociale Torinese, 1930, p. 64; V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., p. 58, e "Societas re contracta e communio incidens", in AA.VV., Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL Anno del suo Insegnamento, vol. 4, Palermo, Ultro et Ultra, 1936, p. 378.
- 12. A questão da societas re contracta está superada, sobretudo após os trabalhos de V. Arangio-Ruiz ("Societas re contracta e communio incidens", cit., in AA.VV., Studi in Onore di Salvatore

maneiras em que o consenso poderia ser atingido na ocasião da conclusão de uma sociedade. A palavra *verbis* não indicaria uma forma de obrigação verbal com palavras solenes, mas o modo mais simples de se concluir um contrato consensual, isto é, pela fala. Já, o *nuntius* indicaria o mensageiro, portador de declaração alheia, cuja menção é frequente nos textos acerca dos contratos consensuais. 4

Na mesma ordem de ideias, a palavra re não indicaria uma sociedade criada sem uma manifestação puramente consensual, mas aqueles atos chamados de facta concludentia, ou seja, uma forma de manifestação tácita de vontade dirigida a criar o consenso. Seria um modo de expressar o consenso, contrapondo-se a coire verbis e não à conclusão

Riccobono nel XL Anno del suo Insegnamento, vol. 4, pp. 357-395, e La Società in Diritto Romano, cit., p. 58), que demonstrou não ter existido tal sociedade, mas ter sido um fenômeno de communio incidens. Segundo o autor italiano, não seria aceitável que um contrato fosse classificado indiferentemente em várias categorias, sendo contraído ora re, ora consensu. Ademais, a descoberta dos novos fragmentos de Gaio sobre o consortium ercto non cito trouxe novos argumentos para se rejeitar a societas re contracta, haja vista que o aliud genus societatis, a que certos juristas teriam atribuído a característica de uma sociedade real, não seria mais que o consortium arcaico. A análise de V. Arangio-Ruiz foi posteriormente adotada pelo restante da romanística, que hoje rejeita qualquer existência de uma societas re contracta (cf.: A. Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford, Clarendon, 1964, p. 127; M. Fuenteseca, "La magna quaestio y otros problemas del contrato de sociedad romano", in Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela 7/38, 1998; A. Torrent, "Consortium ercto non cito", in Anuario de Historia del Derecho Español 34/489, 1964; M. Talamanca, "Società in generale (Diritto Romano)", in Enciclopedia del Diritto, vol. 42, 1991, p. 820, ns. 60 e 63; F. Bona, Studi sulla Società Consensuale in Diritto Romano, Milão, Giuffrè, 1973, pp. 13-14).

- 13. V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., p. 58.
- 14. Gai. 3, 136; Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 1, 1; Paul. 33 *ad ed.* D. 18, 1, 1, 2; e cf. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., p. 58.

por consenso propriamente dita.¹⁵ Assim, o breve texto de Modestino apresentaria mais uma confirmação da natureza consensual da *societas*.

Uma vez manifestado pelos contraentes, o consenso na sociedade era diferente se comparado aos outros contratos consensuais. Nela, o acordo não se conformava com o instantâneo encontro de polos, criando obrigações entre si. A *societas* exigia – em razão das reiteradas operações jurídico-econômicas a serem praticadas pelos sócios – a presença de uma vontade comum perene, cuja cessação levaria, inevitavelmente, ao término do contrato. 16

Gai. 3, 151: "Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseuerant; at cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur (...)".¹⁷

Dioc. e Max. C. 4, 37, 5 (de 294 d.C.):

"Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. Proinde si iam tibi pro socio nata est actio, eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis". 18

V. Arangio-Ruiz¹⁹ nota o erro que se pode cometer ao confundir – ou tomar como antagônicos – o *consensus perseverans*, acima mencionado, e o *consenso instantâneo*, que se manifesta nos outros contratos consensuais. A continuidade do consenso não rejeitava a existência de um momento único em que as várias declarações de vontade dos

- 15. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., pp. 58 e 64.
- 16. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., pp. 64-65.
- 17. "A sociedade mantém-se enquanto se mantiver o acordo entre os sócios. Quando algum deles renunciar à sociedade, a sociedade dissolve-se."
- 18. "A sociedade dura enquanto persevere integro o consentimento das partes. Por conseguinte, se já nasceu para ti a ação de sociedade, não se te proíbe que a exerça perante aquele a quem corresponde o conhecimento desse negócio."
- 19. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., pp. 65-66.

sócios se encontrariam para criar o contrato. Como se disse previamente, era precisamente a presença dessa característica que permitia a inclusão da *societas* dentre os contratos consensuais.

Sendo assim, o *consensus* entre as partes não deveria existir somente para a formação do contrato, mas deveria perpetuar-se enquanto se verificassem os efeitos jurídicos preestabelecidos no acordo. Por isso, talvez, que em matéria de sociedade raramente se usa o verbo *contrahere* para representar sua formação, mas *coire*. O termo é distinto, pois não expressa o simples acordo, mas procura reproduzir a ideia de uma vontade permanente, resultado de uma atividade de cooperação prolongada no tempo, típica da sociedade. ²²

Em aditamento a esses elementos, há quem adicione ao *consensus* outro para sublinhar a exigência de uma intenção particular aos sócios contraentes: a *affectio societatis*.²³ Essa expressão, junto a outras que lhe são equivalentes – como *animus contrahendae societatis*,²⁴ *tractatu habitus*²⁵ e *animus inierint societatis*²⁶ – pode ser encontrada nas fontes romanas indicando uma qualidade específica do consenso entre os sócios.

A preocupação romana de bem delinear o contrato de sociedade e separá-lo de outros

- 20. A. Guarino, "Societas consensu contracta", cit., in A. Guarino, *La Società in Diritto Romano*, p. 47.
- 21. Gai. 3, 148; Paul. 32 *ad ed*. D, 17, 2, 1 pr. 1; Paul. 32 *ad ed*. D, 17, 2, 3, 1; Mod. 3 *reg*. D. 17, 2, 4 pr.; Ulp. 31 *ad ed*. D. 17, 2, 5, 1; Pomp. 9 *ad Sab*. D. 17, 2, 6.
- 22. A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Nápoles, Jovene, 2001, p. 921, n. 80.1.5.
- 23. E. Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Sapienza, 1988, p. 523; V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., p. 66; F. Cancelli, "Società (Diritto Romano)", in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 17, 1970, p. 500.
 - 24. Ulp. 31 ad ed. D. 17, 2, 44.
 - 25. Ulp. 2 ad ed. D. 17, 2, 32.
 - 26. Pomp. 13 ad sab. D. 17, 2, 37.

arquétipos jurídico-associativos aparece, sobretudo, neste requisito – indicado pela expressão *affectio societatis* e similares –, destinado a apontar não só a existência da *societas*, como também a apartá-la de outras figuras semelhantes.²⁷

Todavia, o elemento da affectio societatis não é considerado unanimemente genuíno pelos autores. Vários textos mencionam elementos análogos em um agir específico e intencional destinado a constituir uma sociedade,²⁸ e muitos foram criticados como frutos de interpolações dos compiladores, que teriam inserido nos fragmentos clássicos expressões típicas do espírito justinianeu.²⁹

A crítica interpolacionista, principalmente da primeira metade do século XX, rejeita a separação do fenômeno volitivo em dois elementos, um referente à expressão (consensus) e o outro referente à intenção de constituir o ato (affectio). Os clássicos teriam sido capazes de conceber, na visão dessa corrente, somente aquele elemento expressamente manifestado pelo indivíduo, sendo-lhes irrelevante a intenção desejada pelo agente.³⁰

27. M. Bianchini, *Studi sulla Societas*, cit., p. 108.

28. Ulp. 30 ad Sab. D. 17, 2, 31; Ulp. 2 ad ed. D. 17, 2, 32; Ulp. 31 ad ed. D. 17, 2, 33; Gai. ad. Ed. prov. D. 10, 3, 2 pr.; Ulp. 31 ad ed. D. 17, 2, 44; Ulp. 31 ad ed. D. 17, 2, 52 pr.; Ulp. 31 ad ed. D. 17, 2, 52, 3; cf. G. Longo, Diritto Romano – Contratti Consensuali, Roma, Calzone, 1943, p. 146.

29. F. Pringsheim, "Animus in Roman Law", Law Quarterly Review 49/379-412, 1933; F. Schulz, Classical Roman Law, Aalen, Scientia, 1992, p. 549; A. Poggi, Il Contratto di Società in Diritto Romano Classico, cit., vol. 1, pp. 73-84; R. Ribeiro, "Aspectos da societas romana", Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo 101/632, São Paulo, 2006; A. Guarino, "Societas consensu contracta", cit., in A. Guarino, La Società in Diritto Romano, p. 52; F. A. Salvadore, "Affectio societatis", Rivista de Diritto Civile 3/686-687, 1911; A. D'Ors, Derecho Romano Privado, 10ª ed., Pamplona, EUNSA, 2004, p. 576, n. 3.

30. F. Pringsheim, "Animus in Roman Law", cit., Law Quarterly Review 49/46.

Segundo F. Pringsheim³¹ que expressamente se declara parte da escola interpolacionista, os justinianeus e os bizantinos teriam sido os primeiros a atribuírem importância à intenção em si mesma. Ele não nega que os clássicos possam ter desejado valorizar a intenção, mas conclui terem sido somente os bizantinos e justinianeus a atribuírem ao *animus* consequências jurídicas específicas, elevando-o a um patamar de supremacia, mesmo quando não fosse declarado.

Assim, para o autor, aos justinianeus não bastaria a simples atuação conjunta dos sócios; seria preciso a intervenção de um elemento adicional, o *animus* ou a *affectio societatis*, inexistente no Direito clássico.³²

Contudo, a noção de *affectio* aparece também em matéria de posse³³ e de casamento,³⁴ com o propósito de demonstrar um elemento intencional duradouro de certa pessoa voltado à manutenção da existência dessas figuras. Com isso em mente, V. Arangio-Ruiz³⁵ acredita ser precipitado afastar a qualidade clássica da *affectio societatis*.

Ulp. 30 ad Sab. D. 17, 2, 31: "Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri". 36

- 31. Idem, pp. 47-48.
- 32. Idem, p. 383.
- 33. Paul. 54 *ad ed*. D. 41, 2, 1, 3; Paul. 54 *ad ed*. D. 41, 2, 1, 21; e Paul. 54 *ad ed*. D. 41, 2, 3, 3.
 - 34. Triph. 9 disp. D. 23, 2, 67, 1.
- 35. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., p. 68.

36. "Para que haja a ação de sociedade, é preciso que haja sociedade; porque não basta que uma coisa seja comum, se não houver sociedade. Mas alguma coisa pode tornar-se comum também fora de sociedade, como, por exemplo, quando concorremos em comunhão sem *affectio societatis*, como sucede

Este é o fragmento primordial em tema de *affectio societatis* no Direito Romano, e, na realidade, apesar de existirem menções a termos análogos em outros fragmentos, este é o único texto a mencionar essa particular expressão.

Nele, Ulpiano explica que a actio pro socio só teria cabimento quando houvesse contrato de sociedade. A simples compropriedade não bastaria para se exigir a ação; seria preciso que o condomínio fosse o resultado de uma societas; pois teria sido possível que um condomínio fosse formado fora de um contrato de sociedade quando duas partes incidissem em comunhão sem a affectio societatis. Isso aconteceria nas coisas legadas a mais de uma pessoa, nas coisas compradas conjuntamente sem a intenção de ser sócio, nas heranças e doações comuns.

A defesa da interpolação da *affectio societatis* como elemento intencional dos sócios no fragmento acima não se sustentaria, uma vez que a remoção da expressão *non affectione societatis* atribuiria uma ambiguidade a todo o texto. Sem essa expressão a diferenciação entre o *agere communiter* e a *societas* seria operada somente pelo verbo *incidere*, que, segundo V. Arangio-Ruiz,³⁷ não conteria energia suficiente para demonstrar o elemento de vontades concordes que qualificava o contrato.

O romanista italiano não logra encontrar outro termo que pudesse ser usado para substituir a *affectio societatis*, pois, conforme elucida, a expressão foi precisamente adotada para identificar o acordo que poderia ser concluído não apenas com palavras ou escritos, mas também pelos *facta concludenti* aludidos por Modestino em 3 *reg*. D.

em coisa legada a dois, e também se uma coisa fosse comprada por dois simultaneamente, ou se nos correspondeu em comum uma herança, ou uma doação, ou se de duas pessoas compramos separadamente suas porções, não para sermos sócios."

37. V. Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., p. 68.

17, 2, 4 pr., além de indicar que esse mesmo acordo deveria ser contínuo, e não apenas momentâneo.³⁸

A formação de um condomínio de bens não era um elemento ubíquo ao contrato de *societas*; ela era uma parte importante do regime societário, mas não era essencial à sua existência.³⁹ Consequentemente, a constituição de uma sociedade não importava necessariamente a criação de uma compropriedade entre os sócios, e a constituição duma compropriedade tampouco

38. Idem, ibidem.

39. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 2ª ed., Paris, Plon, 1928, pp. 497-498. Em oposição a essa visão, S. Randazzo ("The nature of partnership in Roman Law", Australian Journal Legal History 9/127, 2005) insiste que a societas romana não era fundada na gerência da atividade pelos sócios, mas nos bens aportados, pois sua natureza só poderia ser compreendida a partir da relação dos sócios com o patrimônio comum. Semelhantemente, para E. Szlechter (Le Contrat de Société en Babylonie, en Gréce et à Rome – Étude de Droit Comparé de l'Antiquité, cit., pp. 278-281) a criação de uma comunhão de bens pelo aporte teria sido no período pré-clássico e início do clássico o elemento determinante do contrato de sociedade. Conforme o autor, apenas após o século II d.C. que a simples comunhão de bens deixaria de ser suficiente para a formação da sociedade, exigindo a intervenção do animus societatis. Por outro lado, a demonstrar a desnecessidade do substrato de compropriedade do contrato de societas está um fragmento de Paulo (Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17, 2, 71 pr.), que menciona dois professores que constituíram uma sociedade para o ensino de Gramática com o objetivo de que os ganhos recebidos com as aulas dadas fossem repartidos entre eles. O texto em si cuida de analisar a aposição de uma cláusula penal ao contrato, por meio de uma stipulatio; e a questão que surge é saber qual ação caberia caso um dos sócios houvesse descumprido com o pacto estipulado. No mais, o fragmento é um bom exemplo de uma sociedade onde não há aporte de bens, nem tampouco formação de um condomínio entre os sócios. A atividade exercida não requeria a contribuição de bens materiais - o que não implica, todavia, que o aporte social deixaria de ser exigido, pois os sócios ainda estavam vinculados a prestar sua opera e ensinar seus alunos (cf. D. Daube, "Slightly diferente", in IVRA: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico 12/81-116, 1962).

conduziria necessariamente à constituição de uma societas. Ambos os casos, contudo, assemelhavam-se, de modo que a sociedade deveria ser distinguida das outras convenções e dos outros acordos que, como ela, poderiam dar origem a situações de compropriedade. 40

O fator diferenciador das figuras poderia ser encontrado, como já acenado, precisamente no elemento intencional da *affectio* ou *animus*. A constituição da sociedade exige a presença, portanto, daquelas corretas e adequadas tratativas que elevem o *consensus* das partes a um plano mais alto, ao plano contratual; ou seja: a sociedade erige-se sobre a base do *consensus affectione societatis* ou *tractatus habito*.⁴¹

Ulp. 2 *ad ed.* D. 17, 2, 32: "Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur". ⁴²

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33: "Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur". 43

- 40. Del Chiaro, Le Contrat de Société en Droit Privé Romain – Sous la République et au Temps des Jurisconsultes Classiques, Paris, Sirey, 1928, pp. 149-151.
- 41. C. Arnò, *Il Contrato di Società Corso di Diritto Romano Lezioni Raccolte dagli Studenti F. Palieri e G. Berto*, cit., pp. 25-27. Teria sido o comportamento dos sócios um dos fatores hábeis a indicar a existência da *affectio societatis*, de modo que o término da cooperação entre os contratantes e do ânimo de manter a sociedade poderia representar a sua extinção (M. Bianchini, *Studi sulla Societas*, cit., p. 110), como quando cada sócio começasse a tratar de seus próprios negócios separadamente, atuando por si só (Calist. 1 *quaest*. D. 17, 2, 64).
- 42. "Porque quando com *tractatu habito* constituiu-se sociedade, tem-se a ação de sociedade, e quando sem *tractatu* entende-se que em comum foi-se gestor da mesma coisa e do negócio."
- 43. "Como na condução de coisas públicas e nas compras: porque os que não querem competir entre si costumam comprar em comum por meio de

Ulpiano diz que, caso se tivesse celebrado o contrato de sociedade com *tractatu habito*, caberia a ação de sociedade, senão as partes seriam consideradas como gestoras da mesma coisa ou negócio, como quando comprassem algo conjuntamente por meio de um mensageiro ou quando o pupilo agisse em conjunto a outra pessoa sem a autoridade de seu tutor. Nesses casos não existiriam obrigações sociais, as partes vincular-se-iam apenas no limite da gestão em comum.⁴⁴

Logo, a simples existência de um condomínio não bastava para a formação da sociedade, era preciso algo além. A *societas* seria individualizada pelo consenso qualificado com o elemento apto a representar o característico comportamento e a intenção que envolvia os membros de uma sociedade; consequentemente, a compra conjunta de uma coisa resultaria numa sociedade somente se os compradores apresentassem determinado comportamento que demonstrasse quererem atuar com devida vontade negocial. Isto é, se atuassem *affectione societatis*. 45

Gai. *ad. Ed. prov.* D. 10, 3, 2 pr.: "Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem

mensageiro, o que difere muito da sociedade. E por isso não se obriga o pupilo que havendo formado uma sociedade sem a autorização do tutor, mas se obriga por aquilo gerido em comum."

- 44. Apesar de defender a genuinidade dos fragmentos que mencionam o *animus contrahendae societatis* e a *affectio societatis* e termos análogos, G. Longo (*Diritto Romano Contratti Consensuali*, cit., p. 147) admite, parcialmente, alguma intervenção justinianeia nos textos clássicos, após o fragmento Ulp. 2 *ad ed.* D. 17, 2, 32, a fim de introduzir a noção de um elemento exterior destinado a demonstrar a existência de uma particular intenção das partes na contratação.
- 45. M. Bianchini, *Studi sulla Societas*, cit., p. 109; P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5ª ed., Milão, Vallardi, 1912, p. 461; Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, cit., 2ª ed., p. 495.

emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est". 46

Gaio diz que não fazia diferença que a propriedade de uma coisa fosse tida entre várias pessoas com ou sem sociedade, pois nos dois casos caberia uma *actio communi dividundo*. A coisa seria comum com sociedade, por exemplo, quando mais de um sujeito se juntasse para a compra de uma mesma coisa; e seria comum sem sociedade quando algo fosse legado por testamento.⁴⁷

46. "Nada importa que a coisa seja comum a alguns, com sociedade ou sem sociedade, porque em um e outro caso há lugar o juízo de divisão de coisa comum. A coisa é comum com sociedade, por exemplo, entre aqueles que juntamente compraram a mesma coisa; é comum sem sociedade, por exemplo, entre aqueles a quem em testamento foi legada uma mesma coisa."

47. O concurso de ações no Direito Romano pode ser um tópico confuso. Então, para melhor entendê-lo, é preciso ter em mente que o efeito mais importante da litiscontestatio era a consumação da ação, que se esgotava sem a possibilidade de repetição; essa regra era chamada de bis de eadem re ne sit actio, pela qual uma segunda tentativa de trazer a juízo o mesmo problema autorizaria o pretor a negar essa ação ou a permitir a oposição de uma exceptio para paralisar a atuação do autor (cf. A. D'Ors, Derecho Romano Privado, cit., 10^a ed., p. 159; e J. A. C. Thomas, "Concurrence of actions with actio pro socio", The Irish Jurist 7/151, 1972). Entre as ações não poderia haver coincidência de objeto (eadem res), de causa (eadem causa) e de pessoa (eadem personae); como quando, tomando por base os mesmos pressupostos de direito e de fato, o mesmo autor trazia contra o mesmo réu a exata fórmula que já fora intentada anteriormente (cf. V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., p. 158). A consumação operava especificamente nas ações pessoais de fórmula in ius concepta e sempre que se tratasse de um iudicium legitimum, ou seja, aquele juízo interposto entre cidadãos romanos, na cidade de Roma e presidido por um iudex uno (Gai. 4, 104; Paul. 1 ad ed. D. 50, 16, 2 pr.); nos outros tipos de ações o efeito terminante não operava ipso iure, o juiz do caso não poderia negar a ação repetida de plano; a dificuldade era resolvida ope exceptionis, ou seja, mediante uma exceção que obrigasse o juiz a verificar se era de fato um novo processo sobre a mesma causa, ou não. O efeito consumptivo da litiscontestatio pode ser explicado pela quebra da Diferentemente de Ulp. 30 ad Sab. D. 17, 2, 31, citado anteriormente, esse fragmento de Gaio apresenta a compra conjunta de um objeto da qual fazem parte mais de uma pessoa em sociedade. A diferença que existe entre os dois casos decorre de que o texto de Ulpiano apresenta uma compra em que faltava às partes a affectio societatis, isto

boa-fé que se exigia das partes quando qualquer uma delas propusesse a mesma ação mais de uma vez (Gai. 18 ad ed. prov. D. 50, 17, 56). Apesar de ter havido cumulação entre a actio pro socio com actio furti e condictio furtiva, assim como a actio ex lege Aquilia, o concurso de ações toma uma posição mais intrincada quando se tratava da actio communi dividundo, pois nesses casos os sócios se aproximavam por meio de uma relação jurídica de caráter dúplice: assim, eles se ligariam por um vínculo obrigacional e por um vínculo de natureza real. Vale lembrar que, por mais que a societas fosse, provavelmente, o motivo mais comum para a formação de condomínios, ela não era o único. O inverso também era verdade, visto que nem toda sociedade criava compropriedade entre os sócios (Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17, 2, 71 pr.), podendo haver contratos que funcionassem apenas no plano obrigacional e condomínios que existissem sem a presença de sociedade (cf.: V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., p. 197). Nesse sentido, a actio pro socio e a actio communi dividundo seriam, em essência, mais complementares que concorrentes (Ulp. 28 ad ed. D. 17, 2, 43; e Paul. 23 ad ed. D. 10, 3, 1). Por exemplo, se uma actio pro socio fosse utilizada para dividir o patrimônio comum, ela serviria para a identificação e a apreciação das demandas de cada sócio, permitindo que o iudex reconhecesse a existência e a extensão dos interesses dos sócios sobre as res communes. Reconhecida a extensão dos interesses, o *iudex* não poderia distribuir os bens, uma vez que a actio pro socio não permitiria a adjudicação das coisas; para isso ele precisaria da actio communi dividundo (cf.: J. A. C. Thomas, "Concurrence of actions with actio pro socio", cit., The Irish Jurist 7/158). Teriam existido, por outro lado, situações em que as ações coincidiriam, podendo ser indistintamente utilizadas para resolver o mesmo problema. Se um sócio danificasse a coisa comum da sociedade, ele seria responsável por indenizar seus sócios tanto pela ação de sociedade quanto pela communi dividundo. O mesmo decorria de gastos na manutenção da compropriedade; o sócio poderia requerer a indenização por qualquer ação (cf. F. Cancelli, "Società (Diritto Romano)", cit., in Novissimo Digesto Italiano, vol. 17, p. 515).

é, atuação dinâmica dos indivíduos dirigida a formar uma *societas*. 48

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44: "Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis". 49

Em outro fragmento, por exemplo, Ulpiano menciona que uma pessoa entregou pérolas a outra para vendê-las ao preço de 10, devendo transferir a quantia ganha ao proprietário das pérolas; entretanto, caso se conseguisse uma quantia superior a 10, poderia o encarregado de vendê-las tomar para si o excedente. Na hipótese de essa operação ter sido feita com *animus contrahendae societatis* haveria a disponibilidade de uma *actio pro socio*; caso contrário haveria uma *actio praescriptis verbis*.

Ressalvada a menção a esta ação – que é usada na compilação justinianeia na tutela dos contratos inominados⁵⁰ –, o restante do texto poderia ser considerado genuíno. Para G. Longo⁵¹ a expressão aqui presente bem como aquelas análogas não teriam um sentido equivalente ao consenso,⁵² mas um de conteúdo particular de qualificação desse consenso.

- 48. M. Bianchini, *Studi sulla Societas*, cit., p. 109.
- 49. "Se eu te tivesse dado pérolas para vender por 10, de modo que as tivesses vendido por 10, entregar-me-ás os 10 e, se por mais, ficarias com o excedente, parece-me que se isso tivesse sido feito com ânimo de celebrar sociedade há a ação de sociedade, e se não, uma actio prescriptis verbis."
- 50. V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., p. 69.
- 51. G. Longo, Diritto Romano Contratti Consensuali, cit., p. 145.
- 52. Para F. A. Salvadore ("Affectio societatis", cit., Rivista de Diritto Civile 3/685), em opinião compartilhada por A. Guarino ("Societas consensu contracta", cit., in A. Guarino, La Società in Diritto Romano, p. 52), a expressão affectio societatis e outras semelhantes, como animus, voluntas, mens, não teriam um valor específico, mas apenas a fun-

Considerando os textos acima, vê-se que a *affectio societatis* era um atributo particular ao contrato de sociedade romano, que operava como elemento adicional ao puro consenso, qualificando-o de modo a apartar a *societas* de estruturas assemelhadas ou constituídas por meios similares àqueles empregados na criação da sociedade. Em geral funcionava como o elemento apto a estabelecer esse contrato como uma relação dinâmica e contraposta à *communio*, cuja estrutura era estática.⁵³ Consequentemente,

ção de apontar a existência do negócio. Isto é, não remeteriam a um particular requisito da sociedade, mas somente ao consenso, à declaração de vontade que estaria presente em qualquer negócio. Contra essa posição, V. Arangio-Ruiz (*La Società in Diritto Romano*, cit., p. 69) nota que a *affectio societatis* não trazia consigo o mesmo conteúdo do simples acordo de declarações que fazia nascer o contrato, pois não seria a *affectio* que o constituiria, mas, sim, atuaria de modo a qualificar o consenso para torná-lo uma *societas*.

53. Apesar das críticas, são vários os autores a reconhecerem a genuinidade da affectio societatis como requisito necessário do contrato romano de societas; dentre eles podem ser mencionados: J. Arias Ramos, Derecho Romano – II – III – Fuentes de las Obligaciones - Familia - Sucesiones, 6ª ed., Madri, Revista de Derecho Privado, 1954. p. 666; P. Voci, La Dottrina Romana del Contrato, Milão, Giuffrè, 1946, pp. 207-229; B. Biondi, Istituzioni di Diritto Romano, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1972, p. 508; G. Longo, Diritto Romano – Contratti Consensuali, cit., pp. 145-147; V. Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, cit., pp. 66-70; E. Volterra, Istituzioni di Diritto Privato Romano, cit., p. 523; P. Girard, Manuel Élémentaire de Droit Romain, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. 575; E. Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, cit., 2ª ed., p. 495; J. C. Moreira Alves, Direito Romano, 6ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 173; F. Cancelli, "Società (Diritto Romano)", cit., in Novissimo Digesto Italiano, vol. 17, pp. 500-501; A. Guarneri Citati, "Conferimenti e quote sociali in Diritto Romano", Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano – "Vittorio Scialoja" 42/176, 1934, n. 5; C. Arnò, Il Contrato di Società - Corso di Diritto Romano - Lezioni Raccolte dagli Studenti F. Palieri e G. Berto, cit., pp. 20-32; D. Daube, "Societas as consensual contract", Cambridge Law Journal 6/395-398, 1936-1938; M. Talamanca, "Società in generale (Diritto Romano)", cit., in Enciclopedia del Diritto, vol. 42, p. 828; J. Paa atuação conjunta mediante acordo, porém sem *affectio*, não dava origem a uma sociedade, mas, como disse Ulpiano,⁵⁴ dava origem a uma figura que da sociedade *longe remotum est.*

Referências bibliográficas

- AA.VV. Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL Anno del suo Insegnamento. vol. 4. Palermo. Ultro et Ultra, 1936.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La Società in Diritto Romano*. Nápoles, Jovene, 1950.
- ARIAS RAMOS, José. Derecho Romano II III Fuentes de las Obligaciones Familia Sucesiones. 6ª ed. Madri, Revista de Derecho Privado, 1954.
- ARNÒ, Carlo. *Il Contrato di Società Corso di Diritto Romano Lezioni Raccolte dagli Studenti F. Palieri e G. Berto*. Turim, Giappichelli, 1938.
- BIANCHINI, Mariagrazia. *Studi sulla Societas*. Milão, Giuffrè, 1967.
- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4ª ed. Milão, Giuffrè, 1972.
- BONA, Ferdinando. "Società universale e società questuaria generale in Diritto Romano". In: *Studia et Documenta Historiae Iuris.* vol. 33. 1967 (pp. 366-389).
- ———. Studi sulla Società Consensuale in Diritto Romano. Milão, Giuffrè, 1973.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Roma*no. 5ª ed. Milão, Vallardi, 1912.
- CANCELLI, Filippo. "Società (Diritto Romano)". In: *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 17. 1970 (pp. 495-516).
- ricio, "El contrato de sociedad en Derecho Romano", in J. Paricio, *De la Justicia y del Derecho Escritos Misceláneos Romanísticos*, Madri, El Faro, 2002. p. 489; E. Szlechter, *Le Contrat de Société en Babylonie, en Gréce et à Rome Étude de Droit Comparé de l'Antiquité* cit., p. 278.
 - 54. Ulp. 31 ad

- CUQ, Édouard. Manuel des Institutions Juridiques des Romains. 2ª ed. Paris, Plon, 1928.
- D'ORS, Álvaro. *Derecho Romano Privado*. 10^a ed. Pamplona, EUNSA, 2004.
- DAUBE, David. "Slightly different". In: *IVRA: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 12/81-116. 1962.
- DEL CHIARO, Émile. Le Contrat de Société en Droit Privé Romain – Sous la République et au Temps des Jurisconsultes Classiques. Paris, Sirey, 1928.
- FUENTESECA, Margarita. "La magna quaestio y otros problemas del contrato de sociedad romano". In: Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela 7/35-65. 1998.
- GIRARD, Paul-Frédéric. Manuel Élémentaire de Droit Romain. 4ª ed. Paris, Arthur Rousseau, 1906.
- GUARINO, Antonio. *Diritto Privato Romano*. 12ª ed. Nápoles, Jovene, 2001.
- ————. *La Società in Diritto Romano*. Nápoles, Jovene, 1988.
- ———. "Societas consensu contracta". In: GUARINO, Antonio. La Società in Diritto Romano. Nápoles, Jovene, 1988 (pp. 1-120).
- GUARNERI CITATI, Andrea. "Conferimenti e quote sociali in Diritto Romano". *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano – "Vittorio Scialoja"* 42/166-194. 1934.
- LONGO, Giannetto. *Diritto Romano Contratti Consensuali*. Roma, Calzone, 1943.
- MOREIRAALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- PARICIO, Javier. De la Justicia y del Derecho Escritos Misceláneos Romanísticos. Madri, El Faro, 2002.
- ———. "El contrato de sociedad en Derecho Romano". In: PARICIO, Javier. De la Justicia y del Derecho – Escritos Misceláneos Romanísticos. Madri, El Faro, 2002 (pp. 477-504).
- POGGI, Agostino. Il Contratto di Società in Diritto Romano Classico. vol. 1. Turim, Tipografia Sociale Torinese, 1930.
- PRINGSHEIM, Fritz. "Animus in Roman Law". Law Quarterly Review 49/43-60 e 379-412. 1933.

- RANDAZZO, Salvo. "The nature of partnership in Roman Law". *Australian Journal Legal History* 9/119-129. 2005.
- RIBEIRO, Renato. "Aspectos da societas romana". Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo 101/627-649. São Paulo, 2006.
- SALVADORE, Francesco Salvatore. "Affectio societatis". *Rivista de Diritto Civile* 3/681-698, 1911.
- SCHULZ, Fritz. Classical Roman Law. Aalen, Scientia, 1992.
- SZLECHTER, Émile. Le Contrat de Société en Babylonie, en Gréce et à Rome – Étude de Droit Comparé de l'Antiquité. Paris, Sirey, 1947.
- TALAMANCA, Mario. *La Società Corso di Lezioni di Diritto Romano*. Pádua, CEDAM, 2012.

- ———. "Società in generale (Diritto Romano)". In: *Enciclopedia del Diritto*. vol. 42. 1991 (pp. 814-860).
- THOMAS, Joseph A. C. "Concurrence of actions with *actio pro socio*". *The Irish Jurist* 7/151-160. 1972.
- TORRENT, Armando. "Consortium ercto non cito". *Anuario de Historia del Derecho Español* 34/479-502. 1964.
- VOCI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contrato*. Milão, Giuffrè, 1946.
- VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma, Sapienza, 1988.
- WATSON, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford, Clarendon. 1964.