



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 184-185, ago. 2022/jul. 2023

RDM 184/185

Doutrina e Atualidades:

- 1 - A doutrina geral dos títulos de crédito: prolegómenos (José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes)
- 2 - O controle jurisdicional de smart contracts no ordenamento jurídico brasileiro (Lais Torrente Lopes)
- 3 - O Drex e os Custos de Transação (José Henrique Granjo Matos, Pedro Henrique da Silva Nishioka, Renato de Souza Lago, Beatriz Nakazato Mendonça)
- 4 - Quem mexeu nos nossos consumidores? Estudo empírico da argumentação do Cade na consideração dos consumidores em análises de atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência (Cynthia Maria Santos Bezerra)
- 5 - Ainda sobre a "affectio societatis" no direito romano (Gabriel José Bernardi Costa)
- 6 - Aspectos legais e contratuais da representação empresarial (Marina Machado Schmitt)
- 7 - O processo legislativo e a identificação dos Transplantes Jurídicos: uma proposta de análise da elaboração legislativa da Lei Geral de Proteção de Dados (Matheus Chebli de Abreu)
- 8 - A Responsabilidade no âmbito dos grupos societários no Direito Brasileiro (Carlos Joaquim de Oliveira Franco, Luisa Doria de Oliveira Franco)
- 9 - A Eficácia da Análise e Concessão de Crédito pelo Banco do Brasil sob a Ótica da Governança Socioambiental (Isabella Petrof)
- 10 - A anuência prévia da ANVISA nos pedidos de patentes: Tentativa de uma análise empírica da sua aplicação no Brasil (Fabiana Pereira Velloso, Allan Fuezi de Moura Barbosa, João Pedro Valentim Bastos)

ISBN 978-65-6006-089-0



9 786560 060890 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil


EXPERT
EDITORIA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro
184/185

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXI (Nova Série)
Agosto 2022/Julho 2023

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXI – ns. 184/185 – ago. 2022/jul. 2023

FUNDADORES:

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteado

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Sheila Christina Neder Cerezetti

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Vinícius Marques De Carvalho

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva

Daniel Fermann

Heloisa de Sena Muniz Campos

Lara Aboud

Larissa Fonseca Maciel

Luma Luz

Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa

Mateus Rodrigues Batista

Rafaela Vidal Codogno

Virgílio Maffini Gomes

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Allan Fuezi de Moura Barbosa, Beatriz Nakazato Mendonça, Carlos Joaquim de Oliveira Franco, Cynthia Maria Santos Bezerra, Fabiana Pereira Velloso, Gabriel José Bernardi Costa, Isabella Petrof, João Pedro Valentim Bastos, José Augusto Quelhas Lima Engracia Antunes, José Henrique Granjo Matos, Laís Torrente Lopes, Luisa Doria de Oliveira Franco, Marina Machado Schmitt, Matheus Chebli de Abreu, Pedro Henrique da Silva Nishioka, Renato de Souza Lago

ISBN: 978-65-6006-089-0

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

AUTORES

José Augusto Quelhas Lima Engracia Antunes (Portugal)

Nascido em 1961. Mestre em Direito pela UCP (1989). Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (1992). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do IUE (Florença, 1988), bolseiro do Instituto Nacional de Investigação Científica (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante de diversas universidades estrangeiras (Bona em 1988, Tóquio em 1989, Londres em 1992, Connecticut em 1999, Fontainebleau em 2002, Madrid em 2003, Frankfurt em 2008, Luxemburgo em 2011, Viena em 2015, Harvard em 2023, etc.). Membro da “Sociedade Científica da Universidade Católica” (Lisboa, desde 2000), do “European Company Law Group” (Aartus, desde 2007), do “European Banking Institute” (Frankfurt, desde 2016), colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011), etc. Autor de duas centenas de monografias e estudos, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, holandesas e norte-americanas.

Laís Torrente Lopes

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com um ano cursado na Università Cattolica del Sacro Cuore em Milão, Itália. Advogada.

José Henrique Granjo Matos

Estudante do 5º ano de graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, estagiário na área de Direito Comercial e Arbitragem.

Pedro Henrique da Silva Nishioka

Estudante do 4º ano de graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, estagiário na área de Direito Tributário.

Renato de Souza Lago

Estudante do 5º ano de graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, estagiário na área de Direito Comercial e Arbitragem.

Beatriz Nakazato Mendonça

Estudante do 4º ano de graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, estagiária na área de Direito Comercial e Arbitragem.

Cynthia Maria Santos Bezerra

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo - SP. Chefe de Projeto I no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Alumni no centro de pesquisa “Grupo Direito e Pobreza”, sendo, respectivamente, coordenadora de graduação e pesquisadora nas pesquisas “Research Report on Access to Covid-19 Vaccines”, em 2021, e “A inconstitucionalidade do artigo 40, parágrafo único, da lei de propriedade industrial sob uma perspectiva comparada”, em 2020.

Gabriel José Bernardi Costa

Doutorando em Direito Civil pela Università degli Studi di Sassari (Itália), Mestre em Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogado.

Marina Machado Schmitt

Mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduada em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Societário e Empresarial pela faculdade CESUSC. Advogada em direito societário, M&A e Venture Capital.

Matheus Chebli de Abreu

Advogado inscrito na OAB/SP, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) e Pesquisador no programa “IBDT Jovem” do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Foi pesquisador no programa de Iniciação Científica do Departamento de Direito Comercial da FD-USP. É autor de artigos e capítulos de livros nas áreas de Direito Empresarial, Direito Tributário, Direito Constitucional e Processo Civil. Endereço para correspondência: matheuscabreu@alumni.usp.br

Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado fundador do Escritório C.J.O. Franco Advogados Associados, em Curitiba/Paraná.

Luisa Doria de Oliveira Franco

Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), em Câmara Especializada em Dissolução de Sociedades e Direito Falimentar. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), tendo recebido o prêmio “Teixeira de Freitas”, de mérito acadêmico. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR.

Isabella Petrof

Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Sua produção acadêmica concentra-se nos temas de sustentabilidade, estatais e Agenda ESG

Fabiana Pereira Velloso

Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional na Sciences Po Paris. Chefe de Assessoria no Gabinete do Conselheiro Victor Fernandes

no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).
Endereço para correspondência: fabiana.velloso@usp.br.

Allan Fuezi de Moura Barbosa

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Secretário-Geral da Associação Norte-Nordeste de Direito Econômico. Presidente da Comissão Especial de Direito da Concorrência da OAB/BA. Advogado. Administrador. Endereço: allanfuezi@usp.br.

João Pedro Valentim Bastos

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogado de Propriedade Intelectual no Reis, Souza, Takeishi & Arsuffi Advocacia Empresarial. Endereço para correspondência: vbastosjp@gmail.com.

SUMÁRIO

A doutrina geral dos títulos de crédito- Prolegómenos –	15
<i>José Engrácia Antunes (Portugal)</i>	
O controle jurisdicional de <i>smart contracts</i> no ordenamento jurídico brasileiro	69
<i>Laís Torrente Lopes</i>	
O drex e os custos de transação	101
<i>José Henrique Granjo Matos, Pedro Henrique da Silva Nishioka, Renato de Souza Lago, Beatriz Nakazato Mendonça</i>	
Quem mexeu nos nossos consumidores? Estudo empírico da argumentação do CADE na consideração dos consumidores em análises de atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência.....	141
<i>Cynthia Maria Santos Bezerra</i>	
Ainda sobre a “ <i>affectio societatis</i> ” no direito romano	203
<i>Gabriel José Bernardi Costa</i>	
Aspectos legais e contratuais da representação comercial	245
<i>Marina Machado Schmitt</i>	
O processo legislativo e a identificação dos transplantes jurídicos: uma proposta de análise da elaboração legislativa da Lei Geral de Proteção de Dados	291
<i>Matheus Chebli de Abreu</i>	
A responsabilidade no âmbito dos grupos societários no direito brasileiro	371
<i>Carlos Joaquim de Oliveira Franco, Luisa Doria de Oliveira Franco</i>	

A eficácia da análise e concessão de crédito pelo Banco do Brasil sob a
ótica da governança socioambiental401

Isabella Petrof Miguel

A anuência prévia da Anvisa nos pedidos de patentes: Tentativa de
uma análise empírica da sua aplicação no Brasil.....467

Fabiana Pereira Velloso, Allan Fuezi de Moura Barbosa, João Pedro Valentim Bastos

AINDA SOBRE A “AFFECTIO SOCIETATIS” NO DIREITO ROMANO

YET AGAIN, THE “AFFECTIO SOCIETATIS” IN ROMAN LAW

Gabriel José Bernardi Costa (Università degli Studi di Sassari, Itália)

Resumo: O trabalho pretende esclarecer que a expressão “*affectio societatis*” não indica nenhum vínculo psicológico, afetivo ou emocional entre as partes e um contrato de sociedade, mas um elemento específico e dirigido a qualificar o consenso das partes, com o propósito de se constituir um contrato de sociedade. O estudo assenta-se em uma análise etimológica do termo “*affectio*” e seus correlatos na linguagem em geral e na linguagem jurídica, bem como uma apresentação da consensualidade do contrato de sociedade no direito romano, a fim de efetuar uma exegese das fontes romanas e esclarecer o papel da “*affectio societatis*” nas fontes jurídicas.

Palavras-chave: *affectio societatis*; animus; contrato; contrato de sociedade; direito romano; consenso; intenção.

Abstract: This work aims to clarify that the expression “*affectio societatis*” does not indicate any psychological or emotional bond between the parties and a company contract (partnership contract), but a specific element aimed at qualifying the consensus of the parties, with the purpose of constituting a company contract. The study is based on an etymological analysis of the term “*affectio*” and its correlates, as well as a presentation of the consensual nature of the partnership contract in Roman law, in order to carry out an exegesis of roman sources and clarify the role of “*affectio societatis*” in legal sources.

Keywords: *affectio societatis*; animus; contract; partnership; roman law; consensus; purpose.

Sumário: Introdução; 2. O sentido e etimologia de “*affectio*” em geral; 3. A sociedade como contrato consensual; 4. O sentido de “*affectio societatis*” no contexto jurídico; Conclusões; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No direito romano clássico, estabelecer se determinada situação era ou não permeada por um contrato de sociedade (“*societas*”) era extremamente relevante não só do ponto de vista jurídico, mas também do prático⁴²⁰. Sua existência permitiria o exercício da “*actio pro socio*” na tutela da relação entre as partes⁴²¹, cujas particularidades envolviam a limitação da responsabilidade do sócio conforme suas capacidades patrimoniais (“*beneficium competencie*”) ⁴²², a sujeição do condenado à infâmia⁴²³ e, principalmente, o fato de se tratar de uma “*actio generalis*” que permitia a compensação dos débitos e créditos entre as partes⁴²⁴.

Como a “*societas*” era um contrato no qual duas ou mais pessoas associavam-se para juntas atuarem na realização de um fim lícito comum, dividindo-se os resultados obtidos entre si, era frequente a constituição de um patrimônio comum destinado à viabilização do escopo social⁴²⁵.

420 Sobre o tema, cf. também: COSTA, Gabriel. A ‘*affectio societatis*’ no direito romano. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 170-171, 2015-2016, pp. 140-150.

421 Sobre a “*actio pro socio*” e suas características, cf. ARNÒ, Carlo. *Corso di diritto romano: Il contratto di società* – Lezione raccolte dagli studenti F. Palieri e G. Berto. Torino: Giappichelli, 1938, pp. 299-323; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1965, pp. 174-175 e 183-188; GUARINO, Antonio. ‘*Societas consensu contracta*’. In: ID. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1988, p. 77; ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 460.

422 Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 93 pr.-7.

423 Jul. 1 *ad ed.* D. 3, 2, 1.

424 Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 38 pr.

425 A título de exemplo, confira-se os seguintes fragmentos do título “*pro socio*” do Digesto em que a existência do aporte e constituição de um patrimônio compartilhado

Esse patrimônio normalmente tomava a forma de um condomínio sobre os bens conferidos pelos sócios, isto é, de uma “*communio*”. Daí ter se tornado um elemento, cuja presença – muitas vezes – indicava a existência de um contrato de sociedade entre os sócios. Um indício reforçado inclusive pela origem etimológica do termo “*communio*”, criado da união do prefixo “*cum-*” com a palavra “*munis*”, indicando a repartição de um encargo ou dever entre mais de uma pessoa⁴²⁶ e a existência de um vínculo de deveres recíprocos, tal como na “*societas*”⁴²⁷.

No entanto, a relação entre “*communio*” e “*societas*”, que poderia ser benéfica às partes, causava dificuldade em certos casos, como naqueles em que as fronteiras entre as duas figuras eram turvas⁴²⁸.

Diante da opacidade dessa discriminação, em Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, o jurisconsulto Ulpiano procura enfrentar o cabimento de uma “*actio pro socio*”, traçando uma separação entre as ideias de “*societas*” e “*communio*”. Para tanto, ele lança mão de um elemento chamado de “*affectio societatis*”.

indicava a existência do contrato de sociedade e a aplicação ou não aplicação das regras da “*societas*”: Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 3 pr.; Ulp. 31 *ad Ed.* D. 17, 2, 52, 3; Ulp. 3 *ad Sab.* D. 17, 2, 52, 4; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 53; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 55; Ulp. 31 *ad Ed.* D. 17, 2, 58 pr.; Ulp. 31 *ad Ed.* D. 17, 2, 58, 1; Pomp. 13 *ad Sab.* D. 17, 2, 60, 1; Paul. 32 *ad Ed.* D. 17, 2, 67, 1;

426 ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire étymologique de la langue latine: Histoire des mots*. 4^a ed. Paris: Klincksieck, 2001, p. 421 e SEGURA MUNGUÍA, Santiago. *Lexicón (incompleto) etimológico y semântico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas*. Bilbao: Universidad de Deustro, 2014, p. 413.

427 D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 10^a ed. Pamplona: Eunsa, 2004, p. 183.

428 Como observa BABUSIAUX, Ulrike (cf. Zum Konsenserfordenis bei der societas - methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem, in WEBER, Rolf. et al., *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich: Schulthess 2017, p. 775), as partes poderiam optar por reafirmar o vínculo societário mediante a contribuição de bens para a copropriedade, ou poderiam escolher por fortalecer um vínculo existente inicialmente por meio de uma coisa comum (“*communio*”) por meio de uma relação societária. Além disso, haja vista a possível cumulação de ações a favor da parte, a partir do fundamento do vínculo societário ou da situação de direito real.

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse commune, 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 empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31: Para que haja uma “*actio pro socio*”, é necessário que exista uma sociedade: certamente não é suficiente que haja uma coisa em comum, exceto se houver uma sociedade. Por outro lado, uma coisa em comum também pode existir sem sociedade, como quando sem “*affectio societatis*” incidimos <por acaso> em copropriedade, como quando uma coisa é legada a duas pessoas, igualmente se duas pessoas juntamente compraram uma coisa, ou então se nos toca uma herança ou doação em comunhão, ou então se separadamente compramos de dois <individuos> suas quotas, <para> não <sermos> sócios futuros.

Ulpiano esclarece que uma pessoa só poderia se valer da ação de sociedade (“*actio pro socio*”), quando um contrato de sociedade intermediasse a relação entre as partes litigantes (“*Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet*”). O jurisconsulto esclarece, porém, que a atuação conjunta ou a presença da coisa em comum era insuficiente para que existisse um contrato de “*societas*” entre as partes.

Seria plenamente possível que as partes pudessem compartilhar a titularidade de uma coisa comum, sem estarem obrigadas por um vínculo societário. E isso ocorreria, diz Ulpiano, quando duas ou mais pessoas se tornassem comproprietárias de uma coisa sem “*affectio societatis*” (“*cum non affectione societatis incidimus in communionem*”); por exemplo, na hipótese de juntas, receberem algo por herança ou doação; ou quando comprassem alguma coisa em conjunto.

Isto é, ao dizer que “*nec enim sufficit rem esse commune, nisi societas intercedit*”, ele parece indicar que a presença de uma coisa em comum seria insuficiente para a concessão de uma “*actio pro socio*” e tampouco para a existência do contrato de sociedade, deixando claro que “*communio*” e “*societas*” eram conceitos diversos.

Poderia haver “*communio*” com “*societas*”, como poderia haver uma sem a outra. Por sinal, em Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 17, 2, 71, o

jurisconsulto Paulo noticia uma sociedade celebrada entre dois professores de gramática sem qualquer aporte de bens materiais ou formação de condomínio entre os sócios. Os sócios deveriam contribuir apenas a sua “*opera*”⁴²⁹ e, eventualmente, repartir entre si os honorários obtidos com as aulas lecionadas.

O fragmento de Ulpiano, assim, é um bom exemplo de como o patrimônio (e a “*communio*”) era uma parte importante do regime societário, mas nem por isso era imprescindível⁴³⁰. O cerne dessa constatação parece repousar na noção ulpianeia de “*affectio societatis*”, pois sua presença parece ser o elemento que transformaria em sociedade a mera copropriedade ou a irrefletida atuação conjunta. Ulpiano, porém, não define o significado da expressão, que – à primeira vista – pode ser enganosa ao intérprete contemporâneo, pois, não necessariamente, tem o mesmo significado dos modernos cognatos “*afeição*”, “*afección*”, “*affection*”, “*affezione*”, dentre outros⁴³¹.

A definição da expressão “*affectio societatis*”, portanto, pressupõe uma investigação sobre o significado clássico que os romanos atribuíam ao termo “*affectio*”, tanto no campo dos discursos não-técnicos, quanto no campo jurídico e, em específico, no contexto do contrato de sociedade.

1. O SENTIDO E ETIMOLOGIA DE “*AFFECTIO*” EM GERAL

Em latim, a palavra “*affectio*” é um substantivo feminino, construído a partir do verbo “*afficere*”⁴³², o qual tem sua origem

429 A expressão “*opera*” tem um significado normalmente genérico, aludindo a qualquer forma de atividade laboral do indivíduo; cf. PARICIO, Javier. *El contrato de sociedad en derecho romano* In: ID. *De la Justicia y del Derecho: Escritos misceláneos romanísticos*. Madrid: El Faro, 2002, pp. 489-490.

430 CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2ª ed. Paris: Plon, 1928, pp. 497-498.

431 NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995, p. 10.

432 SARAIVA, Francisco. *Novíssimo dicionário latino-português*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2006, p. 44.

etimológica na união entre o verbo “*facere*” e a preposição “*ad*”⁴³³. Na composição, o “*d*” final da preposição assimila-se, sempre que possível, à consoante que inicia a palavra seguinte, daí os termos “*adficere*” e “*adfectio*” serem grafados como “*afficere*” e “*affectio*”⁴³⁴.

Segundo A. ERNOUT e A. MEILLET⁴³⁵, o termo “*affectio*”, bem como o correlato “*affectus*”⁴³⁶, não teriam um sentido diferente daquele originalmente apresentado pelo verbo “*afficere*” e parecem ter sido usados para traduzir o grego “*διάθεσις*” (“*diatesis*”)⁴³⁷. Esses termos, porém, teriam paulatinamente sofrido um processo de especialização semântica, de modo que a palavra “*affectus*” teria se aproximado do significado de “*πάθος*” (“*pathos*”)⁴³⁸, enquanto “*affectio*” teria se acercado de “*στοργή*” (“*storge*”)⁴³⁹.

433 ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. Op. cit. p. 211; WALDE, Alois; HOFMANN, Johannes. *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*. v. 1. 3ª ed. Heidelberg: Carl Winters, 1938, p. 443; SEGURA MUNGUÍA, Santiago. Op. cit. p. 181; VALPY, Francis Edward. *An etymological dictionary of the latin language*. London: A. J. Valpy, 1828, p. 11; VANICEK, Alois. *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*. Leipzig: G. B. Teubner, 1874, p. 76; DE VAAN, Michiel. *Etymological dictionary of latin and other italic languages*. Leiden: Brill, 2008, pp. 198-199.

434 O mesmo fenômeno de composição da preposição “*ad*”, enquanto prefixo, pode também ser encontrado nas palavras “*accedo*”, “*attendo*”, “*apporto*”, “*alligo*”, “*affero*”, dentre outras; cf. MENDES DE ALMEIDA, Napoleão. *Gramática latina: Curso único e completo*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 324.

435 Op. cit., p. 211.

436 Na antiguidade clássica, “*affectio*” e “*affectus*” frequentemente justapunham-se em sentido, podendo-se serem tratados como sinônimos. Teria sido durante os períodos medieval e moderno que os vocábulos se apartariam, para cada um assumir sentidos diversos (cf. HASKELL, Yasmin. But were they talking about emotions? *Affectus, affectio and the history of emotions*. In: *Rivista Storica Italiana* v. 128, 2016, p. 524).

437 O vocábulo “*διάθεσις*” (“*diatesis*”) indica um significado próximo a disposição, ordem, arranjo, apetite, humor; cf. H. G. LIDDEL; R. SCOTT, *A greek-english lexicon*. 9. ed. rev. atual por H. S. JONES; R. MCKENZIE. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 394 e D. MALHADAS; M. C. DEZOTTI; M. H. M. NEVES (coord.). *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2006, v. 1, p. 216.

438 O termo “*πάθος*” (“*pathos*”) indica um significado próximo daquilo que se experimenta ou se suporta, daí a noção de experimento ou experiência, acontecimento, mas também de infortúnio, calamidade, dano ou doença; cf. LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert, Op. cit., p. 1285-1286 e D. MALHADAS; M. C. DEZOTTI; M. H. M. NEVES (coord.). *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2009, v. 4, p. 2.

439 O termo “*στοργή*” (“*storge*”), por outro lado, indica um sentido mais próximo a ternura, afeição paternal ou filial, cf. LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert, Op. cit.,

Talvez seja por isso que os modernos “afeição” e “afeto” sejam atualmente empregados para indicar, sobretudo, aquele sentimento amoroso ou de sincero apego por alguém, como a ternura, amizade e a simpatia⁴⁴⁰. Esse, porém, não era o significado predominante no discurso latino clássico.

Note-se que a preposição “*ad*” designa uma ideia de aproximação, de um direcionamento quase sempre com sentido de movimento, podendo referir-se tanto ao espaço quanto ao tempo. E quando é empregada como prefixo – tal como ocorre no caso em questão –, indica a ideia de aproximação ou direcionamento a algo ou a algum lugar⁴⁴¹.

Conseqüentemente, o verbo “*afficere*” assume um significado – sem qualquer carga valorativa específica⁴⁴² – de uma ação pela qual se põe algo conforme uma certa disposição física ou moral, de fazer uma impressão no ânimo ou no corpo, de comover ou causar impressão⁴⁴³. Nesse sentido, Festo⁴⁴⁴ é bastante elucidativo ao definir o frequentativo “*adfectare*” como “*pronus animus ad faciendum habere*”, isto é, como ter o ânimo propenso para fazer algo.

E, assim, o substantivo “*affectio*” (e seu cognato “*affectus*”) poderia indicar essa disposição em relação a algo, causada em uma

p. 1650 e D. MALHADAS; M. C. DEZOTTI; M. H. M. NEVES (coord.). *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2010, v. 5, p. 36.

440 HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pp. 100 e 102

441 SALLES MONIZ, Fábio. *Dicionário de latim-português*. 2ª ed. Porto: Porto Editora, 2001, p. 23.

442 Sobre a ausência de carga valorativa nos termos, cf. ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. Op. cit. p. 211. Quanto ao discurso jurídico, porém, D. CLOUD (The stoic πάθος, affectus and the roman jurists. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. v. 123, 2016, pp. 36-37 e n. 49) ressalta que, apesar de serem sinônimos, o termo “*affectus*” carregava uma conotação um pouco mais pejorativa em relação a “*affectio*”, daí aquele termo ser mais frequentemente empregado para qualificar a conduta do agente no cometimento de delitos, enquanto este outro termo seria mais comumente usado em situações valorativamente neutras, como os contratos ou a posse.

443 SARAIVA, Francisco. Op. cit., p. 47.

444 *De verborum significatu*, v. *adfectare*. Cf. RUY, Maria Lucia. *De verborum significatu*: Análise e tradução. 2012. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Vol. 1, 2012, pp. 40-41.

pessoa por alguma influência externa, bem como essa mudança de estado ou condição do corpo ou mente; ou mesmo, em alguns casos, a já indicada ideia de amor, ternura ou amizade⁴⁴⁵.

Porém, nenhuma definição unitária poderia descrever *a priori* o sentido de termos tão polivalentes como “ *affectio*” e “ *affectus*”. Seria preciso analisá-los em seus respectivos contextos, a fim de identificar qual o específico sentido empregado naquele determinado texto. Em “ *de Medicina*”, de Aulo Cornélio Celso⁴⁴⁶, por exemplo, os termos tendem a denotar disposições fisiológicas do corpo e doenças, enquanto textos astrológicos – como “ *Astronomica*”, de Marco Manílio⁴⁴⁷ – usam-nos para significar relações entre os corpos celestes e os seus supostos efeitos. O próprio Manílio⁴⁴⁸ também usa “ *affectus*” para descrever a satisfação causada pela música nos ouvidos humanos.

Cícero⁴⁴⁹, por outro lado, define “ *affectio*”⁴⁵⁰ na sua obra “ *De inventione*”, traçando uma relação com a ideia de “ *habitus*”. Para o retórico, enquanto o “ *habitus*” seria um estado absoluto e constante da mente ou do corpo em relação a uma coisa, a “ *affectio*” seria uma sublevação temporária – por qualquer razão – da mente ou corpo; tal como alegria, desejo, medo, doença ou fraqueza (“ *affectio est animi aut corporis ex tempore aliqua de causa commutatio*”).

445 Sobre os diversos significados e usos do termo, bem como uma relação das fontes, cf. sobretudo VOLLMER, Friedrich. v. *affectio*. In: *Thesaurus Linguae Latinae*. Leipzig: G. B. Teubner, v. 1, 1900, cc. 1176-1180. Cf. também: FORCELLINI, Egidio. *Lexion totius latinitatis*. 4ª ed. Padova: Typis Seminarii, 1865, v. 1, p. 142; SARAIVA, Francisco. Op. cit., p. 44; FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, 1962, p. 48; LEWIS, Charlton; SHORT, Charles. *A new latin dictionary*. New York: Harper and Brothers, 1891, pp. 66-66; SALLES MONIZ, Fabio. Op. cit., p. 40; REZENDE, Antônio Martinez; BIANCHET, Sandra. *Dicionário do latim essencial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 32.

446 *De Medicina*, 2, 7, 26 e 4, 26, 5.

447 *Astronomica*, 1, 875 e 4, 854.

448 *Astronomica*, 2, 148.

449 *De inventione*, 1, 25, 36.

450 Segundo D. CLOUD (Op. cit., p. 28), “ *affectio*” seria um termo possivelmente cunhado pelo próprio Cícero, pois não aparece antes de suas obras e, depois, é usado apenas esporadicamente até Gélcio e Apuleio. Por sinal, Cícero usa “ *affectus*” só uma vez em *Tusculanae Disputationes*, 5, 47, e “ *affectio*” trinta e duas vezes, ao longo de sua obra.

Apesar de poder ser usado pontual e excepcionalmente para indicar alguma disposição permanente, como o próprio Cícero faz em “*Tusculanae disputationes*”⁴⁵¹, o termo “*affectio*”, tal como definido pelo retórico, encontra um uso mais frequente de um distúrbio ou mudança temporária (“*ex tempore*”) do corpo ou alma⁴⁵².

2. A SOCIEDADE COMO CONTRATO CONSENSUAL

Já na literatura romanística, o significado da “*affectio societatis*” apareceu frequentemente vinculado ao debate – bastante proeminente no início do Século XX – que contrapunha a ideia da “*societas consensu contracta*” à “*societas re contracta*”. Isto é, a contraposição de um contrato consensual a um contrato real de sociedade⁴⁵³. O debate, contudo, parece ter sido plenamente superado, sobretudo após o trabalho de V. ARANGIO-RUIZ⁴⁵⁴, que demonstrou a inexistência de tal sociedade real;

451 4, 13, 29-30

452 COPELAND, Rita. *Affectio in the tradition of the ‘De inventione’: philosophy and pragmatism*. In: DONAVIN, Georgiana; STODOLA, Denise (org.), *Public declamations: Essays on medieval rhetoric, education and letters in honour of Martin Camargo*. Turnhout: Brepols, 2015, pp. 5-6.

453 ARNÒ, Carlo. (cf. Op. cit., p. 45), por exemplo, sustentava a existência de um “*aliud genus*” diferente da *societas consensual* e do *consortium*, que, segundo ele, seria constituído não pelo consenso, mas “*re*”, com um elemento real em sua constituição. Semelhantemente, SZLECHTER, Émile (cf. *Le Contrat de Société en Babylonie, en Grèce et a Rome: Étude de Droit Comparé de l’Antiquité*. Paris: Sirey, 1947, pp. 260-263 e 278) também propôs a existência de uma sociedade de caráter real, na qual a contribuição de bens seria um elemento da própria existência da sociedade. Um texto de Modestino (Mod. 3 reg. D. 17, 2, 4 pr.) foi o que mais serviu de base àquelas sugestões da existência de uma sociedade real, isto é, de uma “*societas re contracta*” oposta à *societas consensu contracta*. Tal conclusão apoiava-se na aproximação da expressão “*re coire societatem*”, presente no fragmento, à expressão “*re contrahitur obligatio*” encontrada em Gai. 3, 89-90, que se refere à celebração dos contratos reais. Sobre o tema, cf. também: POGGI, Agostino. *Il contratto di società in diritto romano classico*. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1930, v. 1, p. 64; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., 1965, p. 58 e ID. *Societas re contracta et communio incidens*. In: *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*. Palermo: Ultra et Ultra, 1936, v. 4, p. 378.

454 Segundo V. ARANGIO-RUIZ (cf. Op. cit., 1936, pp. 357-395 e ID. Op. cit., 1950, p. 58), 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 (Gai. 154a-b) trouxeram novos argumentos para se rejeitar a “*societas re contracta*”, haja vista o “*aliud genus societatis*” a que certos juristas teriam

o que havia de semelhante era apenas um fenômeno não-contratual de “*communio incidens*”⁴⁵⁵.

Não se nega, hoje, que o simples consenso fosse suficiente a qualquer contrato de sociedade. Por sinal, próprio Gaio expressamente qualifica a “*societas*” como um contrato consensual, deixando bastante claro que o simples acordo entre as partes, sem a presença de qualquer ulterior formalidade bastaria para a constituição do vínculo societário.

– até então – atribuído a característica de uma sociedade real não seria mais que o “*consortium ercto non cito*” arcaico, uma comunidade patrimonial formada entre os filhos sobreviventes e composta pelos bens de seu “*paterfamilias*” falecido. Ele talvez seja a figura de maior relevância no estudo histórico da *societas* clássica. Apesar de sua relevância, dele pouco de sabia antes de 1933, quando a papirologista Medea Norsa descobriu no Egito um fragmento perdido das Instituições de Gaio que completava alguns trechos faltantes do palimpsesto de Verona. Publicados pela primeira vez por V. ARANGIO-RUIZ (cf. *Il nuovo Gaio: Discussioni e revisioni*. In: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, v. 42, 1934, pp. 571-624), os novos fragmentos de Gaio foram essenciais para a romanística do século XX, trazendo importantes informações sobre o “*consortium*”, que antes era conhecido apenas em seus traços básicos, sobretudo por fontes não-jurídicas e por breves alusões de escritos tardios. Sobre esse mesmo assunto, cf. COSTA, Gabriel José. A ‘*affectio societatis*’ no direito romano. In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 170-171, 2015-2016, pp. 141-142.

455 A posição de V. ARANGIO-RUIZ foi, posteriormente, adotada por boa parte da romanística, que, hoje, rejeita qualquer existência de uma “*societas re contracta*” (cf. WATSON, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon, 1964, p. 127; FUENTESECA, Margarita. La ‘*magna quaestio*’ y otros problemas del contrato de sociedad romano. In: *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, v. 7, 1998, p. 38; TORRENT, Armando. ‘*Consortium ercto non cito*’. In: *Anuario de Historia del Derecho Español*, v. 34, 1964, p. 489; TALAMANCA, Mario. *Società in generale (diritto romano)*. In: *Enciclopedia del Diritto*, v. 42, 1991, p. 820, n. 60 e n. 63; BONA, Ferdinando. Op. cit., pp. 13-14).

Gai. 3, 135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, loca-tionibus conductionibus, societatibus, mandatis*⁴⁵⁶.

Gai. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam aut per internuntium, cum alioquim verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

Gai. 3, 135: As obrigações nascem por consenso nas compras e vendas, nas locações e conduções, nas sociedades e nos mandatos.

Gai. 3, 136: Por isso dizemos que nesses casos se contrai obrigações por consenso, porque não são exigidos nem palavras nem escritos, mas basta terem consentido aqueles que gerem o negócio. Donde tais negócios, da mesma maneira, serem concluídos entre ausentes, por exemplo, por carta ou por mensageiro, quando, por outro lado, não pode nascer obrigação verbal entre ausentes.

Gaio é expresso em dizer que o mero consenso poderia dar origem a obrigações nos contratos de sociedade (“*Consensu fiunt obligationes in [...] societatibus*”) e explica que se tratava de um contrato consensual, porque eram dispensados quaisquer elementos adicionais à sua formação; ao contrário dos contratos verbais (em que era exigida a pronúncia de determinadas palavras) e dos contratos literais (nos quais se demandava um ato de escrita, registrando a respectiva obrigação)⁴⁵⁷.

Essa compreensão da sociedade como um contrato consensual não só é reiterada ao final de Gai. 3, 154 – onde se lê uma menção à sociedade “*quae nudo consensu contrahitur*” – como também está presente em diversos fragmentos do Digesto. Pompônio, por exemplo, expressamente menciona o consenso na constituição de uma sociedade em 13 *ad Sab.* D. 17, 2, 37. E Paulo, ao tratar de uma questão sobre erro em Paul. 36 *ad Q. Muc.* D. 44, 7, 57, afirma que à “*societas*” também deveriam ser aplicadas as mesmas regras dos demais contratos consensuais, pois ela “*in consensu consistit*”. Já Ulpiano, em Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 52, 20, ao lidar com os limites de admissão de um sócio na sociedade, esclarece: “*cum enim societas consensu contrahatur*”.

456 O mesmo fragmento também se encontra reproduzido em Gai. 3 *inst.* D. 44, 7, 2 pr.

457 Gai. 3, 137-138

A centralidade do consenso para o contrato de sociedade pode também ser vista em Modestino, discípulo de Ulpiano⁴⁵⁸ e um dos últimos juristas clássicos⁴⁵⁹.

Mod. 3 *reg. D. 17, 2, 4 pr.: Societatem coi-
re et re et verbis et per nuntium posse
nos dubium non est.*

Mod. 3 *reg. D. 17, 2, 4 pr.: Não há dúvida
que a sociedade possa ser contraída
"re" e "verbis" e "per nuntium".*

Por mais improvável que seja o conhecimento de Modestino sobre a classificação gaiana das obrigações – uma vez que a exposição das obrigações desse jurisconsulto em Mod. 2 *reg. D. 44, 7, 52 pr.-10* é substancialmente diferente daquela de Gaio –, o mesmo jurista afasta qualquer dúvida (“*nos dubium non est*”) de que a sociedade pudesse ser constituída “*re*”, “*verbis*” ou “*per nuntium*”.

Ao contrário daquilo que o texto possa sugerir, ele não indicaria espécies diferentes do contrato de sociedade⁴⁶⁰, mas as várias maneiras pelas quais o consenso poderia ser manifestado⁴⁶¹. Essa é a interpretação que melhor concilia as formas de constituição da sociedade indicadas por Modestino, pois permite que as constituições “*re*” e “*verbis*” possam ser incluídas no mesmo grupo da constituição “*per nuntium*”, uma vez que o “*nuntius*”, enquanto mensageiro, era mero instrumento. Seu propósito resumia-se a comunicar a vontade já declarada pela parte⁴⁶².

Nesse sentido, basta observar sua posição em Gai. 3, 136, em que o jurisconsulto romano – ao tratar das formas de manifestação de vontade entre ausentes na conclusão de contratos consensuais

458 Ulp. 37 *ad ed. D. 47, 2, 52, 20.*

459 GÓMEZ-IGLESIAS, Ángel. Herennio Modestino. In: DOMINGO, Rafael. (org.). *Juristas universales: Volumen I – Juristas antiguos*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 214.

460 Sobre a “*societas re contracta*” e o papel desse fragmento de Modestino na controvérsia, cf. acima nota 34.

461 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., 1965, p. 58.

462 O “*nuntius*” é frequentemente mencionado nos textos acerca dos contratos consensuais como portador de vontade alheia: cf. Gai. 3, 136; Paul. 32 *ad ed. D. 17, 1, 1, 1*; Paul. 33 *ad ed. D. 18, 1, 1, 2.*

- posiciona o mensageiro (“*internuntius*”)⁴⁶³ ao lado da inanimada carta (“*epistula*”)⁴⁶⁴.

Assim, a palavra “*verbis*”, mencionada por Modestino, 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. Na mesma ordem de ideias, a palavra “*re*” não indicaria um contrato real, mas aqueles atos chamados de “*facta concludentia*”, ou seja, aquelas manifestações tácitas de vontade mediante um comportamento de significado inequívoco⁴⁶⁵. O “*re*”, aí, seria um modo de expressar o consenso, contrapondo-se ao “*coire verbis*” e não à conclusão consensual propriamente dita⁴⁶⁶. Consequentemente, o breve texto de Modestino apresentaria mais uma confirmação da natureza consensual da “*societas*”, já indicada por Gaio em suas *Institutas*⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸.

463 O termo “*internuntius*” é sinônimo de “*nuntius*” e representa o mensageiro usado nas transmissões de declarações consensuais. Cf. BERGER, Adolf. v. *internuntius*. In: ID. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 513.

464 DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Enzo. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 147.

465 MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 47-48.

466 Nesse sentido, é interessante apontar à tradução que D. MARTINS RODRIGUES fez de Mod. 3 reg. D. 17, 2, 4 pr. (cf. VASCONCELLOS, Manuel *et al.* *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. 1ª ed. São Paulo: YK, 2018, v. 3, p. 213), pois esclarece bem a ideia de um contrato de sociedade celebrado pelo comportamento de significado inequívoco: “*Não resta dúvida de que podemos formar sociedade tanto pelo efetivo exercício prático da atividade social quanto por <mera> declaração verbal e também por meio de nuncio*”.

467 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., 1965, p. 58 e 64.

468 Nesse ponto, as fontes indicam pouco ou nenhum dissenso sobre a questão. Por sinal, a concepção da sociedade como um contrato consensual foi reafirmada por Justiniano em suas Instituições, que repetem, em I. 3, 22 pr.-2, o mesmo conteúdo já visto das Instituições de Gaio.

3. O SENTIDO DE “*AFFECTIO SOCIETATIS*” NO CONTEXTO JURÍDICO

No entanto, não basta dizer que a sociedade poderia ser contraída pelo simples consenso, pois é preciso determinar *qual* consenso seria suficiente a “*coire societatem*”. Nessa determinação, o já mencionado Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31 torna-se crucial.

Viu-se anteriormente que, nesse fragmento, Ulpiano sugere a possibilidade de as partes compartilharem a titularidade de uma coisa comum, sem que, por isso, estabelecessem um vínculo societário entre si. Segundo o fundamento indicado pelo jurisconsulto, uma comunhão desprovida de relação contratual ocorreria quando duas ou mais pessoas se tornassem comproprietárias de uma coisa sem “*affectio societatis*” (“*cum non affectione societatis incidimus in communionem*”). A título de exemplo, ele indica as hipóteses de quando os sócios recebessem juntos algo por herança ou doação, ou quando comprassem alguma coisa em conjunto.

Ao dizer que “*nec enim sufficit rem esse commune, nisi societas intercedit*”, Ulpiano sugere a insuficiência da simples coisa comum para a concessão de uma “*actio pro socio*” e para a existência do contrato de sociedade. O fragmento contrapõe a “*communio*” à “*societas*”, deixando claro que eram conceitos diversos, cujo critério diferenciador seria a “*affectio societatis*”; a qual, como visto, não é definida por Ulpiano.

No contexto jurídico, a acepção da palavra “*affectio*” mais comumente empregada pelos jurisconsultos romanos associava-se à ideia de “*animus*”, principalmente quando acompanhado de alguma outra palavra no genitivo⁴⁶⁹. Veja-se essa construção também nas menções à “*affectio tenendi*” (Paul 54 *ad ed.* D. 41, 2, 1, 3), “*affectio emptoris*” (Paul. 54 *ad ed.* D. 41, 4, 2), “*affectio gerendi negotii*” (Paul. 2 *ad Ner.* D. 3, 2, 18, 2) e à “*affectio maritalis*” (Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24, 1, 32,

469 VOLLMER, Friedrich. Op. cit., c. 1180.

13), ou os usos de “*affectus occultandi se*” (Ulp. 59 *ad ed.* D. 42, 4, 7, 9), “*affectus doli*” (Paul. *Sent.* 5, 4, 2) e “*affectus furandi*” (Gai. 2, 50)⁴⁷⁰.

Nesse sentido, parece haver pouca controvérsia que a expressão “*affectio societatis*”, presente em Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, deveria ser traduzida como uma espécie de “intenção”, como pode-se consultar nas modernas traduções do Digesto⁴⁷¹.

Se for assim, o sentido jurídico do termo não estaria longe daquele indicado por sua etimologia e daquele empregado na linguagem em geral. No entanto, o conteúdo de subjetividade que a ideia de “intenção” traz para dentro do contrato de sociedade levou alguns autores, sobretudo no início do Século XX, a defenderem a interpolação do termo, sob o fundamento de que a “*affectio*” ou o “*animus*” seriam elementos introduzidos pelas mãos dos compiladores justinianeus, supostamente mais afeitos aos subjetivismos jurídicos⁴⁷².

470 Sobre o emprego das palavras “*affectio*” e “*affectus*” nos textos jurídicos, bem como uma relação das fontes e casos nos quais são empregadas, cf. HEUMANN, Hermann; SECKEL, Emil. v. *affectio, affectus*. In: ID. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 2ª ed. Jena: Gustav Frischer, 1926, p. 24; BERGER, Adolf. Op. cit., p. 356; FORCELLINI, Egidio. Op. cit., p. 142); DIRKSEN, Henrico. v. *adfectio, adfectus*. In: ID. *Manuale latininitatis fontium iuris civilis romanorum*. Berlin: Duncker & Humblot, 1837, p. 19; GRADENWITZ, Otto et al. v. *adfectio*. In: ID. *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. Berlin: Gregor Reimers, 1903, v. 1, p. 202; LEWIS, Charlton; SHORT, Charles. Op. cit., p. 65.

471 A versão em língua portuguesa de M. LOPES E VASCONCELLOS (cf. Op. cit., p. 5 e 218) era lacunosa em relação ao título “*pro socio*”, cuja colmatação coube a D. MARTINS RODRIGUES, que optou por traduzir a “*affectio societatis*” como “*a intenção de sermos sócios*”. A versão alemã organizada por BEHRENDTS, Okko et al. (cf. *Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung – III – Digesten 11-20*. Heidelberg: Müller, 1999, p. 410) traduz como “*die Absicht, eine Gesellschaft einzugehen*”, e a versão italiana organizada por S. SCHIPANI (cf. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae: Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano – Testo e Traduzione – III – 12-19*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 306) a traduz como “*l’intenzione di essere soci*”. Já versão inglesa coordenada por A. WATSON (cf. *The Digest of Justinian*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, v. 2, p. 43), como “*any inclination to form a partnership*”, enquanto a versão espanhola de I. GARCÍA DEL CORRAL (cf. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas, 1892, t. 1, p. 873), como “*móvil de sociedad*”.

472 SCHULZ, Fritz. *Classical roman law*. Oxford: Clarendon, 1951, p. 549. Confirma-se BABUSIAUX, Ulrike. Op. Cit., p. 769-774, para um breve, porém preciso panorama e análise sobre a crítica interpolacionista em relação à figura do “*animus*”.

Por exemplo, E. ALBERTARIO⁴⁷³ – ao tratar da “*affectio*” e “*animus*” no casamento e na posse – defendia que os juristas justinianeus teriam interpolado os textos clássicos, de modo a anular a relevância do elemento material na constituição dessas relações jurídicas (convivência dos cônjuges e tença da coisa, respectivamente). E, com isso, teriam atribuído importância ao elemento espiritual como o único capaz de determinar a constituição, manutenção ou extinção da situação jurídica.

Semelhantemente, F. PRINGSHEIM⁴⁷⁴ – que se declara expressamente um membro da escola interpolacionista – não nega que a ideia de “*animus*” estivesse presente entre os juristas clássicos, mas sustenta terem sido os justinianeus (e bizantinos) os responsáveis por ampliarem o papel da intenção subjetiva, a ponto de torná-la o único elemento juridicamente relevante, em detrimento dos demais elementos objetivos.

Pautado por essa visão, o autor alemão sustenta que os juristas clássicos teriam exigido apenas a atuação conjunta entre as partes (“*communiter agere*”) como fundamento suficiente para a constituição de um contrato de sociedade, enquanto teriam sido os justinianeus a exigirem o elemento subjetivo adicional do “*animus*” ou da “*affectio societatis*”. Isso o leva a sustentar uma necessária justaposição entre “*societas*” e “*communio*”, bem como a interpolação das várias passagens que indicam esses termos como elementos necessários à qualificação do vínculo obrigacional⁴⁷⁵.

473 O autor italiano defende que os justinianeus teriam, em alguns fragmentos, diretamente introduzido o termo “*affectio*”, enquanto, em outros, eles teriam revalorado o papel desses elementos no casamento e na posse, para lhes conferir o papel definidor da existência dessas situações jurídicas; cf. ALBERTARIO, Emilio. *Honor matrimonii et affectio maritalis*. In: ID. *Studi di diritto romano*: Volume Primo – Persone e famiglia. Milano: Giuffrè, 1933, pp. 198-199; ID. *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*. In: ID. *Studi di diritto romano*: Volume Primo – Persone e famiglia. Milano: Giuffrè, 1933, pp. 213; 215-216 e 225.

474 *Animus in roman law*. In: *The Law Quarterly Review*, v. 49, n. 93, 1933, pp. 43-49.

475 Em Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, por exemplo, F. PRINGSHEIM (cf. *Animus in roman law*. In: *The Law Quarterly Review*, v. 49 n. 95, 1933, pp. 382-387) tacha de interpoladas as passagens “*Communiter autem res agi potest etiam citra societatem*” e “*aut si a duobus*”

Também A. POGGI⁴⁷⁶, que aceita a crítica interpolacionista, rejeitava a “*affectio*” como elemento definidor da “*societas*”, pois acreditava que a intenção das partes seria um critério desnecessário e irrelevante para se aferir a presença desse contrato. Para ele, o verdadeiro elemento seria o “*consensus*” das partes.

Ainda segundo A. POGGI⁴⁷⁷, o elemento da “*affectio societatis*” no texto de Ulpiano não cumpriria a função de distinguir a sociedade da simples comunhão, pois serviria apenas para indicar que, quando as partes incidissem “*in communionem*”, a intenção de constituir uma sociedade estaria ausente. Para esse autor, jamais seria possível afirmar que haveria um contrato de sociedade, quando “*cum affectione societatis incidimus in communionem*”, pois a “*societas*” e o “*incidere in communionem*” seriam conceitos contraditórios que não poderiam coexistir na mesma situação jurídica. Enquanto um teria teor consensual, o outro dispensaria qualquer acordo entre as partes.

No entanto, a racionalidade romana não parece muito avessa a aproximar essas duas figuras. Apesar de a gratuidade estar normalmente excluída do compartilhamento patrimonial da sociedade⁴⁷⁸, em Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 3, 1 vê-se que a própria maleabilidade estrutural da “*societas*” romana – apta a moldar-se a diversos propósitos⁴⁷⁹ – permitia

separatim emimus partes eorum non socii futuri”, por estarem em contradição com Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10, 3, 2 pr., no qual Gaio diz que uma coisa será comum entre as partes – em virtude de uma sociedade – quando a tiverem comprado em conjunto. Em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44, o autor considera interpolado todo o período final (“*si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis*”), pois estaria em contradição com outro texto também de Ulpiano (30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr.). Além disso, ele considera Ulp. 2 *ad ed.* D. 17, 2, 32 integralmente interpolada; enquanto Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33 teria recebido incrementos posteriores nas frases “*quod a societate longe remotum est*”, bem como “*et ideo*” e “*attamen communiter gesto tenetur*”.

476 Op. cit., 1930, pp. 70-86.

477 Op. cit, 1930, p. 73.

478 Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 9; Paul 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 10 e Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 11.

479 Como ressalta F. SERRAO (cf. Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano. In: *Studi in Onore di Edoardo Volterra*. Milano: Giuffrè, 1971, v. 5, pp. 764-765) havia diversas modalidades para o contrato de sociedade romano. Cada qual destinada a executar fins e objetivos diferentes. Daí ser possível encontrar inúmeras “*societates*” no direito romano, cuja tutela jurídica era, independentemente do escopo ou modalidade, reconduzida ao esquema geral da “*societas consensu contracta*” e da

englobar dentro de si as típicas hipóteses de “*communio incidens*” mencionadas por Ulpiano em 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31.

Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 3, 1: *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni adquiretur.*

Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 3, 1: Sendo especificamente contraída uma “*societas omnium bonorum*”, então também a herança, o legado e o que for doado ou por qualquer razão adquirido será adquirido para a comunhão.

Paulo informa que, tendo as partes celebrado especificamente um contrato de “*societas omnium bonorum*”, naturalmente destinada ao compartilhamento de todos os bens e coisas dos sócios⁴⁸⁰, então a herança, o legado, as doações ou as demais aquisições – havidas por quaisquer títulos – de um dos sócios também se comunicariam aos demais. Diante disso, o texto poderia ser lido como um exemplo de “*cum affectione societatis incidunt in communionem*”, de modo que não é desprezível a afirmação de Ulpiano no sentido de poderem existir casos nos quais as partes incidiam em copropriedade sem “*affectio societatis*”.

Segundo V. ARANGIO-RUIZ⁴⁸¹, a tanto defendida exclusão da “*affectio societatis*” do texto de Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31 tornaria o fragmento incompleto e ambíguo. Para o autor italiano, se a expressão fosse removida, a contraposição entre o simples “*agere communiter*” e a “*societas*” – ideia central do raciocínio de Ulpiano – viria a recair unicamente sobre o verbo “*incidimus*”, o qual não teria energia suficiente para transmitir a ausência do elemento volitivo que caracterizaria o contrato. O autor diz não conseguir entrever quais outros termos poderiam ser empregados para substituir a “*affectio*”, a fim de transmitir a contraposição entre “*societas*” e “*communio*”, pois é

“*actio pro socio*”, uma operação facilitada pela sua extrema maleabilidade (cf. também SANTUCCI, Gianni. *Il socio d’opera in diritto romano: conferimenti e responsabilità*. Padova: CEDAM, 1997, pp. 5-7).

480 Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 1, 1.

481 Op. cit., 1965, pp. 68-69.

somente a “*affectio*” que verdadeiramente opõe uma situação jurídica à outra.

O mesmo parece ocorrer em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44, onde há menção ao “*animus contrahendae societatis*”, expressão que – naquele texto – é o critério determinante na delimitação das figuras e na concessão das respectivas ações. Não obstante, o próprio V. ARANGIO-RUIZ⁴⁸² defende que as considerações feitas sobre a “*affectio societatis*” não poderiam ser estendidas às demais figuras anímicas usadas para indicar a constituição de um contrato de sociedade, como o “*animus*”. A posição do autor italiano, porém, está intimamente vinculada à sua concepção de que o emprego do termo “*animus*” seria uma ideia justinianeia; e o uso da “*actio praescriptis verbis*”, uma ideia pós-clássica.

Malgrado haja quem ocasionalmente ainda defenda a interpolação desses termos⁴⁸³, já no início do Século XX havia quem se opusesse aos argumentos da crítica interpolacionista⁴⁸⁴, os quais, segundo W. KUNKEL – H. HONSELL⁴⁸⁵, teriam atualmente se tornado insustentáveis. Por sinal, uma parte considerável da romanística

482 Op. cit., 1965, p. 69.

483 ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 622-625 e 1060, n. 85; D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 10ª ed. Pamplona: EUNSA, 2004, p. 576, n. 3; RIBEIRO, Renato. Aspectos da ‘societas’ romana. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006, p. 632; GUARINO, Antonio. Op. cit., 1988, p. 52. Por sua vez, M. TALAMANCA (cf. Op. cit., p. 828) parece manter em dúvida a genuinidade da “*affectio societatis*” nos fragmentos que lhe fazem referência.

484 Interessante observar a posição de D. DAUBE (cf. ‘Societas’ as a consensual contract. In: *Cambridge Law Journal*, v. 6, 1938, pp. 395-396) que, em 1938, já afirmava sobre a crítica interpolacionista em matéria de “*affectio societatis*”: “*The champions of this cause, however, find great difficulty in explaining the rule, undoubtedly classical, that a contract of partnership must be based on consensus, and, indeed, in explaining the existence of obligations that consensu fiunt in general [...] But is it likely that the men who created the much admired system of Roman law did not see what was known to any witch-doctor before, and to any pedant after, namely, that a contract normally involves mutual understanding between the parties otherwise it would be meaningless? In fact it may be well expressly to state that the importance of actual ‘subjective’ agreement was quite clearly recognized by the classical jurists not only in the so-called consensual contracts, but in all other kinds of contract and, naturally, in mere pacta too [...]*”. No mesmo ano, C. ARNÒ (cf. Op. cit., p. 20), também já afirmava sobre o tema: “*il requisito [“affectio”] è del diritto romano classico; è tutt’altro che bizantino*”.

485 JÖRS, Paul. et al. *Römisches Recht*. 4ª ed. Berlin: Springer, 1987, p. 90 e n. 20.

concorda na existência de fundamentos suficientes para considerar o “*animus*” e a “*affectio societatis*” como genuinamente clássicos⁴⁸⁶.

Um exemplo marcante dessa mudança na doutrina é representado por M. KASER, cuja concepção sobre a genuinidade dos termos mudou, entre a primeira⁴⁸⁷ e a segunda edição de seu curso⁴⁸⁸. E, em um artigo publicado em ‘75, o autor alemão esclarece que a romanística moderna demonstra maior confiança no conteúdo dos textos (apesar de não necessariamente confiar na forma desses mesmos textos), aceitando a “*affectio societatis*” e o “*animus contrahendae societatis*” como genuínos⁴⁸⁹.

486 GIRARD, Paul-Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 4ª ed. Paris: Arthur Rousseau, 1906, p. 575; MANIGK, Alfred. *Societas*. In: PWRE, v. III A,1, 1927, cc. 775-776; CUQ, Édouard. Op. cit., p. 495; GUARNERI CITATI, Andrea. Conferimenti e quote sociali in diritto romano. In: *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, v. 42, 1934, p. 176, n. 5; DAUBE, David. Op. cit., pp. 395-398; ARNÒ, Carlo. Op. cit., pp. 20-32; LONGO, Giannetto. *Diritto romano: contratti consensual*. Roma: Calzone, 1943, pp. 145-147; VOICI, Pasquale. *La dottrina romana del contratto*. Milano: Giuffrè, 1946, pp. 207-229; SZLECHTER, Émile. Op. cit., p. 278; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., pp. 66-70; ARIAS RAMOS, Juan. *Derecho Romano – II – III – Fuentes de las Obligaciones – Familia – Sucesiones*. 6ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. 666; DE ZULUETA, Francis. *The institutes of Gaius: Part II – Commentary*. Oxford: Clarendon, 1963, p. 179; CANCELLI, Filippo. *Società (Diritto Romano)*. In: NNDI, v. 17, 1970, pp. 500-501; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 380; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, 4ª Ed., Milano, Giuffrè, 1972, p. 508; VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma: Sapienza, 1988, p. 523; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2, p. 173; PARICIO, Javier. El contrato de sociedad en derecho romano. In: ID. *De la Justicia y del Derecho: Escritos misceláneos romanísticos*. Madrid: El Faro, 2002, p. 489; EVANGELISTI, Marina. Sull’origine policentrica della ‘societas consensu contracta’. In: L. FOFFANI et al. (org.). *Liber amicorum per Massimo Bione*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 206; SANTOS JUSTO, Antonio. O contrato de sociedade no direito romano: breve referência ao direito português. In: *Acta Universitatis Lucian Blaga*, v. 46, 2014, p. 48; STARACE, Pia. L’interesse pubblico e le società dei pubblicani: riflessioni sulle origini del contratto di società. In: GAROFALO, Luigi (org.). *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*. Napoli: Jovene, 2016, pp. 354-358 e 362; BABUSIAUX, Ulrike. Op. Cit., p. 769-774.

487 Em relação à “*affectio*” e ao “*animus*” na sociedade, M. KASER (cf. *Das römische Privatrecht*. 1ª ed. München: Beck, 1955, v. 1, p. 478, n. 13) considera-os como possíveis glossemas, mas não necessariamente como interpolações.

488 Já na segunda edição de sua obra, M. KASER (cf. *Das römische Privatrecht*. 2ª ed. München: Beck, 1971, v. 1, p. 574, n. 17) aceita a plena genuinidade dos termos, apesar de os chamar de “*unbedenklich*”, isto é, de “inofensivo”.

489 KASER, Max. Neue Literatur zur Societas. In: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v. 41, 1975, pp. 299-300.

Ainda segundo M. KASER⁴⁹⁰, o distanciamento das tendências interpolacionistas decorre, em grande parte, da compreensão de que os justinianeus e bizantinos elaboraram suas teorias a partir de elementos previamente fornecidos pelos juristas clássicos e, por mais que essas ulteriores concepções pudessem estar sujeitas a abstrações ou má-interpretações, elas não criaram por si só os seus fundamentos; os quais já estariam presentes nos textos clássicos.

Nesse sentido, D. CLOUD⁴⁹¹ é bastante elucidativo ao assinalar a diferença que pode haver entre a possível inautenticidade do conceito propriamente dito e da passagem em que ele se encontra e, ao se referir ao cognato “*affectus*”, diz ser: “*unimpeachably classical, though in some cases it may well be embedded in a corrupt passage*”⁴⁹².

Isso, contudo, não resolve o cerne do problema, pois não esclarece o sentido jurídico da “*affectio societatis*”. Já se viu que as traduções do Digesto são bastante concordes em indicá-la como uma espécie de “intenção”, mas nem isso é uma questão pacífica.

490 Op. cit., pp. 299-300.

491 Op. cit., p. 48.

492 Registre-se a observação de BABUSIAUX, Ulrike. Op. Cit., p. 768-774, segundo a qual a crítica interpolacionista, em matéria de interpretação do elemento subjetivo do consenso, seria permeada por uma compreensão ideológica fundada na doutrina de F. C. VON SAVIGNY. De acordo com essa concepção, haveria uma diferença entre declaração e vontade; as quais, porém, não seriam independentes uma da outra, mas conectadas entre si. A declaração operaria como o sinal externo que permitiria o reconhecimento do elemento interior e invisível (cf. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. III, Berlim, Veit und Comp., 1840, §137, p. 257). A concepção de Savigny teria recebido um impulso na romanística, que passaria a interpretar a presença de elementos objetivos e subjetivos nas fontes (vontade, declaração, etc.) como uma estratificação histórica (*historische Schichtung*), segundo a qual o direito romano mais antigo daria valor à forma e demais elementos objetivos, e, com o decorrer do tempo, essa rigidez teria sido afrouxada para um maior reconhecimento dos elementos subjetivos. De acordo com o U. BABUSIAUX, porém, a controvérsia da declaração de vontade do modelo da declaração de vontade deve ser considerada sem sentido, porque os juristas romanos raciocinavam não a partir da declaração de vontade, mas a partir do consenso. Isso demonstra que os estudos romanísticos não estão alheios a preconceitos ideológicos, os quais podem interferir no modo pelo qual as fontes são interpretadas e, em algumas instâncias, atrapalham o entendimento de elementos aparentemente banais do objeto de estudo.

Em uma posição muito similar àquela sustentada por F. A. SALVADORE⁴⁹³ no início do século passado, V. ARANGIO-RUIZ⁴⁹⁴ defende que a “*affectio societatis*” não seria nada mais que o próprio acordo de vontades, ou seja, o consenso celebrado entre as partes que deveria protrair-se no tempo até a extinção da sociedade. Trata-se de uma interpretação que ainda angaria seus seguidores⁴⁹⁵, mas que só se torna plausível se for limitada à análise de Ulp. 31 *ad Sab.* D. 17, 2, 31.

Nesse texto, como visto, Ulpiano lança mão da “*affectio*” para apartar uma situação contratual (“*societas*”) de uma situação não contratual (“*communio*”); isto é, uma figura pautada pelo consenso de uma figura incidental e não-consensual. Consequentemente, conceber uma identidade entre “*affectio societatis*” e “*consensus*” faz sentido no limite em que este estava presente no contrato de sociedade, mas não nos demais estados de indivisão patrimonial.

No entanto, se a “*affectio*” representasse unicamente o consenso, então ela tornar-se-ia um critério inútil quando empregada na discriminação entre duas figuras contratuais distintas. Nesse sentido, particularmente relevantes são as menções de Ulpiano àqueles casos limítrofes nos quais se contrapunham a sociedade e contrato estimatório⁴⁹⁶.

493 ‘*Affectio societatis*’. In: *Rivista di Diritto Civile*, v. 3, 1911, p. 682-685. É preciso destacar, porém, que F. A. SALVADORE diverge de V. ARANGIO-RUIZ, no sentido em que aquele defendia a completa interpolação dos termos “*affectio*”, “*animus*” e correlatos, reputando-os como termos desconhecidos da jurisprudência clássica.

494 Op. cit., 1965, p. 69. No caso de Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, o termo teria sido usado para indicar um acordo possivelmente celebrado mediante aqueles “*facta concludentia*” indicados por Modestino em Mod. 3 *reg.* D. 17, 2, 4 pr., isto é, sem palavras expressas (“*verbis*”) nem escritos, mas “*re*”.

495 SANTUCCI, Gianni. La ‘*societas*’ nella casistica giurisprudenziale romana. In: *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, v. 215, 1995, p. 151 e n. 13. Cf. também: OSORIO SANTOS, Danielle. A ‘*affectio societatis*’ no direito romano e seus reflexos no direito brasileiro. In: AAVV. *Estudos: Doutorado & Mestrado*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 15-17 e n. 19.

496 O contrato estimatório no direito romano, ou “*aestimatum*” poderia ser definido como aquele acordo por meio do qual uma pessoa entregava a outrem uma coisa qualquer, cujo valor era previamente avaliado, para que a vendesse. O encarregado da venda obrigava-se a restituir a coisa em caso de insucesso, ou a entregar a quantia previamente estimada em dinheiro; como contrapartida, o encarregado tinha o direito de tomar para si o sobrepreço alcançado com a venda (cf. ALEMÁN MONTERREAL,

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.*

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44: Se a ti uma pérola tiver sido dada para ser vendida, a fim de que, se tu a tivesses vendido por dez, tenhas-me restituído os dez, se por mais, tivesse ficado contigo o que exceder, a mim parece que, se isso tiver sido feito com "*animus contrahendae societatis*", caberá uma "*actio pro socio*", se não, uma "*praescriptis verbis*".

Se uma pessoa entrega a outrem uma pérola ("*margarita*") de sua propriedade, para vendê-la pelo preço de dez, com a condição de que, se essa pérola for alienada com sucesso pelo preço estimado, a quantia obtida deverá ser entregue ao proprietário. Contudo, se a coisa tiver sido vendida por um valor superior àquele inicialmente estimado, o responsável pela venda poderá reter consigo a diferença obtida.

O problema repousa em qual tipo de contrato havia sido concluído pelas partes e, conseqüentemente, qual ação seria cabível para tutelar a relação traçada entre as partes. Tratava-se de uma questão de solução controversa, pois, como informa Ulpiano em Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr.⁴⁹⁷, a tutela jurídica cabível sobre a situação fática em que uma coisa estimada era entregue a outrem para ser vendida

Ana. *El contrato estimat6rio*: desde el derecho romano a su regulaci6n actual. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 23-24).

497 Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr.: *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.* [A ação estimatória foi proposta para eliminar dúvidas: foi muito duvidado, quando uma coisa estimada é dada para ser vendida, se caiba a ação de venda por conta da estimação, ou uma ação de locação, como se eu tivesse alugado a coisa para ser vendida, ou uma ação de condução, como se tivesse alugado os serviços, ou uma ação de mandato. Pareceu melhor, portanto, propor esta ação: com efeito, todas as vezes que se discutisse o nome de qualquer contrato e convenha, contudo, dar qualquer ação, deve ser dada uma ação estimatória "*praescriptis verbis*"; pois é feito um negócio civil e de boa-fé. Assim, aqui tem lugar tudo que dissemos sobre os juízos de boa-fé].

(“*cum res aestimata vendenda datur*”) estava sujeita a profundas dúvidas (“*fuit enim magis dubitatum*”).

Questionava-se, então, qual seria ação correta para disciplinar a relação entre as partes, havendo a possibilidade de que a mesma situação fática pudesse ser tutelada por praticamente qualquer dos contratos consensuais típicos, além das ações cabíveis aos contratos atípicos.

A solução apresentada por Ulpiano – ainda em Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr. – consistia em conceder uma “*actio praescriptis verbis*”, sempre que fosse necessário outorgar uma tutela jurídica ao caso (“*conveniret tamen aliquam actionem dari*”) e houvesse dúvida quanto ao nome do contrato em questão (“*quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur*”), isto é, quando houvesse dúvida sobre a natureza jurídica da relação contratual subjacente.

Além de reiterar a natureza contratual do “*aestimatum*”, o jurisconsulto deixa claro que a tutela desse contrato era subsidiária e cabível apenas quando não se pudesse determinar com precisão qual a relação contratual típica desejada pelas partes.

Já em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44, o teor da decisão de Ulpiano apoia-se na presença do “*animus contrahendae societatis*” como o elemento determinante da questão. Se ele estivesse presente na conclusão do contrato, caberia uma “*actio pro socio*”, caso contrário, a ação adequada seria uma “*praescriptis verbis*”.

Se para a concessão de uma “*actio pro socio*”, como o próprio Ulpiano enuncia no início de Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, era necessário a existência de uma sociedade (“*ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet*”), e se, como o conteúdo de Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44 parece deixar claro, era essa ação cabível quando a atuação das partes fosse realizada com “*animus contrahendae societatis*”, então esse “*animus*” deveria ser interpretado como um critério determinante capaz de afastar a dúvida sobre qual contrato estava-se celebrando.

Como tanto a “*societas*” quanto o “*aestimatum*” são contratos, não há dúvida de que o consenso era um elemento comum a ambos, pois,

desde Labeão⁴⁹⁸, mas principalmente a partir de Sexto Pédio⁴⁹⁹, os negócios bilaterais teriam na “*conventio*” o seu elemento unificador⁵⁰⁰, uma vez que “*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*”.

Isso é relevante, pois fica claro que o “*animus*” – mencionado em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44 – não é empregado por Ulpiano como critério diferenciador de uma situação contratual diante uma situação não-contratual, mas para separar um contrato típico (“*societas*”) de um contrato atípico (“*aestimatum*”), indicando que aquela determinada situação fática deveria ser tutelada por um contrato de sociedade.

Cabe ressaltar, contudo, que, 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 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 contrato⁵⁰¹.

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 acordo⁵⁰². No entanto, a “*affectio*” e o “*animus*” não poderiam equivaler

498 Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19.

499 Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 1, 3.

500 LA PIRA, Giorgio. La personalità scientifica di Sesto Pedio. In: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*. v. 45, 1938, pp. 294-295.

501 A continuidade do consenso não rejeitava a existência de um momento único em que as várias declarações de vontade dos sócios encontrar-se-iam para criar a contrato. Era precisamente a presença dessa característica que permitia a inclusão da “*societas*” dentre os contratos consensuais. (cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., 1965, p. 64-65).

502 GUARINO, Antonio. Op. cit., 1988, p. 47. Por isso, talvez, que em matéria de sociedade raramente se usa o verbo *contrahere* para representar a sua formação, mas “*coire*” (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). 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

ao consenso, como pretende V. ARANGIO-RUIZ⁵⁰³, caso contrário, de nada serviriam para apartar o contrato de sociedade do contrato estimatório, já que este também tinha o consenso como um de seus elementos.

Ademais, as fontes não identificam a ideia de um consenso que se protraí no tempo com a “*affectio*” ou o “*animus*”. Por sinal, quando se faz menção à manutenção do acordo entre as partes como um elemento necessário à subsistência do contrato, as fontes costumam simplesmente assinalar que o consenso “*perseverat*”, isto é, de um acordo que persevera⁵⁰⁴. Vale também recordar a definição de Cícero⁵⁰⁵ sobre a “*affectio*” em geral, para quem ela geralmente não era uma afetação permanente, mas temporária sobre o objeto.

De qualquer forma, antes de se tomar uma conclusão definitiva sobre o tema, é interessante observar outro texto em que Ulpiano contrapõe “*societas*” e “*aestimatum*”.

da sociedade (cf. GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 12^a ed. Napoli: Jovene, 2001, p. 921, n. 80.1.5).

503 É preciso reiterar que a posição de V. ARANGIO-RUIZ (cf. Op. cit., 1965, p. 69) está intimamente vinculada à sua aceitação de interpolações em Úlp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44, que eliminariam a menção ao termo “*animus*”, como uma ideia justinianea, e a “*actio praescriptis verbis*”, como uma ideia pós-clássica. Ao aceitar essas interpolações, o conteúdo de Úlp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44 se igualaria a Úlp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr., afastando a possibilidade de um contrato de sociedade naquelas relações assemelhadas ao contrato estimatório. Se, porém, admitirmos a genuinidade desses textos, então desaparece o fundamento que permitiria identificar a “*affectio*” ao consenso das partes.

504 Observe-se o início de Gai. 3, 151, no qual o jurisconsulto clássico informa que: “*Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur [...]*” [A sociedade mantém-se enquanto se mantiver o acordo entre os sócios. Quando algum deles renunciar à sociedade, a sociedade dissolve-se] e a constituição imperial C. 4, 37, 5 de Diocleciano e Maximiano, proferida em 294 d. C., na qual eles estatuem que “*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*” [A sociedade dura enquanto perseverar íntegro 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”].

505 *De inventione*, 1, 25, 36.

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr.: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.*

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr.: Se eu tivesse dado a ti uma coisa para vender por certo preço, a fim de que tivesse ficado contigo o que tivesses vendido por mais, aceita-se que não terá lugar uma “*actio mandati*” nem uma “*actio pro socio*”, mas “*in factum*”, como se se tratasse de outro negócio, pois o mandato deve ser gratuito, e não se compreende contratada uma sociedade com quem não te admitiu como sócio da venda, mas <apenas> retira para si o preço certo.

Apesar de seus contornos mais genéricos, este outro fragmento de Ulpiano apresenta uma situação fática muito similar àquela de Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44. Aqui também, uma pessoa entrega a outra uma coisa para ser vendida a preço pré-determinado, de forma que, se a venda fosse bem-sucedida, e o valor obtido, maior que o estimado, então a diferença poderia ser retida pelo encarregado da venda. E, malgrado não esteja expressamente indicado, pode-se deduzir que a quantia estimada deveria ser entregue ao proprietário da coisa.

O problema enfrentado por Ulpiano continua sendo o mesmo do fragmento anterior: determinar qual a natureza da relação jurídica subjacente, para, em sequência, apontar a ação cabível.

No entanto, neste fragmento, o jurisconsulto oferece uma solução aparentemente diversa da precedente. Diante dos fatos dados, Ulpiano informa ser comumente aceito (“*placet*”) não ter lugar nem uma “*actio mandati*” nem uma “*actio pro socio*”, mas, sim, uma “*actio in factum*” (“*neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum [...]*”).

Ele esclarece que a situação fática se referiria a outro tipo de negócio (“*quasi alio negotio gesto*”), porque não estavam presentes os elementos essenciais do contrato de mandato, que deveria ser gratuito (“*quia et mandata gratuita esse debent*”), nem os da sociedade, a qual, para se configurar entre os contratantes, dependia que uma parte admitisse a outra como sua sócia na venda (“*qui te non admisit*

socium distractionis”). No caso em questão, Ulpiano indica que o reconhecimento da condição de sócio na contraparte estava ausente, pois fora acordado apenas uma participação no preço da venda (“*sed sibi certum pretium exceptit*”).

Interessante o paralelo que pode ser traçado entre o final desse fragmento, quando Ulpiano esclarece que não se formava uma sociedade porque uma parte não admitira a outra como sua sócia, e o trecho final de Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, em que o mesmo jurista esclarece que tampouco havia a formação de uma sociedade, porque os envolvidos no negócio haviam separadamente concluído a compra de partes de uma mesma coisa, sem o objetivo de se tornarem sócios entre si (“*si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri*”)⁵⁰⁶.

Ambas as passagens tratam de compras e vendas conjuntas onde o comportamento associativo das partes não configura uma sociedade. Não é precisamente relevante o que estivessem adquirindo ou alienando, pois, nos dois casos, Ulpiano parece sugerir que os indivíduos não se tornam sócios porque sua intenção explicitamente exclui essa possibilidade.

Assim, por mais que não seja expressamente mencionada a “*affectio*” nem o “*animus*”, o paralelo entre os textos parece indicar que, também em Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr., Ulpiano tivesse levado em conta o elemento volitivo das partes, ou melhor, a sua inexistência, para proferir sua decisão. Não há sociedade, porque as partes não quiseram que houvesse uma.

Logo, a “*affectio societatis*” e o seu correlato “*animus contrahendae societatis*” devem ter representado algo além do simples acordo de vontades, isto é, devem ter exprimido um elemento adicional que caracterizasse o tipo de vontade declarada e, conseqüentemente, do tipo de consenso acordado entre as partes⁵⁰⁷. Trata-se de um elemento

506 Sobre essa passagem e sua relação com as modalidades de transferência de propriedade cf. VAN WARMELO, Paul. Aspects of joint ownership in roman law. In: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v. 25, 1957, pp. 143-144.

507 Vale ressaltar que a autoria dos vários fragmentos em questão cabe quase sempre a Ulpiano, cujo emprego irregular de termos diferentes para tratar do mesmo fenômeno indica uma compreensão bem definida sobre a ideia subjacente, mas

adjetivo da declaração de vontade, que lhe dava o conteúdo adequado para determinar o contrato desejado pelas partes⁵⁰⁸.

Mas não era simples “intenção”, da mesma forma que Ulpiano não se refere a uma simples “*affectio*” ou mero “*animus*”; tratava-se de um conceito mais complexo e fundamentalmente racional⁵⁰⁹, de uma “*affectio societatis*” e de um “*animus contrahendae societatis*”. Os qualificativos que acompanham os respectivos substantivos retratam uma intenção consciente e destinada a se fazer algo (“*ad-facere*”), no caso, uma “*societas*”.

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,*

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33: *Ut in conductionibus publicorum, item in emptio-nibus: 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.*

Ulp. 2 *ad ed.* D. 17, 2, 32: *Porque, quando “tractatu habito”, uma sociedade é contrada, há “actio pro socio”, <porém> quando <o negócio é contraido> sem “tractatus” sobre a própria coisa e negócio, considera-se feito conjuntamente,*

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33: *Como na condução dos publicanos, bem como nas compras; porque aqueles que não querem entre si competir, soem comprar conjuntamente uma coisa por nuncio, o que de uma sociedade é muito remoto. E, por isso, o pupilo não se vincula pela sociedade contrada sem a autorização do tutor, mas se vincula pelo que for gerido conjuntamente.*

Aqui, Ulpiano não menciona a “*affectio societatis*” nem o “*animus*”, mas contrapõe a conclusão de um negócio feito com “*tractatus habitus*” e de um feito sem “*tractatus*”. A palavra “*habitus*” indica uma maneira de ser ou agir, uma conformação física ou aparência de outra coisa⁵¹⁰

aponta à inexistência de uma terminologia rígida. Basta notar que o mesmo Ulpiano (Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24, 1, 32, 13) emprega o termo “*affectio maritalis*” no contexto do casamento com outro significado

508 SZLECHTER, Émile. *Le contrat de sciété em Babylonie, em Grèce et a Rome: Étude de droit comparé de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1947, pp. 278-279.

509 CLOUD, Duncan. Op. cit., p. 41.

510 REZENDE, Antônio Martinez; BIANCHET, Sandra. Op. cit., p. 161.

e, no âmbito jurídico, quando empregada em relação a algo que é feito (como um contrato), denota a conclusão desse ato⁵¹¹. Enquanto o termo “*tractatus*”, quando usado no contexto de deliberações jurídicas, refere-se à discussão ou negociação entre as partes⁵¹².

Assim, pode-se entender que, quando Ulpiano menciona “*cum tractatu habito societas coita est*”, ele está se referindo à prévia realização de negociações ou tratativas entre os contratantes, como pressuposto de conclusão do contrato de sociedade⁵¹³.

Se tivessem sido realizadas tratativas que indicassem um propósito dirigido à constituição definitiva de uma “*societas*”, então seria cabível a “*actio pro socio*”⁵¹⁴. Se ausente, não haveria contrato de sociedade, mas simples gestão conjunta de uma coisa (“*communiter gestum videtur*”). Como exemplo, Ulpiano indica que essa gestão conjunta era frequente na atuação dos publicanos e nas compras⁵¹⁵. E acrescenta que, caso os indivíduos desejem adquirir algo, mas não queiram competir entre si no negócio, costumam unir-se, para a comprar conjuntamente (“*nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune*”) e, numa feliz expressão, diz que essa atuação conjunta na compra é muito remota de um contrato de sociedade (“*quod a societate longe remotum est*”).

511 BERGER, Adolf. Op. cit., p. 513; HEUMANN, Hermann; SECKEL, Emil. Op. cit., p. 234 e DIRKSEN, Henrico. Op. cit., p. 411.

512 BERGER, Adolf. Op. cit., p. 739; HEUMANN, Hermann; SECKEL, Emil. Op. cit., p. 588; DIRKSEN, Henrico. Op. cit., p. 962 e FORCELLINI, Egidio. Op. cit., vol. 1, p. 759.

513 É interessante apontar à tradução de D. MARTINS RODRIGUES (cf. VASCONCELLOS, Manuel *et al.* Op. cit., p. 213), que traduz o início de Ulp. 2 *ad ed.* D. 17, 2, 32 como: “Pois, quando, após havida uma negociação, forma-se uma sociedade”

514 ARNÖ, Carlo. Op. cit., p. 27.

515 F. DE ZULUETA ressalta ser difícil de compreender como numa compra de uma coisa conjunta poderia faltar a “*affectio societatis*”, uma vez que o escopo social no direito romano não precisaria ser econômico, como no direito moderno (cf. *The institutes of Gaius – Part II – Commentary*, Oxford, Clarendon, 1963, p. 179). No entanto, é possível que houvesse uma “*societas unius negotii*” até o momento da compra, dissolvendo-se após a aquisição da coisa, que seria regida unicamente pelas regras da “*communio*”; como é também possível que, na mentalidade romana, justamente por ser um contrato de ampla aplicação (seja em operações de escopo econômico, seja em operações não-econômicas), a “*societas*” não fosse pressuposta nesses casos e exigisse a prova da “*affectio*” como um qualificante da vontade das partes.

Na opinião de C. ARNÒ⁵¹⁶, o “*tractatus habitus*” seria um particular modo de expressão que reuniria sob si as locuções “*affectio societatis*”, “*animus contrahendae societatis*”, “*societatis contrahendae causa*”⁵¹⁷ e demais correlatos. De qualquer modo, no caso relatado em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33, a simples cooperação seria uma figura distante do contrato de sociedade, porque para a configurar, seria preciso algo a mais: intenção consciente e destinada a constituir uma sociedade.

A ausência desse elemento volitivo parece ser dada pelo trecho final de Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 33, onde Ulpiano diz que o pupilo não se vincula por um contrato de sociedade se não tiver a autorização do seu tutor, obrigando-se limitadamente por aquilo que tiver sido gerido em conjunto (“*attamen communiter gesto tenetur*”), tornando quase inevitável o paralelo com Paul. 54 *ad ed.* D. 41, 2, 1, 3. Neste fragmento, Paulo diz que os pupilos, além dos loucos, precisariam da intervenção do seu tutor para tomarem a posse de algo, pois não teriam “*affectio tenendi*”. Isto é, poderiam ter a tença da coisa, mas lhes faltaria o elemento subjetivo adicional para terem a efetiva posse sobre o bem⁵¹⁸.

É de se imaginar que – como sói acontecer ainda hoje – as partes não tivessem o costume de expressamente escolherem um contrato específico para reger sua relação. Assim, A. GUARINO⁵¹⁹ ressalta que a interpretação da vontade e intenção das partes poderia ser aferida pelo seu comportamento, sobretudo aquele manifestado na fase das tratativas.

Quando se tratasse de uma situação fática cooperativa cuja tutela jurídica fosse dúbia e faltassem manifestações expressas sobre qual contrato desejava-se constituir, o “*tractatus*” das partes teria sido

516 Op. cit., pp. 19 e 27-28.

517 Essa expressão está presente em Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 52, porém, não parece indicar um sinônimo de “*affectio societatis*”, pois, como demonstrou T. DALLA MASSARA (cf. *Alle origini della causa del contratto – Rielaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, CEDAM, 2004, p.171-172 e n. 311 e 313), o signo “*causa*” acompanhado do nome do tipo contratual costuma indicar a fonte de obrigações, isto é, o próprio contrato tal como aparece em Gai. 2, 129.

518 CLOUD, Duncan. Op. cit., p. 33.

519 Op. cit., 1988, p. 52.

um elemento particularmente útil na identificação da “*societas*”⁵²⁰, pois, a partir dele, o intérprete poderia inferir a presença da “*affectio societatis*”.

Isto é, a partir do comportamento dos contratantes na fase de tratativas, o intérprete poderia aferir a intenção de ser sócio e de admitir a contraparte como sua sócia, o que, por sua vez, implicaria em uma escolha da finalidade e das regras jurídicas típicas do contrato de sociedade⁵²¹, tais como o compartilhamento dos riscos⁵²² e resultados sociais⁵²³.

4. CONCLUSÕES

Existia uma certa afinidade fática entre a “*societas*” e casos de “*communio incidens*” ou figuras contratuais afins, como o contrato

520 GUARINO, Antonio. Op. cit., 1988, p. 52, n. 151.

521 Para F. DE ZULUETA (cf. Op. cit., p. 179), a “*affectio societatis*”, apesar de não ser necessariamente o melhor, seria um modo de expressar a necessidade de um propósito comum entre as partes contratantes. Cf. também: ARNÒ, Carlo. Op. cit., p. 30 e DEL CHIARO, Émile. *Le contrat de Société em droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*. Paris: Sirey, 1928, pp. 155-158.

522 No contrato de sociedade, o risco sobre o patrimônio comum haveria de ser compartilhado entre as partes, ao contrário de outros contratos assemelhados. Basta comparar, a título de exemplo, Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 58 pr., em que duas pessoas se juntaram para formar e vender uma quadriga com cavalos de ambos, a fim de juntos obterem um lucro possivelmente maior do que se os cavalos fossem vendidos separadamente. Se um dos cavalos aportado à realização do escopo comum da sociedade viesse a falecer, esclarece Celso, o risco deveria ser compartilhado entre todos. O prejuízo só estaria limitado ao proprietário da coisa, caso ela não houvesse ainda sido aportada à sociedade (cf. POLOJAC, Milena. *Casuistry and general rules: problem of risk bearing in roman ‘societas’*. In: *Annals of the Faculty of Law in Belgrad*, v. 3, 2010, p. 239). Em contraste, Ulpiano diz em Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1, 1, que, no contrato estimatório, mesmo após a entrega da coisa, o risco do negócio ficava limitado unicamente na pessoa encarregada da venda, a qual deveria – a depender do sucesso de seu encargo – restituir a própria coisa recebida ou o valor previamente acordado.

523 Os resultados sociais, lucros e prejuízos, também seguiam regras específicas. No silêncio das partes, os resultados sociais eram divididos igualmente entre si (Gai. 3, 150; Ulp. 30 *ad Sab.* 17, 2, 29 pr.; I. 3, 25, 1), mas poderiam ser divididos desigualmente entre os sócios (Gai. 3, 149; Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29, 1 e I. 3, 25, 2). No entanto, todos os sócios deveriam necessariamente perceber uma porção dos lucros, caso contrário estaria configurada uma sociedade leonina (Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29, 2).

estimatório, em razão da atuação associativa ou colaborativa que compartilhavam. Desse modo, é compreensível a preocupação dos jurisconsultos romanos em traçar critérios distintivos entre as figuras, sobretudo naqueles casos em que mais de uma solução parecia cabível⁵²⁴.

A averiguação da “*affectio societatis*”, bem como de seu correlato “*animus contrahendae societatis*”, seriam cruciais para a identificação do tipo de relação existente entre as partes, pois, nos casos fronteiros ou ambíguos, servia como o critério identificador do contrato desejado⁵²⁵, uma vez que corresponderiam ao conceito de uma intenção consciente qualificadora da vontade e do consenso, destinando-os a constituição uma “*societas*”⁵²⁶.

Assim, os termos assumiam um significado específico, mas que, nem por isso, se distanciava da linguagem corrente e etimologia do termo, pois, também no discurso jurídico, a “*affectio*” correspondia a um “*ad-facere*”, isto é, a um fazer orientado. No caso, correspondia a uma conformação da vontade em direção a um propósito deliberadamente escolhido pelas partes⁵²⁷.

A intenção de se constituir uma sociedade, contudo, nem sempre era expressa. Em alguns casos, deveria ser inferida objetivamente das tratativas e negociações concluídas entre as partes, as quais escolheriam intencionalmente o esquema jurídico de uma sociedade, quando, por exemplo, acordassem a repartição do risco ou a divisão dos lucros conforme as normas típicas desse contrato.

A “*affectio*”, portanto, não se confundia com o consenso. Não era precisamente elemento, mas um adjetivo da vontade e do consenso. Tampouco era empregada nos momentos patológicos do contrato de “*societas*”, isto é, como fundamento de dissolução ou retirada dos

524 BIANCHINI, Mariagrazia. *Studi sulla societas*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 108.

525 ARNÒ, Carlo. Op. cit., p. 19.

526 Ao tratar do “*affectus*”, D. CLOUD (cf. Op. cit., p. 41) fala em “*settled purpose*”.

527 Daí ser possível imaginar que a melhor tradução para “*affectio societatis*”, no direito moderno, não seria “afeição”, mas “afetação de sociedade”; já que equivaleria a uma afetação do consenso, dirigindo-o à constituição de um contrato de sociedade.

sócios, sendo apenas invocada como critério para dirimir dúvidas na fase de constituição do contrato⁵²⁸.

528 Semelhante à posição apresentada neste trabalho, registre-se as observações de B. B. Q. MORAES (cf. *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu*, 2ª ed., São Paulo, YK, 2021, p. 333, n. 1.836), que compartilha a posição deste artigo; e a análise de U. BABUSIAUX, (cf. *Op. Cit.*, p. 783) para quem a função do critério da vontade dos sócios (“*die Funktion des Kriteriums des Gesllschaferswillens*”) poderia ser determinada no sentido de servir para atribuir uma qualificação ao comportamento concreto que não se caracterize claramente como uma *societas*. O critério da vontade (“ *affectio*”, “ *animus*”, etc.) não está presente em todos os fragmentos, porque ele não indicaria o estado mental das partes nem pretenderia investigar a vontade interior dos contratantes. E, tendo em conta que o conteúdo do contrato seria uma questão de fato e não de direito, esses elementos estariam relacionados ao propósito negocial concreto (“ *der konkrete Geschäftszweck*”) e, normalmente, se prestariam a demarcar a “ *societas*” da “ *communio*” em casos especiais.

REFERÊNCIAS

ALBERTARIO, Emilio, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in ID., *Studi di diritto romano – Volume Primo – Persone e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1933.

-----, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in ID., *Studi di diritto romano – Volume Primo – Persone e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1933.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana, *El contrato estimatorio – desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid, Dykinson, 2002.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in BIDR 42 (1934), pp. 571-624.

-----, *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1965.

-----, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, Vol. 4, Palermo, Ulro et Ultra, 1936, pp. 357-395.

ARIAS RAMOS, José, *Derecho Romano – II – III – Fuentes de las Obligaciones – Familia – Sucesiones*, 6ª Ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954.

ARNÒ, Carlo, *Corso di diritto romano - Il contratto di società – Lezioni raccolte dagli studenti F. Palieri e G. Berto*, Torino, Giappichelli, 1938.

BABUSIAUX, Ulrike. *Zum Konsenserfordernis bei der societas – methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem*, in WEBER, Rolf. et al., *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich: Schulthess 2017, p. 767-784.

BEHRENDTS, Okko *et al.*, *Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung – III – Digesten 11-20*, Heidelberg, Müller, 1999.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

BIANCHINI, Mariagrazia, *Studi sulla societas*, Milano, Giuffrè, 1967.

BÖLTING, Rudolf, *Dicionário grego-português*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1941.

BONA, Ferdinando, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1973.

CANCELLI, Filippo, *Società (Diritto Romano)*, in NNDI 17 (1970), pp. 500-501.

CHAMOUN, Ebert, *Instituições de direito romano*, 6^a Ed., Rio de Janeiro, Rio, 1977.

CLOUD, Duncan, *The stoic πάθος, affectus and the roman jurists*, in SZ 123 (2016), pp. 19-48.

COPELAND, Rita, *Affectio in the tradition of the ‘De inventione’ – philosophy and pragmatism*, in DONAVIN, Georgiana e STODOLA, Denise (Org.), *Public declamations – Essays on medieval rhetoric, education and letters in honour of Martin Camargo*, Turnhout, Brepols, 2015, pp. 3-20.

COSTA, Gabriel José, *A ‘affectio societatis’ no direito romano*, in RDM 170-171 (2015-2016), pp. 140-150.

CUQ, Édouard, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^a ed., Paris, Plon, 1928.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10ª Ed., Pamplona, Eunsa, 2004.

DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto – Rielaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, CEDAM, 2004.

DALLA, Danilo e LAMBERTINI, Enzo, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª Ed., Torino, Giappichelli, 2001

DAUBE, David, '*Societas*' as a consensual contract, in *Cambridge Law Journal* 6 (1938), pp. 381-403.

DE VAAN, Michiel, *Etymological dictionary of latin and other italic languages*, Leiden, Brill, 2008.

DE ZULUETA, Francis, *The institutes of Gaius – Part II – Commentary*, Oxford, Clarendon, 1963.

DIRKSEN, Henrico, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1837.

EVANGELISTI, Marina, *Sull'origine policentrica della 'societas consensu contracta'*, in L. FOFFANI et al. (Org.), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 193-209.

FARIA, Ernesto, *Dicionário escolar latino-português*, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Ministério da Cultura, 1962.

FORCELLINI, Egidio, *Lexion totius latinitatis*, vol. 1, 4ª Ed., Padova, Typis Seminarium, 1865.

FUENTESECA, Margarita, *La 'magna quaestio' y otros problemas del contrato de sociedad romano*, in *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 7 (1998), pp. 35-65.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 1, Barcelona, Jaime Molinas, 1892.

GÓMEZ-IGLESIAS, Ángel. *Herennio Modestino*, in R. DOMINGO (Org.), *Juristas universales – Volumen I – Juristas antiguos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

GRADENWITZ, Otto *et al.*, v. *adfectio*, in ID., *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, vol. 1, Berlin, Gregor Reimers, 1903.

GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*, 12^a Ed., Napoli, Jovene, 2001.

-----, *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1988.

GUARNERI CITATI, Andrea, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in BIDR 42 (1934), pp. 166-194.

HASKELL *et al.*, *But were they talking about emotions? Affectus, affectio and the history of emotions*, in *Rivista Storica Italiana* 128 (2016), pp. 521-543.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, vol. 1, 1^a Ed., München, Beck, 1955.

-----, *Das römische Privatrecht*, vol. 1, 2^a Ed., München, Beck, 1971.

-----, *Neue Literatur zur Societas*, in SDHI 41 (1975), pp. 278-338.

LA PIRA, Giorgio, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in BIDR 45 (1938), pp. 293-334.

LEWIS, Charlton e C. SHORT, Charles, *A new latin dictionary*, New York, Harper and Brothers, 1891.

LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert, *A greek-english lexicon*. 9. ed. rev. atual por JONES, Henry Stuart; MCKENZIE, Roderick. Oxford: Oxford University Press, 1996.

LONGO, Giannetto. *Diritto romano: contratti consensual*. Roma: Calzone, 1943.

MALHADAS, Daisi; DEZOTTI, Maria Celeste Consolin; NEVES; Maria Helena de Moura (coord.). *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2006, v. 1.

----- *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2009, v. 4.

----- *Dicionário grego-português*. Cotia: Ateliê, 2010, v. 5.

MANIGK, Alfred, *Societas*, in PWRE III A,1 (1927), cc. 775-776.

MENDES DE ALMEIDA, Napoleão, *Gramática latina – Curso único e completo*, 29^a Ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de, *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeus*, 2^a ed., São Paulo, YK, 2021.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. 2, 6^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

OSORIO SANTOS, Danielle, *A ‘affectio societatis’ no direito romano e seus reflexos no direito brasileiro*, in AAVV., *Estudos – Doutorado & Mestrado*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2015, pp. 7-39.

PABÓN, José Manuel, *Diccionario manual griego-español*, Barcelona, Vox, 1967.

PARICIO, Javier, *El contrato de sociedad em derecho romano*, in ID, *De la Justicia y del Derecho – Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, El Faro, 2002, pp. 477-504.

POGGI, Agostino, *Il contratto di società in diritto romano classico*, vol. 1, Torino, Tipografia Sociale Torinese, 1930.

POLOJAC, Milena, *Casuistry and general rules – problem of risk bearing in roman ‘societas’*, in *Annals of the Faculty of Law in Belgrad* 3 (2010), pp. 235-247.

PRINGSHEIM, Fritz, *Animus in Roman Law*, in *LQR* 49 (1933), pp. 43-60 e 379-412.

REZENDE, Antônio Martinez e BIANCHET, Sandra, *Dicionário do latim essencial*, 2ª Ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2016.

RIBEIRO, Renato, *Aspectos da ‘societas’ romana*, in *RFD* 101 (2006), pp. 627-649.

RUY, Maria Lucia, *De verborum significatu – Análise e tradução*, vol. 1, Tese (Doutorado), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012.

SALLES MONIZ, Fabio, *Dicionário de latim-português*, 2ª Ed., Porto, Porto Editora, 2001.

SALVADORE, Francesco Arturo, *Affectio societatis’*, in *Rivista di Diritto Civile* 3 (1911), pp. 681-698.

SANTUCCI, Gianni, *Il socio d’opera in diritto romano – conferimenti e responsabilità*, Padova, CEDAM, 1997.

-----, *La ‘societas’ nella casistica giurisprudenziale romana*, in *AG* 215 (1995), pp. 149-178.

SARAIVA, Francisco Rodrigues, *Novíssimo dicionário latino-português*, 12ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. III, Berlin, Veit und Comp., 1840.

SCHIPANI, Sandro, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae – Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano – Testo e Traduzione – III – 12-19*, Milano, Giuffrè, 2007.

SCHULZ, Fritz, *Classical roman law*, Oxford, Clarendon, 195.

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas*, Bilbao, Universidad de Deustro, 2014.

SERRAO, Feliciano, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, vol. 5, Milano, 1971, pp. 743-767.

STARACE, Pia, *L’interesse pubblico e le società dei pubblicani – riflessioni sulle origini del contratto di società*, in L. GAROFALO (Org.), *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 316-364.

SZLECHTER, Émile, *Le Contrat de Société en Babylonie, en Grèce et a Rome – Étude de Droit Comparé de l’Antiquité*, Paris, Sirey, 1947.

TALAMANCA, Mario, *Società in generale (diritto romano)*, in ED 42 (1991), pp. 814-860.

VALPY, Francis Edward, *An etymological dictionary of the latin language*, London, A. J. Valpy, 1828.

VAN WARMELO, Paul, *Aspects of joint ownership in roman law*, in TR 25 (1957), pp. 125-195.

VANICEK, Alois, *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, Leipzig, G. B. Teubner, 1874.

VASCONCELLOS, Manoel, *et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vol. 3, 1ª Ed., São Paulo, YK, 2018.

VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, Milano, Giuffrè, 1946.

VOLLMER, Friedrich, v. *affectio*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, vol. 1, Leipzig, G. B. Teubner, 1900, cc. 1176-1180

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Sapienza, 1988.

WALDE, Alois e HOFMANN, Johann Baptist, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Vol. 1, 3ª Ed., Heidelberg, Carl Winters, 1938.

WATSON, Alan, *The Digest of Justinian*, vol. 2, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

-----, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon, 1964.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996.